

L e h r b u c h

des

Deutschen bürgerlichen Rechts

von

Konrad Gosack

Professor der Rechte in Bonn

Erster Band

Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen

Fünfte vollständig umgearbeitete Auflage



Jena

Verlag von Gustav Fischer

1910



Ewiger Bund

<https://www.ewigerbund.org>



Vaterländischer Hilfsdienst

<https://www.hilfsdienst.net/>

Vorwort.

Dies Buch wendet sich an einen großen mannigfach zusammengesetzten Leserkreis und hat ihn in seinen bisherigen vier — würde ich die neuere Mode mitmachen, die die Auflagen nicht nach ihrer Zahl, sondern nach ihrer Stärke numeriert, so müßte ich sagen: in seinen bisherigen neun — Auflagen anscheinend auch tatsächlich gefunden. Denn es ist ebensosehr für Studierende wie für Rechtslehrer, für Richter, für Anwälte bestimmt und wird dem Anschein nach auch tatsächlich sowohl von Studierenden wie von Universitätsdozenten, Richtern und Anwälten ziemlich gleichmäßig benutzt.

Das Mittel, das ich angewendet habe, um mein Buch in den Dienst eines so weiten Leserkreises zu stellen, ist einfach genug: einerseits habe ich, um dem Bedürfnis erfahrener Leser zu entsprechen, meine Darstellung sehr viel ausführlicher und inhaltreicher gestaltet, als das in den kurzen Handausgaben des bürgerlichen Gesetzbuchs oder in den kleineren Kompendien des bürgerlichen Rechts der Fall gewesen ist; andererseits habe ich, um auch den Anfängern hilfreich zu sein, den von mir ausgewählten Stoff so gruppiert, daß mühelos und sicher unterschieden werden kann, welcher Teil des Stoffs gerade für die erste Einführung in das Rechtsstudium bestimmt ist.

Wie ein fachkundiger Leser dies Buch zu gebrauchen hat, wird er selbst am besten wissen. Für ihn genüge die Bemerkung, daß ich bei den wenigen dem Buch beigegebenen Zitaten aus Literatur und Praxis nicht an ihn, sondern nur an Anfänger gedacht habe. Er wolle also diese Zitate als nicht vorhanden ansehen und sich über den genauen Stand von Literatur und Praxis bei Bedarf durch die großen Lehrbücher und Kommentare oder durch Monographien orientieren. Und er wolle sich über diesen Mangel meines Buchs nicht beklagen! Denn er erwäge, daß er sich bei jedem Problem, das einer derartigen genaueren Orientierung bedarf, unter keinen Umständen an ein einziges Buch halten darf und daß nichts ermüdender ist, als wenn er nun in jedem Werk, das er benutzt, immer wieder die ganze Literatur mit all ihrem

Reichtum an subtilen Kontroversen, immer wieder die ganze Praxis mit ihrer erdrückenden Fülle von Kasuistik aufgeführt findet.

Nicht ganz so leicht wie der fachkundige Leser wird der Anfänger dies Buch zu handhaben wissen. Er lasse sich deshalb ein paar Ratschläge von mir gefallen.

Der Anfänger, der mein Buch zu benutzen gedenkt, beachte zunächst, daß es in zwei fortlaufende durch größeren und kleineren Druck deutlich unterschiedene Teile zerfällt, von denen ich den einen als „Text“, den andern als „Anmerkungen“ bezeichnen möchte, und behalte stets im Auge, daß für ihn, den Anfänger, einzig und allein der Text und diejenigen Anmerkungen bestimmt sind, die sich durch das Stichwort „Beispiele“ einführen, während er die übrigen Anmerkungen, will er wirklich methodisch studieren, einfach überschlagen soll, — es müßte denn sein, daß er besondern Anlaß hat, schon bei Beginn seines Studiums irgendeine einzelne Rechtsmaterie genauer durchzuarbeiten. Hält er sich an diesen Rat, so wird er finden, daß der Text des Buchs eine geschlossene Darstellung für sich bildet, die an keiner Stelle auf die Anmerkungen verweist und also ein getrenntes Studium für sich wohl verdient.

Der Anfänger, der nach meinem Buch studieren will, erwäge ferner, daß er schon bei der ersten Lektüre des Textes sofort die zugehörigen „Beispiele“ mitlesen sollte. Denn gerade wie man nicht dadurch turnen und schwimmen lernt, daß man sich Turn- und Schwimmregeln einprägt, sondern nur dadurch, daß man wirklich turnt und schwimmt, gerade wie man Mathematik und Physik nur dadurch erfaßt, daß man neben dem Durcharbeiten der mathematischen und physikalischen Gesetze auch mathematische Aufgaben löst und physikalische Experimente anstellt, gerade ebenso wird man des bürgerlichen Rechts nur dann Herr, wenn man den großen Normenschatz des bürgerlichen Rechts Norm für Norm an praktischen Beispielen erprobt. Das ist freilich nicht leicht. Doch tröste sich der junge Jurist damit, daß auch dem jungen Mathematiker die Lösung seiner Aufgaben, dem jungen Physiker die Durchführung seiner Experimente erhebliche Schwierigkeiten bereitet und daß er, der Jurist, keinen Anlaß zu der beschämenden Annahme hat, sein Studium solle oder dürfe leichter sein als das des Mathematikers oder Physikers. Und er ver falle ja nicht auf den Gedanken, meine Beispiele hastig durchfliegen zu wollen, weil schon der erste Versuch dazu ihn aufs äußerste ermüden und ihm das Studium der Beispiele für immer verleiden würde, sondern gehe mit besonnener Ruhe an das Werk! Vielleicht wird er alsdann nicht bloß Nutzen von meinen Beispielen, sondern sogar Freude daran haben. Ab und zu wird ihn freilich der einförmige trockne Ton der Beispiele stören, und er wird an den blutlosen Schemen der A., B. und Genossen Ärgernis nehmen, die gespensterhaft immer wieder vor ihm auftauchen und verschwinden. Doch helfe er hier mit eigener Phantasie nach und dichte nach Gefallen kleine Einzelheiten

hinzu, die meine Fälle lebendiger, glaubhafter, packender machen. Ich selber mußte mir diese dichterische Freiheit versagen, um den knappen mir zur Verfügung stehenden Raum nicht zu überschreiten. Denn schon der Versuch, die Helden meiner Beispiele statt mit bloßen Buchstaben mit vollen Namen und Titeln zu benennen, hätte den Umfang des Buchs nicht unwesentlich vergrößert.

Der Anfänger, der sich für mein Buch entschieden hat, sei sodann von Anfang an darauf bedacht, meiner Darstellung gegenüber eine kritische Haltung einzunehmen, und traue ihr nicht zu sehr. Denn schon im ersten Beginn des Studiums ist der Autoritätsglaube, in welcher Art er auch aufträte, vom Übel. Er vergleiche also recht oft die von mir formulierten Rechtsregeln mit dem Wortlaut der Gesetzesvorschriften, an die sie sich anschließen, und sehe zu, ob ich recht hatte, wenn ich hier diesen Vorschriften etwas zusetzte, dort etwas von ihnen fortließ. Und wichtiger noch: er prüfe für jedes einzelne Beispiel, das ich ihm vorführe, die von mir gegebene Entscheidung! Denn ich habe mit allem Vorbedacht neben zahlreichen Fällen, deren Entscheidung eine einfache, selbstverständliche ist, auch schwierigere Fälle gestellt, deren Entscheidung erheblichen Zweifeln unterliegt. In eine ganze Reihe meiner Fälle ist bewußtmaßen so gefaßt, daß die von mir gefällte Entscheidung den Leser überraschen, ja ihn beunruhigen soll. Absichtlich will ich den Leser durch diese Fälle zum Widerspruch gegen mich reizen und ihn damit zur Selbständigkeit zwingen. Gleichzeitig will ich den Leser aber dadurch auch zur Kritik des Gesetzestextes veranlassen; denn er wird entweder der von mir vorgeschlagenen sachlich offenbar verkehrten Entscheidung beitreten, oder er wird sie zwar verwerfen, aber mindestens zugeben, daß der Gesetzestext diese meine Entscheidung als möglich erscheinen läßt; im ersteren Fall wird er aber notgedrungen an dem schlechten Inhalt, in letzterem Fall wird er an der schlechten Formulierung des Gesetzes Kritik üben müssen. Doch darf der junge Kritiker bei alledem nicht einen Augenblick vergessen, daß der Gegenstand seiner allerschärfsten Kritik er selber und sein eignes kritisches Vermögen sein muß: solche Selbstkritik wird ihn davor bewahren, daß seine Kritik anderer unbescheiden ausfalle.

Der Anfänger, der von meinem Buch wirklich vollen Nutzen ziehen will, versäume endlich nicht, außer ihm je nach Neigung und Gelegenheit ab und zu noch andre gleichartige Lehrbücher oder größere juristische Systeme oder Kommentare zu Rat zu ziehen, auf daß er nicht in Einseitigkeit verfalle. Auch halte er sich stets gegenwärtig, daß ich in diesem Buch, obschon ich jedem Abschnitt einige Notizen über das bisherige Recht angehängt habe, absichtlich die organische Entwicklung des jetzigen Rechts aus dem alten Recht mit Stillschweigen übergehe — auf Grund der Erwägung, daß die geschichtliche und die dogmatische Darstellung des Rechts jede ihre eigne Methode hat und deshalb nicht in einem und demselben System vereinigt werden kann — und daß er deshalb auf eine historische Ergänzung meines Buchs eifrig bedacht sein soll. Dagegen

hüte er sich, je unter das Niveau dieses Buchs herabzusteigen und sich auf jene Machwerke einzulassen, die ihre Leser lediglich für irgendein Examen drillen wollen. Denn es ist ein kleinmütiger Aberglaube zu denken, daß jemand, der mit ein wenig Begabung und ein wenig Eifer bürgerliches Recht wirklich „studiert“ hat, nun nachträglich für ein Examen noch ein besondres Repetitorium nötig hätte, da doch vielmehr das Buch, in dem er seine „Studien“ gemacht hat und mit dem er innig vertraut geworden ist, selbst das denkbar beste Repetitorium für ihn bildet. Selbstverständlich wird er es beim Repetieren anders behandeln als beim ersten Studium; vor allem wird er, wenn es sich um mein Buch handelt, jetzt die Beispiele nur ausnahmsweise von neuem durcharbeiten. Aber auch bei einer derartigen cursorschen Lektüre wird ein wirklich wissenschaftliches Buch seine Überlegenheit über allen Drillbüchern beweisen. Wer etwas auf sich hält, bewahre auch in den Nöten des Examens seine Würde. Die Drillbücher aber überlasse er denen, die sie verdienen.

Bonn, im August 1910.

Konrad Cosack.

Inhaltsverzeichnis.

(Die Zahlen rechts bedeuten die Seiten.)

Einleitung.

- § 1. 1. Literatur des deutschen bürgerlichen Rechts 1.
- § 2. 2. Begriff des deutschen bürgerlichen Rechts 2.
- 3. Geschichtliche Entwicklung des deutschen bürgerlichen Rechts.
- § 3. a) Bis zur Rezeption des römischen Rechts 4.
- § 4. b) Die Rezeption des römischen Rechts 6.
- § 5. c) Die Zeit nach der Rezeption bis zum Auftreten des Naturrechts 10.
- § 6. d) Die Neuzeit 12.
- § 7. e) Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich 18.

Erstes Buch. Die allgemeinen Lehren.

Erster Abschnitt. Die Rechtsregeln.

I. Die Quellen der Rechtsregeln.

- § 8. 1. Allgemeines 22.
- § 9. 2. Das Gesetzesrecht 25.
- § 10. 3. Das Gewohnheitsrecht 31.
- § 11. 4. Das Recht der Wissenschaft 33.
- § 12. II. Ermittlung und Auslegung der Rechtsregeln 35.
- § 13. III. Inländisches und ausländisches Recht 40.
- § 14. IV. Neues und altes Recht 48.
- § 15. V. Rückblick auf das bisherige Recht 53.

Zweiter Abschnitt. Die Rechte.

- § 16. I. Begriff 56.
- § 17. II. Inhalt der Rechte. Die Ansprüche 58.
- III. Arten der Rechte.
- § 18. 1. Personen- und Vermögensrechte 62.
- § 19. 2. Anspruchs-, Bestimmungs-, Vertrauensrechte 63.
- § 20. 3. Relative und absolute Rechte. Forderungen und dingliche Rechte 64.
- § 21. 4. Selbständige und unselbständige Rechte. Etredden 66.
- § 22. IV. Rückblick auf das bisherige Recht 69.

Dritter Abschnitt. Die Rechtsinhaber.

- § 23. I. Allgemeines 70.
 II. Die Menschen als Rechtsinhaber.
- § 24. 1. Anfang und Ende der menschlichen Persönlichkeit 80.
- § 25. Fortsetzung. Beweis von Leben und Tod. Todeserklärung 81.
 2. Rechtliche Unterschiede der Menschen.
- § 26. a) Allgemeines 90.
- § 27. b) Geschlechtsunterschied 90.
- § 28. c) Altersunterschied 90.
 d) Gesundheitsunterschied.
- § 29. α) Geistige Gebrechen 92.
- § 30. β) Leibliche Gebrechen 95.
- § 31. e) Standesunterschied 95.
- § 32. f) Ehrenunterschied 96.
- § 33. g) Religionsunterschied 97.
- § 34. h) Unterschied der Staatsangehörigkeit 97.
- § 35. 3. Verwandtschaft und Verschwägerung 98.
- § 36. 4. Die sog. Persönlichkeitsrechte 99.
- § 37. 5. Name 100.
- § 38. 6. Wohnsitz 104.
- § 39. III. Rückblick auf das bisherige Recht 107.

Vierter Abschnitt. Die Rechtsgegenstände.

- § 40. I. Allgemeines 114.
 II. Sachen.
- § 41. 1. Sache, Sachbestandteil, Sachbegriff 114.
 2. Arten der Sachen.
- § 42. a) Grundstücke, Grundstücksbestandteile, Fahrnisssachen 116.
- § 43. b) Hauptsache und Zubehör 125.
- § 44. c) Vertretbare, marktgängige, verbrauchbare, teilbare Sachen 128.
- § 45. d) Geld 130.
- § 46. e) Sachen außerhalb des Verkehrs 133.
- III. Ertrag, Früchte, Nutzungen, Lasten der Rechtsgegenstände.
- § 47. 1. Ertrag 133.
- § 47a. 2. Früchte 136.
- § 47b. 3. Nutzungen 142.
- § 47c. 4. Lasten 142.
- § 48. IV. Mündelsichere Vermögensanlage 144.
- § 49. V. Rückblick auf das bisherige Recht 146.

Fünfter Abschnitt. Entstehung, Änderung, Aufhebung der Rechte.

- § 50. I. Tatbestand. Fiktionen 149.
 II. Rechtsgeschäfte.
- § 51. 1. Begriff 151.
- § 52. 2. Arten der Rechtsgeschäfte 155.
- § 53. 3. Die rechtliche Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte 164.

- § 54. 4. Echtheit der rechtsgeschäftlichen Willensäußerung 174.
5. Geschäftsfähigkeit.
- § 55. a) Geschäftsunfähige Personen 175.
- § 56. b) Personen, die bewußtlos oder vorübergehend geistig gestört sind 179.
- § 57. c) Beschränkt geschäftsfähige Personen 180.
- § 58. 6. Verfügungsfähigkeit 193.
- § 59. 7. Der Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen an ihre Adresse 199.
- § 59a. 8. Der Abschluß von Verträgen 204.
9. Formfreiheit und Formzwang.
- § 60. a) Allgemeines 213.
b) Der gesetzliche Formzwang im einzelnen.
- § 60a. α) Schriftlichkeit 219.
- § 60b. β) Gerichtliche und notarielle Beurkundung 222.
- § 60c. γ) Öffentliche Beglaubigung 228.
- § 60d. δ) Sonstige gesetzliche Formvorschriften 230.
- § 60e. c) Der gewillkürte Formzwang im einzelnen 231.
10. Inhalt der Rechtsgeschäfte.
- § 60f. a) Allgemeines 231.
- § 61. b) Bedingungen 237.
- § 62. c) Befristungen 243.
- § 62a. 11. Verbotene Rechtsgeschäfte 244.
- § 63. 12. Auslegung der Rechtsgeschäfte 250.
13. Willensmängel.
- § 64. a) Simulation. Irrtum. Unrichtige Übermittlung 256.
- § 65. b) Täuschung. Bedrohung 270.
- § 65a. c) Besondere Fälle 273.
14. Stellvertretung.
- § 66. a) Allgemeines 274.
- § 67. b) Vertretung kraft Vertretungsmacht 277.
- § 68. Fortsetzung. Vornahme von Rechtsgeschäften gegenüber sich selbst 292.
- § 69. c) Vertretung ohne Vertretungsmacht 294.
- § 69a. d) Indirekte Stellvertretung 297.
- § 70. 15. Zustimmung 298.
- III. Verschulden und Zufall.
- § 71. 1. Verschulden 300.
- § 72. 2. Zufall 308.
- IV. Zeitablauf.
- § 73. 1. Berechnung der Zeit 311.
2. Rechtliche Wirkung der Zeit.
- a) Verjährung.
- § 74. α) Begriff und Anwendungsgebiet der Verjährung 314.
- § 74a. β) Dauer der Verjährung 316.
- § 74b. γ) Beginn der Verjährungsfrist 319.
- § 74c. δ) Hemmung und Unterbrechung der Verjährung 322.
- § 74d. ε) Wirkung der Verjährung 326.
- § 75. b) Sonstige Rechtswirkungen des Zeitablaufs 330.
- § 76. V. Verfügungen der Staatsgewalt 331.
- § 76a. VI. Rückblick auf das bisherige Recht 333.

Sechster Abschnitt. Ausübung und Sicherstellung der Rechte.

- § 77. I. Allgemeines 341.
 § 78. II. Eigenmächtige Rechtsausübung 343.
 § 79. III. Rechtsausübung im Prozeß 350.
 § 79a. IV. Rückblick auf das bisherige Recht 352.

Zweites Buch. Das Recht der Forderungen.

Erster Abschnitt. Das Recht der Forderungen im allgemeinen.

- § 80. Einleitung 354.
 I. Begründung der Forderungen.
 § 81. 1. Die verschiedenen Begründungsarten 357.
 § 82. 2. Form der obligatorischen Rechtsgeschäfte 358.
 § 83. 3. Vorverträge 359.
 II. Inhalt der Forderungen.
 § 84. 1. Bestimmung des Inhalts der Forderungen im allgemeinen. Alternativ-, Gattungsobligation. Bestimmungsrecht Dritter 360.
 2. Die Gegenstände der Forderungen.
 § 85. a) Teilbare und unteilbare, getrennte und verbundene Leistungen 369.
 § 86. b) Leistung und Gegenleistung 370.
 § 87. c) Veräußerung und Belastung von Sachen 375.
 § 88. d) Fortnahme einer Einrichtung 378.
 § 89. e) Leistung von Geld 378.
 § 90. f) Leistung von Zinsen 379.
 § 91. g) Schadenersatz 381.
 § 92. Fortsetzung. Besondere Fälle des Schadenersatzes 389.
 § 93. h) Privatstrafen 391.
 § 94. i) Draufgabe 394.
 § 95. k) Ersatz von Aufwendungen 395.
 § 96. l) Erteilung von Auskunft 395.
 § 97. m) Leistung von Leibrenten 396.
 § 98. n) Leistungen zugunsten eines Dritten 397.
 § 99. o) Unmögliche Leistungen 400.
 § 100. p) Verbotene Leistungen 410.
 § 101. III. Verfügungen über Forderungen 410.
 IV. Erfüllung der Forderungen.
 § 102. 1. Leistung zwecks Erfüllung. Quittung 413.
 § 103. 2. Erfüllungsort 422.
 § 104. 3. Erfüllungszeit 424.
 4. Nichteinhaltung der Erfüllungszeit.
 a) Verzug.
 § 105. α) Verzug des Schuldners 426.
 § 106. β) Verzug des Gläubigers 430.
 § 107. b) Nichteinhaltung der Erfüllungszeit abgesehen vom Verzuge 435.
 § 108. 5. Verletzung der Leistungspflicht durch positive Zuwiderhandlung 437.
 V. Aufhebung der Forderungen ohne Erfüllung.

- § 109. 1. Feklung an Erfüllungstätt 437.
 § 110. 2. Hinterlegung 439.
 § 111. 3. Aufrechnung 441.
 § 112. 4. Rücktritt 446.
 § 113. 5. Schuldverlaß 452.
 § 113a. 6. Novation 453.
 § 113b. 7. Konfusion 454.
 § 113c. 8. Andre Aufhebungsgründe 454.
- VI. Übergang der Forderungen auf einen neuen Gläubiger.
 § 114. 1. Übertragung durch Rechtsgeschäft 455.
 § 115. 2. Nicht rechtsgeschäftliche Übertragung 463.
- VII. Übergang der Verpflichtungen auf einen neuen Schuldner.
 § 116. 1. Übertragung durch Rechtsgeschäft 464.
 § 117. 2. Nicht rechtsgeschäftliche Übertragung 468.
- VIII. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.
 § 118. 1. Teilgläubigerschaft und Teilverpflichtung 468.
 § 119. 2. Ungeteilte Mitgläubigerschaft und ungeteilte Mitverpflichtung 469.
 § 120. IX. Rückblick auf das bisherige Recht 472.

Zweiter Abschnitt. Einzelne Arten der Forderungen.

- § 120a. Einleitung 480.
- I. Der Kauf.
- § 121. 1. Begriff und Abschluß 481.
 2. Der Kauf von Sachen.
- § 122. a) Gegenseitige Abhängigkeit der Verpflichtungen des Verkäufers und Käufers. Übergang der Gefahr der Kaufsache 486.
 b) Die einzelnen Verpflichtungen des Verkäufers.
- § 123. a) Übergabe der Kaufsache 492.
 § 124. Forts. Besondere Parteivereinbarungen 503.
 § 125. β) Lastenfreie Übereignung der Kaufsache 507.
 § 126. Forts. Besondere Parteivereinbarungen 513.
 § 127. γ) Gewähr für ordnungsmäßige Beschaffenheit der Kaufsache 514.
 § 128. Forts. Besondere Parteivereinbarungen 531.
 § 129. Forts. Viehhandel 535.
 § 129a. δ) Auskunft über die Rechtsverhältnisse der Kaufsache 537.
 § 130. c) Die einzelnen Verpflichtungen des Käufers 537.
 § 130a. d) Nutzungen und Lasten der Kaufsache 541.
- § 131. 3. Der Kauf unkörperlicher Güter 542.
 § 132. 4. Besondere Arten des Kaufs 543.
- § 133. II. Kaufähnliche Geschäfte 549.
- III. Miete und Pacht.
- § 134. 1. Begriff. Abschluß des Vertrages 550.
 § 135. 2. Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter 552.
 § 136. 3. Rechtsverhältnis zwischen Verpächter und Pächter 563.
 § 137. 4. Beendigung des Miet- und Pachtverhältnisses 567.
- § 138. IV. Der Crödelvertrag 571.
- V. Die Schenkung.
- § 139. 1. Die gewöhnliche Schenkung 572.
 § 140. 2. Besondere Arten der Schenkung 581.

- § 141. VI. Die Leihe 586.
 § 142. VII. Das Darlehn 588.
 VIII. Der Dienstvertrag.
 1. Der gewöhnliche Dienstvertrag.
 § 143. a) Begriff. Abschluß des Vertrages 593.
 § 144. b) Rechtsverhältnis zwischen dem Dienstschuldner und dem Dienstberechtigten 597.
 § 145. c) Beendigung des Dienstverhältnisses 605.
 § 146. 2. Der Gesindedienstvertrag 609.
 IX. Der Werkvertrag.
 1. Der gewöhnliche Werkvertrag.
 § 147. a) Begriff. Abschluß des Vertrages 610.
 § 148. b) Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Besteller 613.
 § 149. c) Aufhebung des Werkvertrages 621.
 § 149a. 2. Der Kauf-Werkvertrag 622.
 § 150. X. Der Auftrag 624.
 § 151. XI. Die Anweisung 626.
 § 152. XII. Der Maklervertrag 633.
 § 153. XIII. Die Auslobung 636.
 § 154. XIV. Der Verwahrungsvertrag 639.
 § 154a. XV. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten 643.
 § 155. XVI. Die Geschäftsbeforgung ohne Auftrag 646.
 XVII. Das Spielgeschäft.
 § 156. 1. Allgemeines 652.
 § 157. 2. Wette. Lotterie. Differenzgeschäft 656.
 XVIII. Die Bürgschaft.
 § 158. 1. Die eigentliche Bürgschaft 657.
 § 159. 2. Bürgschaftsähnliche Verträge 665.
 XIX. Vergleich und Anerkenntnis.
 § 160. 1. Der Vergleich 667.
 § 161. 2. Das Anerkenntnis 670.
 § 162. XX. Der abstrakte Schuldvertrag 672.
 XXI. Die Delikte.
 1. Die Delikte im allgemeinen.
 § 163. a) Tatbestand 675.
 § 164. b) Rechtswirkung 682.
 § 165. 2. Die Delikte im einzelnen 689.
 § 166. XXII. Deliktähnliche Schuldverhältnisse 697.
 XXIII. Ungerechtfertigte Bereicherung.
 § 167. 1. Tatbestand 702.
 § 168. 2. Rechtswirkung 708.
 § 169. XXIV. Vorlegung von Sachen und Urkunden 712.
 § 169a. XXV. Rückblick auf das bisherige Recht 714.
-

Abkürzungen.

Alle Gesetze sind nach Paragraphen oder Artikeln in arabischen Zahlen angeführt, während die einzelnen Absätze der Paragraphen oder Artikel mit römischen Ziffern bezeichnet sind; ein Zitat ohne jeden Zusatz bezieht sich stets auf das bürgerliche Gesetzbuch. Demnach bedeutet (823 II) den zweiten Absatz von § 823 des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Ist einem Zitat der Zusatz „siehe“ zugefügt, so bedeutet das, daß der Inhalt der zitierten Stelle sich mit dem von mir selbst aufgestellten Satz zwar nicht völlig deckt, aber ihm doch nahesteht. Dagegen bedeutet der Zusatz „vgl.“ und in noch stärkerem Maß der Zusatz „abw.“, daß die zitierte Stelle meiner eignen Lehre widerspricht.

In jedem meiner Paragraphen sind die am Paragrapheneingange genannten Schriften nur mit dem Namen des Verfassers zitiert. Im übrigen sind folgende Abkürzungen verwendet.

Affolter = Affolter, System des D. bürgerlichen Übergangsrechts (03).

Arch. f. BR. = Archiv für das bürgerliche Recht von Kohler, Ring und Örtmann.

Arch. f. ziv. Pr. = Archiv für zivilistische Praxis.

AusfGes. = Ausführungsgesetz zum BGB.

Bekker u. Fischer = Beiträge zur Erläuterung u. Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, herausgegeben von Bekker u. Fischer (seit 88).

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch für das D. Reich.

Biermann = Biermann, Kommentar zu Buch III des BGB.s 2. Aufl. (03), nach Paragraphen zitiert.

Biermann = Biermann, Bürgerliches Recht Bd. 1 (08), nach Seitenzahlen zitiert.

Brückner = Brückner, die Miete 2. Aufl. (02).

B. u. B. = Beiträge zur Auslegung des BGB.s von Bernhöft u. Binder (02).

B. u. F. = Bekker u. Fischer.

C. c. = Code civil.

Crome = Crome, System d. D. bürgerl. Rechts (seit 00).

Dernburg = Dernburg, Pandekten, zitiert nach der 6. Aufl. (00).

Dernb. Pr. Pr. = Dernburg, Lehrb. des preuß. Privatrechts u. d. Privatrechtsnormen des Reichs (5. Aufl. seit 94).

Dernb. BR. = Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Aufl. (seit 01).

DSZtg. = Deutsche Juristenzeitung.

Düringer = Düringer u. Sachenburg, Kommentar zum BGB. (seit 99).

Eccius = Preussisches Privatrecht auf der Grundlage des Werkes von Dr. Franz Förster bearbeitet von Eccius, 7. Aufl. (seit 96).

Ed = Ed, Vorträge über das Recht des BGB.s (03).

EG. = Einführungsgesetz; wenn ohne Zusatz = Einführungsgesetz zum BGB.

Endemann = Fr. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 8. Aufl. (seit 01).

- Enneccerus = L. Enneccerus, das bürgerliche Recht, zitiert nach der 3. Aufl. (08).
 Falkmann = Rechtsprechung.
 LG. = Landesgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit z. B. preussisches vom 21. Sept. 1899.
 Förtsch = Förtsch, der c. c. u. d. BGB. 2. Aufl. (99).
 Gareis = Gareis, Kommentar zu Buch I des BGB. (00).
 Gierke = Gierke, deutsches Privatrecht (seit 95).
 Goldmann = Goldmann u. Lienthal, das BGB. (seit 01).
 Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in bes. Beziehung auf das preuß. Recht, begründet von Gruchot, herausgeg. von Rastow u. Künzel.
 Grünhuts Ztsch. = Zeitschrift für das Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart, herausgeg. v. Grünhut.
 Habicht = Habicht, Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. (01).
 Hachenburg = Hachenburg, das BGB. (2. Aufl. 00).
 Hellwig, Verträge = Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (99).
 Hellwig, Anspruch = Hellwig, Anspruch und Klagrecht (00).
 Heusler = Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts (85/86).
 HGB. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
 Hölder = Hölder, Kommentar zu Buch I des BGB. (00).
 Jahrb. f. Dogm. = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechts, begründet von Ihering, jetzt herausgegeben von Regelsberger u. a.
 Jahrb. f. gem. Recht = Jahrbuch für das gemeine Recht, herausgeg. v. Bekker u. Muther.
 Johow = Jahrb. für Entscheidungen des Kammergerichts, neue Folge, herausgeg. von Johow u. Ring (seit 00).
 Jourdan = Jourdan, la prescription (06).
 Kober bei Staudinger = Kober in dem Staudingerschen Kommentar zu Buch II, III des BGB.
 KonkOrdn. = Konkursordnung.
 Krit. VZSchr. = Kritische Vierteljahrschrift.
 Kühlenbeck = Kühlenbeck, von den Pandekten bis zum BGB. (seit 98).
 K. u. N. = Archiv für das bürgerl. Recht, herausgeg. v. Kohler, Ring u. Örtmann.
 Laband = Laband, das Staatsrecht des D. Reichs 4. Aufl. (seit 01).
 Landsberg = Landsberg, Recht des BGB. (04).
 Leonhard = Leonhard, der allgemeine Teil des BGB. (00).
 Löwenfeld = Löwenfeld im Staudinger'schen Kommentar zu Buch I des BGB.
 Lotmar = Lotmar, der Arbeitsvertrag (02).
 Manigt = Manigt, Willenserkl. u. Willensgeschäft (07).
 Matthiaß = B. Matthiaß, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, zitiert nach der 3. Aufl. (00).
 Mayring = Mayring in dem Staudingerschen Kommentar zu Buch II des BGB.
 Mittelstein = Mittelstein, die Miete, 2. Aufl. (09).
 Mot. = Motive zu dem Entwurfe des BGB. I. Lesung, Guttentagsche Ausgabe.
 Niedner = Niedner, Kommentar zum GG., 2. Aufl. (01).
 Örtmann = Örtmann, Kommentar zu Buch II des BGB., bis zu § 120 dieses Buchs nach der 2. (06), von da ab nach der 3. Aufl. (10) zitiert.
 Pland, Pland-Greif, Pland-André usw. = BGB. nebst GG., erläutert von Pland, Achilles, André, Greif, Ritgen, Streckler, Strohal, Unzner, 3. Aufl.
 Pr. = preussisch.
 Pr. AusfGes. = preuß. Ausführungsgesetz zum BGB.
 Pr. LR. = preussisches Landrecht.
 Rechtsprechung = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Falkmann u. Mugdan.
 Regelsberger = Regelsberger Pandekten (93).
 Rehbein = Rehbein, Kommentar zum BGB. (seit 99).

- Riezler** = Riezler im Staudinger'schen Kommentar zu Buch I des BGB. s.
R. F. G. = Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.
R. G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R. G. E. = Reichsgesetz.
R. Gew. O. = Reichsgewerbeordnung.
R. G. R. Ord. = Reichsgrundbuchordn. v. 24. März 1897.
R. H. R. O. G. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Roth = Roth, Deutsches Privatrecht (seit 80).
R. Verf. = Reichsverfassung.
R. Zw. G. E. = Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. März 1897.
Säch. G. B. = sächsisches bürgerliches Gesetzbuch.
A. Schmidt = Schmidt und Habicht, Kommentar zu Buch IV des BGB. s. (00).
Schollmeyer = Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. von Schollmeyer 2. Aufl. (04) (nach den Seiten des Buchs zitiert).
Schollmeyer = Kommentar zu Buch II des BGB. s. von Schollmeyer (99) (nach den Paragraphen des BGB. s. zitiert).
Sedel = Sedel, die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts in der Festgabe der jur. Gesellschaft für Koch (03).
Sohm = Sohm, der Gegenstand (05).
Sp. = Sachsenspiegel.
Staudinger = Staudinger, Kommentar zu Buch II, IV des BGB. s.
Str. G. B. = Strafgesetzbuch.
Stobbe = Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. 1.
St.-Lehmann = Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 2, 3, 4. 3. Aufl. herausgegeben von H. D. Lehmann (seit 96).
v. Tuhr, unwiderrufliche Vollmacht (08).
V. = Verordnung.
Wagner = Wagner in dem Staudinger'schen Kommentar zum G. G.
Weißler = Weißler, preuß. Landesprivatrecht (seit 00).
Wehl = Wehl, Vorträge über das BGB. (seit 98).
Windscheid, Windscheid-Kipp = Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, herausgegeben von Kipp, zitiert nach der 8. Aufl. (00).
Z. = Zeitschrift.
Zitelmann = Zitelmann, internationales Privatrecht (seit 97).
Zitelmann, Rechtsgeschäfte = Zitelmann, die Rechtsgeschäfte im Entw. eines b. Gesetzb. s. f. d. D. R. bei B. u. F. (seit 89).
Zitelmann, Grundriß = Zitelmann, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs (00).
Z. P. O. = Zivilprozeßordnung.
-

Nachträge und Berichtigungen.

- §. 1, 2. Die hier aufgeführten Schriften sind, seitdem der Druck dieses Buchs begonnen hat, zum Teil in neuen Auflagen erschienen. So das Werk von Enneccerus, an dem jetzt außer ihm Wolff und Ripp mitwirken, in 4. Aufl. (seit 1909), von Matthiaß in 5. Aufl. (1910), von dem Heymannschen Kommentar der 1. Band, jetzt von Örtmann herausgegeben, in 2. Aufl. (1908), der 2. Band in 3. Aufl. (1910), der Staudingersche Kommentar in 5. Aufl. (seit 1909) usw. Von neu erschienenen Werken seien genannt v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts (1910); Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen von Friedrichs, Heinrici, Oßhausen, H. Neumann (1908); Krüdmann, Spruchrecht (1908).
- §. 9 Anm. lies Zittelmann bei B. u. F. 1 §. 13.
- §. 26 Z. 4 v. u. lies gleichkomme statt gleichkommen.
- §. 49 Z. 17 v. u. lies I, 2 statt I, 1.
- §. 62 Z. 15 v. u. lies ihrem statt ihren.
- §. 94 Anm. 8 lies siehe unten §. 177 I. Absatz, §. 189 bei Anm. 15.
- §. 104 bei III, 2. Das RGes. vom 7. Juni 1909 § 16 gibt dem Inhaber eines zulässigen Pseudonyms das Recht, jede Benutzung seines Pseudonyms zu verbieten, die im geschäftlichen Verkehr erfolgt und geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen, selbst wenn sie ohne Arglist, ja sogar, wenn sie ohne das mindeste Verschulden geschieht.
- §. 130. Die für unsre Geldwährung maßgebenden Gesetze sind jetzt das Reichsmünzgesetz vom 1. Juni 1909, das RGes. betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen vom 30. April 1874 nebst Zusätzen vom 21. Juli 1884, 26. Mai 1885 und 5. Juni 1906, sowie das Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 nebst Zusätzen vom 18. Dezember 1889, 7. Juni 1899, 20. Februar 1906 und 1. Juni 1909. Die wichtigsten Änderungen des bisherigen §. 130 ff. dargestellten Rechts, die die Gesetze von 1909 gebracht haben, sind die folgenden: I. An Silbermünzen werden außer den §. 130 genannten auch Dreimarkstücke, an Nickelmünzen auch Fünfundzwanzigpfennigstücke ausgegeben. II. Die Reichsbanknoten müssen in demselben Umfang wie Goldmünzen von jedermann in Zahlung genommen werden. Für die übrigen Banknoten ist ein solcher allgemeiner Annahmepflicht nicht eingeführt; sie brauchen also wie bisher nur von den Zettelbanken in Zahlung genommen zu werden; doch ist die Reichsbank in gewissem Umfang verpflichtet, sie gegen ihre eignen Noten auf Verlangen umzutauschen. — Außerdem sind noch einige andre der §. 130 u. 131 gemachten Angaben zu berichtigen. I. Banknoten zu 20 und 50 Mf. dürfen nur von der Reichsbank ausgegeben werden. Banknoten zu 1000 Mf. werden tatsächlich nur von der Reichsbank, Banknoten zu 500 Mf. werden nur von der sächsischen Bank ausgegeben. II. Der Satz, daß die Reichs- und Staatskassen Scheidemünzen unbeschränkt in Zahlung nehmen müssen, gilt nur für Silbermünzen.
- §. 137 Z. 24 v. o. lies umgepflanzte statt ungepflanzte.

- §. 161 Z. 13 v. o. lies Wirkungen statt Wirkung.
 §. 162 Z. 8 v. o. lies schuldig ist, um sich.
 §. 163 Z. 4 v. o. lies 300 statt 200.
 §. 169 Z. 4 v. o. lies in dem.
 §. 174 Z. 13 v. u. lies eine versehbliche Entstellung statt die Verfälschung.
 §. 189 Z. 4 v. u. lies B. statt A.
 §. 194 Z. 7 v. u. füge zu (185 I).
 §. 198 Z. 5 v. u. füge zu (137).
 §. 209 Z. 18 u. 24 v. o. vertausche c) und d).
 §. 210 Z. 10 v. o. schalte hinter Antragsteller ein (150 I).
 §. 215 Z. 14 v. u. lies Staatspapieren.
 §. 255 Z. 16 v. u. lies nicht rechtsgeschäftliche Rechtshandlung.
 §. 284 Z. 5 v. u. füge zu (s. auch 169).
 §. 289 Z. 23 v. u. füge zu (165).
 §. 291 Z. 19 v. o. füge zu (166).
 §. 298 Z. 19 v. u. füge hinter „rücken“ zu ¹.
 §. 309 Nr. II, 1 f.

Diese Haftung ist durch die Prozeßnovelle vom 22. Mai 1910 § 713 III der Regel nach
ausgeschlossen bei der Zwangsvollstreckung aus Urteilen der Oberlandesgerichte!

- §. 319 Z. 4 v. o. füge zu (198 Satz 1).
 §. 323 Z. 14 v. u. füge zu (205).
 §. 333 Z. 2 v. o. streiche (s. unten § 166).
 §. 405 Z. 18 v. o. füge vor „Erster Fall“ ein 1.
 §. 416 Z. 6 v. o. lies C. statt B.
 §. 459 hinter ⁹ schalte ein (401).
 §. 513 Z. 8 v. o. lies 489 b statt 419 b.
 §. 533 Z. 16 v. u. lies 460 statt 400.
 §. 585 Z. 17 v. u. lies c) statt b).
 §. 616 Z. 4 v. u. füge zu (643).
 §. 687 Z. 18 v. u. lies 853 statt 833.
-

Einleitung.

1. Literatur des deutschen bürgerlichen Rechts.¹

§ 1.

I. Literatur des BGB. §.

1. Größere systematische Darstellungen: Biermann, bürgerl. Recht, Bd. 1 (08); Crome, System d. D. bürgerl. Rechts, bis jetzt 4 Bde. (seit 00); Dernburg, d. bürgerl. Recht des D. Reichs u. Preußens, Bd. 1, 2, in 3., Bd. 3, 4 in 4., Bd. 5 in 2. Aufl. (seit 05); Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. 1 in 8., Bd. 2, 3 in 7. Aufl. (seit 99); Enneccerus, F. D. Lehmann, Jäger, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. 1 in 3. Aufl. (08); Bd. 2 in 2. Aufl. (01); Goldmann u. Lienthal, d. BGB., bis jetzt 2 Bde. (seit 03); Kohler, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, bis jetzt 2 Bde. (seit 04); Landsberg, Recht d. BGB. §, 2 Bde. (04); F. D. Lehmann, Stobbes Handb. d. D. Privatrechts, 3. Aufl. Bd. 2—4 (96, 97, 98, 00); Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 2 Bde., 3. u. 4. Aufl. (00).

2. Kürzere systematische Darstellungen: Bendig, d. D. Privatrecht, 2. Aufl. (04); Engelmann, d. bürgerl. Recht D. §, 4. Aufl. (06); Heilfron, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 4 Teile, 3. bzw. 2. Aufl. (seit 03); Krüdemann, Institutionen d. BGB. §, 3. Aufl. (01); Liebe, d. BGB. (seit 04); Müller u. Medel, d. bürgerl. Recht, 2. Aufl. (04); Scheiff, prakt. Handb. d. bürgerl. Rechts (seit 99); Simeon, Recht u. Rechtsgang, 3. Aufl. (01); Zitelmann, Recht d. BGB. §, bis jetzt ein Heft (00).

3. Vorträge: Eck, Vorträge über das Recht des BGB. §, 2. Aufl., herausgeb. von R. Leonhard (03, 04); Sachenburg, d. BGB., 2. Aufl. (00); Sellmann, Vorträge über das BGB. I (97).

4. Vergleiche des neuen bürgerlichen Rechts mit den bisherigen Landesrechten: Leske, vergleichende Darstellung des BGB. § u. des preußischen allgemeinen Landrechts (seit 98); v. Buchka, vergleichende Darstellung des BGB. § u. d. gemeinen Rechts, 3. Aufl. (99); Ripp, Windscheids Lehrb. des Pandektenrechts, 3 Bde., 9. Aufl. (06); Kuhlenbeck, von den Pandekten zum BGB., 3 Bde. (seit 98); Fürtsch, vergleichende Darstellung d. code civil u. d. BGB. § 2. Aufl. (99).

5. Kommentare: der Kommentar der Beck'schen Verlagsbuchhandlung, bisher Bd. 1 u. Teile von Bd. 2 u. 4 (seit 00) von Hülder, Schollmeyer, A. Schmidt; der Kommentar der Heymann'schen Verlagsbuchhandlung Bd. 2, 3, 6 in 2. Aufl. (seit 01) von Örtmann,

1) Mühlbrecht, Wegweiser durch die neuere Literatur der Rechts- und Staatswissenschaften, Bd. 2 (01). Maack, R. u. R. 16 S. 1, 18 S. 193, 19 S. 345, 20 S. 315, 24 S. 87. Regelmäßige Nachweise der neuesten Literatur finden sich u. a. in Maack, Jurisprudentia Germaniae, im Jahrb. d. deutschen Rechts u. im Archiv. f. das bürgerl. Recht.

Biermann, Niedner, Bd. 1, 4, 5 in 1. Aufl. (seit 99) von Gareis, v. Blume-Opet, Frommhold; Ruhlenbeck (seit 98); Meisner (seit 98); der Pfandische Kommentar, 3. Aufl. (seit 05) von André, Greiff, Pfand, Strecker, Strohal, Unzner; Rehbein, 2 Bde. (seit 99); der Staudingersche Kommentar, 3. Aufl. (seit 07) von Engelmann, Herzfelder, Kober, Ruhlenbeck, Löwenfeld, Mayring, Niezler, Wagner.

6. Textausgaben des BGB. mit Anmerkungen: Achilles, 5. Aufl. (06); Fischer u. Henle, 7. Aufl. (06); Neumann, 4. Aufl. (05).

7. Hilfsmittel beim Gebrauch des BGB.: Bernhardi, Handwörterbuch zum BGB., 3. Aufl. (02); Gradenwitz, Wortverz. z. BGB. (02).

8. Praktika: Hellwig, Zivilrechtsfälle, 2. Aufl. (04); v. Thering-Detmold, Jurisprudenz d. tägl. Lebens, 12. Aufl. (03); v. Thering-Negelsberger, Zivilrechtsfälle, 10. Aufl. (04); Josef, Rechtsfälle, 2. Aufl. (02); Krückmann, Rechtsatlas, 2. Aufl. (05); Landsberg, Rechtsfälle nach dem BGB. (00); Lenel, Praktikum des bürgerl. Rechts, 3. Aufl. (07); Schneider u. Habicht, Rechtsfälle (97); Schröder, bürgerlich-rechtl. Fälle (06); Schück, Zivilrechtspraktikum (99); Stammer, Übungen im bürgerl. Recht für Anfänger I (98); ders., Praktikum d. bürgerl. Rechts für Vorgerücktere (98).

9. Sprichwörter: Cohn, das neue deutsche bürgerl. Recht in Sprüchen, 4 Teile, Teil 1 in 2. Aufl. (seit 96); ders., neue Sprüche z. BGB. (07); Lobe, neue d. Rechts-sprichwörter (02).

10. Zeitschriften: Archiv für zivilistische Praxis; Archiv für bürgerliches Recht (begründet von Kohler und Ring); Beiträge zur Erläuterung des d. Rechts in bes. Beziehung auf das preußische Recht (begründet von Gruchot); Blätter für Rechtsanwendung bes. in Bayern; Deutsche Juristenzeitung (begründet von Laband, Staub, Stenglein); Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (begründet von Thering); Jahrb. f. d. deutsche Recht (begründet von H. Neumann); Juristische Wochenschrift; das Recht (begründet von Sörgel); Rhein. Archiv für Zivil- und Strafrecht; Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht u. Prozeß; Zeitschrift für das Privat- u. öffentliche Recht der Gegenwart (begründet von Grünhut); Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (begründet von Goldschmidt); Zeitschr. f. Rechtspf. in Bayern (begründet von v. d. Pfordten) u. f. w.

11. Rechtsprechung: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; Mugdan u. Falkmann, Rechtspr. d. Oberlandesgerichte (seit 00); Sörgel, Rechtsprechung (seit 02); Warnerer, Jahrb. d. Entscheidungen z. BGB. (seit 03); Fuchsberger-Vogel, Rechtsprechung z. BGB. (07).

II. Literatur des neben dem BGB. in Kraft gebliebenen Landesrechts.

1. Systematische Darstellungen: das zu I, 1 genannte Werk von Dernburg (Preußen) und dazu Ergänzungsbände von Ortman für Bayern (03), Risch für Elsaß-Lothringen (05), Kloss für Sachsen (04), Dorner-Seng für Baden (06), Buchta für Mecklenburg (05), Möldeke für Hamburg (07); v. Mandry, württemb. Privatrecht, Bd. 1 (01), Ruffrat, oldenburgisches Landesprivatrecht (00); Hampe, d. partikulare braunschw. Privatrecht, 2. Aufl. (01); Lindelmann u. Fleck, d. Hannov. Privatrecht, Abt. 1 (01) usw.

2. Kommentare zu den Ausführungsgesetzen: für Preußen Stranz u. Gerhard (01); Müller u. Grusen (01), für Bayern Böhm u. Klein (01), für Württemberg Nieder (00), für Baden Dorner (01) usw.

2. Begriff des deutschen bürgerlichen Rechts.

§ 2.

Das deutsche bürgerliche Recht, wie es als Gegenstand dieses Lehrbuchs aufgefaßt wird, begreift alles zurzeit in Deutschland geltende Privatrecht in sich, soweit es auf der Grundlage des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs beruht.

I. Wir stellen nur Privatrecht dar. Hierunter ist das System der

Rechtsregeln zu verstehen, die sich mit den Privatpersonen als solchen befassen. Den Gegensatz zum Privatrecht bildet das öffentliche Recht,¹ d. h. das Recht der dem öffentlichen Interesse dienenden Organisationen, also des Staats, der Gemeinden, der Kirche usw.; nur soweit diese Organisationen den Privatpersonen rechtlich gleichgestellt werden, was regelmäßig der Fall ist, wenn sie in den privatwirtschaftlichen Verkehr eintreten, gehören auch ihre Rechtsverhältnisse in das Privatrecht.

Eine genauere Abgrenzung des bürgerlichen Rechts gegen das öffentliche soll an dieser Stelle nicht versucht werden, da die Schwierigkeiten, die hier in großer Zahl bestehen, besser im Zusammenhang des öffentlichen Rechts zu erörtern sind. Doch sei erwähnt, daß das BGB. seines Titels ungeachtet sich keineswegs streng auf das bürgerliche Recht beschränkt, sondern hier und da auch auf Fragen des öffentlichen Rechts, z. B. auf die Aufhebung einer das Gemeinwohl gefährdenden Stiftung (87), eingeht. Die Aufnahme eines Rechtsinstituts in das BGB. ist also nicht, wie man zunächst denken sollte, ein untrügliches Kennzeichen dafür, daß es dem bürgerlichen Recht angehört.

Übrigens sind für die Frage, ob in einem Lehrbuch wie diesem irgend ein öffentlich-rechtliches Institut zu besprechen oder umgekehrt ein privatrechtliches Institut zu übergehen ist, nicht hochtheoretische, prinzipielle, sondern praktische, didaktische Gründe entscheidend. So gehe ich z. B. bei der Schilderung der Gründung eingetragener Vereine unbedenklich auf Fragen des öffentlichen Rechts ein, weil es mir wünschenswert erscheint, daß meine Leser gerade an der betreffenden Stelle meines Buchs über diese Fragen einigermaßen orientiert werden. Umgekehrt lasse ich mich auf eine Darstellung der Haftung der Beamten aus ihren Amtsdelikten nicht ein; denn selbst wenn man diese Lehre für privatrechtlich erachten wollte, was ich trotz ihrer Erwähnung im BGB. (839) nicht tue, ist es doch nicht zweckmäßig sie in ein System des Privatrechts hineinzuziehen: sie ist und bleibt ein integrierender Bestandteil des Beamtenrechts, das überwiegend dem öffentlichen Recht angehört, und läßt sich nur in dessen Zusammenhang würdigen.

II. Wir stellen nur das Privatrecht dar, das innerhalb des deutschen Reichs gilt, schließen also namentlich das Recht Österreichs aus.

III. Wir stellen das Privatrecht nur insoweit dar, als es auf der Grundlage des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs ruht, d. h. insoweit, als es in diesem Gesetzbuch selbst geordnet ist oder doch in untrennbarem Zusammenhang mit den in ihm geordneten Materien steht. Wir scheiden demgemäß das Konkurs- und Anfechtungsrecht, das Handels-, Wechsel-, See- und Gewerbe-recht, das Wasser-, Berg-, Jagdrecht, das Recht der Lehen und Familienfideikomnisse, das Recht des Adels, das bäuerliche Recht usw. aus.

Das ist durch methodische Gründe geboten. Denn der Stoff, den das bürgerliche Gesetzbuch für ein Lehrbuch bietet, ist überreich schon für sich allein. Auch lassen sich viele der auszuscheidenden Materien in ein allgemeines System des Privatrechts nur schwer einteilen; so müßte man z. B. das Recht der Familienfideikomnisse, wollte man es wirklich mit dem allgemeinen bürgerlichen Recht verbinden, halb dem Sachen-, halb dem Erbrecht zuteilen, im Bergrecht müßte man das Recht der Gewerkschaft ausscheiden und in die Lehre von den juristischen Personen einstellen usw.

1) Schupp, d. öffentliche Recht im BGB. (99); Bornhak, Verwaltungsarchiv 8 S. 1.

3. Geschichtliche Entwicklung des deutschen bürgerlichen Rechts.

a) Bis zur Rezeption des römischen Rechts.¹

§ 3.

Das deutsche bürgerliche Recht hat sich bis zum Ende des Mittelalters im Wege langsamer Gewöhnung ausgebildet. Deshalb ist sein Entwicklungsgang einförmig. Er schließt freilich große Rechtsänderungen ein; aber diese sind so allmählich vor sich gegangen, daß sie sich der Beobachtung im einzelnen entziehen. Darum sollen im folgenden aus der Entwicklungsgeschichte des mittelalterlichen Rechts nur einige wenige Züge angeführt werden.

I. Der Satz, daß das deutsche bürgerliche Recht ein Gewohnheitsrecht gewesen, hat in voller Reinheit nur in der Urzeit bis zum Abschluß der Völkerwanderung und dann ein zweites Mal in den ersten drei Jahrhunderten des deutschen Reichs gegolten; in diesen beiden Perioden ist in der Tat von einem bürgerlichen Gesetzesrecht kaum eine Spur vorhanden. Dagegen hat sich in den ersten drei auf die Völkerwanderung folgenden Jahrhunderten und dann wieder in den drei letzten Jahrhunderten des Mittelalters dem Gewohnheitsrecht auch ein Gesetzesrecht zugesellt.

Aus der ersten Periode dieses Gesetzesrechtes kommen namentlich die „Volksrechte“ (leges Barbarorum) in Betracht, vor allem die lex Salica und die langobardischen Gesetze; in der zweiten Periode ragen die Landrechte einzelner Territorien (z. B. oberbayrisches Landrecht von 1336) und die Stadtrechte (z. B. das von Lübeck, Goslar, Augsburg, München) hervor. — Doch ist der Gegensatz zwischen der Zeit reinen Gewohnheitsrechts und der Zeit, da zu dem Gewohnheitsrecht ein Gesetzesrecht hinzutritt, nicht zu überschätzen. Denn die mittelalterliche Gesetzgebung hat gegenüber dem Gewohnheitsrecht nur selten eine selbständige Haltung eingenommen; sie hat sich vielmehr zumeist darauf beschränkt, solche Rechtsregeln gesetzlich festzulegen, die bereits vorher in der Gewohnheit zur Geltung gelangt waren. Nur ausnahmsweise, namentlich wenn ein rechtspolizeilicher Grund dafür sprach, hat die ältere Gesetzgebung einen wirklich neuen bürgerlichen Rechtsatz geschaffen. Als Beispiel sei etwa das gesetzliche Verbot der Zinsabrede und des Verkaufs von Früchten auf dem Halm angeführt.

II. Eine große Änderung des bürgerlichen Rechts hat der Übertritt des deutschen Volkes zum Christentum mit sich gebracht. Namentlich hat sich das Eherecht den kirchlichen Lehren angepaßt, und auch auf dem Gebiet des Erb- und Vertragsrechts — man denke etwa an die Seelgeräte, den Gottespfennig — macht sich kirchlicher Einfluß geltend.

III. Bis zur fränkischen Zeit galt das Recht in jedem Rechtsgebiet einheitlich für das ganze Volk; freilich die Knechte genossen des Volksrechts nicht; aber sie hatten nicht etwa ein schlechteres Sonderrecht, sondern darboten das Recht ganz. Hier trat im Mittelalter ein Wechsel ein. Erstlich bildete sich für die Knechte ein eignes Rechtssystem aus, das „Hof- und Dienstrecht“. Sodann entstand für den Adel ein besondres Rechtssystem, das zwar nicht die

1) Heuzler, Institutionen des D. Privatrechts, 2 Bde. (85/86); Schröder, D. Rechtsgesch. 5. Aufl. (07); Brunner, Grundzüge der D. Rechtsgeschichte 2. Aufl. (03).

Gesamtheit seiner Rechtsverhältnisse, aber doch einen besonders wichtigen Teil seines Vermögensrechts umfaßte, das „Lehnrecht“. Endlich erwuchs für die Städte ein „Stadtrecht“.

Nunmehr war das anfangs einheitliche Volksrecht gänzlich in Standes- oder Klassenrechte aufgelöst. Ein großer Vorteil für die deutsche Rechtsentwicklung! Denn die einzelnen Volksklassen waren nun einmal tatsächlich durch ihre gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und staatsbürgerlichen Verhältnisse scharf voneinander getrennt, so daß sie der nämlichen Rechtschablone unmöglich unterworfen werden konnten. Entweder mußte also die Verschiedenheit der tatsächlichen Verhältnisse abgeschwächt werden, und dazu war das Mittelalter nicht entfernt imstande, oder aber es galt, ihnen durch Ausbildung gesonderter Standesrechte Rechnung zu tragen. Daß letzteres geschah, hat es möglich gemacht, daß die Städte — dem Fortschritt ihrer politischen und wirtschaftlichen Zustände gemäß — das bürgerliche Recht freier und elastischer gestalten konnten als das flache Land. Dem Stadtrecht fiel in der Fortbildung des deutschen Rechts fortan die Führerrolle zu.

IV. Das deutsche Recht ist seit jeher örtlich zersplittert gewesen. Erklärlich genug, da die deutschen Völker sich zu einer Zeit, da ihr Rechtsleben noch auf einer geringen Stufe stand, voneinander staatlich getrennt hatten und seitdem in ihrer Rechtsbildung gesonderte Wege gegangen waren. So kam es, daß nicht bloß die großen Stämme, sondern daß sogar manche kleine Gaue ihr Sonderrecht besaßen. Da trat dank den Eroberungen der Merowinger und Karolinger die staatliche Vereinigung der großen Mehrzahl aller deutschen Völker zu einem Reich ein. Man hätte erwarten können, daß nunmehr das Ende der Rechtszersplitterung gekommen wäre. Allein dem neuen Reich fehlte für die Fortbildung des bürgerlichen Rechts und also auch für dessen einheitliche Ausgestaltung ein wirksames Zentralorgan. War doch von einer selbständigen bürgerlichen Gesetzgebung des Reichs kaum jemals die Rede. Eher hätte die Gerichtsbarkeit des Königsgerichts eine Verschmelzung der verschiedenen deutschen Rechte fördern können; allein sie ist zu ungleichmäßig geübt worden, als daß sie hätte dauernde Frucht tragen können. So konnte die Rechtszersplitterung im Lauf des Mittelalters statt abzunehmen sogar noch weitere Fortschritte machen. Denn die Staatsbildung ging seit der Stauferzeit immer mehr ins Kleine, und die Gerichte jedes Kleinstaats schlugen ohne Rücksicht auf die Rechtsprechung der Nachbargerichte ihre eignen Wege ein.

Nur die Städte vereinigten sich zum Teil zu größeren Rechtsprovinzen mit einer Hauptstadt, deren Recht für die andern zu der Provinz gehörigen Städte mehr oder minder maßgebend war und deren Gericht als „Oberhof“ der ganzen Provinz diente; so konnte man von einer Provinz Magdeburg oder Lübeck reden. Auch das flache Land hatte wenigstens im Nordosten Deutschlands eine schwache Rechtseinigung gefunden, soweit als das Ansehen des Sachsenpiegels reichte, d. h. im Gebiet des alten ostfälischen Landes und dem von diesem abhängigen Kolonisationsgebiet. Dagegen reichte die Rechtseinheit im übrigen bloß soweit wie die Grenzen der neuen Kleinstaaten.

Beispiele der Rechtszersplitterung aus merowingisch-karolingischer Zeit: I. Bei den Franken fiel der bewegliche Nachlaß des Vaters an Sohn und Tochter, bei den Sachsen nur an den Sohn. II. Bei den ostfälischen und engrischen Sachsen fiel die ganze eheliche Errungenschaft an den Ehemann, bei den westfälischen Sachsen an beide Eheleute je zur Hälfte.

V. Wie jedes Gewohnheitsrecht hatte auch das deutsche Recht seine Regeln immer nur soweit festgestellt, als dafür ein praktisches Bedürfnis vorhanden

war. Deshalb stand die einzelne praktisch festgestellte Regel meist bloß in ihrer Vereinzelnung da, und der innere Zusammenhang des gesamten Regelschatzes blieb unaufgedeckt. Doch fehlte in Wahrheit dieser Zusammenhang durchaus nicht, und nichts wäre falscher, als das deutsche Recht prinziplos zu nennen. Die allgemeinen leitenden Prinzipien waren nur unausgesprochen oder sogar unbewußt.

So bestimmte man z. B. Eigentum, Grundgerechtigkeit, Pfandrecht gleichmäßig als Befugnisse, die eine körperliche Sache mit unmittelbarer Wirkung gegen jeden Dritten, der nicht ein entgegenstehendes Recht erwirbt, ergreifen; aber man brachte es sich nicht zum Bewußtsein, daß alle diese Rechte ebendeshalb von gleicher Art seien und zu der großen Gruppe der dinglichen Rechte gehören, und formulierte deshalb auch den Begriff des dinglichen Rechts nicht. Oder man regelte die Erbfolge nach den Grundsätzen der Parentelenordnung, begnügte sich aber, die Parentelenordnung durch ein bloßes, nicht einmal genau passendes Gleichnis auszudrücken. Übrigens läßt sich nicht verkennen, daß das deutsche Recht im Lauf der Zeit auch in der Formulierung seiner Regeln erhebliche Fortschritte machte; ein Vergleich zwischen der lex Salica und den karolingischen Kapitularien und zwischen diesen und dem Sachsenspiegel oder den Goslarer Statuten läßt hierüber keinen Zweifel.

VI. Das deutsche Gewohnheitsrecht war anfangs ein ungeschriebenes Recht auch in dem Sinn, daß es nicht einmal privatim niedergeschrieben, sondern bloß mündlich fortgepflanzt wurde. Nur über einzelne Rechtsfragen — oder im Bereich eines örtlich engbegrenzten Geltungsgebiets (etwa eines bischöflichen Hofes) auch über größere zusammenhängende Rechtsinstitute — ward hier und da die Auskunft erwählter Sachverständiger oder einer ganzen Gerichtsversammlung eingeholt und als ein sogenanntes „Weistum“ schriftlich festgestellt. Erst im späteren Mittelalter finden sich auch umfassendere Rechtsaufzeichnungen und sogar sogenannte „Rechtbücher“, d. h. systematische Bearbeitungen des geltenden Rechts. Unter ihnen nimmt weitaus den ersten Rang der Sachsenspiegel des Eike von Nepgau ein; neben ihm kommen noch für süddeutsche Verhältnisse der Schwabenspiegel und das kleine Kaiserrecht, sowie in Norddeutschland eine Anzahl stadtrechtlicher Arbeiten, namentlich aus dem Gebiete des Magdeburger Rechts, in Betracht.

b) Die Rezeption des römischen Rechts.¹

§ 4.

I. Die ruhige Entwicklung des deutschen Rechts, wie sie bisher geschildert wurde, ist in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts jäh unterbrochen worden: es wurde jetzt ein sehr weitläufiges Gesetzbuch eingeführt, das sich keineswegs wie die älteren deutschen Gesetze eng an das bisherige Gewohnheitsrecht angeschlossen, ihm vielmehr schroff widersprach. Das neue Gesetzbuch war aber nicht in Deutschland selbst verfaßt, sondern in Byzanz, vor etwa neunhundert Jahren. Es war das corpus juris civilis Kaiser Justinians.

II. So war also das römische Recht bei uns „rezipiert“. Doch schrieb man ihm nur „subsidiäre“ Geltung zu, d. h. man gab jeder einheimischen Regel, sobald sie für einen bestimmten Bezirk als Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht sicher nachgewiesen werden konnte, den Vorzug vor dem Fremdrecht, ließ also letzteres nur gelten, soweit das heimische Recht eine Regel überhaupt

1) Literatur bei Schröder § 66.

nicht aufgestellt hatte oder die heimische Regel dunkel oder von zweifelhafter Geltung war; auch schloß man einige wenige römische Rechtsregeln und Rechtsinstitute als veraltet von der Rezeption vollständig aus. Hiervon abgesehen galt aber die Rezeption dem römischen Recht im ganzen („in complexu“): man nahm aus dem römischen Recht nicht etwa bloß das auf, was für deutsche Verhältnisse zweifellos zu passen schien, sondern machte umgekehrt höchstens eine Ausnahme bei dem, von dem zweifellos feststand, daß es nicht paßte.

Beispiele I. 1. Weil die Rezeption nur subsidiär wirkte, blieb in vielen Gegenden Deutschlands die Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten, der Satz, daß beim Tode eines Bruders die Eltern mit Ausschluß der Geschwister seine alleinigen Erben sind, der Volljährigkeitstermin von 18 oder 21 Jahren auch nach der Rezeption trotz ihres Gegensatzes zum römischen Recht in Kraft. Denn diese Institute waren so populär und in ihren Grundgedanken so klar, daß man ihre gewohnheitsrechtliche Geltung für gewisse Bezirke bei Beginn der Rezeption nicht in Abrede stellen konnte; war das aber nicht möglich, so war damit auch die Fortgeltung dieses Instituts trotz des weiteren Vorrückens der Rezeption fürs erste gesichert. 2. Nicht rezipiert wurde das Institut der Sklaverei und das der stipulatio; denn darüber, daß beide sich zur Rezeption nicht eigneten, konnte ja kein Zweifel sein. II. Dagegen wurde das römische Testament und das römische formelle Noterbenrecht der sui rezipiert. Denn der Widerspruch des einheimischen Rechts war hier kein offener: man konnte allenfalls sagen, daß das einheimische Recht die Testamente zwar nicht anerkannte, aber doch auch nicht verbot, und konnte darauf hinweisen, daß sich gewisse Ansätze zur Zulassung der Testamente bereits vor der Rezeption bei uns bemerkbar gemacht hatten. Daß aber, wenn schon nicht das Testament, so doch jedenfalls das Noterbenrecht der sui für Deutschland sehr unpassend war, sah man nicht ein, sondern gab sich der Hoffnung hin, das deutsche Volk werde allmählich zum Verständnis dieser und anderer römischer Feinheiten heranreifen.

III. Mannigfache Gründe haben bei der Rezeption zusammengewirkt. Der Hauptgrund war, daß die Rechtsprechung, durch die nach wie vor die Fortentwicklung des Privatrechts in Deutschland beherrscht ward, nunmehr aufgehört hatte, volkstümlich zu sein. Denn sie war unter den Einfluß „gelehrter“ Personen geraten, zunächst mittelbar, indem diese Personen als Sachverwalter, Gerichtsschreiber, Schiedsrichter, bei der Urteilsfällung mitwirkten, später auch unmittelbar, indem sie als ordentliche Mitglieder in die Gerichte eindrangen; und als 1495 das Reichskammergericht begründet wurde, ist ausdrücklich vorgeschrieben worden, daß die Hälfte der Richter Doctores juris sein mußten. Die Gelehrten hatten nun aber ihre Rechtskenntnisse nicht im praktischen Leben, nicht durch Beobachtung deutscher Rechtsübung, sondern auf Universitäten oder aus Büchern erworben, und hier war ihnen — im Zeitalter der Renaissance selbstverständlich! — neben dem kanonischen nur das justinianeische Recht begegnet. Und das römische Recht erschien ihnen als das Weltrecht, als das ewig wahre Vernunftrecht; kritiklos meinten sie, daß dies Recht ebendeshalb auch in Deutschland anwendbar sei, zumal es ja von den römischen Kaisern, also den Rechtsvorgängern der Kaiser des römischen Reichs deutscher Nation herrühre. Diese Meinung setzten sie auch tatsächlich durch, indem sie den Widerspruch der Freunde des heimischen Rechts durch scholastische Dialektik zu brechen mußten. Natürlich unterstützte auch die römische Kirche, besonders auf

dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Rezeption. Schließlich hat auch die deutsche Gesetzgebung, namentlich die erste Reichskammergerichtsordnung von 1495, sie gefördert, indem sie die Gerichte anwies, nach „gemeinem“ Recht zu erkennen. Um die Mitte des 16. Jahrhunderts war die Rezeption fast in ganz Deutschland eine vollendete Tatsache.

Die Rezeption beruht also in der Hauptsache auf einer durch die Renaissance hervorgerufenen gelehrten Begriffsverwirrung, auf der unkritischen Vorstellung, daß eine „klassische“ Institution als solche ohne weiteres auch für die Gegenwart Geltung beanspruchen dürfe. Oft genug sind freilich die Gelehrten erst zur Rechtsprechung zugezogen worden, weil die Rezeption des Fremdrechts bereits vollzogen und mit ihr eine Laienrechtsprechung natürlich nicht verträglich war. Dann folgten also die Gelehrten dem fremden Recht. Typisch ist aber dieser Vorgang für die eigentliche Rezeption nicht. Typisch ist es vielmehr, daß erst die Gelehrten kamen und das Fremdrecht hinter sich herzogen.

Man könnte versucht sein, die Ausnahme des römischen Rechts in Deutschland tiefer aufzufassen, also sie nicht bloß auf eine gelehrte Verbildung der Juristen, sondern auf tatsächliche Vorzüge des römischen Rechts zurückzuführen. Man erweist aber damit dem flachen Geist der Juristenzeit, die die Fremdherrschaft des *corpus juris* bei uns verschuldet hat, zu viel Ehre. Selbst zugegeben, daß das römische Recht wirklich besser gewesen wäre als das deutsche — die Juristenzeit jener Zeit hätte dafür kein Verständnis gehabt. Was ihr an dem römischen Gesetzbuch allein gefiel, war, natürlich von der Kardinaleneigenschaft abgesehen, daß das *corpus juris* vom Auslande kam und der Glanz der Antike darauf ruhte, die schwülstige Sprache des Kodex und die Möglichkeit, die feinen und subtilen Erörterungen der Pandektenjuristen in plumper Scholastik endlos fortzuspinnen. Natürlich gab es auch unter den Juristen der Rezeptionszeit hier und da einen fähigeren Kopf; aber die große Mehrzahl war von erschreckend geringer Einsicht und wurde denn auch von den klügeren Zeitgenossen, z. B. von Melancthon, Hutten, Zasius, mit bitterem Spott begrüßt.

IV. 1. Die Rezeption des römischen Rechts hat der deutschen Rechtsentwicklung einen nicht geringen Nutzen gebracht. So ist zunächst die zwar durchaus nicht einwandfreie, aber doch der mittelalterlich deutschen formell weit überlegene römische Methode, namentlich die Kunst scharfer Begriffsbestimmung und Begriffsentwicklung sowie die Ausbildung freier, der Mannigfaltigkeit des Rechtslebens sich schmiegsam anpassender Regeln, den deutschen Juristen als eine reife Frucht in den Schoß gefallen; anfangs stümperhaft gehandhabt, hat die römische Methode schließlich doch die deutsche Rechtswissenschaft zweifellos gefördert. Sodann hat durch die Rezeption die deutsche Rechtseinheit gewonnen; denn das römische Recht war ja als ein „gemeines“ Recht in ganz Deutschland eingeführt; damit war ein Boden gefunden, auf dem sich die Kraft und Kunst der deutschen Juristen zu gemeinsamer Arbeit vereinigen konnte, und es war zugleich die Ausbildung eines gemeindeutschen Gewohnheitsrechts sehr erleichtert. Endlich war, auch was den materiellen Inhalt des Rechts angeht, durch die Rezeption mancher Gewinn erzielt.

So war der Bann des rechtsgeschäftlichen Formalismus, der das deutsche Mittelalter beherrschte, nunmehr gebrochen, es ward eine allgemeine Klagverjährung eingeführt, die possessortischen Klagen kamen auf, der Verkäufer mußte für alle erheblichen Mängel der Ware auch ohne besondere Zusage einstehen, der in Verzug befindliche Schuldner wurde auf Schadensersatz haftbar gemacht usw.; nach der herrschenden Anschauung ist auch die Einführung des Testamentsrechts ein Gewinn für unser Rechtsleben gewesen. Dem römischen Recht ist ferner zu danken, daß der niedere Adel das Erfordernis der Ebenbürtigkeit zur

Einziehung einer vollwirksamen Ehe ziemlich rasch fallen lassen mußte und daß auch sonst die dem Mittelalter eigne ständische Gliederung des Rechts abgeschwächt wurde.

2. Andererseits hat aber die Rezeption die Entwicklung des deutschen Rechts auch schwer geschädigt. Erstlich ist das römische Recht auch nach der Rezeption ein fremdes Recht für uns geblieben, fremd durch die nur den Gelehrten verständliche Sprache seiner Quellen, fremd durch die fortwährende Bezugnahme der Quellen auf die römischen Sklaven Stichus und Pamphilus, auf die insulae der Stadt Rom u. dgl. So ward durch die Rezeption eine Kluft geöffnet zwischen der Rechtsordnung und dem Volk, dem allein zu dienen die Rechtsordnung bestimmt ist. Das Volk geriet geradezu unter die Herrschaft der Juristenzunft als der einzigen Kennerin und Hüterin des römischen Rechts, unter eine echte Fremdherrschaft. Der Juristenzunft mag dies freilich zeitweise eine Freude gewesen sein. Aber sie hat ihre Herrscherstellung damit büßen müssen, daß sie in weiten Kreisen des Volks der Gegenstand tiefer Abneigung geworden ist. Und auch an sich selbst hat sie schweren Schaden erlitten: durch die Rezeption ist den Juristen der Einblick in das, was für sie die Hauptsache sein soll, das praktische Rechtsleben, künstlich erschwert und ihr praktischer Instinkt irregeleitet worden, indem die römischen Quellen ihnen das geltende Recht eng verquickt mit veralteten Lebensverhältnissen vorführten. Zweitens war, was den materiellen Inhalt des Rechts betrifft, die Überlegenheit des römischen Rechts gegenüber dem deutschen keineswegs eine allgemeine, sondern es gab zahlreiche Rechtsinstitute, die im deutschen Recht besser geordnet gewesen waren als im römischen: indem auch hier das römische Recht kritiklos dem deutschen vorgezogen wurde, ist der heimische Rechtszustand, statt eine Besserung zu erfahren, materiell geradezu verschlechtert worden.

Als Beispiel diene das ganze Recht der Liegenschaften, das ganze Familienrecht, das Institut der gesamten Hand, die reine (unmittelbare) Stellvertretung, die Regel „wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn wieder suchen“, die Regel „Kauf bricht nicht Miete“, die Regel, daß die Gefahr der gekauften Sache erst mit der Übergabe auf den Käufer übergeht, das gesetzliche Erbrecht.

Man übersehe nicht, daß, wenn wir in dieser Art römisches und deutsches Recht vergleichen und dabei in wichtigen Beziehungen das deutsche Recht dem römischen vorziehen, damit ein Tadel gegen das römische Recht schlechterdings nicht ausgesprochen werden soll. Ein solcher Tadel läge in unserem Urteil nur, wenn es wahr wäre, daß die Römer ihr Recht für die ganze Welt erdacht hätten.² In Wahrheit ist aber der stolze Bau des römischen Rechts ein nationales und antikes Werk; er ist geschaffen für die Römer, für das Altertum. So verstanden, zwingt er uns zu rückhaltloser Bewunderung. So verstanden, verdient er auch unbedingten Vorzug vor dem deutschen Recht; denn dieses hat für das deutsche Volk und die Zeiten des Mittelalters nicht entfernt das gleiche geleistet wie das römische Recht für das römische Volk und die Zeiten der Antike. Das alles ist hier aber nicht in Frage. In Frage ist nur, ob das Werk der Römer für die Deutschen, ob das Werk der Antike für das 15. Jahrhundert und die Folgezeit passend war. Auch sei nochmals betont, daß wir hier nicht von der Methode und der Technik der Römer, sondern nur von dem Inhalt der römischen Rechtsregeln sprechen.

2) Siehe Zitelmann 1 S. 13.

V. Das römische Recht ist bei uns nicht in voller Reinheit aufgenommen, sondern hat bei der Rezeption gewisse Änderungen erfahren, die zum Teil durch die Schule der Glossatoren und Postglossatoren und durch das kanonische Recht in Italien vorbereitet, zum Teil aber auch erst auf deutschem Boden entstanden sind. Es sind nämlich nicht bloß, wie schon erwähnt, rein negativ manche römische Institute von der Rezeption einfach ausgeschlossen, sondern es sind andre Institute auch positiv umgestaltet worden.

Beispiele. Die Regel von dem formlosen Abschluß der Konsensualverträge wird auf alle andern Verträge ausgedehnt; bei Verpflichtungen, die an einem bestimmten Kalendertage zu erfüllen sind, tritt der Verzug des Schuldners ohne besondere Mahnung des Gläubigers ein (dies interpellat pro homine); die väterliche Gewalt erlischt, sobald der Sohn sich einen eignen Haushalt gründet oder die Tochter sich verheiratet usw.

VI. Die Literatur der Rezeptionszeit ist beträchtlich. Sie ist zum großen Teil populärer Art, indem sie sich an solche Leser wendet, die das Fremdrecht nur für den handwerksmäßigen Gebrauch erlernen wollten, also an Schöffen, Schreiber, Fürsprecher u. dgl.; als Beispiel sei der „Laienpiegel von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimenten“ von Ulrich Tengler (1509) erwähnt.³ Nicht selten gedenkt die Literatur dieser Zeit übrigens auch des einheimischen Rechts; so z. B. das Rechtsbuch des Eijenacher Stadtschreibers Purgold von etwa 1510. Bedeutenderen wissenschaftlichen Wert haben fast nur die römischnrechtlichen Schriften des Ulrich Zasius⁴ († 1535, zuletzt Professor in Freiburg i. Br.).

c) Die Zeit nach der Rezeption bis zum Auftreten des Naturrechts.¹

§ 5.

I. Nach der Rezeption hat das deutsche Recht sich größtenteils, wie in den Zeiten des Mittelalters, im Wege der Gewohnheit fortentwickelt; freilich hat das jetzige Gewohnheitsrecht seinen volkstümlichen Charakter zumeist verloren, weil die Stätte, wo das Gewohnheitsrecht seine Hauptwirksamkeit entfaltet, das Gericht, nun von fremdrechtlichen Juristen, von Doctores juris überflutet ist. Neben das Gewohnheitsrecht tritt aber allmählich auch ein ziemlich umfangreiches Gesetzesrecht, sowohl des Reichs wie der einzelnen Territorien. Einige Territorien wagen sich sogar daran, größere Gesetzbücher abzufassen; unter diesen hat das bairische Landrecht von 1756, auch Codex Maximilianeus Bavaricus civilis genannt, eine gewisse Berühmtheit erlangt.

Beispiele. I. Durch allmähliche Gewohnheit ist das Institut der Erbverträge, die Todeserklärung gegen Verschollene ausgebildet, das mittelalterliche Verbot des Zinsnehmens abgeschafft usw. II. 1. Reichsgesetzlich ist das Erbrecht der Gleichwisternachkommen neu geregelt (Reichstag v. Speyer 1529), die Zwangsvormundschaft für vaterlose Minderjährige über den römischen Termin der pubertas hinaus bis zum Ende der Minderjährigkeit ausgedehnt (Reichspolizeiordnung von 1548), beim Darlehn ein fester gesetzlicher Satz von 5% für Verzugszinsen eingeführt (Reichsdeputationsabschied von 1600). 2. Von größeren Landesgesetzen kommen außer dem bairischen Landrecht namentlich die Solmscher Gerichts- und

3) Stिंगing, Geschichte der populären Literatur des röm.-kan. Rechts in D. (67).

4) Stिंगing, Ulrich Zasius (57). R. Schmidt, Freiburger Univers.-Programm (03).

1) Stिंगing, Gesch. der d. Rechtswissenschaft. Bd. 2 (84).

Landesordnung (1571), das württembergische Landrecht (1610), die nürnbergische Reformation (1479, 1564), die frankfurter Reformation (1509, 1578), das revidierte lübische Stadtrecht (1586), die neuen hamburger Statuten (1605) sowie zahlreiche Einzelgesetze über den Erwerb des Grundstückseigentums, den Viehhandel, das eheliche Güterrecht in Betracht.

II. Für die Rechtsbildung in dieser Zeit war zumeist der Gegensatz des rezipierten Fremdrechts zu dem alleinheimischen Recht bestimmend; ein wirklich neues, selbständig gefundenes Recht kam weit seltener in Frage.

1. Die gelehrten Juristen wollten dem Fremdrecht eine immer größere Geltung verschaffen. In der eigentlichen Rezeptionszeit nämlich stand das Fremdrecht zunächst nur im Hintergrunde: wie oben festgestellt, sollte jeder heimische Rechtsatz, wenn seine Geltung nur klar erweislich war, den Vorrang vor dem Fremdrecht haben. Damit waren aber die Gelehrten auf die Dauer nicht zufrieden. Das römische Recht erschien ihnen so unendlich erhaben über dem deutschen, daß sie jede Abweichung von den römischen Regeln zugunsten der deutschen für eine Barbarei erachteten; außerdem war die gleichzeitige Handhabung zweier Rechtssysteme nicht bequem und die Rücksichtnahme auf das heimische Recht, das man weder auf den Universitäten noch aus gangbaren Büchern lernen konnte, schwierig; auch war die Rechtseinheit, die man der Rezeption verdankte, wenig nutz, wenn dem einheitlichen Fremdrecht die zersplitterten deutschen Regeln vorgezogen wurden. So ging man dazu über, das Fremdrecht aus seiner subsidiären Stellung herauszuziehen und das heimische Recht möglichst zu beseitigen.

Allerdings verfuhr man dabei nicht radikal. Man ließ also die Regel, daß das Fremdrecht nur subsidiär gelten sollte, in der Theorie ruhig fortbestehn. Aber man machte jedesmal, wenn das Vorzugsrecht einer einheimischen Regel praktisch werden sollte, die größten Schwierigkeiten. Die Partei, der eine einheimische Regel zugut gekommen wäre, mußte sich ausdrücklich auf sie berufen, als ob der Satz *jura novit curia* (das Gericht kennt das Recht und braucht also von den Parteien nicht darauf aufmerksam gemacht zu werden) bloß für das Fremdrecht und nicht gerade ganz besonders für das einheimische Recht Geltung hätte. Die Partei mußte die einheimische Regel sogar ganz bestimmt formulieren, derart, daß sie zu dem System der römischen Rechts- und Klagekategorien paßte; brachte sie also die Regel etwa in der altgewohnten Form eines Sprichworts vor, so hatte sie meistens nur auf den Spott von Gericht und Advokaten zu rechnen. Die Partei mußte ferner die Geltung der Regel beweisen, und zwar die Geltung durch die Verjährungszeit hindurch, und erfuhr auch bei der Würdigung dieses Beweises eine pedantische, oft übelwollende Behandlung seitens der Gerichte. Auf diese Weise wurde eine deutsche Rechtsregel nach der andern tatsächlich außer Anwendung gesetzt. So ist z. B. in Württemberg das gesamte ältere deutsche Recht, soweit es nicht im württembergischen Landrecht besonders aufrecht erhalten war, in der Praxis einfach beseitigt worden, obschon das Landrecht dies keineswegs angeordnet hatte.² Noch vollständiger hat der Gerichtsgebrauch das deutsche Recht z. B. in den reichsritterchaftlichen Besitztungen auf dem heijßischen Vogelsberge und in einzelnen geistlichen Herrschaften, z. B. dem Bistum Augsburg, vertrieben.

2. In einzelnen Gegenden Deutschlands war aber die Praxis gegenüber dem Fremdrecht minder gefügig. Zwar die Rezeption des Fremdrechts ganz und gar auszuschließen oder rückgängig zu machen, wagte man nirgends. Aber man machte in diesen Gegenden wenigstens ernst mit dem Satz, daß das

²) Wächter, württemb. Privatr. 1 S. 1072.

Fremdrecht bloß subsidiäre Geltung habe. Die Parteien wurden nicht müde, immer und immer wieder die heimischen Regeln den Gerichten vorzutragen und ihre gewohnheitsrechtliche Geltung und somit auch ihren Vorrang vor dem Fremdrecht darzutun, und auch die Gerichte kamen diesem Bestreben gern entgegen. So bewahrte man sich hier, namentlich in den Gebieten des ober-sächsischen Rechts und in den Hansestädten, einen verhältnismäßig bedeutenden Schatz deutschen Rechts. Ja im Laufe der Zeit gewann dies Bestreben an Boden. Eine deutschrechtliche Reaktion begann. Immer mehr deutsche Regeln oder Rechtsinstitute, die schon vor dem Fanatismus der Doktoren ins Weichen gekommen waren, traten wieder in Geltung.

3. Die Gesetzgebung der Zeit behauptete gegenüber dem Kampf zwischen fremdem und deutschem Recht begreiflicherweise eine sehr verschiedene Haltung. Überwiegend stand sie unter der Herrschaft der fremdrechtlichen Juristen und begünstigte deshalb das Fremdrecht. Um durchgreifendsten tat sie dies, wenn sie eine kleine Reihe ausgewählter deutscher Regeln ausdrücklich als fortgeltend bestätigte, dafür aber den ganzen Rest deutschen Rechts, der in das Gesetz nicht aufgenommen war, in Bausch und Bogen beseitigte. Andernseits haben einige deutsche Gesetze auch wieder am deutschen Recht festgehalten und namentlich für das eheliche Güterrecht, den Eigentumserwerb an Grundstücken, das Pfandrecht manche bereits durch das römische Recht verdrängte deutsche Vorschrift wieder in Geltung gesetzt.

Beispiele romanistischer Landesgesetze sind das Nassau-Capellenbogener Recht (1616), die Solmscher Gerichts- u. Landesordnung (1571), die Landrechte der drei geistlichen Kurfürstentümer. Von Gesetzen, die dem einheimischen Recht freundlich waren, seien die kurfürstlichen Decisionen aus dem 16. u. 17. Jhd. genannt.

III. Die juristische Literatur hat in dieser Zeit an Umfang sehr gewonnen. Anfangs beschäftigte sie sich freilich fast nur mit dem Fremdrecht; doch nahmen viele der juristischen Schriftsteller vorzugsweise auf die Handhabung des Fremdrechts in der Praxis der heimischen Gerichte Rücksicht, stellten also das römische Recht in seiner spezifisch deutschen Anwendungsform dar; als Beispiele seien hier nur zwei Bearbeiter der Urteile des Reichskammergerichts, Mynsinger († 1568) und Gaill († 1587), erwähnt. Erst sehr allmählich gingen dann die romanistischen Schriftsteller dazu über, das deutsche Recht, wie es sich aus dem Zusammenwirken des rezipierten Fremdrechts mit den in Geltung gebliebenen altdeutschen Regeln und neueren Gewohnheiten und Gesetzen gebildet hatte, im Zusammenhang darzustellen; im Gegensatz zum reinen römischen Recht nannte man dies Mischrecht „usus modernus pandectarum“; zu den Schriftstellern dieser Richtung zählten z. B. Carpzov († 1666) und Schilter († 1705). Manche Juristen widmeten auch einzelnen heimischen Rechtsquellen eine gesonderte Darstellung, wie z. B. Mevius 1642 einen Kommentar zum lübischen Stadtrecht schrieb. Die Anfänge einer deutschen Rechtsgeschichte sind Hermann Conring († 1681) zu danken. Eine vom römischen Recht getrennte Darstellung des auf einheimischen Quellen beruhenden deutschen Rechts gab zuerst Beyer († 1714) in seinen Vorlesungen.

d) Die Neuzeit.

§ 6.

- I. Die Neuzeit wird durch eine Reihe juristischer Theorien charakterisiert.
1. Seit dem Ausgang des 17. Jahrhunderts trat zunächst die natur-

rechtliche Theorie auf. Sie ging über die Frage des geschichtlichen Ursprungs unsres positiven Rechts gleichgültig hinweg und nahm deshalb an dem Streit zwischen römischem und deutschem Recht als solchem nicht Anteil. Vielmehr griff sie auf ein Idealrecht zurück, das sie aus der innersten Natur des Menschen philosophisch abzuleiten suchte, und unterwarf vom Standpunkt dieses Idealrechts aus alles positive Recht, sowohl das römische wie das einheimische, einer einschneidenden Kritik. Jetzt war die blinde Verehrung der überlieferten Gesetze dahin. Man wollte nicht mehr bei dem Recht der deutschen Vorfahren oder dem der Römer beharren, bloß weil dies Recht einmal da war. Auch mit einer allmählichen, unmerklich fortschreitenden Weiterentwicklung des überlieferten Rechts wollte man sich nicht begnügen: nicht ein Ausbau des alten Rechts unter möglichst schonender Beibehaltung der alten Bauteile, sondern ein Neubau des Rechts war das Ziel der naturrechtlichen Bestrebungen. Eine Fülle neuer Rechtsgedanken erschien auf dem Plan. Daß sie alle gut gewesen wären, wird man nicht behaupten dürfen; oft genug waren sie lediglich irgend-einem pedantischen Vorurteil entsprungen. Im ganzen aber bedeutete die neue Lehre eine unermessliche Bereicherung unsres Rechtslebens. Sie erst hat unser Recht, das noch im 18. Jahrhundert trotz der Rezeption ein überwiegend mittelalterliches Gepräge trug, zu einem neuzeitlichen Recht gemacht. Sie erst brachte einen kühneren, revolutionären Zug in unsre Rechtsgeschichte.

2. Der Hauptfehler der naturrechtlichen Schule war, daß sie den Wert des geschichtlich entstandenen Rechts zu gering schätzte und daß sie allzusehr geneigt war, einem absoluten Naturrecht, d. h. einem Recht, das für alle Völker und alle Zeiten gleichmäßig passen sollte, nachzujagen. Dem trat zu Anfang des 19. Jahrhunderts die historische Schule entgegen. Diese Schule war nicht bloß bestrebt, die geschichtliche Entwicklung des Rechts mit wissenschaftlicher Gründlichkeit zu erforschen, sondern sie zog aus ihrer geschichtlichen Auffassung auch praktische Folgerungen für das Recht der Gegenwart und Zukunft. Sie nahm an, daß das überlieferte Recht nicht ein Erzeugnis der Willkür oder des Zufalls, sondern mit Notwendigkeit aus dem Rechtsbewußtsein des Volkes, dessen Charakter entsprechend, erwachsen sei und daß es demgemäß auch nicht nach dem freien, bloß verstandesmäßigen Gutdünken eines über dem Volk stehenden Gesetzgebers geändert werden solle, sondern sich selber organisch auswachsen müsse.

3. Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts ist die geschichtliche Schule mehr und mehr verlassen. Seitdem herrscht eine Theorie, die zwischen der geschichtlichen und der naturrechtlichen Auffassung zu vermitteln sucht, die also einerseits an das geschichtliche Recht anknüpft und dessen stetige organische Fortentwicklung zu pflegen bemüht ist, aber andererseits vor einer freien Kritik des geschichtlichen Rechts nicht zurückscheut und nach Maßgabe des Ergebnisses dieser Kritik auch eine plötzliche, einschneidende, auf rein verstandesmäßiger Überlegung beruhende Änderung des alten Rechts befürwortet.

II. Die herrschenden Theorien spiegeln sich in dem Gange der neueren Gesetzgebung wieder, wenn schon ihr Gegensatz hier minder schroff erscheint als in der wissenschaftlichen Erörterung.

1. Überwiegend unter naturrechtlichem Einfluß stehen die drei großen Gesetzbücher („Radifikationen“), die zu Ende des 18. und zu Anfang des 19. Jahrhunderts abgefaßt wurden, das preußische allgemeine Landrecht von 1794, der code civil von 1804, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811. Das zeigt sich zunächst formell darin, daß alle drei Gesetzbücher das bis dahin in Geltung gewesene römische Recht nicht einmal, wie das noch das bairische Landrecht von 1756 getan hatte, als subsidiäres Recht fortgelten lassen, sondern ausdrücklich aufheben; damit ist der Faden, der das überlieferte Recht mit dem neuen Recht der Gesetzbücher hätte äußerlich verknüpfen können, zerschnitten; das neue Recht gibt sich nicht als eine Zutat zu dem älteren Recht, sondern will das ältere Recht ganz ersetzen; die neuen Gesetzbücher stellen also einen formellen Bruch mit dem älteren Recht dar. Der code civil und das österreichische Gesetzbuch heben außerdem auch das ältere Recht nichtrömischen Ursprungs auf, indem sie alle örtlichen und provinziellen Gesetze und Gewohnheiten beseitigen; dagegen ist das preußische Landrecht in dieser Beziehung minder radikal, indem es die örtlichen und provinziellen Sonderrechte wenigstens vorläufig fortbestehn läßt. Aber auch inhaltlich zeigt sich der Einfluß der naturrechtlichen Anschauung auf die Gesetzbücher. Allerdings knüpfen alle drei in der Mehrzahl ihrer Bestimmungen inhaltlich an das ältere Recht an, indem sie dessen Regeln nur neu formulieren; von einem völligen Neubau des Rechts auf naturrechtlicher Grundlage, wie die radikalen Theoretiker ihn erjonnen, ist also in der Praxis keine Rede. Aber die Anknüpfung an das überlieferte Recht geschieht doch überall mit dem Vorbehalt freiester Kritik: jedes einzelne ältere Institut, jede einzelne ältere Regel wird nach Maßgabe naturrechtlicher Anschauungen auf ihre innere Berechtigung hin geprüft und, wenn die Prüfung ein ungünstiges Ergebnis hat, schonungslos verworfen.

2. Seit dem zweiten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts lenkt die Gesetzgebung unter dem Einfluß der historischen Schule in neue Bahnen ein. Sie schont — mit fast alleiniger Ausnahme der Agrargesetzgebung — ängstlich das bestehende Recht, verhält sich deshalb meist ganz untätig, und wenn sie eingreift, sucht sie den Zusammenhang mit der Überlieferung zu wahren.

3. In der Mitte des 19. Jahrhunderts ist die Gesetzgebung allmählich auf den Boden der vermittelnden Lehre übergetreten. Insbesondere gehören alle größeren Gesetzbücher, die seitdem ergangen sind, vor allen das erste deutsche Handelsgesetzbuch (1861) und das sächsische bürgerliche Gesetzbuch (1863) dieser vermittelnden Richtung an.

Beispiele. I. Der „naturrechtliche“ Radikalismus des preußischen Landrechts und des code civil tritt am schärfsten in seinem Scheidungsrecht hervor, das mit überraschender Kühnheit die Überlieferung fast eines Jahrtausends verwirft und namentlich bei Übereinstimmung

beider Gatten die Ehecheidung ihrer Willkür anheimgibt. II. Wie untätig und nutzlos die Gesetzgebung in der „historischen“ Periode war, geht besonders deutlich daraus hervor, daß ein Staat wie Bayern nicht einmal den ernstlichen Versuch machte, die geradezu alberne Rechtszersplitterung in seinem Gebiet zu beseitigen, sondern in München das bayrische Landrecht von 1756, in Ansbach das preußische Landrecht, in Nürnberg das nürnbergische, in Marktredwitz das österreichische, in Kaiserslautern das französische Recht in Geltung beließ. Ähnlich verfuhr Hannover, Kurhessen, Hessen-Darmstadt, Mecklenburg, Oldenburg, Nassau und die thüringischen Staaten. Dagegen verhielt Preußen sich sonderbar launenhaft: es führte das preußische Landrecht in den 1814 neu erworbenen Landesteilen insoweit ein, als sie zu den Provinzen Sachsen, Brandenburg, Westfalen (Naumburg, Jüterbogk, Arnberg usw.) geschlagen wurden, ließ dagegen in den neuen Gebieten Pommern und der Rheinprovinz (Stralsund, Neuwied, Düsseldorf usw.) das bisherige römische und französische Recht in Kraft. III. Charakteristisch für die vermittelnde Art des sächsischen Gesetzbuchs ist einerseits, daß es den Mut hat, nach dem Muster des code civil das römische Recht und alle Statutarrechte in ganz Sachsen radikal zu beseitigen, andererseits, daß es in „historischer“ Art mit ein wenig moderner Formulierung allerhand veraltete Kuriositäten teils römischen, teils deutschen Ursprungs —, z. B. das römische mündliche Privattestament vor Zeugen, die römischen Formen der Schenkung, die altdeutsche Sachsenbuße bei der Freiheitsberaubung, den altdeutschen Satz: wer sät, der mäht — beibehält.

III. Neben dem Gesetzesrecht hat auch das Gewohnheitsrecht sich in der Neuzeit weiter entwickelt. Doch steht es jetzt durchaus in zweiter Reihe. Es ist vom Gesetzesrecht überflutet.

Beispiele neuer gewohnheitsrechtlicher Sätze finden sich namentlich mit Bezug auf das Recht der Wertpapiere, die Verträge zugunsten Dritter, das Namensrecht.

IV. Der Rechtsstoff ist nach wie vor, seiner Herkunft gemäß, in einen einheimischen und einen fremden zu scheiden.

1. Formell betrachtet hat das Fremdrecht in dieser Periode dadurch einen ungeheuren Verlust erlitten, daß alle neueren deutschen Gesetzbücher, wie bereits erwähnt, das römische Recht formell aufgehoben haben; damit war dessen Geltung fortan auf die Gebiete beschränkt, die von diesen neueren Gesetzbüchern unberührt geblieben waren. Andererseits hat aber das Fremdrecht erstaunlicherweise in eben dieser Periode auch einen großen Gewinn zu verzeichnen. In ganz Westdeutschland ist nämlich das römische Recht nur dadurch verdrängt, daß an seine Stelle nicht ein einheimisches, sondern das französische Recht gesetzt wurde. Und dies französische Recht trat nicht so bescheiden wie einst das römische mit dem Anspruch auf eine bloß subsidiäre Geltung auf, sondern beseitigte alle bisher in Westdeutschland noch in Geltung gebliebenen, vom römischen Recht verschonten Reste des alteinheimischen Rechts. Seitdem zerfiel Deutschland, was die Sprache seiner hauptsächlichsten Rechtsquellen anging, in drei große Gebiete, das Gebiet deutscher, das Gebiet lateinischer, das Gebiet französischer Zunge.

Die Einführung des französischen Rechts in Westdeutschland fand im ersten Jahrzehnt des 19. Jahrh. statt, in den von Frankreich annektierten Gebieten durch Napoleon, in einigen Rheinbundstaaten (Königreich Westfalen, Großherzogtum Baden, Frankfurt, Berg), durch die dortigen Landesherren; nach dem Sturz Napoleons ist das französische Recht nur in einigen wenigen dieser Gebiete, z. B. in den zum Königreich Westfalen und Großherzogtum Frankfurt gehörigen Landesteilen abgeschafft und der frühere Rechtszustand hier wieder hergestellt. — Die französischen Gesetze sind in Baden mit zahlreichen Änderungen in

deutscher Übersetzung (Badisches Landrecht von 1809), in den übrigen Gebieten unverändert in ihrem französischen Text eingeführt. — Die Rezeption des französischen Rechts ist unbedingt günstiger zu beurteilen als die des römischen Rechts. Ersichtlich bedeutete sie in der Hauptsache nur, daß ein fremdes Recht das andre fremde Recht verdrängte. Zweitens war das französische Recht, wenn schon ein fremdes, so doch ein modernes, stand also den Deutschen des 19. Jahrh. viel näher als einst Justinians Recht den Deutschen des 15. und 16. Jahrh. gestanden hatte. Endlich war das französische Recht inhaltlich vielfach gar nicht ein fremdes, sondern nur ein in der Fremde weiter entwickeltes fränkisches, also deutsches Recht.

Die deutschen Rechtsgebiete deutscher, lateinischer und französischer Zunge gestalteten sich gegen Ende des 19. Jahrh. im großen und ganzen wie folgt:

A. Gebiete deutscher Zunge mit etwa 27 Millionen Einwohnern.

a) Das Gebiet des preußischen Landrechts.

α) Von Preußen: die Provinzen Ost- und Westpreußen, Posen, Brandenburg, Schlesien, Sachsen, Westfalen, die Regierungsbezirke Stettin und Köslin, Ostfriesland und einige andre hannoversche Landesteile, das rechtsrheinische Gebiet der Rheinprovinz von Duisburg und Essen nach Norden.

β) Von Bayern: Ansbach und Bayreuth.

b) Das Gebiet des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs, nämlich das Königreich Sachsen.

c) Das Gebiet des badischen Landrechts, nämlich Baden.

B. Gebiete lateinischer Zunge mit etwa 16 Millionen Einwohnern.

a) Von Preußen: der Regierungsbezirk Stralsund, Schleswig-Holstein (außer einigen zersplitterten Gebieten, namentlich dänischen Rechts), Hannover außer den landrechtlichen Gebieten, ganz Hessen-Nassau, der rechtsrheinische Teil des Regierungsbezirkes Koblenz, Hohenzollern.

b) Das rechtsrheinische Bayern außer Ansbach und Bayreuth.

c) Ganz Württemberg.

d) Das rechtsrheinische Hessen-Darmstadt — beide Mecklenburg — das rechtsrheinische Oldenburg — Thüringen und Anhalt — Braunschweig — beide Lippe — die drei Hansestädte.

C. Gebiete französischer Zunge mit etwa 7 Millionen Einwohnern.

a) Von der preuß. Rheinprovinz die linksrheinischen Gebiete, sowie rechts vom Rhein alles, was zum Reg.-Bez. Köln und südlich von Duisburg und Essen zum Reg.-Bez. Düsseldorf gehört.

b) Von Bayern, Hessen-Darmstadt und Oldenburg die linksrheinischen Gebiete.

c) Elsaß-Lothringen.

2. Inhaltlich sind in dieser Periode große Verluste an einheimischem Rechtsstoff zu verzeichnen; denn eine Menge altdeutscher Rechtsinstitute, die sich noch bis ins 18. und 19. Jahrhundert hinein mit Zähigkeit gegenüber dem römischen Recht behauptet hatten, kamen nunmehr ins Weichen: aus mittelalterlichen Verhältnissen erwachsen, paßten sie zu dem sich schnell entwickelnden modernen Wirtschaftsleben so wenig, daß sie, bald mit raschem Entschluß, bald in langsamer Übung, außer Anwendung gesetzt oder doch auf ein sehr kleines Anwendungsgebiet beschränkt wurden; erst sehr viel später hat man sich gefragt, ob man jene Institute des Mittelalters, statt sie gänzlich aufzuheben, nicht lieber hätte reformieren und modernisieren sollen. Es fand sich aber für diesen Verlust reicher Ersatz. Alle neueren Gesetzbücher suchten sich nämlich, mit alleiniger Ausnahme des sächsischen, vom Einfluß des Fremdrechts zu emanzipieren. Demgemäß enthielt nur ein Teil ihrer Regeln eine Übersetzung römischer Rechtsätze ins Deutsche; der Überrest dagegen griff entweder auf altdeutsche Rechtsgrundsätze zurück oder enthielt ein vom römischen

wie vom altdeutschen gleichmäßig abweichendes neues Recht; und selbstverständlich ist auch dieses neue Recht, weil es bei uns und durch uns entstanden ist, als einheimisches Recht anzusehn; minder ehrwürdig als das altdeutsche Recht, dessen Wurzeln bis in das früheste Mittelalter zurückreichen, ist es deshalb nicht minder deutsch.

Beispiele. I. Von Instituten des älteren deutschen Rechts sind in dieser Periode bis auf kleine Reste oder ganz verschwunden: die Lehen, die Erb- und Stammgüter, die Weispruchs- und Näherrechte, die Gutsherrlichkeit, die Almendeverhältnisse, die Bann- und Zwangsrechte, die Geschlechtsvormundschaft, die Einkindschaft usw. II. 1. Das preußische Landrecht hat teils bewußt, teils unbewußt auf ältere deutsche Anschauungen zurückgegriffen, indem es beim Tode eines Kindes den Eltern das alleinige gesetzliche Erbrecht (mit Ausschluß der Geschwister des Kindes) zusprach, indem es beim Kauf die Gefahr der Ware erst mit der Übergabe auf den Käufer übergehen ließ, indem es bei beweglichen Sachen ein Pfandrecht nur als Faustpfandrecht anerkannte, indem es auch Kinder und Geistesfranke für den von ihnen angerichteten Schaden haftbar machte, indem es dem Erben die Erbschaft auch ohne Antritt kraft Gesetzes übertrug usw. 2. Neudeutsch ist das moderne Grundbuchrecht, das moderne Urheberrecht usw.

V. 1. Die Rechtszersplitterung ist in dieser Zeit noch größer geworden als vorher. Erstlich war ja ein neues Fremdrecht, das französische, zu den bisherigen Rechten hinzugekommen. Sodann war durch die Abschaffung des römischen Rechts in einem großen Teil Deutschlands das einzige privatrechtliche Band, das bis dahin alle deutschen Territorien zusammengehalten hatte, zerschnitten. Endlich war in sämtlichen Territorien die Gesetzgebungsmaschine tätig und schuf immer neue Rechtsverschiedenheiten.

Die Rechtszersplitterung war tatsächlich viel größer als die oben S. 16 gegebene Tabelle auch nur ahnen läßt. Beispiele: I. Das preußische Landrechtsgebiet zerfiel zunächst in eine preußische und eine bairische Provinz: dort galten neben dem Landrecht neupreußische, hier neubairische Gesetze. Sodann war die preußische Provinz wieder in zahlreiche Kreise zu zerlegen; in Ostpreußen und Westfalen galt z. B. zwischen Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft, in Schlesien und Sachsen Verwaltungsgemeinschaft, in Berlin galt statt der landrechtlichen die römische gesetzliche Erbfolge usw. II. Ingleichen bot das römischrechtliche Gebiet ein Bild buntester Mannigfaltigkeit. So bildeten z. B. in Hannover, selbst wenn man von den Gebieten des preußischen Landrechts absieht, die altwelfischen Lande, die Städte Lüneburg, Stade, Celle, die Landschaften Hadeln, Rehdingen, Wursten, die Bistümer Hildesheim und Osnabrück, die Herzogtümer Bremen und Verden, die Grafschaft Bentheim usw. eigne kleine Rechtsgebiete.

2. Andererseits waren auch Spuren der Besserung vorhanden. Schon in der Zeit des deutschen Bundes wurden wichtige Teile des bürgerlichen Rechts (Urheber-, Wechsel-, Handelsrecht) für ganz Deutschland einheitlich geregelt. Nach der Gründung des deutschen Reichs wurde die Rechtseinheit noch auf weitere Gebiete (Eheschließungs-, Konkursrecht usw.) ausgedehnt. Baden, Württemberg und Sachsen endlich hatten wenigstens für ihr engeres Gebiet der Rechtszersplitterung ein Ende gemacht.

VI. Die wissenschaftliche Literatur hat sich in der Neuzeit aufs reichste entfaltet.¹ Eine Übersicht ihrer Entwicklung soll hier nicht versucht werden. Nur sei erwähnt, daß in Deutschland die Hauptvertreter des Naturrechts Thomasius († 1728) und Kant († 1804), der historischen Schule Savigny († 1861) und Eichhorn († 1854) gewesen sind.

1) Landsberg, Gesch. d. D. Rechtswissenschaft (98).

e) Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich.

§ 7.

I. Der Wunsch nach einem einheitlichen, das ganze deutsche Volk umfassenden bürgerlichen Gesetzbuch ist, nachdem er schon früher, insbesondere von Conring und Leibniz, verfochten war, seit der Auflösung des römischen Reichs deutscher Nation und dem Sturz der napoleonischen Fremdherrschaft mit besonderer Lebhaftigkeit geäußert worden.¹ Namentlich fand er Ausdruck in der Schrift des Heidelberger Juristen Thibaut „über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ (1814), der dann freilich Savigny in seiner Abhandlung „von dem Verufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (gleichfalls 1814) nachdrücklich widersprach.

II. Doch hat die Erfüllung des Wunsches noch sehr lange auf sich warten lassen.

1. Solange der deutsche Bund bestand, fehlte es an einer zentralen Gesetzgebungsgewalt, die auch gegen den Widerspruch des einen oder andern Staats dem deutschen Volk ein gemeinsames Gesetzbuch hätte schaffen können, durchaus. Damals war also in Deutschland eine einheitliche Gesetzgebung nur möglich, wenn alle Staaten freiwillig und einmütig bei ihr mitwirkten. Eine derartige Einmütigkeit ist aber nur für einige wenige Rechtsmaterien zu erreichen gewesen, nämlich, wie bereits erwähnt, für das Urheber-, das Wechsel- und das Handelsrecht, auch hier übrigens unvollkommen genug. Außerdem ist es für das Obligationenrecht wenigstens zur Ausarbeitung eines Entwurfs gekommen, durch eine Konferenz, die auf Einladung des Bundestags 1863 bis 1866 in Dresden tagte; da indes an dieser Konferenz zwar Oesterreich, die vier kleineren Königreiche und noch fünf andre Staaten, nicht aber Preußen und der Rest der andern Staaten teilnahm, so hatte der dresdener Entwurf nicht die mindeste Aussicht auf Annahme.

2. Auch die Gründung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reichs hat in den ersten Jahren das Zustandekommen eines bürgerlichen Gesetzbuchs nicht gefördert. Freilich war jetzt eine starke zentrale Gesetzgebungsgewalt geschaffen. Allein es war ihr nicht das ganze bürgerliche Recht, sondern nur ein Teil (Handels-, Wechsel-, Urheber-, Obligationenrecht) unterstellt.

3. Erst das Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 hat die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung auf das ganze bürgerliche Recht ausgedehnt. Doch sollte auch jetzt noch fast ein Vierteljahrhundert verfließen, ehe ein einheitliches bürgerliches Gesetzbuch für das ganze Reich wirklich zustande kam, indem zwei nacheinander tagende Kommissionen 21 Jahre lang (1874—1895) mit der Ausarbeitung zweier Entwürfe — des Entwurfs erster und des Entwurfs zweiter

1) Bierhaus bei B. u. F. Heft 1 (88); Schwarz im Arch. f. RR. 1 S. 1.

Lesung — verbrachten, worauf dann die endgültige Feststellung des Gesetzbuchs durch Bundesrat und Reichstag in der verhältnismäßig kurzen Zeit von dreiviertel Jahren erfolgt ist. 1896 war das Werk vollendet; noch im letzten Jahr des neunzehnten Jahrhunderts, am 1. Januar 1900, ist es in Kraft getreten.

a) Zunächst wurde anfangs 1874 eine Vorkommission eingesetzt, um einen Plan für die Ausarbeitung des BGB. festzustellen.²

b) Im September 1874 trat alsdann die vom Bundesrat erwählte erste Kommission zur Ausarbeitung des BGB. in Berlin zusammen; ihr Vorsitzender war der preussische Jurist Pape, damals Präsident des Reichsoberhandelsgerichts; von ihren übrigen Mitgliedern seien nur die Praktiker Gebhard und Pland sowie die Theoretiker Windscheid und Mandry genannt. Dreizehn (!) Jahre war die Kommission an der Arbeit; das Ergebnis war der „Entwurf erster Lesung“ und fünf Bände Motive; 1888 wurden Entwurf und Motive veröffentlicht.

c) Es gingen nun zahlreiche Kritiken ein; sie lauteten überwiegend ungünstig für den Entwurf: entweder völlige Verwerfung oder gründliche Umarbeitung war die Losung. Der Bundesrat beschloß denn auch 1890, eine zweite Kommission zur Umarbeitung des ersten Entwurfs zu bestellen; von Mitgliedern der ersten Kommission wurden in diese zweite übernommen: Gebhard (Baden), Pland (Preußen), Mandry (Württemberg); als neue Mitglieder traten ein: die Praktiker Ohlschläger, Rünzel, Eichholz, Boffe, Hanauer, Struckmann (Preußen), Jacobetzky (Bayern), Rüger, Börner (Sachsen), Dittmar (Hessen), Wolffson (Hamburg); als nicht ständige Mitglieder wurden außerdem zugezogen: drei Theoretiker (zwei juristische: von Cunn und Sobm; ein nationalökonomischer: Conrad), drei Großgrundbesitzer, ein Bergwerksverständiger, ein Forstmann, ein Bankier, ein Industrieller, zwei Richter (Spahn, Hoffmann) und ein Anwalt (Wille); bei der Auswahl der unständigen Mitglieder war zugleich auf deren parlamentarisch-politische Stellung Rücksicht genommen, so daß jede der Hauptparteien, ausgenommen die sozialistische, in der neuen Kommission vertreten war; den Vorsitz führte zuletzt Rünzel. Die Kommission legte ihrer Beratung den Entwurf erster Lesung formell zuarunde, hat ihn dann aber nach Sprache und Inhalt in überraschend großem Umfang abgeändert und damit das mühselige Werk der ersten Kommission auf das schärfste desavouiert. Im Oktober 1895 schloß sie den Gesamtentwurf ab; es geschah dies, wie es scheint, nicht, weil sie selber fertig zu sein glaubte, sondern weil ein Befehl von oben her an sie erging, zum Schluß zu kommen; so erklärt es sich, daß das BGB. noch jetzt, z. B. im Erbrecht, den Eindruck des Unfertigen macht.

d) Darauf hat der Bundesrat selber noch eine Revision des Entwurfs unternommen, jedoch keine sehr eingreifende. Schon im Januar 1896 ist der Bundesratsentwurf („Reichstagsvorlage“) mit einer Denkschrift dem Reichstage übergeben.

e) Der Reichstag³ überwies den Entwurf einer Kommission; in ihr führte den Vorsitz der Zentrumsabgeordnete Spahn; als Mitglieder waren Vertreter sämtlicher Parteien gewählt. Am 19. Juni begann die zweite Beratung des Entwurfs im Plenum des Reichstages und schloß am 27. Juni. Die dritte Lesung fand am 30. Juni und 1. Juli statt und endigte mit der Annahme des Gesetzbuchs durch eine Mehrheit von 222 gegen eine Minderheit von 48 (sozialdemokratischen) Stimmen; 18 Abgeordnete enthielten sich der Abstimmung; eine große Zahl von Abgeordneten war abweichend. Die Änderungen, die die Kommission und das Plenum an dem Bundesratsentwurf vorgenommen, sind nicht unwichtig, beschränken sich aber auf eine geringe Anzahl von Rechtsfragen.

f) Demnächst ist das BGB. samt einem Einführungsgezet vom Bundesrat genehmigt, vom Kaiser am 18. August 1896 vollzogen und am 24. August 1896 im Reichsgezetblatt als Gezet verkündet worden.

g) Als Beispiele der Änderungen, die die Entwürfe zum BGB. im Lauf der Zeit er-

2) Bierhaus bei B. u. F. 1 S. 46.

3) Störf, d. BGB. u. der Gezetgebungsapparat (99).

fahren haben, seien folgende erwähnt. I. Nach dem Entwurf der ersten Kommission hatte der redliche Erwerber einer gestohlenen Sache, der die Sache an den Bestohlenen herausgeben mußte, einen „Lösungsanspruch“, d. h. der Bestohlene mußte ihm den für die Sache gezahlten Kaufpreis erstatten. Die zweite Kommission hat diesen Lösungsanspruch gestrichen. (Entw. I 939, Entw. II 979 ff., BGB. 994 ff.) II. Die Entwürfe beider Kommissionen erklärten den entmündigten Verschwender für voll testierfähig. Der Bundesrat hat ihm die Testierfähigkeit abgesprochen (Entw. I 1912, Entw. II 2205, des Bundesrats 2203, BGB. 2229). III. Die Entwürfe beider Kommissionen und des Bundesrats ließen als ordentliche Form der Testamentserrichtung nur die Errichtung des Testaments vor Richter oder Notar zu. Die Kommission des Reichstags hat daneben auch die Errichtung eines eigenhändig geschriebenen zeugenlosen Privattestaments gestattet (Entw. I 1914, Entw. II 2207, Entw. des Bundesrats 2205, Entw. d. Reichstagskommission § 2205 a, BGB. 2231). IV. Die Entwürfe beider Kommissionen, des Bundesrats und der Reichstagskommission gestatteten ehelichen Kindern bis zum 25. Lebensjahr die Eheschließung nur mit elterlicher Einwilligung. Das Reichstagsplenum hat statt des 25. das 21. Lebensjahr gesetzt (Entw. I 1238, II 1290, des Bundesrats 1288, der Reichstagskommission 1288, BGB. 1305).

h) Von den Vorarbeiten zum BGB. sind veröffentlicht⁴ der Entwurf der ersten Kommission, — Motive dazu in fünf Bänden, — die Teilentwürfe der zweiten Kommission, — der endgültige Entwurf der zweiten Kommission, — die Protokolle über die Beratungen der zweiten Kommission in sieben Bänden, — die Reichstagsvorlage des Bundesrats, — die Denkschrift dazu, — die Verhandlungen der Reichstagskommission, — die Verhandlungen des Reichstags.

4. Im Zusammenhang mit dem bürgerlichen Gesetzbuch ist noch eine ganze Reihe anderer Reichsgesetze ergangen. Vor allem sind einige ältere Reichsgesetze gründlich umgearbeitet worden, z. B. das Handelsgesetzbuch, die Zivilprozessordnung, die Konkursordnung. Sodann ist eine Grundbuchordnung, ein Gesetz betreffend die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, endlich ein Gesetz betreffend die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erlassen. Schließlich hat jeder einzelne deutsche Bundesstaat durch eine Reihe besonderer Gesetze den Rest des der Landesgesetzgebung verbleibenden Privatrechts einer Revision unterworfen.⁵

III. Das bürgerliche Gesetzbuch bedeutet einen Sieg des einheimischen Rechts über das Fremdrecht. Zunächst ist, soweit die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs und der ergänzenden Reichsgesetze reichen, das gesamte Fremdrecht mit einem Schlage formell aufgehoben. Und auch inhaltlich ist es sehr zurückgedrängt: eine lange Reihe wichtiger Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs ist deutschen Ursprungs; und auch da, wo seine Regeln sich auf römische Grundlage stellen, entwickelt es sie so frei, so selbständig, daß sie schließlich doch ein deutsches Gepräge zeigen.

Beispiele: I. Überwiegend deutsch ist das gesetzliche Erbrecht, das ganze Familienrecht, das ganze Recht der unbeweglichen und ein großes Stück des Rechts der beweglichen Sachen, das Gesellschaftsrecht. II. Römisch ist im wesentlichen das Testamentsrecht, der Eigentumserwerb an Früchten, die Haftung des Verkäufers für Mängel der Ware. III. Bemerkenswert ist, wie die deutsche Gesinnung des BGB.s im Lauf der Beratung Fortschritte machte. 1. Der Redaktor des Sachenrechts in der ersten Kommission Johow hatte für bewegliche

4) Maas, Bibliographie der aml. Materialien (97); Mugdan, d. gesamten Materialien z. BGB., 5 Bde. (seit 99).

5) Sammlung: Becker, die Ausführungsgesetze zum BGB. 3 Bde. (00, 01).

Sachen Eigentumserwerb und Eigentumsanspruch römisch geregelt. Die Mehrheit der ersten Kommission germanisierte den Eigentumserwerb, beließ es aber bei dem römischen Eigentumsanspruch. Die zweite Kommission germanisierte auch den Eigentumsanspruch. 2. Bei der Gesellschaft gab der erste Entwurf jedem Gesellschafter das Recht, in römischer Art über seinen Anteil an den Gesellschaftsgegenständen zu verfügen; der zweite Entwurf hat den Gesellschaftern in deutscher Art dies Recht abgesprochen usw.

IV. Soweit die Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs und der übrigen Reichsgesetze gehn, haben sie der deutschen Rechtszersplitterung ein Ende gemacht. Indes sind diese Regeln nicht vollständig; denn das bürgerliche Gesetzbuch samt den zu seiner Ergänzung ergangenen sonstigen Reichsgesetzen will das deutsche bürgerliche Recht keineswegs erschöpfend kodifizieren, sondern läßt neben sich eine Menge landesrechtlicher Regeln in Geltung. Insofern dauert also die bisherige Rechtszersplitterung fort. Das Nähere wird an anderer Stelle zu berichten sein.⁶

6) Siehe unten § 9 I, 2 b.

Erstes Buch.

Die allgemeinen Lehren.¹

Erster Abschnitt.

Die Rechtsregeln.²

I. Die Quellen der Rechtsregeln.

1. Allgemeines.

§ 8.

I. Quelle einer Rechtsregel ist der Tatbestand, kraft dessen die Angehörigen eines bestimmten Rechtsgebiets — Volk wie Behörden — verpflichtet sind, die Regel zur Anwendung zu bringen oder wenigstens sich ihr zu fügen.

1. Die erste Quelle ist das Gesetz, d. h. die Tatsache, daß die höchste Staatsgewalt im Rechtsgebiet die Anwendung einer Regel ausdrücklich befiehlt. Denn man ist in jedem Rechtsgebiet der dort bestehenden höchsten Staatsgewalt Gehorsam schuldig.

2. Die zweite Quelle ist die Gewohnheit, d. h. die Tatsache, daß innerhalb des Rechtsgebiets eine Regel in der jüngsten Vergangenheit gewohnheitsmäßig als Recht angewendet worden ist. Denn hat sich einmal eine solche Gewohnheit festgesetzt, so muß man bei ihr verbleiben, da andernfalls das Vertrauen in die Ständigkeit der Rechtsordnung erschüttert werden würde.

3. Die dritte Quelle ist die Rechtsanalogie, d. h. die Tatsache, daß

1) Leonhard, d. allg. Teil des BÜB. 3 (00); Kommentare zu Buch I des BÜB. 3 von Hölder (00), Gareis (00), Planck 3. Aufl. (03), Löwenfeld u. Riezler 3. Aufl. (07).

2) Brle, Lehre vom Gewohnheitsrecht I (99); Sturm, Revision der gemeinrechtl. Lehre vom Gewohnheitsrecht (00); Stier-Somlo, Volksüberzeugung als Rechtsquelle (00); Neukamp, Arch. f. RR. 12 S. 89; Rückmann, Jahrb. f. Dogm. 38 S. 191; Crome ebenda 39 S. 323; Jung, von der logischen Geschlossenheit des Rechts, in der Gießener Festgabe für Dernburg (00); ders., positives Recht (07); Rumpf, Gesetz und Richter (06); Brütt, Kunst der Rechtsanwendung (07).

eine Rechtsregel, die im Rechtsgebiet durch Gesetz oder Gewohnheit für einen bestimmten Tatbestand aufgestellt ist, auch für einen andern gleichartigen von Gesetz und Gewohnheit nicht berücksichtigten Tatbestand passend erscheint. Denn um der Gerechtigkeit willen muß man gleichartige Tatbestände in gleicher Art behandeln.

4. Die vierte Quelle ist das Bedürfnis des Rechtslebens, d. h. die Tatsache, daß das Rechtsleben im Rechtsgebiet sich bloß bei Anwendung einer bestimmten Rechtsregel gedeihlich entwickeln kann. Denn das Recht ist nicht um seiner selbst willen, sondern zum Wohl des Volkes anzuwenden.

Beispiele für die vier Rechtsquellen siehe in den folgenden drei Paragraphen.

Von den vorgenannten vier Rechtsquellen werden meist nur die erste und zweite oder allenfalls auch noch die dritte als solche anerkannt, während man dem Bedürfnis des Rechtslebens die Würde einer Rechtsquelle meist versagt.³ Indes wird man von solchem Standpunkt aus sehr oft auf Lücken im Rechtssystem stoßen, die sich schlechterdings nicht ausfüllen lassen.⁴ Sollen nun die Gerichte, wenn sie in einem ihrer Entscheidung unterbreiteten Rechtsstreit auf eine derartige Lücke stoßen, die Entscheidung ganz verweigern? Oder sollen sie die Entscheidung ganz nach Willkür treffen? Das eine geht so wenig an wie das andre! Nein, auch in einem solchen Fall haben die Gerichte einfach zu sagen, was Rechtens ist! Das heißt: die Gerichte haben jene Lücken im Rechtssystem auf eigne Faust auszufüllen; sie haben die Regeln, die ihnen weder Gesetz noch Gewohnheit noch Analogie an die Hand geben, selber zu bilden. Welch andre Richtschnur sollen aber die Gerichte dabei benutzen als das Bedürfnis des Rechtslebens? — Beispiele: weder Gesetz noch Gewohnheit noch Rechtsanalogie geben Auskunft darüber, I. ob die Wirkungen eines im Auslande abgeschlossenen, aber im Inlande zu erfüllenden Vertrages nach ausländischem oder nach inländischem Recht zu beurteilen sind, II. ob und wie lange die „stille“ Annahme eines Vertrages (151) widerrufen werden kann.

Nur eine Frage des Ausdrucks ist es, ob man nicht statt des „Bedürfnisses des Rechtslebens“ lieber die Natur der Sache als vierte Rechtsquelle bezeichnen will. Der von mir gebrauchte Ausdruck scheint mir charakteristischer zu sein.

II. Den vier Arten der Rechtsquellen entsprechend kann man vier verschiedene Arten bürgerlicher Rechtsregeln unterscheiden, nämlich:

das Gesetzesrecht,

das Gewohnheitsrecht,

das Recht der Analogie,

das aus dem Bedürfnis des Rechtslebens geschöpfte Recht.

Doch kann man die beiden letzten Arten auch unter dem Namen Recht der Wissenschaft zusammenfassen.

III. Sehr oft wird der Ausdruck „Gesetz“ nicht nur in dem eben entwickelten engen Sinn, in dem er lediglich eine bestimmte Rechtsquelle bedeutet, gebraucht, sondern außerdem auch als gleichbedeutend mit dem Wort „Rechtsregel“ behandelt:⁵ es wird also auch eine nur durch Gewohnheit festgelegte oder zum Recht der Wissenschaft gehörige Regel oft „Gesetz“ genannt. Auch

3) Siehe Crome 1 §§ 16, 17, 21; Endemann 1 §§ 8, 9, 12; Zitelmann, Grundriß S. 9 ff.; Landsberg S. 44.

4) Windscheid-Kipp 1 § 23; Ehrlich, freie Rechtsfindung (03); Zitelmann, Lücken im Recht (03); Sellwig, Zivilprozeßrecht 2 (06) S. 165; Stampe, D. JurZtg. 10 S. 1019.

5) So auch Eb. 2.

wir werden uns diesem Sprachgebrauch unbedenklich anschließen, soweit nicht Mißverständnisse von ihm zu besorgen sind.

IV. Für die Rechtsquellen selber gibt es Rechtsregeln im gewöhnlichen Sinn nicht. Denn, wenn es solche Regeln gäbe, müßte ja wieder für sie nach einer noch weiter zurückliegenden Rechtsquelle gesucht werden. Vielmehr liegen die Rechtsquellen, da das Recht aus ihnen entspringt, selber jenseits alles Rechts, in dem Boden nackter, unjuristischer Tatsachen.⁶ Demgemäß hat die folgende Skizze einer Theorie der Rechtsquellen nur die Bedeutung, daß sie schildert, nicht etwa wie die Rechtsquellen nach irgend einer angeblichen Rechtsvorschrift beschaffen sein sollen, sondern wie sie tatsächlich zurzeit beschaffen sind.

Wenn ich also demnächst berichten werde, daß ein Reichsgesetz zwar durch ein anderes (jüngeres) Reichsgesetz oder durch eine Reichsgewohnheit, nicht aber durch ein Landesgesetz oder eine Landesgewohnheit abgeändert werden kann — es sei denn, daß es eine landesrechtliche Abänderung seiner Regeln besonders gestattet — so will ich damit nur mitteilen, erstlich, daß die Reichsgesetze den Vorrang vor den Landesgesetzen und Landesgewohnheiten, nicht aber auch vor den Reichsgewohnheiten tatsächlich für sich in Anspruch nehmen, zweitens, daß sie tatsächlich zurzeit die Macht haben, den Vorrang vor den Landesgesetzen und Landesgewohnheiten mit Erfolg zu behaupten. Anders ausgedrückt: die Ranggleichheit der Reichsgesetze und Reichsgewohnheiten ebenso wie der Vorrang der Reichsgesetze vor den Landesgesetzen und den Landesgewohnheiten ist nicht eine Rechts-, sondern eine Tat- und Machtfrage. — Beispiele. I. Ich fingiere, daß in einem Prozeß das Zivilplenum des Reichsgerichts eine bestimmte bisher von allen Oberlandesgerichten und auch von einigen Senaten des Reichsgerichts anerkannte, einem Reichsgesetz widersprechende Reichsgewohnheit mit der Motivierung verwirft, Reichsgesetze könnten durch Reichsgewohnheiten nicht abgeändert werden. Hier ist die Plenarentscheidung, obgleich falsch motiviert, doch im Ergebnis richtig: denn sie beweist ja durch ihr eignes Dasein unzweideutig, daß die konkrete Reichsgewohnheit, die in dem Prozeß streitig war, tatsächlich nicht mächtig genug ist, um das widersprechende Reichsgesetz zu verdrängen. Sollte es nun aber geschehn, daß die der Plenarentscheidung beigegebene Motivierung in der Praxis allgemeine Beachtung findet und die Untergerichte fortan mit Strenge allen Reichsgewohnheiten die Folge versagen, so wäre damit von nun ab auch die Motivierung der Entscheidung als richtig dargetan: denn es stände ja nunmehr fest, daß nicht bloß jene eine konkrete damals streitig gewesene Reichsgewohnheit, sondern daß die Reichsgewohnheiten überhaupt tatsächlich nicht die Macht haben, ein abweichendes Reichsgesetz zu beseitigen. II. Gerade umgekehrt: ich fingiere, daß die Amts- und die Landgerichte eines gewissen Bezirks eine Rechtsübung dauernd festhalten, obgleich sie unstreitig einem Reichsgesetz zuwider ist; das zuständige Oberlandesgericht und das Reichsgericht kann nicht eingreifen, da es sich durchweg um Fragen handelt, die über die Zuständigkeit der Amtsgerichte in erster Instanz nicht hinausgehn. Damit ist unzweideutig bewiesen, daß in diesem Bezirk der Vorrang der Reichsgesetze vor den Landesgewohnheiten tatsächlich nicht in Geltung ist, also auch nicht zu Recht besteht.

6) Siehe die 3. Aufl. dieses Buchs § 10 Nr. 1, 3, 4; Sturm, Revision d. Lehre vom Gewohnheitsrecht S. 276; Krückmann, Jahrb. f. Dogm. 38 S. 202; Leonhard S. 47. Anders Crome 1 § 17^o, Endemann 1 § 9^{12, 13}.

2. Das Gesetzesrecht.

§ 9.

I. Das deutsche bürgerliche Gesetzesrecht ist entweder Reichsgesetzesrecht oder Landesgesetzesrecht oder autonomes Statutarrecht.

1. a) Die Reichsgesetze sind vom Reich oder von dessen Rechtsvorgänger, dem norddeutschen Bunde, erlassen. Sie zerfallen in zwei Unterarten:

α) Reichsgesetze im engeren Sinn, die vom Bundesrat unter Zustimmung des Reichstags erlassen sind;

β) Reichsverordnungen, die vom Kaiser, Bundesrat, Reichskanzler usw. ohne Mitwirkung des Reichstages erlassen sind.

b) Die Landesgesetze sind von den einzelnen zum Reich gehörigen Bundesstaaten oder von einem Rechtsvorgänger eines dieser Staaten erlassen; außerdem sind zu den Landesgesetzen auch die Gesetze zu rechnen, die das Reich als Landesherr von Elsaß-Lothringen erlassen hat.¹ In den meisten Staaten zerfallen die Landesgesetze in die nämlichen zwei Unterarten wie die Reichsgesetze:

α) Landesgesetze im engern Sinn, die vom Landesherrn unter Zustimmung des Landtags erlassen sind;

β) Landesverordnungen, die vom Landesherrn, einem Landesministerium, einer Polizeibehörde usw. ohne Mitwirkung des Landtags erlassen sind.

c) Die autonomen Statuten gehen von einem Personenverbände aus, der nicht als Staat organisiert, trotzdem aber durch eine Vorschrift des Reichs- oder Landesrechts mit einer beschränkten Gesetzgebungsgewalt, der sog. Autonomie, ausgestattet ist. Eine derartige Gesetzgebungsgewalt steht namentlich den Ortsgemeinden und höheren Kommunalverbänden sowie den landesherrlichen und hochadeligen Familien zu.²

Beispiele: I. 1. Reichsgesetze i. e. S.: die oben S. 20, 4 genannten Ergänzungsgesetze zum BGB.; nordd. Bundesgesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeitslohnes v. 21. Juni 69. 2. Reichsverordnungen: kaiserl. B. v. 27. März 99 betr. die Hauptmängel u. Gewährfristen beim Viehhandel; B. d. Bundesrats v. 7. Juli 01 über die Mündelsicherheit der Kommunalanleihepapiere. II. 1. Landesgesetze i. e. S.: bair. Ges., Übergangsvorschriften z. BGB. betreffend v. 9. Juni 99; Gefindeordn. der vormaligen Herzogtümer Schleswig u. Holstein v. 25. Februar 40. 2. Landesverordn.: württemb. B. v. 30. Juli 99 über den Zeitpunkt, in dem das Grundbuch in Württemberg als angelegt gilt. III. Autonome Statuten: das Hausgesetz im Geschlecht der Grafen und Herren von Glech von 55.

2. a) Die Reichsgesetze dürfen das ganze Gebiet des Privatrechts ordnen (RVerf. Art. 4 Nr. 13).³

b) Dagegen dürfen die Landesgesetze sich nur derjenigen Teile des bürger-

1) Bittelmann, Grundriß S. 10.

2) Stobbe 1 § 20; Örtmann, standesherrl. Autonomie (05); f. auch dens., die rechtl. Natur der Arbeitsordn. (05); Rehm, Annalen d. D. Reichs 94 S. 132.

3) Siehe auch unten zu b 7.

lichen Rechts bemächtigen, die durch eine reichsgesetzliche Vorschrift ausdrücklich der Landesgesetzgebung überwiesen sind (EG. 3, 55).⁴ Die meisten dieser Überweisungen finden sich im Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch.

α) Die Überweisungen des Einführungsgesetzes beruhen auf der Erwägung, daß gewisse Teile des bürgerlichen Rechts sich zurzeit nicht für eine einheitliche reichsgesetzliche Regelung eignen, sei es, weil sie mit dem öffentlichen Recht der Bundesstaaten eng verknüpft, sei es, weil ihre tatsächlichen Unterlagen in den einzelnen Bundesstaaten gar zu verschieden, sei es, weil die gesetzgebenden Faktoren des Reichs über die Art der zu erlassenden reichsrechtlichen Vorschriften noch nicht schlüssig geworden sind.

β) Die Überweisungen des Einführungsgesetzes sind von sehr verschiedenem Umfang. Bald gehen sie dahin, daß eine ganze mehr oder minder umfassende Rechtsmaterie der landesgesetzlichen Regelung unbeschränkt überlassen sein soll. Bald teilen sie der Landesgesetzgebung gleichfalls eine ganze Rechtsmaterie zu, machen aber dabei gewisse zum Teil sehr empfindliche Vorbehalte. Bald beschränken sie endlich die Landesgesetzgebung darauf, eine engumschriebene Rechtsfrage anders zu entscheiden, als es im bürgerlichen Gesetzbuch geschehn.

Beispiele: I. Unbeschränkt ist der Landesgesetzgebung überwiesen das Bergrecht (EG. 67). Demnach haben in dieser Materie die Landesgesetze völlig freie Hand. Es wäre also denkbar, daß sie nicht bloß spezifisch bergrechtliche Fragen selbständig entscheiden, sondern auch, daß sie Fragen allgemeiner Art, die mit dem Bergwesen in keinem besondern Zusammenhang stehn, in schroffem Widerspruch zum BGB. regeln. Möglich wäre es z. B., daß ein Landesgesetz bestimmte, in Bergrechtssachen beginne die Volljährigkeit erst mit 25 Jahren (gegen 2), können Willenserklärungen wegen Irrtums nicht angefochten werden (gegen 119), entbehre die Mutter der elterlichen Gewalt (gegen 1684), seien Testamente wirkungslos (gegen 1937 ff.). II. Nur mit einem Vorbehalt ist der Landesgesetzgebung überwiesen das Anerbenrecht in Ansehung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke (EG. 64). Denn hier ist bestimmt, daß die Landesgesetze zwar für den Fall freie Hand haben sollen, daß der Eigentümer des Grundstücks ein Testament oder eine andre Verfügung von Todeswegen nicht errichtet hat, daß aber für den umgekehrten Fall die Landesgesetze nichts anordnen dürfen, wodurch das Recht des Erblassers, über das Grundstück von Todeswegen zu verfügen, beschränkt werde. Die Landesgesetze können also z. B. befehlen, daß, wenn ein Bauer ohne Verfügung von Todeswegen stirbt, sein Bauerngut nur auf den ältesten oder umgekehrt nur auf den jüngsten Sohn als Anerben übergehn (gegen 1924), daß der Anerbe, obgleich er als wirklicher Erbe anzusehn sei, doch für Nachlassschulden, die auf das Bauerngut keinen Bezug hätten, nicht haftbar sein solle (gegen 1967 I), daß der Anerbe das Bauerngut nur durch eine ausdrückliche Annahmeerklärung erwerbe (gegen 1942) usw. Ebenso können sie bestimmen, daß ein Bauer in Ansehung des Bauernguts freiere Verfügungen von Todeswegen treffen könne, als das BGB. sie gestattet, z. B., daß er über das Gut mündlich testieren dürfe (gegen 2231 ff.) oder daß er bei dem Testament durch irgendwelche Pflichtteilsrechte nicht gebunden sei (gegen 2303 ff.). Dagegen können sie nicht anordnen, daß der Bauer über das Bauerngut Verfügungen von Todeswegen erst nach Erreichung des 18. Lebensjahres oder nur in gerichtlicher Form treffen könne (gegen 2229 ff.) oder daß der Pflichtteil seines ältesten Sohnes dem vollen Wert des Bauernguts gleichkommen (gegen 2303). III. Nur die Entscheidung einer engumschriebenen Rechtsfrage ist der Landesgesetzgebung überwiesen durch die Regel, daß die Landesgesetze das gesetzliche Erbrecht des Fiskus diesem entziehen und auf irgend eine andre juristische Person des öffentlichen Rechts übertragen können (EG. 138). Denn die Landesgesetze

4) Siehe aber oben § 8 IV.

haben hier einigermaßen freie Hand nur insoweit, als sie dem Fiskus eine andre öffentlich-rechtliche juristische Person, also etwa die Provinz oder die Ortsgemeinde, das Kloster oder die Handwerkerinnung, der der Erblasser angehört, substituieren dürfen. Haben sie dies aber getan, so hat dieser ihr Substitut unabänderlich dieselben Rechte und Pflichten, die der Fiskus gehabt haben würde, wenn jene landesgesetzliche Regel nicht ergangen wäre. Die Landesgesetze dürfen also die Rechtsstellung ihrer Substitute nicht günstiger, aber auch nicht ungünstiger gestalten als die des Fiskus.

Selbst wenn die Überweisung einer ganzen Rechtsmaterie an die Landesgesetzgebung im *EG.* vorbehaltlos erfolgt ist, wird sie doch insofern beschränkt, als die Landesgesetze zwar dem *BGB.*, nicht aber auch den übrigen Reichsgesetzen widersprechen dürfen, es sei denn, daß diese durch eine besondere Klausel landesgesetzliche Abweichungen gleichfalls für statthaft erklären. — Beispiele: I. Obschon das Recht der Lehen und Familienfideikommiss durch *EG.* 59 der Landesgesetzgebung nur mit einem geringfügigen für die folgende Frage unerheblichen Vorbehalt überwiesen ist, sind die Landesgesetze doch nicht befugt zu bestimmen, daß Nichtchristen von der Erbfolge in Lehen oder Familienfideikommiss ausgeschlossen seien; denn damit würden sie zwar nicht dem im *EG.* selbst ausgesprochenen Vorbehalt, wohl aber einer Regel des *RGef.* v. 3. Juli 69 betr. die Gleichberechtigung der Konfessionen widersprechen; und dieses Gesetz läßt landesgesetzliche Abweichungen nicht zu. II. Andre Reichsgesetze, die ähnliche Klauseln zugunsten der Landesgesetze enthalten wie das *EG.*, sind die *RG* Grundbuchordn. 83, das *RGef.* betr. die freiw. Gerichtsbarkeit 189 usw.

γ) Die Überweisungen des Einführungsgesetzes bedeuten nicht, daß das bürgerliche Gesetzbuch auf eine der Landesgesetzgebung zugesprochene Rechtsmaterie überhaupt nicht anwendbar sei, sondern nur, daß es bloß ergänzend, also als subsidiäre Rechtsquelle, für sie Geltung hat.⁵

Beispiel. Das preußische Bergrecht schreibt für die Verpfändung von Bergwerkstuzen die Übergabe des Kuzscheins auf Grund eines schriftlichen Vertrages vor (preuß. Berggesetz v. 24. Juni 65 § 108). Diese Regel ist auch neben dem *BGB.* gültig, da, wie bereits erwähnt, das ganze Bergrecht der Landesgesetzgebung überwiesen ist (*EG.* 67). Nun kann das preußische Bergrecht beliebig bestimmen, was unter einem schriftlichen Vertrage zu verstehen ist. Es hat dies aber nicht getan. Die Folge ist, daß diese Frage nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts, d. h. nach den Vorschriften des *BGB.*s (126) beantwortet werden muß.

δ) Die Überweisungen des Einführungsgesetzes gelten für die Vergangenheit sowohl wie für die Zukunft. Das will besagen: sie lassen auf dem der Landesgesetzgebung überwiesenen Gebiet nicht bloß die vorhandenen Landesgesetze in Kraft, sondern gestatten regelmäßig auch den Erlaß neuer Landesgesetze (*EG.* 3; Ausnahme *EG.* 212, 63).

ε) Soweit eine Überweisung nicht erfolgt ist, ist das bürgerliche Recht der Landesgesetzgebung ganz entzogen. Insofern ist also nicht bloß der Erlaß neuer Landesgesetze unstatthaft, sondern es sind auch die bereits ergangenen Landesgesetze mit einem Schlage aufgehoben (*EG.* 3, 55). Und zwar gilt dies auch dann, wenn es sich um eine Rechtsfrage handelt, die im bürgerlichen Gesetzbuch unvollständig geregelt oder schweigend übergangen ist.

Beispiel. Die landesgesetzlichen Bestimmungen über den sog. Trüdelvertrag, über den Verlauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers, über die Einkindschaft sind aufgehoben, obschon das *BGB.* über alle diese Dinge kein Wort enthält.

5) *RG.* 55 *S.* 2.

z) Hier und da nehmen die Überweisungen des EG. s auch auf Fragen des öffentlichen Rechts Bezug, z. B. auf die Verantwortlichkeit des Staats für die Amtshandlungen seiner Beamten, auf die Beschränkungen des Grundeigentums im öffentlichen Interesse, auf die Kirchenbau- und Schulbulaften (EG. 77, 111, 132). Doch sind sie nach dieser Richtung hin nicht erschöpfend. Vielmehr ist die Landesgesetzgebung für zahlreiche Fragen des öffentlichen Rechts zuständig, auch wenn sie ihr vom Reich nicht besonders überwiesen sind, z. B. zur Regelung der Staatsaufsicht über Vereine, zur Festsetzung von Grund- und Erbschaftssteuern, zur Anordnung von Sicherungsmaßnahmen in Ansehung des Nachlasses verstorbener Beamten usw.

7) Die Überweisungen bilden kein „Reservatrecht“ der einzelnen deutschen Bundesstaaten, können also reichsgesetzlich nach Belieben zurückgenommen werden. Es wäre demnach denkbar, daß das Reich die mühsamen agrarischen Bestrebungen Preußens in Ansehung des bäuerlichen Erbrechts plöpflich durchkreuzte, indem es das bäuerliche Erbrecht der Landesgesetzgebung entzöge.

c) Ähnlich ist die Zuständigkeit der autonomen Statuten bemessen: sie gilt nur soweit, als eine Materie durch ein Reichsgesetz oder innerhalb der Zuständigkeit der Landesgesetzgebung durch ein Landesgesetz ausdrücklich der statutarischen Gesetzgebung zugewiesen ist.

Beispiele. I. Auf reichsgesetzlicher Zuweisung beruht die Zuständigkeit der Kommunalverbände, zu bestimmen, daß der Lohn eines minderjährigen gewerblichen Arbeiters nicht an ihn, sondern an seine Eltern oder seinen Vormund auszusahlen ist (RWOrd. 119 a). II. Auf landesgesetzlicher Zuweisung beruht die Zuständigkeit der hochadeligen Familien zum Erlaß von Hausgesetzen.*

3. a) Unter den das bürgerliche Recht betreffenden Reichsgesetzen ist eine ganze Anzahl älter als das bürgerliche Gesetzbuch. Diese älteren Reichsgesetze sind auch gegenwärtig noch in Geltung (EG. 32). Denn das bürgerliche Gesetzbuch hat sich mit nichts die Aufgabe gestellt, das gesamte bürgerliche Recht erschöpfend zu kodifizieren. Wenn es also irgendeine durch ein älteres Reichsgesetz bereits geregelte Frage schweigend übergeht, bedeutet dies nicht, daß es jene Gesetze aufhebt, sondern umgekehrt, daß es an ihren Bestimmungen nichts ändern will. Anders natürlich,

α) wenn es eine Änderung der älteren Reichsgesetze ausdrücklich verfügt,

β) wenn die Bestimmungen der älteren Reichsgesetze mit irgendwelchen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs derart in Widerspruch stehn, daß sie unmöglich nebeneinander fortgelten können.⁶

Beispiele. I. Unverändert in Geltung geblieben ist das RGes. v. 8. Juni 71 betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien. II. Nur wenig verändert sind die bürgerlichrechtlichen Bestimmungen des Reichsmilitärgesetzes v. 2. Mai 74, nämlich nur soweit, als EG. 45 eine kleine Vorschrift dieses Gesetzes über die Abtretung von Gehalts- und Pensionsansprüchen der Reichsmilitärpersonen beseitigt. Insbesondere sind die Bestimmungen des Reichsmilitärgesetzes über die Militärtestamente unverändert in Kraft geblieben, obschon es sehr sonderbar ist, daß auf diese Art zu den fünf im BGB. selbst ausführlich geregelten Testamentformen noch eine sechste anderswo normierte Testamentform hinzutritt. III. Eingreifend abgeändert ist das RGes. über die Beurkundung des Personenstandes v. 6. Febr 75 durch EG. 46. IV. Nicht unwesentlich abgeändert ist ferner das Reichsstrafgesetzbuch durch EG. 34. Ja der § 34 dieses Gesetzbuchs hat sogar eine weitere Änderung erlitten, die im EG. , so auffällig dies ist, nicht ausdrücklich angeordnet ist. Es ist nämlich in § 34 des Strafgesetzbuchs bestimmt, daß die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte die „Unfähigkeit“, während der im Urteil an-

6) Siehe unten § 12⁴.

gegebenen Zeit Vormund zu sein, mit sich bringe. Nun erklärt aber das BGB. eine Person, der die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, nicht für „unfähig“, sondern nur für „ungeeignet“, als Vormund bestellt zu werden (1780, 1781).⁷ Hiernit ist die vorgenannte Vorschrift des Strafgesetzbuchs offenbar nicht vereinbar. Sie ist also insoweit stillschweigend abgeändert. V. Ausdrücklich aufgehoben ist das RGes. betr. die vertragmäßigen Zinsen v. 14. Nov. 67 (RG. 89).

b) Ähnlich steht es auf den der Landes- und Statutargesetzgebung überwiesenen Gebieten mit den älteren Landesgesetzen und Statuten privatrechtlichen Inhalts. Sie sind, obschon sie zum Teil aus uralten Zeiten stammen, nach wie vor in Geltung, soweit sie nicht durch jüngere Gesetze ausdrücklich aufgehoben oder abgeändert sind oder mit deren Regeln in unlöslichem Widerspruch stehen.

Beispiele: I. Vom preußischen Landrecht ist ein ziemlich beträchtlicher Teil aufrecht erhalten, z. B. seine Regeln über Familienfideikommiss und das gesetzliche Erbrecht der öffentlichen Verpflegungsanstalten sowie einige Vorschriften über das Nachbarrecht. Und zwar sind für Preußen selbst die Landrechtsparagrafen, die noch jetzt in Kraft bleiben sollen, im preuß. Ausführungsgezet einzeln aufgezählt (pr. AusfGes. 89 Nr. 1). Dagegen hat Bayern für sein landrechtliches Gebiet eine solche mühsame Revisionsarbeit nicht unternommen. II. Viel weniger als in den landrechtlichen Teilen Preußens und Bayerns vom Landrecht ist in den Gebieten des vormaligen gemeinen Rechts von Justinians Gesetzbuch übriggeblieben; hauptsächlich sind es die Regeln über die *actio aquae pluviae arcendae*, die *insula in flumine nata*, den *alveus derelictus*, so daß man den noch jetzt in Geltung befindlichen Teil des *corpus juris* geradezu als Wassergesetz bezeichnen kann (s. RG. 65). Den schwierigen Versuch, die weitergeltenden Paragraphen des *corpus juris* einzeln namhaft zu machen oder, wenn sich das nicht lohnte, diesen kümmerlichen Rest der alten Renaissanceherrlichkeit ganz zu beseitigen, hat nicht ein einziger Staat gewagt. III. Noch übler ist es dem *code civil* ergangen: er ist in Elsaß-Lothringen, Rheinbayern, Rheinhessen und Birkenfeld vollständig aufgehoben (ElsLothrGes. v. 29. Nov. 99 § 1; AusfGes. Bayern 175, Hessen 286 I, 12, Birkenfeld 90). Nur in Rheinpreußen fand man nicht den Mut dazu, sondern ließ ein paar Bestimmungen über öffentliche Sachen, das Nachbarrecht, das Wasserrecht, die Weideregulirungen und die Haftung des Staats und der Gemeinden für die Delikte ihrer Beamten in Kraft (pr. AusfGes. 89 Nr. 2). Noch im Jahr 1910 werden also zwar nicht die Bürger von Saargemünd, wohl aber die von Saarbrücken französisch lernen müssen, wenn sie ihr heimisches Recht ganz verstehen wollen. IV. Vom sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch sind einige Vorschriften über das Nachbarrecht, die Grunddienstbarkeiten usw. aufrecht erhalten (sächs. AusfGes. 53). V. Vom bayrischen Landrecht gelten nur noch einige wenige Regeln, z. B. über das außergerichtliche Pfändungsrecht, fort (AusfGes. Bayern 1). VI. Das württembergische und das badische Landrecht sind restlos aufgehoben (AusfGes. Württemb. 283 Nr. 1, Baden 39 Nr. 1).

4. Wenn irgendein noch jetzt in Geltung gebliebenes Gesetz auf eine Rechtsnorm verweist, die durch das bürgerliche Gesetzbuch oder das Einführungsgesetz dazu aufgehoben ist, so ist die Verweisung auf diejenige jüngere Norm zu beziehen, die an die Stelle der aufgehobenen getreten ist (RG. 4).

Beispiele. I. In der preuß. Gefindeordnung von 1810 § 94 ist durch Hinweis auf pr. RN. I, 13 § 81 bestimmt, daß eine Herrschaft, die einem Diensthoten einen bestimmten Befehl erteilt, für allen, auch bloß zufälligen Schaden haftbar ist, den der Diensthote durch die Ausführung des Befehls erleidet, sofern der Diensthote den Befehl nicht hat ausführen können, ohne sich der Gefahr eines solchen Schadens auszusetzen. Nun ist aber jener Paragraph des Landrechts durch RG. 55 aufgehoben, und an seine Stelle BGB. 618 getreten. Hiernach

7) Über den Sinn dieser Unterscheidung siehe unten § 337²⁰.

ist die Herrschaft auch bei den gefährlichsten dem Gefinde anbefohlenen Diensten haftfrei, sobald sie diejenigen Schutzmaßregeln angeordnet hat, die die Natur des Dienstes gestattet.⁸ II. Anders wäre zu entscheiden, wenn die preuß. Gefindeordn., statt auf RM. I, 13 § 81 zu verweisen, den Inhalt dieses Paragraphen in ihren eignen Text wörtlich übernommen hätte. Denn dann wäre die Regel eine Spezialität des Gefinderichts geworden und als solche durch EG. 95 aufrecht erhalten.⁹

II. Das deutsche bürgerliche Gesetzesrecht ist entweder gemeines deutsches Recht oder Partikularrecht. Jenes gilt im ganzen deutschen Reich und beruht ausschließlich auf Reichsgesetzen. Dieses gilt nur in irgendeinem Teilgebiet des deutschen Reichs und kann auch auf Landesgesetzen oder autonomen Statuten beruhen.

Beispiele: I. Die Reichskonkursordnung gilt als gemeines deutsches Recht in ganz Deutschland. II. Das BGB. gilt gleichfalls zum allergrößten Teil als gemeines deutsches Recht in ganz Deutschland; eine Minderzahl seiner Regeln hat dagegen ein beschränkteres Geltungsgebiet: so haben die Vorschriften über die Eheschließung insoweit, als sie das bairische Heimatsrecht berühren, in Bayern keine Geltung, sind also ein partikuläres Recht des außerbairischen Deutschlands (Verjailer Vertrag v. 23. Nov. 70 III).¹⁰ III. Die Regel des preuß. NG. zum BGB., daß Schenkungen an juristische Personen, die den Betrag von 5000 Mt. übersteigen, königlicher Genehmigung bedürfen, gilt als partikuläres preußisches Recht nur in Preußen (pr. AusfGes. 6). IV. Die Regel deselben Gesetzes, daß die Auflassung eines Grundstücks nicht bloß vor dem Grundbuchamt, sondern vor jedem preuß. Notar oder Amtsgericht erklärt werden kann (pr. AusfGes. 26), gilt als partikuläres rheinpreußisches Recht nur in der linksrheinischen und einem Teil der rechtsrheinischen Rheinprovinz. V. Die Regel des kurbrandenburgischen Gesetzes von 1508, wonach erblose Nachlassse in gewissen Fällen statt an den Fiskus an die Stadtgemeinde fallen (Dernburg pr. PrR. 3 § 194), gilt als partikuläres Berliner Recht nur in der Stadt Berlin.

Vor Erlaß des BGB. war es üblich, auch dasjenige bürgerliche Recht als „gemeines“ deutsches Recht zu bezeichnen, das für Deutschland als ein ganzes Rechtsgebiet, wenn schon mit Ausnahme gewisser besonders benannter Teilgebiete, galt. Ja man hielt an diesem Sprachgebrauch selbst dann fest, wenn die als Ausnahmen benannten Teilgebiete viel größer waren als das dem sogenannten gemeinen Recht verbleibende Restgebiet. Wollte man an dieser Terminologie noch jetzt festhalten, so müßte man auch diejenigen Regeln des BGB., die, wie oben erwähnt, in Bayern keine Geltung haben,¹¹ gemeines deutsches Recht nennen. Doch glaube ich kaum, daß eine solche Terminologie gegenwärtig irgend eine Berechtigung hat.

Denkbar ist es, daß eine bestimmte Gesetzesrechtsregel in ganz Deutschland gilt, aber nicht, weil sie vom Reich durch Reichsgesetz, sondern weil sie von sämtlichen Einzelstaaten durch übereinstimmende Landesgesetze eingeführt ist. Eine solche Regel bildet, obichon in ganz Deutschland gültig, doch kein „gemeines“ Recht: sie gilt zwar in sämtlichen Teilgebieten Deutschlands, aber nicht in Deutschland als einem einheitlichen Rechtsgebiet.

In den deutschen Konsulargerichtsbezirken gilt als bürgerliches Recht das gemeine deutsche sowie das in dem vormaligen Gebiet des preußischen Landrechts geltende partikuläre Gesetzesrecht, jedoch nur für die dort sich aufhaltenden deutschen Reichsangehörigen und Schutzgenossen (RGes. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. April 00 §§ 19, 2. Ausnahmen ebenda §§ 20, 21, 40 usw.). Ebenso gilt das gemeine deutsche sowie das partikulärpreußische Gesetzesrecht für die nicht eingeborene Bevölkerung in den deutschen Kolonialgebieten (Schutzgebietsgesetz in der Fassung v. 10. Sept. 00 § 3).

8) Weißler, preuß. Landesprivatrecht (00) 1 S. 537.

9) Vgl. aber Ritzelmann, Grundriß S. 14.

10) Siehe unten bei Anm. 11.

11) Siehe oben bei Anm. 10.

III. Das deutsche bürgerliche Gesetzesrecht ist entweder zwingend oder nachgiebig.¹²

1. Es ist zwingend insoweit, als seine Regeln selbst gegen den erklärten Willen der beteiligten Privatpersonen anzuwenden sind.

2. Es ist nachgiebig (vermittelnd, dispositiv) insoweit, als seine Regeln nur unter der Voraussetzung Anwendung finden, daß nicht eine der beteiligten Privatpersonen oder alle zusammen ein andres erklärt haben.

Beispiele. I. Zwingend ist die Regel, daß eine formlose mündliche Erbeseinsetzung ungültig ist (1937, 1941, 2231 f., 2276); denn selbst wenn alle Beteiligten (der Erblasser, dessen Gatte, dessen Verwandte, dessen Gläubiger usw.) einstimmig ihre Einwilligung erklären, wird der formlos Eingesezte nicht Erbe. II. 1. Nachgiebig ist die Regel, daß, wenn jemand mit Hinterlassung einer Witwe und dreier Kinder stirbt, die Witwe und jedes Kind ihn zu gleichen Teilen beerben (1931, 1924): denn sie gilt nur, wenn der Erblasser nicht durch Testament oder Erbvertrag ein andres bestimmt hat (1937, 1938, 1941). 2. Nachgiebig ist auch die Regel, daß, wenn in dem eben genannten Fall der Erblasser ein Testament oder einen Erbvertrag errichtet hat, die Witwe und die Kinder mindestens je $\frac{1}{3}$ des Nachlasswerts als Pflichtteil fordern können (2303): denn hier kann zwar nicht der Erblasser für sich allein, aber doch der Erblasser in Übereinstimmung mit den Pflichtteilsberechtigten ein andres bestimmen (2346).

3. Das Gewohnheitsrecht.

§ 10.

I. 1. Das deutsche bürgerliche Gewohnheitsrecht ist, gerade wie das deutsche bürgerliche Gesetzesrecht, entweder Reichsgewohnheitsrecht oder Landesgewohnheitsrecht oder autonome Observanz.

a) Die Reichsgewohnheiten sind Übungen, die sich auf das Reich als Ganzes erstrecken.

b) Die Landesgewohnheiten sind Übungen, die sich nur auf ein Teilgebiet des Reichs erstrecken.

c) Die Observanzen sind Übungen, die sich nur auf einen mit Autonomie ausgestatteten Personenverband erstrecken.

Beispiele. I. Eine Reichsgewohnheit ist der in ganz Deutschland geübte Satz, daß der Erwerb und der Inhalt der dinglichen Rechte an einem ausländischen Grundstück auch in Deutschland nach ausländischem Recht, nämlich nach dem Recht des Staats zu beurteilen ist, in dem das Grundstück liegt.¹ II. Eine Landesgewohnheit ist der in manchen Gegenden Bayerns geübte Satz, daß ein Landwirt bei der Bestellung seiner Felder den Pflug jenseits seiner Grenze, auf dem Felde des Nachbarn, umwenden darf (s. bayr. AusfGef. 76). III. Eine Observanz ist der in den meisten landesherrlichen Familien geübte Satz, daß die Ehe eines Familienangehörigen wegen gegenseitiger Abneigung der Gatten geschieden werden kann.²

2. a) Der Geltungsbereich der Reichsgewohnheiten ist gesetzlich nicht beschränkt. Er umfaßt demgemäß,³ wie der der Reichsgesetze, das ganze Gebiet des bürgerlichen Rechts.

12) Ehrlich, das zwingende u. nicht zwingende Recht im BGB. (99). 1) Siehe unten § 13¹⁰.

2) Heffter, die Sonderrechte der Souveränen . . Häuser Deutschlands (71).

3) Siehe aber oben § 8 IV.

b) Dagegen sind die Landesgewohnheiten auf diejenigen Teile des bürgerlichen Rechts beschränkt, die das Reich der Landesgesetzgebung überwiesen hat.⁴

Ja in Altpreußen ist ihr Geltungsbereich noch enger: es werden hier nämlich selbst auf dem der Landesgesetzgebung überwiesenen Gebiet nur diejenigen Provinzialgewohnheiten als Rechtsquelle anerkannt, die bereits bei Einführung des preußischen Landrechts ausgebildet waren, während die Bildung eines jüngeren Provinzialgewohnheitsrechts ein für allemal untersagt ist (Publ.-Patent z. pr. Nr. v. 5. Febr. 1794 VII).

Eine andre (übrigens nicht unbestrittene) Beschränkung der Landesgewohnheiten gilt im Gebiet des vormaligen gemeinen Rechts⁵: hier wird nämlich den Landesgewohnheiten die Kraft einer Rechtsquelle abgesprochen, wenn sie nur aus einem Irrtum über das geltende Recht entstanden sind oder der Vernunft oder den guten Sitten widersprechen.

c) Noch enger ist das Geltungsgebiet der Observanzen: es umfaßt nur diejenigen Materien, in denen die Bildung von Observanzen durch eine Regel des Reichs- oder Landesrechts besonders zugelassen ist.

3. a) Der Rang der Reichsgewohnheiten ist gesetzlich nicht normiert. Demgemäß⁴ ist anzunehmen, daß ihnen der gleiche Rang zukommt wie den Reichsgesetzen; denn die Macht der Gewohnheit hat sich seit jeher als ebenso stark bewährt wie die des Gesetzes. Es kann also nicht nur eine Reichsgewohnheit durch ein Reichsgesetz, sondern auch umgekehrt ein Reichsgesetz durch eine Reichsgewohnheit außer Kraft gesetzt werden. Das Reichsgewohnheitsrecht dient somit keineswegs bloß zur Ausfüllung einer von den Reichsgesetzen gelassenen Lücke („praeter legem“), sondern kann sich auch im Widerspruch zu den Reichsgesetzen („contra legem“) geltend machen.⁶ Doch wird natürlich die Bildung einer gewohnheitsrechtlichen Regel tatsächlich um so schwieriger sein, je schroffer sie den Reichsgesetzen widerspricht. Denn ehe die Regel zur Gewohnheit ward, war sie eben noch nicht „Recht“, und wenn sie damals trotzdem angewendet wurde, war das „Unrecht“. Ein solches Unrecht wird sich aber um so schwieriger behaupten und also auch um so schwieriger zur Gewohnheit erstarken, je offener es den Reichsgesetzen als dem zurzeit noch geltenden Recht zuwiderläuft; denn um so offener ist seine Widerrechtlichkeit. Nur dann, wenn der Konflikt einer neuen unrechtmäßigen Übung mit dem geltenden Recht in seinen Anfängen unbemerkt bleibt, ist die Fortbildung der Übung zu einem wirklichen Gewohnheitsrecht wahrscheinlich.

b) In derselben Art stehen die Landesgewohnheiten den Landesgesetzen, die Observanzen den autonomen Statuten im Range gleich.

II. Das bürgerliche Gewohnheitsrecht ist, gerade wie das bürgerliche Gesetzesrecht, entweder gemeines deutsches Recht oder Partikularrecht eines einzelnen zum Reich gehörigen Teilgebiets. Jenes wird nur durch Reichsgewohnheiten, dieses wird durch Landesgewohnheiten oder Observanzen begründet.

Beispiele siehe oben zu I, 1.

4) Crome 1 § 17.

5) Siehe Windscheid-Kipp 1 § 16; Dernb. 1 § 27.

6) Dernb., Wl. 1 § 28⁴; Hölder S. 53. Abw. Laband 2 § 57 III; Endemann 1 § 9¹².

III. Das bürgerliche Gewohnheitsrecht ist, gerade wie das bürgerliche Gesetzesrecht, entweder zwingendes oder nachgiebiges Recht.

Beispiele. Zwingend ist von den oben zu I, 1 genannten Gewohnheiten die erste, nachgiebig die zweite.

4. Das Recht der Wissenschaft.

§ 11.

Das deutsche bürgerliche Recht der Wissenschaft gewährt das gleiche bunte Bild wie das deutsche bürgerliche Gesetzes- und Gewohnheitsrecht. Denn es ist Reichs- oder Landes- oder autonomes, gemeinsames oder partikuläres, zwingendes oder nachgiebiges Recht. Doch ist es nicht erforderlich, an dieser Stelle auf alle Arten des Rechts der Wissenschaft einzugehen; vielmehr werden folgende Bemerkungen über das wissenschaftliche Reichsrecht genügen.

I. Das wissenschaftliche Reichsrecht beruht entweder auf analoger Anwendung einer durch Reichsgesetz oder Reichsgewohnheit eingeführten Regel oder auf einem von Reichs wegen zu berücksichtigenden Bedürfnis des praktischen Rechtslebens.

Beispiele. I. Wenn eine Fahrnißsache, die der Eigentümer einem Gläubiger als Faustpfand übergeben hat, diesem von einem dritten entwendet und demnächst an einen vierten veräußert wird, behält nach reichsgesetzlicher Vorschrift sowohl der Eigentümer wie der Pfandgläubiger sein Recht an der Sache: der eine wie der andre kann also die Sache dem vierten abfordern, selbst wenn dieser den Dieb in entschuldbarem Irrtum für den Eigentümer der Sache gehalten hat und auch von der Verpfändung der Sache nichts hat wissen können (935, 936). Nach Analogie dieser Vorschrift ist folgende Norm zu bilden, die, obgleich sie weder durch Reichsgesetz noch durch Reichsgewohnheit anerkannt ist, dennoch einen Teil unsres geltenden Reichsrechts bildet: wenn eine Fahrnißsache, die der Eigentümer einem Gläubiger als Faustpfand übergeben hat, diesem von dem Eigentümer selbst entwendet und demnächst an einen dritten veräußert wird, behält der Pfandgläubiger sein Pfandrecht an der Sache, während der Eigentümer sein Recht an der Sache einbüßt: es kann also zwar nicht der Eigentümer, wohl aber der Pfandgläubiger die Sache dem dritten abfordern, selbst wenn dieser von ihrer Verpfändung nichts hat wissen können.¹ II. Die Frage, nach welchem Recht eine Forderung beurteilt werden muß, die zwischen Ausländern im Auslande vertragsmäßig begründet wurde, aber nach einer Klausel des Vertrages in Deutschland erfüllt werden soll, ist weder gesetzlich noch durch eine sichere Gewohnheit geregelt; ebensowenig gibt es gesetzliche oder gewohnheitsmäßige Regeln, die eine analoge Anwendung auf die Frage gestatten. Die Lücke ist dem Bedürfnis des Rechtslebens folgend dahin auszufüllen, daß, mindestens was den Inhalt der Forderung betrifft, deutsches Recht zur Anwendung kommen muß.²

II. Der Geltungsbereich des wissenschaftlichen Reichsrechts ist gesetzlich nicht beschränkt. Er umfaßt demgemäß,³ wie das der Reichsgesetze und des Reichsgewohnheitsrechts, das ganze Gebiet des bürgerlichen Rechts.

III. Der Rang des wissenschaftlichen Reichsrechts ist gesetzlich nicht normiert. Demgemäß ist anzunehmen,³ daß ihm der gleiche Rang zukommt

1) Siehe unten § 198 VII, 2.

2) Siehe den Zusatz hinter Buch II, Abschnitt 1.

3) Siehe aber oben § 8 IV.

wie dem Reichsgesetzes- und Reichsgewohnheitsrecht; denn es hat sich seit jeher als beiden ebenbürtig erwiesen. Das wissenschaftliche Reichsrecht wirkt also nicht bloß „praeter“, sondern auch „contra legem“ gerade wie das Reichsgewohnheitsrecht. Doch ist wie diesem so auch ihm die Bildung überaus schwer gemacht, sobald sie contra legem geschieht. Der Grund ist:

1. für das Recht der Analogie, daß es sich seinem Wesen nach eng an das geltende Recht anschließt,

2. für das aus den Bedürfnissen des Rechtslebens geschöpfte Recht, daß es gerade eines der wichtigsten dieser Bedürfnisse ist, alles zu vermeiden, was die Autorität des Gesetzes- und Gewohnheitsrechts zu erschüttern vermag: ein einfältiges aber sicheres Recht ist immer noch besser als ein verständiges aber ungewisses Recht!

Daß sich trotzdem unter besondern Umständen ein Recht der Wissenschaft auch „contra legem“ bilden kann, mögen folgende Beispiele zeigen: I. Ein Witwer, der bei seinem Tode an Verwandten einen Sohn, einen von diesem Sohn abstammenden Enkel und einen Bruder hinterläßt, hat ein Testament errichtet, in dem als einzige Bestimmung die Enterbung des Sohnes ausgesprochen ist. Für diesen Fall ist reichsgesetzlich verordnet, daß der Testator nicht von seinem Enkel, sondern von seinem Bruder beerbt wird (1924 II, 1925, 1930, 1938). Doch ist im Widerspruch hierzu aus der Analogie einer andern reichsgesetzlichen Bestimmung (1953 II) zu folgern, daß nicht der Bruder, sondern der Enkel Erbe wird. II. Ein junger Bursche hat mit einigen Gehilfen auf einem fremden Weinberge unbefugtermaßen Weinlese gehalten; als er von dem Eigentümer des Weinberges auf Herausgabe der Trauben belangt wird, wendet er ein, daß sein Vater ihm gegen irgendein Entgelt die Weinlese „gestattet“ habe; auf die Gegenfrage, wie der Vater dazu komme, erklärt er glaubhaft, sein Vater habe ihm gesagt, daß der Weinbergseigentümer ihm die Trauben auf dem Stock verkauft und ihn dabei zur Abhaltung der Weinlese ermächtigt habe; an der Richtigkeit dieser Mitteilung zu zweifeln, habe er keinen Anlaß gehabt. Hier ist der Bursche nach Gesetzesvorschrift (957) im Recht: denn nach dieser Vorschrift erlangt, wer unbefugtermaßen die Früchte einer fremden Sache zieht, mit der Besitznahme der Früchte deren Eigentum, sobald nur irgendeine andre Person, die ebenso unbefugt sein kann wie er selbst, es ihm „gestattet“ hat. Nun fügt der Paragraph freilich eine Ausnahme für den Fall hinzu, daß der Gewinner der Früchte bei der Besitznahme nicht in gutem Glauben war, d. h. daß er gewußt oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht gewußt hat, die „andre“ Person sei zur Gestattung nicht befugt gewesen; indes ist klar, daß die Voraussetzungen dieser Ausnahme in unserm Fall nicht notwendig erfüllt sind; denn ein junger Bursche begeht nicht immer eine grobe Fahrlässigkeit, wenn er seinen Vater irrtümllich für einen anständigen, zuverlässigen Menschen hält; dazu kommt, daß die Beweislast in Ansehung seines guten Glaubens nicht den Burschen, sondern die Gegenpartei trifft. Ich meine nun aber, daß wir uns einfach lächerlich machen würden, wenn wir dem Burschen recht gäben. Ich bilde deshalb aus dem Bedürfnis des Rechtslebens heraus in bewußtem Widerspruch zu den geltenden Reichsgesetzen die Norm, daß die Gestattung, von der das Gesetz spricht, in unserm Fall nur von dem erteilt werden kann, der den Weinberg — rechtmäßig oder unrechtmäßig — im Besitz hat oder der wenigstens von dessen Besitzer ermächtigt ist, die „Gestattung“ zu erteilen.

Die Erwähnung solcher Beispiele wie der vorgenannten ist immer mißlich. Denn ihre Beweiskraft ist gering. Wer nun einmal nicht glauben will, daß das Recht der Wissenschaft auch „contra legem“ wirke, braucht ja bloß die in den Beispielen aufgeworfenen Fragen anders zu entscheiden als ich — vielleicht mit dem Zufügen, daß er *de lege ferenda* ebenso denke, aber doch nach der *lex lata* nicht ebenso entscheiden könne wie ich. Oder er entscheidet gerade so wie ich, leugnet aber ängstlich, daß er dabei „contra legem“ handle, und behauptet, daß er mit seiner Entscheidung nur den wahren Sinn des Gesetzes zu Ehren bringe.

Damit täuscht er aber sich selbst und jeden, der ihm glaubt. Wichtig ist vielmehr, daß die gesetzgebenden Organe die Tragweite der eben besprochenen Gesetzesstellen falsch gewürdigt haben. Jedem andern Juristen, so scharfsinnig er sein mag, passiert bei seinen juristischen Behauptungen das nämliche alle Tage; alsbald sieht er aber, wenn er wirklich scharfsinnig ist, sein Unrecht ein und widerruft, wenn er nicht bloß scharfsinnig, sondern auch ehrlich ist, seine Behauptung. Dem Gesetzgeber wird aber der Widerruf minder leicht, da er ja nur schwerfällige Arbeit kennt. Soll nun der Irrtum des Gesetzgebers, wenn er, wie hier, klar zutage liegt, in der Zwischenzeit Gesetzeskraft behalten? Soll wirklich jedesmal, wenn der Gesetzgeber „vorbeigedacht“ hat, der mühsame Apparat der ganzen Gesetzgebungsmaschine spielen, um seine falschen Gedanken richtig zu stellen?

II. Ermittlung und Auslegung der Rechtsregeln.¹

§ 12.

I. Wird über eine Rechtsfrage die Entscheidung der Gerichte oder einer andern Behörde begehrt, so hat die angerufene Behörde die maßgebenden Rechtsregeln von Amtswegen zu ermitteln. Es ist also nicht etwa Sache der beteiligten Privatpersonen, ihrerseits der Behörde die Rechtsregeln nachzuweisen. Nur für Regeln des ausländischen Rechts, des Gewohnheitsrechts oder des Statutarrechts darf die Behörde von den beteiligten Parteien nähere Nachweise fordern (ZPO. 293) und kann sie, falls sie den geforderten Nachweis nicht erbringen, mit ihren Ansprüchen abweisen.²

II. 1. Die Ermittlung einer Rechtsregel besteht nicht bloß in der Feststellung des Wortlauts einer Rechtsformel, sondern zugleich in der Feststellung, welchen Sinn die Formel hat: die Formel ist also „auszulegen“. Und zwar darf der Ausleger nicht an dem Wortlaut der Formel kleben, sondern muß über diesen Wortlaut hinaus, ungenau oder unklar wie er oft genug gefaßt ist, in die wirkliche Bedeutung der Regel einzudringen suchen; dabei ist namentlich der Zusammenhang der Regel mit dem sonstigen geltenden Rechtssystem und außerdem der Zweck, den die Regel erkennbar verfolgt, zu beachten. So kann es kommen, daß man eine Regel auf Fälle anwendet, für die ihr Wortlaut nicht paßt, oder umgekehrt, daß man sie auf Fälle, die ihr Wortlaut mitumfaßt, nicht anwendet: *a u s d e h n e n d e* (extensive) oder *e i n s c h r ä n k e n d e* (restriktive) Interpretation.

Beispiele. I. Nach dem BGB. sollen, wenn jemand im Namen eines andern ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem dritten vornimmt, ohne für den andern Vertretungsmacht zu haben, die Regeln über „Verträge“ entsprechende Anwendung finden, sofern der dritte „die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet“ (180). Dies ist ausdehnend dahin auszulegen, daß der Beanstandung „bei“ der Vornahme des Rechtsgeschäfts eine Beanstandung „unverzüglich nach“ der Vornahme gleichzustellen ist (s. 174). II. Nach dem BGB. ist eine Willenserklärung,

1) Danz in Grünhuts *Stchr.* 24 S. 611; Saleilles, *introd. à l'étude du droit civil allemand* (04) S. 88.

2) *RG.* 21 S. 177; *Bittelmann* 1 S. 289.

die im Zustande vorübergehender Störung der Geistesstätigkeit abgegeben wird, nichtig (105). Dies ist einzuschränken auf Störungen, die die „freie“ Willensbestimmung ausschließen (s. 104); denn auch ein ganz leichter Rausch „stört“ die Geistesstätigkeit, z. B. das Sprachvermögen; und doch wird man nicht jede Willensäußerung eines leicht Berauschten für nichtig erklären.

Mit der ausdehnenden Auslegung einer Rechtsregel darf die bereits früher besprochene Bildung einer neuen Rechtsregel nach Analogie einer alten³ nicht verwechselt werden. Denn jene leitet aus der auszulegenden Rechtsregel nur das ab, was der Urheber der Regel sich bei ihr in Wirklichkeit gedacht hat; diese folgert dagegen aus der analog anzuwendenden Regel Rechtsätze, die der Urheber der Regel gar nicht hat aufstellen wollen, sei es, daß sie ihm nicht eingefallen sind, sei es, daß sie ihm zweifelhaft erschienen.

Ebenso wenig ist es reine „Auslegung“, wenn man eine Gesetzesformel, deren Sinn den gesetzgebenden Organen selber nicht klar geworden ist, zu einem klaren Sinn zu verhelfen sucht. Denn die Auslegung kann wohl aus einer Regel, die klar gedacht, aber unklar ausgedrückt ist, einen klaren Sinn gewinnen, nicht aber auch aus einer unklar gedachten Regel: aus einem Brunnen, in dem kein Wasser ist, kann man auch kein Wasser schöpfen; man muß also, wenn man darauf besteht, aus diesem Brunnen Wasser zu holen, es erst selber hineingießen. Genauer ausgedrückt: eine unklar gedachte Rechtsformel kann vielleicht in siebenzähliger verschiedener Art verstanden werden; alsdann sind diese sieben Bedeutungen durch gewöhnliche Auslegung zu ermitteln und sind für die Gerichte insofern bindend, als sie der Formel — von Ausnahmefällen abgesehen — nicht etwa einen achtzehnten ihr sicher fremden Sinn beilegen dürfen; gilt es nun aber, unter den sieben möglichen Bedeutungen die endgültige Wahl zu treffen, so ist das keine Rechtsauslegung mehr, sondern Rechtsbildung, bei der als Richtschnur entweder wiederum die Rechtsanalogie oder aber das Bedürfnis des Rechtslebens dienen muß. Hierher gehörige Beispiele aus dem BGB. sind die Formeln, in denen die Ausdrücke „höhere Gewalt“, „Geschäftsbesorgung“, „verursachen“ vorkommen; es ist eitel Selbsttäuschung, wenn jemand denkt, diese Formeln mit ihren je „sieben“ möglichen Bedeutungen im Wege bloßer Auslegung verwerten zu können.

2. a) Sehr häufig erwächst dem Ausleger der Gesetze dadurch eine Schwierigkeit, daß in zwei Gesetzen von gleichem Rang und Alter oder gar in einem und demselben Gesetz widersprechende Bestimmungen vorkommen. Wie er solcher „Antinomien“ Herr zu werden hat, kann bloß von Fall zu Fall gezeigt werden. Als besonders wichtig sei hier der Fall erwähnt, daß der Tatbestand der einen Bestimmung weiter ist als der der andern und demgemäß die erstere als die allgemeine Regel (*lex generalis*), die letztere als die Sonderregel (*lex specialis*) angesehen werden kann: der Widerspruch der beiden Regeln kann hier fast immer durch einschränkende Auslegung der allgemeinen Regel gehoben werden, indem angenommen wird, daß die allgemeine Regel nur unter dem stillschweigenden Vorbehalt von Ausnahmen gelten will und die Sonderregel eben eine solche stillschweigend vorbehaltene Ausnahme ist; auf diese Weise erhält also die Sonderregel in ihrem engen Bereich gewissermaßen den Vorrang vor der allgemeinen Regel (*lex specialis derogat generali*).

b) Ganz anders ist die Rechtslage, wenn die widersprechenden Bestimmungen sich in zwei Gesetzen gleichen Ranges, aber verschiedenen Alters finden. Denn hier löst sich in der großen Mehrzahl der Fälle der Widerspruch

3) Siehe oben § 8 und § 11.

ganz von selbst durch den Satz: die jüngere Regel geht bei Gleichheit des Rangs der älteren vor (*lex posterior derogat priori*).⁴ Doch kann eine Ausnahme Platz greifen, wenn eine der Regeln allgemeiner Art, die andre aber eine Sonderregel ist: die allgemeine Regel läßt nämlich, auch wenn sie die jüngere ist — zwar nicht immer, aber doch unter Umständen⁵ — der Sonderregel den Vorrang (*lex prior specialis derogat legi posteriori generali*). Der Grund hierfür ist, daß die jüngere allgemeine Regel die ältere Sonderregel unter Umständen⁵ bloß als eine für einen engeren Tatbestand geltende Ausnahme von ihren eignen Vorschriften ansieht und, da sie ja überhaupt nur mit dem stillschweigenden Vorbehalt von Ausnahmen gelten will, auch diese ältere „Ausnahme“ stillschweigend in Kraft beläßt.

Beispiele. I. Wenn mehrere Personen eine teilbare Leistung schulden, so verfügt das BGB. 1. „allgemein“, daß jeder Schuldner im Zweifel nur zu einem gleichen Anteil verpflichtet sein soll (420), 2. „speziell“, daß, wenn die Verpflichtung auf einem Vertrage beruht, die Schuldner im Zweifel als Gesamtschuldner haften (427). Der Widerspruch ist dahin zu lösen, daß die Sonderregel (427) ihrem Wortlaut gemäß nur auf vertragsmäßige, die allgemeine Regel (420) ihrem Wortlaut entgegen nur auf nicht vertragsmäßige Verpflichtungen zu beziehen ist. II. Das RGes. v. 12. Mai 94 § 14 betreffend den Schutz der Warenbezeichnungen bestimmt, daß, wer ein Warenzeichenrecht wissentlich oder grob fahrlässig verletzt, schadensersatzpflichtig sein soll, woraus von selbst folgt, daß der Täter bei nur geringer Fahrlässigkeit haftfrei ist; dagegen bestimmt das BGB., daß, wer widerrechtlich irgend ein Recht auch nur mit geringer Fahrlässigkeit verletzt, zum Schadensersatz verpflichtet ist (823, 276). Hier ist die ältere Regel des Warenzeichengesetzes *lex specialis*, die jüngere Regel des BGB.s ist *lex generalis*. Daß jene den Vorrang vor dieser haben soll, ist zweifellos.

3. Eine Auslegungsschwierigkeit anderer Art entsteht, wenn ein Gesetz irgendeine Regel für einen Einzelfall aufstellt, ohne zu sagen, welche Regel für andre ähnliche Fälle gelten soll. Hier ist nämlich ein Doppeltes möglich. Erstlich mag das Gesetz die Regel auf jenen Einzelfall nur deshalb beschränkt haben, weil er dem Gesetzgeber besonders wichtig oder schwierig schien; über die andern Fälle sich zu äußern glaubte der Gesetzgeber keinen Anlaß zu haben. Zweitens kann aber das Gesetz die Regel auf jenen Einzelfall auch deshalb beschränkt haben, weil der Gesetzgeber ihn für so eigenartig hielt, daß er ihm nur durch eine eigenartige Behandlung gerecht zu werden glaubte. Welche dieser beiden Bedeutungen die Regel hat, ist durch gewöhnliche Auslegung zu ermitteln. Das Ergebnis der Ermittlung ist von großer Bedeutung.

a) Hat das Gesetz seine Regel auf den Einzelfall nur deshalb beschränkt, weil es ihn für besonders wichtig oder schwierig hielt, so kann man die Regel analog auch auf andre Fälle ausdehnen: indem man annimmt, daß das Gesetz durch die Feststellung der Regel für jenen Einzelfall ein allgemeines Prinzip „zunächst“ für diesen Fall anerkannt habe, kann man ebendiese Feststellung, so beschränkt sie ist, doch als Argument zugunsten einer analogen Anwendung der Regel auf andre Fälle verwerten.

b) Hat dagegen das Gesetz seine Regel auf den Einzelfall deshalb be-

4) Siehe oben § 9°.

5) Apodiktischer Zitelmann, Grundriß S. 11.

schränkt, weil es gerade diesen Fall für besonders eigenartig hielt, so ist eine analoge Anwendung der Regel auf andre Fälle ausgeschlossen: indem man annimmt, daß das Gesetz durch die Feststellung der Regel für jenen Einzelfall lediglich eine Ausnahme von den sonst geltenden allgemeinen Prinzipien zugelassen hat, muß man ebendiese Feststellung, gerade weil sie so beschränkt ist, als Argument gegen eine analoge Anwendung der Regel auf andre Fälle verwerten. Man drückt dies (ungenau) durch die Formel aus: Ausnahme-gesetze sind strikt zu interpretieren.

Beispiele. I. Das BGB. spricht ein Recht am eignen Namen nur den „natürlichen“ Personen, zu deutsch, den Menschen zu (12). Es ist aber unbedenklich, analog auch juristische Personen mit einem Namensrecht auszustatten; denn jene Regel enthält offenbar keine bloße Ausnahmenvorschrift zugunsten der „natürlichen“ Personen. II. Das BGB. bestimmt, daß juristische Personen für alle Delikte, die ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter in Ausübung der ihnen zustehenden Verrichtungen begehn, unbedingt haftbar sein sollen (31, 86, 89). Diese Regel darf nicht analog auf nicht rechtsfähige Vereine oder gar auf gewöhnliche Gesellschaften übertragen werden; denn sie soll, wie ein Vergleich mit andern Bestimmungen des BGB. (z. B. mit 831) ergibt, eine Ausnahmenvorschrift zum Nachteil juristischer Personen sein. III. Die Konk.Ord. läßt die Eröffnung eines selbständigen Konkurses über das Gesellschaftsvermögen der offenen Handels- und der Kommanditgesellschaft zu (RD. 209). Ob diese Regel analog auch auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts angewendet werden kann, ist zweifelhaft. Denn es ist schlechterdings nicht ersichtlich, ob sie nur ein für alle Gesellschaften gültiges Prinzip gerade für die Handelsgesellschaften bestätigen oder aber eine Ausnahmenvorschrift für die Handelsgesellschaften aufstellen will.

4. a) Nicht selten ist die Auslegung einer Rechtsformel dadurch gebunden, daß gewissen darin gebrauchten Ausdrücken durch Gesetz authentisch ein bestimmter Sinn beigelegt wird, der ihnen nach dem sonstigen — populären oder juristischen — Sprachgebrauch nicht innewohnt.

α) Eine solche authentische Wortinterpretation kann ausdrücklich geschehn. So ist bestimmt, daß im bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz dazu der Ausdruck „Bundesstaat“ nicht bloß die wirklichen Bundesstaaten, sondern auch Elsaß-Lothringen, der Ausdruck „Gesetz“ nicht bloß die wirklichen Gesetze, sondern auch alle andern Rechtsnormen, vor allem die des Gewohnheitsrechts mit umfassen soll (EG. 5, 2). Hierher gehört sodann die Bestimmung des Kaufmannsbegriffs im Handelsgesetzbuch (HGB. 1). Hierher gehört ferner der in neueren Gesetzen häufig angewendete Trick, daß irgend ein juristischer Begriff möglichst scharf formuliert und ihm dann eingeklammert ein kurzes Wort zugefügt wird, das demnächst stets als Name jenes Begriffs dient; in dieser Weise ist höchst willkürlich, aber auch höchst authentisch im bürgerlichen Gesetzbuch der Sinn der Worte „unverzüglich“ (im Gegensatz zu „sofort“), der Worte „Zustimmung“, „Einwilligung“, „Genehmigung“, usw. festgelegt (121, 183, 184).

β) Die authentische Wortinterpretation kann aber auch stillschweigend erfolgen, indem ein Gesetz irgendwo einen Ausdruck in einem bestimmten unzweideutigen Sinn verwendet und nun vorausgesetzt werden darf, daß dasselbe Gesetz den nämlichen Ausdruck immer in dem nämlichen Sinn gebrauchen

werde. In dieser Weise ist für das bürgerliche Gesetzbuch der Sinn der Worte „Auftrag“, „Anfechtung“ usw. authentisch festgesetzt (662, 142—144).

Die authentische Festsetzung des Sinns eines juristischen Ausdrucks gilt zunächst nur für das Gesetz, das die Festsetzung enthält. Doch kann sie natürlich mit gebührender Vorsicht auch bei der Auslegung anderer gleichzeitiger oder jüngerer Gesetze verwertet werden. Vorsicht ist namentlich am Platz, wenn ein älteres Gesetz einem bestimmten alten Sprachgebrauch huldigt, hierauf ein zweites jüngerer Gesetz authentisch einen ganz abweichenden neuen Sprachgebrauch einführt und nun endlich ein drittes Gesetz — noch jünger als das zweite oder ebenso alt — ergeht, das sich ergänzend oder abändernd als sog. Novelle an das erste, älteste Gesetz anschließt; denn es ist schlechterdings ungewiß, ob eine solche Novelle wegen ihres engen Zusammenhangs mit dem ersten Gesetz dem alten oder wegen der in der Zwischenzeit erfolgten authentischen Interpretation dem neuen Sprachgebrauch folgen will. Ein Beispiel bietet die Konkursnovelle von 1898: es ist keineswegs sicher, ob sie das Wort „Anfechtung“ im Sinn des bürgerlichen Gesetzbuchs oder im Sinn der alten Konkursordnung von 1877 gebraucht.

b) Möglich ist es auch, daß der Wortsinn einer Rechtsformel nicht in dem Gesetz, das die Formel aufstellte, sondern durch ein eignes Nachtragsgesetz festgestellt wird. Dies ist die authentische Interpretation im engeren Sinn.

Beispiel. I. Nach preuß. Landr. I., 21 § 395 sollte der Vermieter an allen vom Mieter eingebrachten Sachen die Rechte eines Pfandgläubigers haben; die Deklaration v. 21. Juli 1846 legte diese Regel fälschlich und dennoch rechtsverbindlich dahin aus, daß das Pfandrecht nur für Sachen, die dem Mieter selbst gehören oder die er ohne Einwilligung des Eigentümers zu verpfänden befugt ist, gelten sollte. II. Siehe ferner preuß. Gef. v. 24. Juli 06.

5. Sehr oft wird behauptet, daß die Auslegung der Gesetze auch durch eine gewisse Rücksichtnahme auf die sog. Entstehungsgeschichte der auszuliegenden gesetzlichen Normen gebunden sei; insbesondre wird den amtlichen „Motiven“, die die Redaktoren der Gesetzesentwürfe ihren Nachwerken beizugeben pflegen, den Verhandlungen der Kommissionen, die mit der Beratung dieser Entwürfe betraut sind, sowie endlich den Äußerungen, die bei der Beratung der Entwürfe in den Parlamenten von seiten der Abgeordneten oder Regierungsvertreter fallen, eine autoritative Bedeutung beigemessen.⁶ Doch ist diese Annahme verfehlt. Denn alle solche Schriften und Reden sind ein Internum der bei der Gesetzgebung beteiligten Organe; die Gesetze werden aber nicht für diese Organe, sondern für das Volk gemacht. Nur was dem ganzen Volk offenkundig vor Augen liegt, der Gesetzeswortlaut und das Bedürfnis des Rechtslebens, sind taugliche Auslegungsmittel. Dagegen hat das Volk keinen Anlaß, sich um alle jene nur dem Stadium der Gesetzesvorbereitung angehörigen Schriften und Reden zu kümmern. Man darf ihnen deshalb keine höhere Bedeutung beilegen als den Rundgebungen irgend einer beliebigen bei dem Zustandekommen des Gesetzes gänzlich unbeteiligten Privatperson.

Oder bin ich etwa, wenn ich in Vertragsverhandlungen mit einer Stadtgemeinde oder einer Aktiengesellschaft stehe, gehalten, die Zeitungsberichte über die Debatten zu lesen, die

6) Siehe z. B. Regelsberger S. 143¹⁰; Ed S. 30.

sich anlässlich jener Verhandlungen in der Stadtverordneten- oder Generalversammlung abspielen? Kann, wenn der Vertrag schließlich zustande kommt, eine Äußerung, die in einer solchen Debatte gefallen und durch die Zeitungen gegangen ist, zur Vertragsauslegung verwandt werden, auch wenn ich von jener Äußerung erst nachträglich Kenntnis erlangt habe?

Um die Bedeutung der Äußerungen, die im Vorstadium der Gesetzgebung fallen, richtig einzuschätzen, muß man sich vor allem gegenwärtig halten, daß sie immer nur die Meinung eines einzigen bei der Gesetzgebung beteiligten Organs und nicht etwa die Meinung „des“ Gesetzgebers wiedergeben. Die Annahme, daß etwa die übrigen Gesetzgebungsorgane durch ihr Stillschweigen sich jene Äußerungen aneigneten, wäre eine gewaltsame Fiktion. So haben z. B. die allermeisten Reichstagsabgeordneten 1896 weder die Motive zum BGB. noch die Protokolle der zweiten Kommission gelesen; nichts spricht dafür, daß sie trotzdem in gewissenloser Indolenz den Inhalt der Motive und der Protokolle in Bausch und Bogen gutgeheißen hätten; in Wirklichkeit haben sie vielmehr lediglich den Wortlaut der ihnen vorgelegten Entwürfe, so wie ein jeder ihn verstand oder nicht verstand, genehmigt, in dem naiven Vertrauen, daß etwaige Zweifel später von irgendjemandem irgendwie gehoben werden würden.

Will man trotzdem auf die Vorarbeiten zu den Gesetzen eingehen, so muß man wenigstens genau zusehn, ob sie dem endgültigen Gesetzestext nahe stehn oder nicht. Daraus ergibt sich z. B., daß unter den Vorarbeiten zum BGB. den „Protokollen“ der zweiten Kommission ein verhältnismäßig hoher Wert zukommt; denn diese Protokolle beziehen sich auf den zweiten Entwurf des BGB., der sich von dessen endgültigem Text bloß in einigen Einzelheiten unterscheidet; bedauerlich ist nur, daß die Protokolle nie die Namen der Antragsteller und Redner angeben. Im Gegensatz dazu ist der Wert der „Motive“ ein sehr geringer; denn sie gelten ja dem ersten Entwurf des BGB., der nach Sprache und Inhalt von dem fertigen Gesetzestext grundsätzlich verschieden ist; dazu kommt, daß die Motive niemals Gegenstand einer Abstimmung der ersten Kommission gewesen sind und deshalb nicht einmal die Meinung dieser Kommission, sondern nur die Meinung einiger weniger Kommissionsmitglieder authentisch wiedergeben, und daß sie zum Teil — namentlich im dritten Bande — wissenschaftlich auf einer sehr niedrigen Stufe stehn; es ist also geradezu unverständlich, wenn man diesen „Motiven“ trotzdem immer und immer wieder eine autoritative Bedeutung beizulegen sucht.

Die Praxis unsrer Gerichte verhält sich gegenüber der „Entstehungsgeschichte“ der Gesetze sehr verschieden: bald geht sie mit schwerfälliger Pseudogelehrsamkeit auf sie ein und unterwirft sich blindlings der Autorität von Motiven, Denkschriften u. dgl.; bald ist sie kritischer gestimmt und erklärt, daß nur der endgültig festgestellte Wortlaut der Gesetze für sie maßgebend sei. Ähnlich prinziplos verfährt oft genug die Theorie: viele Theoretiker legen den Motiven, Denkschriften usw. die größte Autorität bei, solange diese mit ihren eignen Theoremen übereinstimmen, schieben sie aber sofort nachlässig beiseite, sobald es an solcher Übereinstimmung mangelt.

III. Inländisches und ausländisches Recht.¹

§ 13.

Indem die Regeln des deutschen bürgerlichen Rechts sich selber Geltung in Deutschland beilegen, scheinen sie ebendadurch stillschweigend die Anwendung

1) Niemeyer, positives internationales Privatrecht (94); ders., Vorschläge u. Materialien z. Kodifikation des internat. Pr. (95); ders., d. internat. Pr. des BGB. (01); Neumann, internat. Pr. (96); ders. bei Gruchot 46 S. 67; Rahn, Jahrb. f. Dogm. 30 S. 1, 39 S. 1, 40 S. 1, 42 S. 309; 43 S. 299; Zitelmann, internat. Pr. I, II, 1, 2 (97, 98, 03); Meist,

alles ausländischen bürgerlichen Rechts in Deutschland auszuschließen. In Wirklichkeit ist aber das deutsche Recht von solcher Ausschließlichkeit weit entfernt, läßt sich vielmehr die Konkurrenz des ausländischen Rechts innerhalb des deutschen Reichs unbedenklich gefallen. Doch ist es selbstverständlich darauf bedacht, daß nicht aus der konkurrierenden Geltung der inländischen und aller möglichen ausländischen Rechte im deutschen Rechtsgebiet eine Kollision zwischen diesen Rechten erwachse. Es hat demgemäß sogenannte Kollisionsnormen aufgestellt, die genaue Auskunft darüber geben, wie weit innerhalb des deutschen Reichs das Anwendungsgebiet des einheimischen und neben ihm das Anwendungsgebiet des bürgerlichen Rechts jedes einzelnen Auslandsstaats reicht. Alle diese Kollisionsnormen zusammen bilden das deutsche internationale Privatrecht.

I. Ein allgemeines Charakteristikum der Kollisionsnormen des deutschen internationalen Privatrechts ist, daß sie, obschon sie nebeneinander die Anwendung deutschen und ausländischen Rechts zum Gegenstande haben, doch selber einzig und allein deutsches Recht enthalten. Das will besagen: das inländische Recht gilt im deutschen Reich gerade soweit, als das deutsche Recht es will, nicht mehr und nicht weniger.²

Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß einige der deutschen Kollisionsnormen auf internationalen Verträgen beruhen,³ die das deutsche Reich mit andern Staaten abgeschlossen hat. Denn daß das Reich auf diese Verträge eingegangen ist, beruht auf seinem freien Willen. Auch kann es sich unter Einhaltung gewisser Kündigungsfristen von diesen Verträgen wieder lösen. Ja wenn es, ohne die Verträge zu kündigen, die vereinbarten Kollisionsnormen einseitig durch Reichsgesetz abändern oder aufheben würde, würde darin zwar ein Verstoß gegen das Völkerrecht liegen; daran aber, daß solch ein Gesetz innerhalb des deutschen Reichs gültig sein würde, wäre nicht zu zweifeln.

II. 1. An die Spitze der deutschen Kollisionsnormen ist folgende allgemeine Regel zu stellen, die man als das Prinzip des deutschen internationalen Privatrechts bezeichnen kann: eine Rechtsfrage ist in Deutschland nach dem Recht des Staats zu beurteilen, der das größte gesetzgeberische Interesse daran hat, eine Frage dieser Art nach eignem Ermessen zu entscheiden. Aus diesem Prinzip ergeben sich unter andern folgende drei Normen:

a) Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird nach ihrem Personalstatut,⁴ d. h. nach dem Recht des Staats beurteilt, dem sie in dem maßgebenden Zeitpunkt angehört hat.^{4a} Ingleichen bestimmen sich die familienrechtlichen Beziehungen einer Person nach dem Personalstatut des Familienhauptes, das Erbrecht nach dem Personalstatut des Erblassers usw.^{4b}

b) Die dinglichen Rechtsverhältnisse einer Sache werden nach dem Real-

d. internat. Zivil- u. Handelsrecht (02); Klein im Arch. f. RR. 27 S. 252, 29 S. 92, 311; Habicht-Greif, internat. Privatrecht (07). — Böhm, Ztschr. f. internat. Pr. u. Strafrecht (seit 91). 2) Siehe aber unten zu IV, 2 c.

3) Siehe unten bei Anm. 11. 4) Genauerer unten bei Anm. 17.

4a) Genauerer s. unten im Zusatz zu Buch I Abschn. 5.

4b) Genauerer s. unten im Zusatz zu Buch VI Abschn. 2, 3, 4, 7, Buch VII Abschn. 1.

statut, d. h. nach dem Recht des Staats beurteilt, in dessen Gebiet die Sache sich in dem maßgebenden Zeitpunkt befunden hat.⁵

c) Die Rechtsfolgen eines Delikts werden nach dem Statut des Orts der Tat, d. h. nach dem Recht des Staats beurteilt, in dessen Gebiet das Delikt begangen worden ist.⁶

Beispiel. Dem A. in Lüttich ist eine kleine Porzellanfigur abhanden gekommen; später hört er, daß sein Diener B. sie ihm entwendet und an einen damals in Lüttich angestellten, jetzt aber nach Maastricht verzogenen dänischen Staatsangehörigen C. veräußert hat. Als A. bald darauf zufällig nach Maastricht kommt, geht er zu C., um sein Eigentum zu reklamieren, obschon er daran, daß C. bei dem Erwerb des Figürchens in gutem Glauben gewesen ist, keinen Zweifel hat. C. ist indes nicht zu Hause, und auch seine Frau läßt sich aus Angst vor etwaigem Streit nicht sehen; wohl aber meldet sich C.'s achtjähriger Sohn, holt, als er A.'s Begehren hört, dienstfertig das Figürchen herbei, schlägt damit hin und zerschmettert es. Nun fordert A. von dem kleinen C. und seinen Eltern Schadensersatz und verklagt, da C. inzwischen nach Aachen verzogen ist, alle drei beim dortigen Amtsgericht, das Kind, weil es mit der Figur unvorsichtig umgegangen sei, die Mutter, weil sie auf das Kind nicht ordentlich aufgepaßt habe, den Vater, weil er kraft ehelichen Güterrechts für alle Schulden seiner Frau mit haftet. Hier hat das Aachener Gericht sein Urteil teils nach belgischen, teils nach niederländischen, teils nach dänischen Gesetzen zu fällen, während die deutschen Gesetze bei dem ganzen Streit, obschon der Prozeß in Aachen spielt, außer Anwendung bleiben. Die belgischen Gesetze sind für die Frage maßgebend, ob A. seiner Rechte an dem Figürchen nicht dadurch verlustig gegangen ist, daß C. es von B. gutgläubig erworben hat (Realstatut des Figürchens!), die niederländischen für die Frage, ob das Kind und seine Mutter für die Beschädigung des Figürchens haftbar sind (Statut des Orts der Tat!), die dänischen für die Frage, ob C. für die Schulden seiner Frau mit haftet (Personalstatut C.'s!).

2. Unser Prinzip des internationalen Privatrechts hat eine allgemeine authentische Anerkennung durch Gesetz oder Gewohnheit bisher noch nicht gefunden. Auch läßt sich es nicht auf die Analogie irgendwelcher gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Einzelregeln stützen; freilich gibt es solche Einzelregeln, wie wir alsbald sehen werden, in großer Zahl; sie sind aber lückenhaft und überdies untereinander so ungleich, daß sich ein allgemeines Prinzip aus ihnen nicht ableiten läßt. Die einzige Stütze unsres Prinzips ist vielmehr das Bedürfnis des Rechtslebens.⁷

Gründe. I. Unstreitig ist, daß unser deutsches Recht nicht auf alle Rechtsfragen angewendet sein will, die in Deutschland, insbesondere vor deutschen Behörden, zufällig verhandelt werden, sondern nur auf solche Rechtsfragen, die ihrem Inhalt nach die deutsche Rechtsordnung „angehn“. II. Unstreitig ist ferner, daß unser deutsches Recht eine Kollision mit auswärtigen Rechten tunlichst vermeiden will und deshalb selbst bei solchen Rechtsfragen, die die deutsche Rechtsordnung tatsächlich angehn, auf die Anwendung seiner Regeln Verzicht leistet, wenn die Fragen irgendeine andre Rechtsordnung noch mehr angehn als die deutsche. III. Daraus ergibt sich ganz von selbst die Norm: jede Rechtsfrage ist grundsätzlich nach dem Recht des Staats zu entscheiden, dessen Rechtsordnung sie „am meisten“ angeht. Unser Prinzip ist aber nur eine etwas schärfere Formulierung dieser Norm. IV. Unser Prinzip eignet sich dazu, grundsätzlich — wenn schon vielleicht mit gewissen Ausnahmen und Vorbehalten — von allen zivilisierten Staaten anerkannt zu werden, weil es in der Praxis zu angemessenen Ergebnissen führt und den gesetzgeberischen Interessen aller

5) Genaueres s. unten Buch III Abschn. 1.

6) Genaueres s. unten bei Anm. 14a sowie im Zusatz zu Buch II Abschn. 2.

7) Siehe oben § 8 I, 4.

Staaten gleichmäßig gerecht wird. Offenbar ist aber nur diejenige Regelung des internationalen Privatrechts auf die Dauer zu billigen, die Aussicht hat, im Lauf der Zeit zum gemeinschaftlichen Recht der ganzen zivilisierten Welt erhoben zu werden.

Eine Schwäche unsres Prinzips ist seine Unbestimmtheit. Doch wird man einräumen müssen, daß alle sonstigen Versuche, ein Prinzip des internationalen Privatrechts zu formulieren, noch unbestimmter ausgefallen sind; insbesondere gilt dies für die berühmte Formel Savignys: ein Rechtsverhältnis ist nach den Gesetzen des Orts zu beurteilen, an dem es seinen „Sitz“ hat. Man darf unser Prinzip um seiner Unbestimmtheit willen nur dann verwerfen, wenn man in der Lage ist, ein bestimmteres an seine Stelle zu setzen. Mit einem bloßen „non liquet“ kommt man bei einem Problem, das eine rechtliche Regelung aus praktischen Gründen dringend fordert, nicht aus.

Leonhard⁸ wendet gegen unser Prinzip ein, es ließe die Praxis im Stich, sobald zwei verschiedene Rechtsordnungen einer Rechtsfrage mit demselben Interesse oder derselben Gleichgültigkeit gegenüberstehn. Das ist richtig: wenn z. B. jemand, der zeitlebens zugleich die russische und österreichische Staatsangehörigkeit und einen Doppelwohnsitz in Frankreich und Belgien gehabt hat, auf einem Ausfluge nach der Schweiz stirbt, und nun verschiedene Franzosen und Belgier als seine angeblichen Erben in Deutschland um ihr Erbrecht streiten, ist aus unserm Prinzip schlechterdings nicht abzuleiten, welches Recht auf diesen Streit anzuwenden ist: denn Rußland und Oesterreich, Frankreich und Belgien haben an dem Streit das nämliche gesetzgeberische Interesse.⁹ Ist aber wohl ein andres Prinzip denkbar, welches einem derart verzwickten Fall gerecht würde? Soll man um solcher seltenen Fälle willen auf die Aufstellung eines Prinzips ganz verzichten und damit das internationale Privatrecht der richterlichen Willkür preisgeben?

Ganz anders als ich bestimmt Zitelmann¹⁰ das Prinzip des internationalen Privatrechts: er will jeden Anspruch nach dem Recht des Staats beurteilen, der völkerrechtlich befugt ist, die Erfüllung des Anspruchs zu befehlen. Hiergegen ist unter anderm folgendes zu erwidern: I. Unmöglich kann es, wie Zitelmann will, allein auf die Frage ankommen, ob ein Staat die Anwendung einer Rechtsregel völkerrechtlich befehlen „darf“, sondern mindestens ebenso wichtig ist die Frage, ob er die Anwendung der Regel befehlen „will“. Und es liegt doch auf der Hand, daß die Bejahung der einen Frage keineswegs die Bejahung der andern mit sich bringt. Wie oft kommt es vor, daß ein Staat irgend eine formale völkerrechtliche Befugnis hat und nicht daran denkt, tatsächlich von ihr Gebrauch zu machen! Man sieht also deutlich: sollte die Frage erheblich sein, ob ein Staat zur Erteilung eines gesetzgeberischen Befehls völkerrechtlich befugt ist, so müßte ihr jedenfalls die Frage gleichberechtigt zur Seite gestellt werden, ob er auch ein gesetzgeberisches Interesse an der Erteilung des Befehls hat. II. Ein Prinzip, das alles auf die völkerrechtliche Gesetzgebungsgewalt der verschiedenen Staaten abstellt, läßt die Praxis nicht bloß, wie das unsrige, in seltenen Ausnahmefällen, sondern auf Schritt und Tritt im Stich. Denn überaus häufig haben nach Völkerrecht zwei Staaten nebeneinander die Befugnis, gesetzgeberische Befehle zu erteilen, der eine kraft seiner Personal-, der andre kraft seiner Territorialhoheit; ob nun aber der kraft Personalhoheit erlassene Befehl dem kraft Territorialhoheit erlassenen Befehl vorgehe oder umgekehrt und ob ein Befehl, den ein Staat schlechtthin ohne nähere Bezeichnung seines Anwendungsgebietes erläßt, auf seine Personalhoheit oder auf seine Territorialhoheit oder auf beides zugleich zurückzuführen sei, läßt sich auf Grund des Völkerrechts allein nicht entscheiden.

III. Wie fast alle allgemeinen Rechtsgrundsätze beansprucht auch das zu II entwickelte Prinzip des internationalen Privatrechts nur subsidiäre Anwendung: es ist unanwendbar insoweit, als für irgendeine Rechtsfrage eine spezielle Kollisionsnorm vorhanden ist.

1. Die wichtigsten Quellen der speziellen Kollisionsnormen sind das Ein-

8) Bei Ed 3 S. 234.

9) Hierüber siehe noch unten zu Anm. 17.

10) In dem Anm. 1 genannten Buch.

führungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch, die drei Haager Vorträge von 1902 (in Kraft getreten 1904),¹¹ das Gewohnheitsrecht und die Rechtsanalogie.

a) Am reichhaltigsten ist das Einführungsgesetz: es enthält eine sehr stattliche Anzahl spezieller Kollisionsnormen namentlich in Ansehung des Familien- und Erbrechts. Bedauerlich ist nur, daß diese Normen kaum eine einzige Rechtsfrage erschöpfend behandeln: sie begnügen sich meist damit anzuordnen, daß auf eine Frage unter gewissen Voraussetzungen deutsches, unter gewissen andern Voraussetzungen ein bestimmtes ausländisches Recht anwendbar sein soll, lassen es dagegen absichtlich unentschieden, welches Recht maßgebend sein soll, wenn es an einer jener Voraussetzungen gebricht.

Beispiel. Es fragt sich, nach welchem Recht I. ein Deutscher, der in Deutschland, II. ein Deutscher, der im Auslande, III. ein Ausländer, der in Deutschland, IV. ein Ausländer, der in seinem Heimatsstaat, V. ein Ausländer, der in einem andern Auslandsstaat seinen Wohnsitz hat, entmündigt werden soll. Nun bestimmt das GG. lediglich zu III. die Anwendbarkeit des deutschen Rechts (GG. 8), läßt dagegen die Fälle I, II, IV und V unentschieden, obgleich nur die Fälle I und IV zweifelstfrei liegen, dagegen die Fälle II und V eine ausdrückliche Kollisionsnorm sehr wohl verdient hätten.¹²

b) Viel weniger ausgiebig sind die Haager Verträge. Denn sie befassen sich nur mit der Eheschließung, der Ehescheidung und der Vormundschaft. Auch gelten sie bloß im Verhältnis zwischen Deutschland und den andern Vertragsstaaten (Schweden, Niederlande, Belgien, Luxemburg, Frankreich, Schweiz, Italien, Rumänien, Portugal, zum Teil auch Spanien), nicht aber auch gegenüber England, Österreich, Rußland, Amerika usw.

c) Noch dürftiger ist das Gewohnheitsrecht: es hat fast nur für die dinglichen Rechtsverhältnisse an Grundstücken Bedeutung.¹³

d) Sehr fruchtbar erweist sich dagegen die Rechtsanalogie. Vor allem gibt sie Mittel und Wege, die Lücken, die die Kollisionsnormen des Einführungsgesetzes, wie erwähnt, bedauerlicherweise offen lassen, in einem nicht unerheblichen Maß auszufüllen: wenn das Einführungsgesetz unter gewissen Voraussetzungen, die auf Deutschland Bezug haben, für eine bestimmte Rechtsfrage das deutsche Recht maßgebend sein läßt, ist der Regel nach der Analogieschluß erlaubt, daß unter entsprechenden Voraussetzungen, die sich auf einen bestimmten Auslandsstaat beziehen, für die nämliche Rechtsfrage das Recht eben dieses Auslandsstaats maßgebend sein muß.

Beispiel. Aus der oben bei a) genannten Kollisionsnorm, daß ein in Deutschland wohnender Ausländer in Deutschland nach deutschem Recht entmündigt werden kann, folgern wir, daß analog ein in einem bestimmten Auslandsstaat wohnender Deutscher in diesem Staat nach dortigem Recht entmündigt werden kann,¹⁴ d. h. daß, wenn eine derartige ausländische Entmündigung erfolgt ist, sie auch bei uns solange als gültig angesehen werden muß, bis sie — sei es im Auslande, sei es bei uns — formell wieder aufgehoben ist.

Unzulässig ist der Analogieschluß, wenn das GG. das deutsche Recht erkennbar nur aus Mißtrauen gegen die Billigkeit des Auslandsrechts für anwendbar erklärt. Beispiel: nach dem GG. soll ein Deutscher aus einem im Auslande begangenen Delikt bei uns nicht

11) RWeBl. 1904 S. 221.

12) Siehe unten bei Anm. 14.

13) Siehe unten bei Anm. 16.

14) Siehe aber auch unten bei Anm. 15.

strenger haften als nach deutschem Recht (§ 12). Hier ist der Analogieschluß, daß auch ein Ausländer aus einem in Deutschland begangenen Delikt bei uns nicht strenger hafte als nach seinem Heimatsrecht, offenbar unstatthaft.^{14a}

Müßte man annehmen, daß die zu a) genannte die Entmündigung von Ausländern betreffende Kollisionsnorm des E.G.s gleichfalls nur auf Mißtrauen gegen das ausländische Recht beruhte, so wäre der oben aus ihr gezogene Analogieschluß¹⁵ natürlich ebenfalls unzulässig. Indes beruht diese Norm in Wirklichkeit auf der Erwägung, daß die Entmündigung eines in Deutschland wohnhaften Ausländers, wenn sie lediglich seinem Heimatsstaat überlassen wäre, oft zum Nachteil dieses Ausländers verzögert oder ganz verabsäumt werden würde. Diese Erwägung paßt nun aber auf einen im Auslande wohnenden Deutschen gerade ebenso. Im Vergleich mit dem Nutzen, den ihm eine rechtzeitig erfolgende ausländische Entmündigung bringen kann, ist der Nachteil, den er im Einzelfall von der Entmündigung haben mag, gering.

2. a) Die speziellen Kollisionsnormen stehen zum Teil in vollem Einklang mit unserm Prinzip des internationalen Privatrechts. Hierher gehört namentlich die seit Jahrhunderten gewohnheitsrechtlich festgelegte Norm, daß für die dinglichen Rechtsverhältnisse der Grundstücke das Realstatut maßgebend ist.¹⁶

b) In einem andern Teil bedeuten die speziellen Kollisionsnormen eine Ergänzung unsres Prinzips, indem sie gewisse Zweifel, die sich bei Anwendung des Prinzips ergeben, beseitigen. Hierher gehört vor allem folgende Norm: in allen Fällen, in denen das Einführungs Gesetz in Übereinstimmung mit unserm Prinzip das Personalstatut einer Person maßgebend sein läßt, ist darunter das Recht des Staats zu verstehen, dem jene Person in dem maßgebenden Zeitpunkt „staatsbürgerlich“ angehörte; gehörte sie in diesem Zeitpunkt keinem Staat an, so gilt als Personalstatut das Recht des Staats, dem die Person zuletzt angehört hatte, oder, wenn sie eine Staatszugehörigkeit nie besessen hat, das Recht des Staats, in dessen Gebiet sie in dem maßgebenden Zeitpunkt ihren Wohnsitz oder in Ermanglung eines Wohnsitzes ihren Aufenthalt hatte (§ 29).

Beispiel. Der deutsche Staatsangehörige D. ist ins Ausland gegangen und hat dort seine deutsche Staatsangehörigkeit verloren, ohne dafür eine andre Staatsangehörigkeit zu erlangen; nunmehr heiratet er, und es werden ihm drei Söhne F., J. und S. geboren, von denen nur der letzte eine Staatsangehörigkeit, die spanische, erwirbt; sodann zieht D. mit den drei Söhnen nach Marseille; J. gibt aber später den Marceller Wohnsitz auf, um nach Indien zu gehn; D., F. und S. sterben in Marseille, J. während der Reise nach Indien in Brindisi. Hier regelt sich die Beerbung des D. nach deutschem, des S. nach spanischem, des F. nach französischem, des J. nach italienischem Recht.

Es kann vorkommen, daß die Person, deren Personalstatut für die Entscheidung einer Rechtsfrage maßgebend ist, eine mehrfache Staatszugehörigkeit oder einen mehrfachen Wohnsitz besitzt. Welcher Staatszugehörigkeit oder welchem Wohnsitz alsdann der Vorzug zu geben ist, läßt sich nicht allgemein entscheiden. Beispiele: I. Die Beerbung einer Person, die zugleich preussische und französische Staatszugehörigkeit besaß, werden wir nach französischem Recht regeln, wenn sein letzter Wohnsitz sich in Frankreich, nach deutschem Recht, wenn sein letzter Wohnsitz sich in Deutschland oder England befand. II. Schwieriger ist der Fall, daß der Erblasser nicht die preussische und französische, sondern etwa die italienische und französische Staatszugehörigkeit besaß und weder in Italien noch in Frankreich, sondern stets in Deutschland oder Spanien gewohnt hat. Hier bleibt nichts andres übrig, als so-

14a) Siehe auch unten bei Anm. 20.

15) Siehe oben bei Anm. 14.

16) Stobbe 1 § 32 I.

wohl italienisches wie französisches Recht anzuwenden derart, daß die Interessenten sich nach ihrer Wahl auf eins der beiden Rechte berufen können, und den Vorrang hat, wer seine Ansprüche zuerst realisiert.¹⁷

c) Zu einem dritten Teil stehen die speziellen Kollisionsnormen in mehr oder minder scharfem Gegensatz zu unserm Prinzip. Hierher gehört die Norm, daß ein uneheliches Kind gegen seinen Vater in Deutschland niemals weitergehende Ansprüche erheben darf, als nach deutschem Recht begründet sind, selbst wenn Vater, Mutter und Kind weder die deutsche Staatszugehörigkeit besitzen noch ihren Wohnsitz in Deutschland haben (E.G. 21).

IV. 1. Ist nach der maßgebenden deutschen Kollisionsnorm auf eine Rechtsfrage ein bestimmtes Auslandsrecht anzuwenden, so wenden wir es im allgemeinen kritiklos an, ohne Rücksicht darauf, ob es uns zusagt oder nicht.

2. Doch erleidet diese Regel eine dreifache Ausnahme.

a) An Stelle des eigentlich anzuwendenden Auslandsrechts wenden wir unser inländisches Recht insoweit an, als die Anwendung des Auslandsrechts dem offenbaren Zweck unsrer inländischen Gesetze widerstreitet (E.G. 30).¹⁸

b) An Stelle des eigentlich anzuwendenden Auslandsrechts wenden wir unser inländisches Recht insoweit an, als das Auslandsrecht uns geradezu als unsittlich erscheint (E.G. 30).

c) An Stelle des eigentlich anzuwendenden Auslandsrechts wenden wir unser inländisches Recht insoweit an, als das Auslandsrecht selber gar nicht angewendet sein will, sondern durch eine von der unsrigen abweichende Kollisionsnorm unser inländisches Recht für anwendbar erklärt:¹⁹ Rückverweisung des Auslandsrechts auf das inländische Recht (s. E.G. 27). Dagegen nehmen wir darauf, daß das nach unsrer Kollisionsnorm anzuwendende Auslandsrecht weder sich selbst noch unser inländisches Recht, sondern das Recht irgendeines andern Auslandsstaats für anwendbar erklärt (Weiterverweisung des einen Auslandsrechts auf das andre) keine Rücksicht, bringen also das nach unsrer Kollisionsnorm anzuwendende Auslandsrecht gegen dessen eignen Willen zur Anwendung.²⁰

Beispiele. I. Ein in Frankreich zwischen dort wohnenden Franzosen abgeschlossenes und dort zu erfüllendes Spielgeschäft unterliegt an und für sich dem französischen Recht und gibt demnach unter gewissen Voraussetzungen (c. c. 1966) dem Gewinner gegen den Verlierer eine klagbare Forderung. Trotzdem kann, wenn der Verlierer später nach Deutschland zieht, der Gewinner ihn hier aus dem Spiel nicht verklagen. Denn nach deutschem Recht sind Spielgewinne niemals einklagbar (762); einer der Gründe hierfür ist, daß es der Würde unsrer Gerichte nicht entspricht, sich mit Spielhändeln zu befassen; es würde aber dem „Zweck“ des deutschen Gesetzes widersprechen, wenn unsre Gerichte sich zwar nicht auf deutsche, wohl aber auf französische Spielgeschäfte einlassen müßten. II. Die Ehe, die ein in der Türkei wohnender Türke mit mehreren dort wohnhaften türkischen Frauen ebenda abgeschlossen hat, unterliegt an und für sich dem türkischen Recht und ist demnach gültig.

17) Siehe Zitelmann 1 S. 175.

18) R.G. 60 S. 296.

19) Niemeyer S. 86; Enneccerus S. 178.

20) Das Gesetz schweigt. Wie oben Niemeyer S. 82. Abw. Enneccerus S. 172.

Trotzdem kann der Ehemann, wenn er später mit den Frauen nach Deutschland zieht und ihm eine der Frauen hier entläuft, nicht auf Herstellung des ehelichen Lebens klagen; denn dies Verlangen erscheint uns als unsittlich. Dagegen würde, wenn es sich um die Ehelichkeit eines von der Frau in Deutschland geborenen Kindes handelte, an der Gültigkeit der Ehe auch bei uns festzuhalten sein; denn für diese Frage ist der Umstand, daß uns eine polygame Ehe unsittlich dünkt, völlig gleichgültig. III. Ein nordamerikanischer Staatsangehöriger A. hat zuletzt in Berlin gewohnt und ist ebenda gestorben.²¹ Hier ist nach deutscher Kollisionsnorm nordamerikanisches, nach nordamerikanischer Kollisionsnorm (laut deren das Erbrecht sich nach dem Recht des Staats richtet, in dem der Erblasser ohne Rücksicht auf seine Staatszugehörigkeit zuletzt gewohnt hat) deutsches Erbrecht anzuwenden. Die Folge ist, daß A. nicht gemäß der deutschen, sondern gemäß der amerikanischen Norm nach amerikanischem Recht beerbt wird (zulässige Rückverweisung); dagegen würden wir die Beerbung nach deutschem und nicht etwa nach dänischem Recht regeln, wenn A. seinen letzten Wohnsitz in Kopenhagen gehabt hat (unzulässige Weiterverweisung).

8. Unanwendbar sind die drei Regeln zu 2a—c bei Kollisionsnormen, die auf internationalen Verträgen beruhen.

V. Lassen sich die Tatumstände, von denen die Anwendbarkeit des inländischen oder eines bestimmten ausländischen Rechts auf irgendeine Rechtsfrage abhängt, nicht ermitteln, so ist zu unterscheiden wie folgt:

1. Hat Deutschland ein gesetzgeberisches Interesse daran, die Frage nach eigenem Ermessen zu entscheiden, so wenden wir einfach unser inländisches Recht an; denn wir haben positiven Anlaß dazu, und ein zwingender Grund, auf die Anwendung unsres Rechts zugunsten eines fremden Rechts zu verzichten, ist nicht vorhanden. Beispiel: ein Deutscher ist von einem Franzosen auf einem Bogesenpaß körperlich verletzt; ob jenseits oder diesseits der deutschen Grenze, läßt sich nicht feststellen.

2. Hat Deutschland ein solches Interesse nicht, so müssen wir sämtliche Auslandsrechte, deren Anwendung möglich ist, gemeinsam anwenden, und, soweit sich dabei ein unlöslicher Widerstreit zwischen den verschiedenen Regeln ergibt, den erhobenen Anspruch abweisen. Beispiel: ein Franzose ist von einem Engländer auf einem Andenpaß körperlich verletzt; ob jenseits oder diesseits der chilenisch argentinischen Grenze läßt sich nicht feststellen.

VI. Soweit das anzuwendende Recht nachgiebig ist, können die beteiligten Parteien für ihre Rechtsverhältnisse das internationale Privatrecht abweichend regeln, also sowohl ihre ausländischen Rechtsverhältnisse dem deutschen wie auch umgekehrt ihre inländischen Rechtsverhältnisse einem beliebigen ausländischen Recht unterordnen. Nur für Eheverträge ist ihnen die letztere Befugnis genommen (1433).

VII. Soweit das bürgerliche Recht innerhalb des deutschen Reichs zurzeit noch nicht einheitlich geregelt ist, also etwa in Fragen des Gesinderechts (§ 95), können Kollisionen auch zwischen dem Privatrecht der verschiedenen deutschen Bundesstaaten oder gar der verschiedenen Gebiete eines und desselben Bundesstaats vorkommen; Beispiel: ein Sachse mietet auf der Durchreise in Aachen eine aus Baden stammende Köchin für seinen Berliner Haushalt; in Berlin gilt eine Gesindeordnung von 10, in Aachen eine solche von 44, in Sachsen und Baden eine solche von 98; welche dieser vier Gesindeordnungen ist maßgebend? Dieselbe Kollision ist möglich, wenn in dem Auslandsstaat, dessen Recht zur Anwendung kommen soll, mehrere Gebiete verschiedenen Rechts bestehn. Hier sind also gleichfalls Kollisionsnormen nötig. Sie sind meistens nach Analogie der internationalen Kollisionsnormen zu bilden; im Gegenlaß zu ihnen mag man sie „interlokale“ Kollisionsnormen nennen.²²

VIII. Weitere Einzelheiten wird erst die folgende Darstellung bringen. Sie sind jedem wichtigeren Abschnitt dieses Buchs als „Zusatz“ angefügt.

21) Dies Beispiel ist aus Niemeyer S. 77 entlehnt.

22) Bittlmann 1 S. 395.

IV. Neues und altes Recht.¹

§ 14.

Indem die Regeln des jetzigen deutschen bürgerlichen Rechts ihre Geltung vom 1. Januar 1900 oder irgend einem andern Zeitpunkt ab datieren, scheinen sie ebendadurch die Anwendung der abweichenden Regeln des bisherigen Rechts von diesem Zeitpunkt ab stillschweigend auszuschließen. In Wirklichkeit ist aber das jetzige Recht von einer derartigen Ausschließlichkeit weit entfernt, läßt sich vielmehr die Konkurrenz des bisherigen Rechts noch gegenwärtig und auch für die Folgezeit unbedenklich gefallen. Doch ist es selbstverständlich darauf bedacht, daß nicht aus der konkurrierenden Geltung des jetzigen und des bisherigen Rechts in dem nämlichen Zeitraum eine Kollision beider Rechte erwachse. Es hat demgemäß sogenannte Übergangsvorschriften aufgestellt, die genaue Auskunft darüber geben, wieweit seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts das Anwendungsgebiet eben dieses neuen und neben ihm das Anwendungsgebiet des bisher in Geltung gewesenen alten Rechts reicht. Diese Übergangsvorschriften bilden offensichtlich ein Seitenstück zu den im vorigen Paragraphen besprochenen Kollisionsnormen des deutschen internationalen Privatrechts und mögen im Gegensatz zu ihnen unter dem Namen deutsches intertemporales Privatrecht² zusammengefaßt werden.

I. Ein allgemeines Charakteristikum der Übergangsvorschriften des intertemporalen Privatrechts ist, daß sie, obschon sie nebeneinander die Anwendung neuen und alten Rechts zum Gegenstande haben, doch selber einzig und allein neues Recht enthalten. Das will besagen: das alte Recht gilt seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts gerade so weit, als das neue Recht es will, nicht mehr und nicht weniger.

II. 1. An die Spitze der Übergangsvorschriften ist folgende allgemeine Regel zu stellen, die man als das Prinzip des intertemporalen Privatrechts bezeichnen kann: die rechtliche Wirksamkeit jeder Tatsache ist nach dem Recht ihrer eignen Zeit zu beurteilen, also nicht nach dem Recht der Zeit, für die eine bestimmte Wirkung jener Tatsache behauptet wird, sondern nach dem Recht der Zeit, der die Tatsache selber angehört. Aus diesem Prinzip ergeben sich folgende drei Normen:

a) Die Wirkungen eines Tatbestandes, der zeitlich ganz unter die Herrschaft des alten Rechts fällt, folgen ausschließlich dem alten Recht: der Tatbestand wirkt also, auch wenn seitdem ein gänzlich abweichendes neues Recht in Kraft getreten ist, gerade so stark oder so schwach, als das alte Recht es bestimmt.

1) Affolter, Geschichte des intertemporalen Privatrechts 1 (02); ders., System des d. bürgerl. Übergangsrechts (03); Habicht, Einwirkung des BGB § auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. (01); R. Lehmann, Ztschr. f. Handelsrecht 48 S. 1.

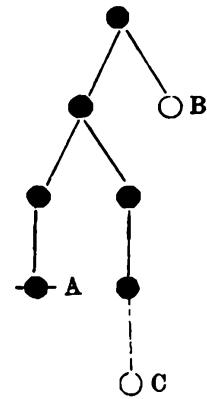
2) Affolter in den beiden in Anm. 1 genannten Schriften.

Man kann diese Regel durch die oft gebrauchte, aber ungenaue und vieldeutige Formel ausdrücken: neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft.^{2a}

b) Die Wirkungen eines Tatbestandes, der zeitlich ganz unter die Herrschaft des neuen Rechts fällt, folgen ausschließlich dem neuen Recht: der Tatbestand wirkt also, auch wenn das unmittelbar vorher in Geltung gewesene alte Recht völlig abweichende Bestimmungen enthielt, gerade so stark oder so schwach, als das neue Recht es bestimmt.

c) Die Wirkungen eines Tatbestandes, der zeitlich zum Teil unter die Herrschaft des alten, zum Teil unter die Herrschaft des neuen Rechts fällt, folgen in Ansehung des ersten Teils ausschließlich dem alten, in Ansehung des zweiten ausschließlich dem neuen Recht. Soweit die hiernach anwendbaren Regeln des alten und neuen Rechts nicht zueinander passen, heben sie sich gegenseitig auf, so daß der Tatbestand insoweit wirkungslos bleibt.

Beispiele. I. Der in Gießen wohnende hessische Staatsangehörige A. ist in der Neujahrnacht von 99 auf 00 ohne Hinterlassung eines Testaments gestorben; anfangs hat sich niemand um seinen Nachlaß gekümmert, weil A. für unbemittelt galt; erst als es sich im Jahre 08 zufällig herausstellt, daß die Hinterlassenschaft A.'s sehr beträchtlich ist, streiten seine beiden nächsten Angehörigen, nämlich sein Großonkel B. und der Sohn eines vorverstorbenen Vaters C., darum, wer von ihnen Erbe sei. Hier kommt nicht etwa das 08, sondern das beim Tode A.'s geltende Erbrecht zur Anwendung. Es ist also zu unterscheiden wie folgt: 1. War A. eine Minute vor Mitternacht gestorben, so ist das alte Recht, in unserm Fall das römische, maßgebend. Diesem zufolge ist Erbe B.; denn er ist im 4., C. ist erst im 5. „Grade“ mit A. verwandt, und das römische Erbrecht läßt in einem Fall wie dem unsern lediglich die Nähe des Grades entscheiden.³ 2. War A. eine Minute nach Mitternacht gestorben, so ist das neue Recht des BGB.'s maßgebend. Diesem zufolge ist Erbe C.; denn er ist in der 3. (großväterlichen), B. ist erst in der 4. (urgroßväterlichen) „Ordnung“ mit A. verwandt, und das Erbrecht des BGB. läßt, ohne auf die Gradesnähe zu achten, lediglich die Nähe der Ordnung entscheiden (1926, 1928, 1930). II. Derselbe Fall wie zu I, 1; nur hat A. anfangs 99 privatschriftlich ein Testament gemacht, in dem er seine beiden Angehörigen B. und C. von der Erbfolge ausgeschlossen und als alleinige Erben die Gießener Universität berufen hat. Hier kommt teils das vor 99 zur Zeit der Testamentserrichtung, teils das 00 zur Zeit des Todes A.'s geltende also teils das römische Recht, teils das Recht des BGB.'s zur Anwendung: nach jenem ist die Frage zu entscheiden, ob das Testament A.'s gültig errichtet ist, nach diesem die Frage, welche Schritte die Universität Gießen tun muß, um sich die Erbschaft zu sichern.



Berwickelter, aber um so lehrreicher sind folgende Beispiele. I. Der in Neuruppin wohnhafte preußische Staatsangehörige D. inseriert Ende 99 in der Zeitung, daß er sein ebenda belegenes Haus verkaufen will; sein Nachbar E. macht ihm brieflich ein Kaufgebot und bewilligt ihm eine Annahmefrist von einer Woche; da D. gerade verreisen muß, bevollmächtigt er seine Frau mündlich, das Gebot nach eigenem Ermessen anzunehmen, und Frau D. erklärt denn auch noch vor Ablauf der Frist in notarieller Urkunde die Annahme; als nun E. im Februar 00 von dem inzwischen zurückgekehrten D. die Übereignung und Übergabe des Hauses fordert, weist D. ihn mit der Begründung ab, der Kaufabschluß sei nicht formgerecht erfolgt und deshalb ungültig. Hier ist auf den Kaufvertrag nicht etwa einseitlich das im Februar 00 geltende Recht anzuwenden, sondern jeder der drei Rechtsakte,

2a) Siehe auch unten S. 57, 3b.

3) Über die Begriffe Grad und Ordnung s. unten § 35.

aus denen der Vertrag besteht — das Gebot des E., die Vollmacht des D. auf seine Frau, die Annahmeerklärung der Frau D. — ist getrennt für sich nach dem Recht seiner Zeit, also wenn er vor dem 1. Januar 00 vorgenommen ist, nach dem preußischen Landrecht, andernfalls nach dem BGB. zu beurteilen. Nun differieren beide Gesetzbücher in Ansehung unsres Falls wie folgt: das preußische Landrecht schreibt für die Vollmacht und für den Grundstücksverkauf Schriftlichkeit vor; das BGB. ist dagegen mit Bezug auf die Vollmacht milder, mit Bezug auf den Grundstücksverkauf strenger, indem es bei jenem Mündlichkeit genügen läßt, bei diesem gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreibt (167 II, 313). Demnach sind vier verschiedene Fälle zu unterscheiden. 1. Alle drei Akte sind noch im Jahr 99 vorgenommen. Hier ist der Verkauf ungültig, weil die Vollmacht D.s nicht formgerecht erteilt war. 2. Das Gebot E.s und die Vollmacht D.s fällt ins Jahr 99, die Annahmeerklärung der Frau D. ins Jahr 00. Hier ist der Verkauf gleichfalls ungültig⁴ und zwar aus demselben Grunde wie zu 1. 3. Das Gebot E.s fällt ins Jahr 99, die Vollmacht D.s und die Annahmeerklärung der Frau D. ins Jahr 00. Hier ist der Verkauf gültig;⁵ denn jeder für sein Zustandekommen wesentliche Rechtsakt genügt den zur Zeit der Vornahme des Akts geltenden Formvorschriften. 4. Alle drei Akte fallen ins Jahr 00. Hier ist der Verkauf wieder ungültig, weil das Gebot E.s nicht formgerecht erteilt war. II. F. in Halberstadt hat Ende Dezember 99 sein edles Reitpferd dem G. ebenda schriftlich zum Kauf angeboten, und G. hat das Angebot am 2. Januar 00 rechtzeitig angenommen; am 31. Dezember 99 hat aber das Pferd, ohne daß eine der Parteien es erfuhr und ohne daß eine der Parteien es verschuldete, einen Unfall erlitten, infolgedessen es eine häßliche Narbe trägt; G. läßt deshalb das Pferd, als es ihm am 3. Januar 00 zugeführt wird, nur unter Protest in seinen Stall führen und verlangt Preisminderung; F. besteht dagegen auf Bezahlung des vollen Preises. Hier ist das Angebot F.s nach preußischem Landrecht, die Annahme G.s nach dem BGB. zu beurteilen. Beide Gesetzbücher differieren aber wesentlich voneinander, indem das erstere den Anspruch des G. auf Preisminderung, das letztere (481, 482 I, 487 I) umgekehrt den Anspruch des F. auf Bezahlung des vollen Kaufpreises für gerechtfertigt erklärt. Nun gründet sich aber sowohl der Anspruch F.s wie der G.s sowohl auf das Angebot F.s wie auf die Annahmeerklärung G.s; beide sind also hinfällig, wenn auch nur eine dieser Stützen versagt. Demgemäß kann weder F. noch G. seinen Anspruch durchsetzen, F. nicht, weil ihm sein eignes nach preußischem Landrecht zu beurteilendes Angebot, G. nicht, weil ihn seine eigne nach dem BGB. zu beurteilende Annahmeerklärung im Stich läßt. Ergebnis: der ganze Kauf ist unwirksam;⁶ G. behält seinen Kaufpreis vollständig, muß aber das Pferd dem F. zurückgeben.

2. Unser Prinzip des intertemporalen hat gerade ebenso wie unser Prinzip des internationalen Privatrechts eine allgemeine authentische Anerkennung durch Gesetz oder Gewohnheit bisher noch nicht gefunden. Ebensowenig läßt es sich im Wege der Analogie aus den weiter unten zu III zu erwähnenden durch Gesetz oder Gewohnheit festgelegten Spezialregeln ableiten; denn wenn schon eine große Gruppe dieser Regeln mit unserm Prinzip übereinstimmt, steht eine andre Gruppe in mehr oder minder scharfem Widerspruch zu ihm, und es ist nicht einzusehn, warum man gerade die erste Gruppe zu gunsten und nicht vielmehr die zweite Gruppe zu ungunsten unsres Prinzips verwerten soll. Seine einzige Stütze ist vielmehr das Bedürfnis des Rechtslebens.⁷

Gründe. I. Ein neues Gesetz kann unmöglich die Absicht haben, dem Publikum, das ihm untertan ist, eine Falle zu stellen, und muß deshalb mit dem Umstande rechnen, daß das Publikum sein Verhalten nicht irgendeinem ungewissen Zukunftsrecht, sondern nur dem

4) Abw. Habicht S. 137, Affolter S. 99.

5) Abw. Niedner Anm. II, 2 a β zu GG. 170.

6) Abw. Affolter S. 127¹.

7) Siehe oben § 8.

jeweilig geltenden Gegenwartsrecht anzupassen imstande ist. Demgemäß bleibt nichts anderes übrig, als daß die Rechtswirkung jeder Tatsache durch das Recht ihrer Zeit bestimmt wird. Denn nur, wenn dies geschieht, kann das Publikum diese Tatsache rechtlich zutreffend bewerten und besonnen zu ihr Stellung nehmen. II. Buzugeben ist, daß unser Prinzip hier und da zu unerfreulichen Ergebnissen führt, wie etwa in dem oben S. 50 genannten Beispiel des Pferdekaufs. Das wird aber niemanden überraschen. Denn wo wäre das Rechtsprinzip, das in seinen Ergebnissen ausnahmslos befriedigte? Und welche andre Beurteilung jenes Pferdekaufs wäre erfreulicher? Natürlich, wenn sich nachweisen ließe, daß beide Parteien übereinstimmend den Kauf entweder dem alten oder dem neuen Recht haben unterstellen wollen, ließe es sich vielleicht rechtfertigen, dieser Parteiabsicht, auch wenn sie sich nicht zu einer rechtsgeschäftlichen Parteivereinbarung verdichtet hat, zu folgen und den ganzen Vertrag ausschließlich nach altem oder ausschließlich nach neuem Recht zu beurteilen. Wie nun aber, wenn eine solche bewußte Rücksichtnahme auf das alte oder das neue Recht bei keiner oder nur bei einer Partei nachweisbar ist oder wenn eine Partei nachweislich nur an das alte, die andre nur an das neue Recht gedacht hat? Sollte man sich auch in diesem Fall für die alleinige Anwendung des alten⁸ oder des neuen Rechts entscheiden,⁹ so müßte man die Wahl zwischen beiden geradezu durch das Los treffen.

III. Unser Prinzip des intertemporalen Privatrechts beansprucht selbstverständlich bloß subsidiäre Geltung, gerade so wie das Prinzip des internationalen Privatrechts: es ist unanwendbar insoweit, als für irgendeine Rechtsfrage eine spezielle Übergangsvorschrift vorhanden ist.

1. Die wichtigste Quelle der speziellen Übergangsvorschriften ist das Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch, dessen ganzer vierter Abschnitt ausschließlich Übergangsvorschriften enthält. Neben ihm kommen vor allem gewisse Landesgesetze, insbesondere die verschiedenen Ausführungs- und Überleitungsgesetze zum bürgerlichen Gesetzbuch in Betracht.

2. a) Die speziellen Übergangsvorschriften stimmen zum großen Teil mit unserm Prinzip des intertemporalen Privatrechts überein und enthalten insoweit eine willkommene Bestätigung unsres Prinzips. Hierher gehört vor allem die wichtige Regel des Einführungsgesetzes, daß Forderungen und Faustpfandrechte, die vor dem 1. Januar 1900 begründet worden sind, auch nach diesem Datum unverändert fortbestehn bleiben, also nach wie vor sowohl was ihren Erwerb als was ihren Inhalt angeht, nach den bisherigen Gesetzen beurteilt werden (§§. 170, 184).

b) Daneben gibt es aber auch eine sehr große Zahl spezieller Übergangsvorschriften, die von unserm Prinzip mehr oder minder erheblich abweichen. Besonders charakteristisch sind folgende Regeln:

α) Hat jemand vor dem 1. Januar 1900 das Eigentum eines Grundstücks oder einer Fahrnisssache oder eine Hypothek an einem Grundstück erworben, so bleibt sein Eigentum oder seine Hypothek auch nach diesem Datum fortbestehn, aber mit verändertem Inhalt, indem zwar der Erwerb beider Rechte nach den bisherigen, ihr Inhalt aber nach den neuen Gesetzen beurteilt wird (§§. 181, 192).

8) Dies tut Habicht S. 166; Affolter S. 127.

9) Dies tut Lehmann S. 85.

β) Hat ein Ehepaar vor dem 1. Januar 1900 geheiratet, so wird nach diesem Datum ihr eheliches Güterrecht in den meisten deutschen Rechtsgebieten weder nach den bisherigen noch nach den neuen Gesetzen, sondern nach einem vermittelnden eigens für derartige Ehen geschaffnen Überleitungsrecht beurteilt (preuß. UG. 44 ff.).

γ) Ist ein Erblasser, der vor 1900 ein Testament errichtet hat, nach diesem Datum gestorben, so wird die Gültigkeit des Testaments lediglich nach dem bisherigen, seine Wirksamkeit im einzelnen lediglich nach den neuen Gesetzen bestimmt (EG. 213, 214).

3. Wenn eine spezielle Übergangsvorschrift, im Widerspruch zu unserm Prinzip, einem neuen Gesetz rückwirkende Kraft beilegt, ist diese Rückwirkung im Zweifel nur auf schwebende, nicht aber auf bereits erledigte Rechtsfragen zu beziehen.¹⁰ Demnach kann, wenn eine unter der Herrschaft des alten Rechts entstandene Schuld von einem neuen Gesetz rückwirkend für ungültig erklärt wird, der Schuldner nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes zwar die Erfüllung der Schuld verweigern, nicht aber, falls er die Schuld bereits unter der Herrschaft des alten Rechts erfüllt hat, das Geleistete zurückfordern. Daß ein gleiches auch für Rechtsfragen gelten müsse, die unter der Herrschaft des alten Rechts bereits rechtshängig geworden, rechtskräftig entschieden¹¹ oder durch Anerkenntnis oder Vergleich geregelt sind, läßt sich nicht oder doch nur sehr beschränkt zugeben.¹²

IV. 1. Ist nach den maßgebenden Übergangsvorschriften auf eine Rechtsfrage altes Recht anzuwenden, so wenden wir es im allgemeinen kritiklos an, ohne Rücksicht darauf, ob es uns zusagt oder nicht.

2. Doch erleidet diese Regel eine Ausnahme: an Stelle des eigentlich anzuwendenden alten Rechts wenden wir insoweit neues Recht an, als die Anwendung des alten Rechts dem offenbaren Zweck der neuen Gesetze widerspricht.¹³ Ein hierher gehöriger Fall ist der, daß das neue Gesetz sich als eine authentische Interpretation des alten Rechts gibt und es sich also nicht als Nachfolger, sondern als Ersatz des alten Rechts betrachtet.¹⁴

3. Vielfach wird noch eine weitere Ausnahme von der Regel zu 1. behauptet: an Stelle des eigentlich anzuwendenden alten Rechts sei insoweit neues Recht anzuwenden, als die Regeln des letzteren zwingend seien.¹⁵ Anders ausgedrückt: bei jedem neuen Gesetz verstehe sich die rückwirkende Kraft insoweit von selbst, als seine Regeln zwingend sind. Doch ist diese Behauptung unbegründet. Freilich ist es sehr wohl denkbar, daß ein Gesetz einen von ihm neu eingeführten Zwang für dringlich genug hält, um ihm rückwirkende Kraft zu verleihen. Ebenso gut denkbar ist aber auch das Gegenteil. Entscheidet sich

10) Affolter S. 49. 11) RG. 46 S. 67.

12) Zum Teil abw. Affolter S. 50. 13) Abw. Affolter S. 44.

14) Crome 1 § 24². Siehe oben § 12⁷.

15) RG 47 S. 103, 61 S. 329.

also der Gesetzgeber für die Dringlichkeit und damit für die Rückwirkung, so genügt es nicht, daß er es still bei sich denkt, sondern er muß es unzweideutig erklären. Davon, daß sich die Dringlichkeit und damit die Rückwirkung von selbst verstände, kann nicht die Rede sein.

Dies gilt auch dann, wenn ein neues Gesetz Verträge, die das bisherige Recht zuließ, für unsittlich erklärt. Allerdings kann man nicht erwarten, daß solch ein Gesetz die vor seinem Inkrafttreten abgeschlossenen Geschäfte geradezu für sittlich halten sollte. Wohl aber ist anzunehmen, daß das neue Gesetz, wenn es nicht unzweideutig das Gegenteil erklärt, diese Geschäfte, obgleich es sie für unsittlich hält, dennoch rechtlich unberührt läßt, aus Achtung vor der abweichenden Meinung des vor ihm geltenden Gesetzes.

V. Lassen sich die Tatumstände, von denen die Anwendbarkeit des neuen oder des alten Rechts auf irgend eine Rechtsfrage abhängt, nicht ermitteln, so ist neues Recht anzuwenden. Denn ein positiver Anlaß dazu liegt schon in dem Umstande, daß das neue Recht zurzeit gilt, und ein zwingender Grund, auf die Anwendung des neuen Rechts zugunsten des alten zu verzichten, ist nicht vorhanden. Beispiel: Jemand ist in der Sylvesternacht von 99 auf 00 körperlich verletzt; ob vor oder nach Mitternacht, läßt sich nicht feststellen.

VI. Soweit das anzuwendende Recht nachgiebig ist, können die Beteiligten für ihre Rechtsverhältnisse das intertemporale Recht abweichend regeln, also sich willkürlich sowohl unter der Herrschaft der alten Gesetze dem neuen, als auch umgekehrt unter der Herrschaft der neuen Gesetze dem alten Recht unterwerfen; nur für Eheverträge ist ihnen letztere Befugnis genommen (1433).

VII. Weitere Einzelheiten wird erst die folgende Darstellung bringen. Sie sind jedem wichtigeren Abschnitt dieses Buchs als „Zusatz“ angefügt.

V. Rückblick auf das bisherige Recht.

§ 15.

I. 1. Der Vorrang der Reichsgesetze vor den Landesgesetzen ist schon seit Gründung des norddeutschen Bundes anerkannt,¹ während im alten deutschen Reich umgekehrt die Landesgesetze regelmäßig den Vorrang vor den Reichsgesetzen hatten.

2. Die Beschränkung der Landesgesetze auf diejenigen Teile des bürgerlichen Rechts, die der Landesgesetzgebung durch Reichsgesetz besonders überwiesen sind, gilt erst seit Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs. Dagegen waren vorher die Landesgesetze nur bezüglich solcher Teile des bürgerlichen Rechts unzulässig, die ihnen durch Reichsgesetz besonders entzogen waren.²

II. Die grundsätzliche Gleichstellung von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht ist uraltes deutsches Recht. Erst in neuerer Zeit ist sie von der Gesetzgebung bekämpft worden. In Betracht kommt hier — außer den formell noch jetzt fortbestehenden Vorschriften des preussischen Rechts³ — namentlich:

1. die Vorschrift des alten Handelsgesetzbuchs, daß das Handelsgewohn-

1) Verf. des nordd. Bundes Art. 2.

2) Laband § 59 II, 2d.

3) Siehe oben § 10 hinter Anm. 4.

heitsrecht nur subsidiär hinter den Regeln der Reichsgesetze, also bloß zu ihrer Ergänzung, nicht aber im Widerspruch zu ihnen Geltung haben soll,⁴

2. die Vorschrift des badischen und sächsischen Rechts,⁵ daß die Gewohnheit überhaupt nicht als Rechtsquelle anzuerkennen sei.

III. Ein Recht der Wissenschaft ist neben dem Gesetzes- und Gewohnheitsrecht gleichfalls schon in alter Zeit in Geltung gewesen. Doch ist es bis in die Gegenwart hinein meist unbewußt geübt worden. Insbesondere sind die Regeln, die dem Bedürfnis des Rechtslebens entnommen waren, fast immer unter irgendeiner Maske aufgetreten: man war bemüht, ihnen dadurch eine höhere Weihe zu erteilen, daß man sie in gekünstelter Auslegung auf irgendwelche Gesetzesvorschriften zurückführte oder sie als altes Herkommen ausgab.⁶

IV. Die Regel, daß die Gerichte bei der Auslegung der Gesetze mit wissenschaftlicher Freiheit verfahren müssen und nicht am Gesetzeswortlaut kleben dürfen, ist spätestens seit der Rezeption des römischen Rechts anerkannt. Nur ganz vorübergehend war sie in Preußen durch die Vorschrift durchbrochen, daß die Gerichte, wenn sie vom Gesetzeswortlaut abgehen wollten, die Entscheidung der Gesetzgebungscommission anzurufen hatten.⁷

V. Eine lange Rechtsgeschichte hat das internationale Privatrecht.

1. In der ältesten Zeit war es unbekannt: jedes Gericht wendete nur sein eigenes, heimisches Recht an⁸ (Territorialitätsprinzip).

2. Im fränkischen Reich wurde wenigstens für alle Rechtsgebiete, die mit dem Reich in politischer Verbindung standen, die gegenteilige Regel durchgeführt: jeder Reichsangehörige wurde in allen diesen Rechtsgebieten bezüglich seiner sämtlichen Rechtsverhältnisse nach dem Recht des Stammes beurteilt, dem er durch seine Geburt angehörte⁹ (Personalitätsprinzip).

3. Im Mittelalter ließ man das Personalitätsprinzip nur für Regeln gelten, die sich auf das Personenrecht bezogen (statuta personalia), unterwarf dagegen die Gerechtsamen, die mit dem Grundbesitz zusammenhingen, den Gesetzen des Gebiets, in dem das Grundstück lag (statuta realia); im übrigen lehnte man zu dem reinen Territorialitätsprinzip zurück.¹⁰

4. Im Lauf der Zeit erklärte man außer den *statuta personalia* und *realia* noch gewisse andre ausländische Gesetze für anwendbar, z. B. im Vertragsrecht die Formvorschriften des Orts, wo der Vertrag geschlossen war (*statuta mixta*). Auch änderte man das Personalitätsprinzip dahin ab, daß man in seinem Bereich nicht das Recht des Stammes oder Staats, dem

4) Altes §OB. 1 (stillschweigend aufgehoben durch das neue §OB.).

5) Sächs. bürgerl. OB. 28 (aufgehoben durch sächs. AusfGes. 53); bad. Einf.Gebitt II, 3 (aufgehoben durch bad. AusfGes. 39).

6) Köhler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz (83).

7) Pr. LR. Einl. § 46 ff. abgeändert durch Anhang § 2.

8) Brunner, Rechtsgeschichte 2. Aufl. (06) S. 384.

9) Beispiel: *lex Rib.* 31, 3, 4.

10) Stobbe, Jahrb. f. gem. R. 6 S. 21.

eine Person durch ihre Geburt angehörte (lex originis), sondern das Recht ihres Wohnsitzes (lex domicilii) anwendbar sein ließ.¹¹

5. Erst im 19. Jahrhundert, namentlich unter dem Einflusse Savignys und Wächters, ist man dazu übergegangen, die Anwendung des Auslandsrechts nicht auf gewisse Arten von Auslandsgesetzen zu beschränken, sondern allgemein und prinzipiell zuzulassen. Auch nahm man — zwar nicht so allgemein wie jetzt im bürgerlichen Gesetzbuch, aber doch teilweise — die alte Bedeutung des Personalitätsprinzips wieder auf, ersetzte also hier und da das Recht des Wohnsitzes wieder durch das Heimatsrecht; namentlich ist dies in der Wechselordnung und dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch geschehen.¹²

VL. Die Regel, daß neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, ist schon in fränkischer Zeit anerkannt und seitdem nie wieder preisgegeben.¹³

11) So z. B. im preussischen Landrecht u. im vormaligen gemeinen Recht: pr. LR. Einl. § 23 ff.; Regelsberger § 40^o.

12) Wechselordn. 84; sächs. bürgerl. GB. 7, 15, 16.

13) Leges Lintpr. 721 epil.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechte.

I. Begriff.¹

§ 16.

I. Die Regeln des bürgerlichen Rechts greifen in das Leben der Menschen, zu dessen Ordnung sie beitragen wollen, hauptsächlich dadurch ein, daß sie einzelnen Personen eine besondere Machtstellung gewährleisten. Eine solche durch eine Regel des bürgerlichen Rechts gewährleistete Machtstellung benennt man mit demselben Namen, mit dem man auch die Regel selbst bezeichnet: man nennt sie Recht. Will man genauer sein, so nennt man sie subjektives Recht und stellt ihr die Rechtsregel als das objektive Recht gegenüber.

Beispiele. I. In dem Satz „das deutsche Erbrecht kennt kein Pflichtteilsrecht der Geschwister“ bedeutet die Silbe Recht das erste Mal objektives, das zweite Mal subjektives Recht. II. Das Wort „rechtswidrig“ ist zweideutig: es kann sowohl bedeuten „dem objektiven Recht zuwider“ wie „einem subjektiven Recht zuwider“.

II. 1. Das subjektive Recht ist eine dem Berechtigten vom objektiven Recht gewährleistete Machtstellung. Das will besagen: die Machtstellung einer Person ist nicht schon dann ein subjektives „Recht“, wenn sie ihr vom objektiven Recht eingeräumt, sondern erst dann, wenn sie ihr als etwas ihr gebührendes fest versprochen ist: der Berechtigte muß sich auf den Bestand seiner Macht verlassen können.

2. a) Demgemäß ist die rein formale Verfügungsmacht, die das bürgerliche Gesetzbuch in mehreren praktisch sehr bedeutsamen Fällen einem „Nichtberechtigten“ einräumt (s. 135 II), zwar eine Rechtsmacht, aber kein echtes Recht: denn sie ist dem „Nichtberechtigten“ vom objektiven Recht zwar gewährt, aber mitnichten gewährleistet. Wir wollen diese Rechtsmacht deshalb, da sie immerhin eine gewisse Ähnlichkeit mit bestimmten echten Rechten hat, als Scheinrecht bezeichnen. Hierher gehört vor allem:

1) Sedel, Gestaltungsrechte, in der Festgabe der jur. Gesellsch. zu Berlin für R. Koch (03); Sohm, der Gegenstand (05); ders. im Arch. f. RR. 28 S. 173.

a) das Scheinrecht dessen, der im Grundbuch fälschlich als Eigentümer eines fremden Grundstücks eingetragen ist (892);

β) das Scheinrecht dessen, der eine fremde Fahrnisssache zu Unrecht wie ein Eigentümer in Besitz hat (932);

γ) das Scheinrecht dessen, der nach dem Tode eines andern durch einen Erbschein fälschlich als dessen Erbe benannt ist (2366).

b) Ebenjowenig ist ein echtes Recht die Aussicht, die das Gesetz jemandem eröffnet, dereinst beim Tode eines Verwandten dessen gesetzliche Erbe zu werden oder einen Pflichtteil aus dessen Nachlaß fordern zu können. Denn auch diese Aussicht ist ihm, solange der Verwandte noch am Leben ist, keineswegs gewährleistet.

c) Aus demselben Grunde ist kein Recht die Geschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit einer Person, selbständig Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die Ehemündigkeit, d. h. die Tatsache, daß eine Person das für die Eheschließung vorgeschriebene Mindestalter erreicht hat usw.

3. a) Daß das objektive Recht die in dem subjektiven Recht enthaltene Machtstellung dem Berechtigten nicht bloß einräumt, sondern gewährleistet, tritt besonders deutlich hervor, wenn ein subjektives Recht im öffentlichen Interesse aufgehoben werden soll. Es gilt nämlich alsdann der Grundsatz, daß der Inhaber des aufgehobenen subjektiven Rechts wenigstens eine Entschädigung in Geld erhält.

b) Dagegen darf man hierher nicht auch die oft ausgesprochene Regel ziehen, daß subjektive Rechte, die unter der Herrschaft eines alten Gesetzes gültig begründet sind (wohlerworbene Rechte, *jura quaesita*), durch etwaige neu in Kraft tretende Gesetze grundsätzlich nicht beeinträchtigt werden. Denn diese Regel ist lediglich eine Folge des allgemeinen Prinzips, daß neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben; und dies Prinzip ist durchaus nicht auf den Fall beschränkt, daß unter der Herrschaft der alten Gesetze subjektive Rechte begründet worden sind, sondern gilt gerade ebenso auch dann, wenn es sich darum handelt, daß unter der Herrschaft der alten Gesetze subjektive Rechte erloschen sind, daß unter der Herrschaft der alten Gesetze eine dauernde Vermutung in Kraft getreten ist usw.

Beispiele. I. Dem A. wird dadurch ein großer Vermögensschaden zugefügt, daß eine öffentliche Straße, die an seinem Grundstück vorbeiführt, verlegt wird. Hier kann A. Schadenersatz nur fordern, wenn seine Befugnis zur Benutzung der Straße ein subjektives „Recht“, d. h. wenn ihm diese Befugnis nicht bloß zugestanden, sondern gewährleistet war. II. 1. B. hat in Württemberg vor 1900 das Eigentum an dem obersten Stockwerk eines Hauses erworben, was nach damaligem württembergischen Recht zulässig war. Hier behält er dies Recht auch nach 1900, obschon das BGB. ein getrenntes Eigentum an einzelnen Stockwerken eines Hauses nicht zuläßt (93, 94; C. 182). 2. C. in Bromberg hatte vor 1900 auf eine ihm gegen D. zustehende Forderung gerichtlich einseitig Verzicht geleistet, was nach damaligem preußischem Recht gültig war (pr. RN. I, 16 § 392). Hier bleibt C.'s Forderung auch nach 1900 erloschen, obschon das BGB. den einseitigen Verzicht auf eine Forderung nicht zuläßt (397). 3. Ob ein vor 1900 von einer Ehefrau geborenes Kind als ehelich gilt oder ob wenigstens eine Vermutung für die Ehelichkeit des Kindes spricht, be-

stimmt sich auch noch gegenwärtig nach den vor 1900 in Geltung gewesenen Gesetzen, auch wenn die subjektiven Rechte, für die die Entscheidung jener Frage erheblich ist, z. B. das Erbrecht des Kindes gegenüber seinem 08 verstorbenen Großvater, erst nach 1900 begründet sein sollten.

Wenn daraus, daß irgendeine Rechtsmacht, die unter der Herrschaft alter Gesetze entstanden ist, durch neu in Kraft tretende Gesetze nicht berührt wird, nicht gefolgert werden darf, daß jene Rechtsmacht ein echtes Recht ist, so ist sehr wohl der umgekehrte Schluß zulässig: wenn ein neu in Kraft tretendes Gesetz eine unter der Herrschaft alter Gesetze entstandene Rechtsmacht ohne weiteres beseitigt und dem Berechtigten nicht einmal eine Geldentschädigung dafür gewährt, ist in der großen Mehrzahl der Fälle anzunehmen, daß jene Rechtsmacht von dem neuen Gesetz überhaupt nicht als echtes Recht anerkannt wird. Beispiel: die Befugnis eines Ehegatten, aus bestimmten Gründen auf Scheidung seiner Ehe zu klagen, ist zwar eine Rechtsmacht, aber kein echtes Recht, weil es grundsätzlich nach den Gesetzen beurteilt wird, die zur Zeit des Scheidungsurteils gelten, nicht nach den Gesetzen, die zur Zeit der Begründung jener Scheidungsbefugnis galten (EG. 201 I).

III. Außer den vom bürgerlichen Recht gewährleisteten subjektiven Rechten gibt es auch subjektive Rechte, die vom öffentlichen Recht gewährleistet sind.² Um jene von diesen zu unterscheiden, nennt man sie genauer subjektive Privatrechte.

Beispiele. I. Ein subjektives Privatrecht ist das Recht des Eigentümers an seiner Sache, die Gewalt des Vaters über seine minderjährigen Kinder. II. Ein subjektives öffentliches Recht ist das Recht des Staats am Staatsgebiet, die Gewalt des Kaisers über die Marine. III. Zweifelhaft ist, ob das Recht des Staats an den schiffbaren Strömen, die Gewalt des privaten Schiffskapitans über seine Matrosen ein subjektives Privatrecht oder ein subjektives öffentliches Recht ist.

IV. Jedes Lebensverhältnis, das von einem oder mehreren subjektiven Rechten beherrscht wird, ist ein Rechtsverhältnis. Die Summe der Regeln des objektiven Rechts, die auf eine bestimmte Art von subjektiven Rechten oder Rechtsverhältnissen Bezug haben, ist ein Rechtsinstitut.

Beispiele. I. Ein Rechtsverhältnis ist die Ehe, nicht aber die Freundschaft. II. Mein Eigentum an meiner Uhr ist ein subjektives Recht; das Eigentum überhaupt, abstrakt gedacht, ist ein Rechtsinstitut.

II. Inhalt der Rechte. Die Ansprüche.¹

§ 17.

I. 1. Analysiert man den Inhalt eines der gewöhnlichen allbekanntesten subjektiven Rechte, so zeigt sich auf den ersten Blick, daß es überaus häufig die Macht des Berechtigten enthält, von einer bestimmten andern Person ein bestimmtes Verhalten zu verlangen und das Verlangen erforderlichenfalls durch Anwendung von Zwangsmitteln zu unterstützen. Eine solche Macht wird vom Gesetz (194 I) Anspruch genannt. Sie ist von dreifacher Art, indem sie entweder

2) Jellinek, System d. subj. öffentl. Rechte, 2. Aufl. (05).

1) Jellinek, Anspruch u. Klagerecht (00); Langheinen, Anspruch u. Einrede (03).
Hölder, Arch. f. c. Pr. 93 S. 1; Wolze in Gruchot 46 S. 753.

- a) auf ein positives Tun des andern oder
- b) auf ein bloßes Unterlassen des andern oder
- c) auf beides zugleich gerichtet ist.

2. Es kommt oft vor, daß jemand kraft eines einheitlichen Rechts die Macht hat, ein bestimmtes Verhalten nicht bloß von einer einzelnen Person, sondern von einer Personenmehrheit zu verlangen. Alsdann ist der Ausdruck „Anspruch“ nicht auf diese Macht als Ganzes anzuwenden, sondern es sind soviele verschiedene Ansprüche anzunehmen, als die Zahl der dem Recht unterworfenen Personen beträgt (194 I). Demgemäß kann es geschehen, daß einem und demselben Recht eine ganze Reihe (gleichartiger oder untereinander verschiedener) Ansprüche entspringen.

3. Die Person, gegen die ein Anspruch gerichtet ist, heißt der Schuldner des Anspruchs. Ihr Unterworfensein unter den Anspruch heißt Pflicht, Verpflichtung oder Schuld.

Beispiele. I. Das Schulgrundstück der Gemeinde A. grenzt an das Bauerngut des B.; B. hat eigenmächtig, ohne die Gemeinde zu fragen, unter Beihilfe des Maurers C. mitten auf der Grenze eine Backsteinmauer errichtet. Hier kann die Gemeinde verlangen, daß B. und C. die Mauer, soweit sie auf Gemeindeboden steht, wieder entfernen (1004 Ia). Es steckt also in dem Eigentum der Gemeinde an dem Schulgrundstück eine Anspruchsmacht. Und zwar handelt es sich um zwei Ansprüche, einen gegen B., einen andern gegen C., alle beide auf ein positives Tun des Anspruchsschuldners gerichtet. II. Gleicher Fall; nur ist aus dem Verhalten B.s zu entnehmen, daß er noch weitere Grenzstörungen gegenüber der Gemeinde vorhat. Hier kann die Gemeinde gegen ihn schon jetzt auf Unterlassung solcher künftigen Störungen klagen (1004 Ib). Das Eigentum der Gemeinde an dem Schulgrundstück enthält also in diesem Fall noch einen dritten Anspruch, der, anders als die beiden Ansprüche zu I, auf eine bloße Unterlassung des Anspruchsschuldners gerichtet ist.

II. 1. Setzt man die Analyse der einzelnen subjektiven Rechte fort, so stellt sich heraus, daß sie neben einem oder mehreren Ansprüchen oder an Stelle der Ansprüche auch nicht anspruchartige Bestandteile enthalten können. Gemeinsam ist diesen letzteren Bestandteilen,

- a) daß, während jeder „Anspruch“ auf das Tun oder Unterlassen einer Person, also auf einen Vorgang tatsächlicher Art geht, sie selber auf eine reine Rechtswirkung gerichtet sind,
- b) daß ihnen ein Schuldner nicht gegenüber steht.

2. Die nicht anspruchartigen Bestandteile der subjektiven Rechte gehen auf irgendeine „Rechtswirkung“, insbesondere auf die Neubegründung oder Übertragung, auf die Änderung, Hemmung oder Aufhebung von Rechten. Genauer: indem dem Berechtigten irgendein subjektives Recht mit einem solchen auf eine Rechtswirkung abzielenden nicht anspruchartigen Bestandteil zugestanden wird, wird ihm damit vom objektiven Recht gewährleistet, daß eben diese Rechtswirkung möglich oder gar daß sie gewiß ist. Dies kann in doppelter Art geschehen.

- a) Entweder wird dem Berechtigten die Macht zugestanden, durch eine Erklärung seinerseits zu bestimmen, ob jene Rechtswirkung eintreten soll, so daß

der Eintritt der Rechtswirkung nur erfolgt, wenn und weil der Berechtigte es will.

b) Oder es tritt die Rechtswirkung ohne eine Erklärung des Berechtigten, also vielleicht ohne oder gar gegen seinen Willen ein.

3. Stellt man die „Ansprüche“ (I) und die beiden eben genannten Hauptarten der „nicht anspruchartigen“ Rechtsbestandteile (II, 2 a und b) einander übersichtlich gegenüber, so kann man sie charakterisieren wie folgt:

a) Kraft einer ersten Gruppe von Rechtsbestandteilen (I) kann der Berechtigte „beanspruchen“, daß eine andre Person das tut, was Rechtens ist.

b) Kraft einer zweiten Gruppe von Rechtsbestandteilen (II, 2 a) kann der Berechtigte durch eine Erklärung seinerseits „bestimmen“, was von nun ab Rechtens ist, oder auch rückwirkend, was von einem früheren Zeitpunkt ab Rechtens war.

c) Kraft einer dritten Gruppe von Rechtsbestandteilen (II, 2 b) kann der Berechtigte darauf „vertrauen“, daß auch ohne eine Erklärung seinerseits das, was künftig Rechtens werden soll, auch Rechtens werden kann oder Rechtens werden wird.

4. Hieraus ergeben sich als Namen der Rechtsbestandteile,
 der Gruppe 3 a der Ausdruck *Anspruchsmacht*,
 der Gruppe 3 b der Ausdruck *Bestimmungsmacht*,²
 der Gruppe 3 c der Ausdruck *Vertrauensmacht*.

5. Andre oft gebrauchte Ausdrücke sind: für Gruppe 3 a Herrschaftsrechte oder Rechte des Sollens, für Gruppe 3 b Gestaltungsrechte oder Rechte des Könnens, für Gruppe 3 c Erwerbsrechte oder Rechte des Dürfens.³

Beispiele. I. Die A. hat sich als Amme für das Kind B.s verbunden, indem sie sich für kerngesund ausgab, während sie wußte, daß sie an einer schweren ansteckenden Krankheit litt. Hier kann B., wenn er den Sachverhalt erfährt, der A. sofort kündigen (626) oder den mit ihr abgeschlossenen Vertrag anfechten (123). Beides ist „Bestimmungsmacht“. 1. Durch die Kündigung bestimmt B., daß er von nun ab nicht mehr verpflichtet sei, der A. Lohn und Unterhalt zu geben. 2. Durch die Anfechtung bestimmt B. rückwirkend, daß er auch schon vorher nicht verpflichtet gewesen sei, der A. Lohn und Unterhalt zu geben. II. C. hat als Pächter eines Guts das Recht, daß alle Gutsfrüchte, sobald sie mit oder ohne seinen Willen vom Grund und Boden getrennt werden, sofort in sein Eigentum übergehen (956). Das ist „Vertrauensmacht“: C. kann sich schon jetzt darauf verlassen, daß sein Eigentumserwerb an den Früchten im Augenblick der Trennung eintreten wird, ohne daß er dies erst erklären muß.

III. Die Bestimmungsmacht, von der zu II die Rede war, ist nicht selten dadurch abgeschwächt, daß der Berechtigte die Bestimmung, auf die sein Recht abzielt, nicht allein, sondern nur unter Mitwirkung einer andern Privatperson oder unter Mitwirkung einer Behörde treffen kann. Aber auch in dieser

2) Sohm, *Gegenstand* (05) S. 11⁶.

3) Sedel, *Gestaltungsrechte* (03) S. 208, 210; Zitelmann, *Grundr.* S. 22; Sellwig, *Zivilprozeßrecht* 1 (03) S. 232; Enneccerus 1 S. 89.

Ab schwächung ist und bleibt sie eine „Macht“ des Berechtigten und ist als solche ein oft überaus wichtiger Bestandteil seines Rechts.⁵

Beispiele. I. A. hat seine Uhr bei B. für 20 Mk. verpfändet; hierzu ist er als Eigentümer der Uhr wohl befugt. Diese Befugnis ist „Bestimmungsmacht“: A. bestimmt rechtsgültig, daß von nun ab B. ein Pfandrecht an der Uhr hat. Freilich ist A.'s Bestimmung nur wirksam, wenn B. ihr beiträgt (1205). Daraus folgt aber nicht, daß die Bestimmungsmacht A. ganz fehlt, sondern nur, daß sie eine bedingte oder beschränkte ist. II. In derselben Art ist die Befugnis des Inhabers einer Wegegerechtigkeit C., auf sein Recht Verzicht zu leisten, Bestimmungsmacht, obschon C. zu seiner Bestimmung der Mitwirkung des Grundbuchamts bedarf (875).

IV. 1. Die drei oben zu III bestimmten Gruppen von Rechtsbestandteilen geben den Inhalt der subjektiven Rechte — wenigstens insoweit als er privatrechtlicher Natur ist und nicht etwa in öffentlich-rechtlichen Befugnissen besteht — erschöpfend wieder. Insbesondere wäre es falsch, unsern drei Gruppen als vierte eine dem Berechtigten zustehende Macht über Sachen zur Seite zu stellen. Denn wo sich auch immer eine derartige Macht als Bestandteil eines subjektiven Rechts findet, läßt sie sich restlos in eine Anspruchs-, eine Bestimmungs-, oder eine Vertrauensmacht zerlegen; sie ist also selber kein neuer Rechtsbestandteil, sondern nur eine besondere Kombination solcher Rechtsbestandteile.

2. Nichtsdestoweniger ist es allgemeiner Sprachgebrauch, bei gewissen Arten von Rechten, vor allem beim Eigentum, dem Berechtigten eine Macht über eine Sache zuzuschreiben. Auch wir wollen uns im folgenden diesem Sprachgebrauch anschließen. Denn er ist, wenn schon ungenau, so doch unerschädlich, sobald man sich nur stets vor Augen hält, daß die angebliche Macht über eine Sache bei genauer Analyse sich stets auf eine Anspruchs-, eine Bestimmungs- oder eine Vertrauensmacht zurückführen läßt.

Beispiel. Jemand hat ein Pferd zu Eigentum erworben und erfreut sich an dem ungestörten Besitz des Tieres. I. Hier hat er rechtlich eine doppelte Macht. 1. Einmal kann er auf Grund seines Eigentums das Pferd veräußern, verpfänden, derelinquieren; das ist „Bestimmungsmacht“. 2. Sodann kann er sich darauf verlassen, daß, wenn in Zukunft irgend jemand seine Beziehungen zu dem Pferde unbefugtermaßen stören sollte oder wenn eine solche Störung auch nur zu besorgen wäre, ihm auf Grund seines Eigentums alsbald ein Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Störung zufallen würde; das ist „Vertrauensmacht“. II. Kommt es später dazu, daß jemand seine Beziehungen zu dem Pferde wirklich stört oder eine solche Störung wirklich zu besorgen ist, so erwirbt er zu der Bestimmungs- und Vertrauens- nunmehr noch eine „Anspruchsmacht“ gegen den, von dem die Störung ausging oder zu besorgen ist, hinzu, gerichtet auf die Beseitigung oder die Unterlassung der Störung. III. Eine andre Art von Rechtsmacht als die dreifache, zu I und II analysierte hat er nicht. Namentlich darf man nicht von einer besondern Rechtsmacht des Eigentümers, das Pferd zu benutzen, sprechen. Denn diese Rechtsmacht hat einen juristischen Sinn nur, wenn man sich irgendeine andre Person hinzudenkt, die ihn an der Benutzung des Pferdes hindert oder zu hindern sucht oder zu hindern droht; alsdann ist diese Rechtsmacht aber, wie wir sahen, falls die Hinderung nur als möglich angenommen wird, „Vertrauens-“, falls sie wirklich vorgenommen ist oder wirklich bevorsteht, „Anspruchsmacht“. Dagegen hat jene Rechtsmacht schlechterdings keine juristische Bedeutung, sobald

4) Siehe hierüber Sedel a. a. O. S. 239.

man von einer Behinderung des Eigentümers durch eine andre Person abzieht. Was hilft z. B. dem Eigentümer sein Eigentum, wenn das Pferd jedesmal bockt, sobald er sich in den Sattel schwingen will? Nicht gegen das Pferd selbst nützt ihm sein Eigentum, sondern nur gegen andre Personen!

V. Wir haben die Anspruchs-, die Bestimmungs- und die Vertrauensmacht bisher nur als „Bestandteile“ subjektiver Rechte kennen gelernt. Es steht aber nach einem allgemeinen auch vom bürgerlichen Gesetzbuch angenommenen Sprachgebrauch nichts im Wege, diese Macht auch geradezu „Recht“ zu nennen. Der allgemeine Sprachgebrauch geht nämlich dahin, bei einem aus einer mehrfachen Machtstellung zusammengesetzten Recht nicht bloß den Rechtskomplex als Ganzes, sondern auch jeden seiner Bestandteile als „Recht“ zu bezeichnen (194, 552, 1375, 1056, 1358).

Beispiele. A. hat dem B. eine Wohnung auf unbestimmte Zeit vermietet, und B. hat sie mit Erlaubnis des A. an C. weiter vermietet. I. Hier kann ich sagen, daß dem A. ein einziges Recht, das Vermieterrecht, zusteht und daß sein gegen B. gerichteter Anspruch auf die Bezahlung des Mietzinses, seine Macht, das Mietverhältnis zu kündigen, seine gegen B. und C. gerichteten Ansprüche auf Rückgabe der Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses usw. lediglich Bestandteile dieses seines einzigen Rechts sind. II. Ebenso gut kann ich aber auch sagen, daß A. eine ganze Anzahl von Rechten hat, indem ich jeden Anspruch des A., seine Kündigungsmacht usw. nicht als Rechtsbestandteile, sondern als Rechte bezeichne.

III. Arten der Rechte.

1. Personen- und Vermögensrechte.

§ 18.

Die subjektiven Rechte sind entweder Personen- oder Vermögensrechte.

I. Sie sind Personenrechte, wenn sie unwirtschaftlicher Natur d. h. ihrer Art nach überwiegend unwirtschaftlichen Interessen zu dienen bestimmt sind, oder wenn sie, obschon selber wirtschaftlicher Natur, doch zu ihren Bestehen den Bestand eines unwirtschaftlichen Rechtsverhältnisses zwischen den nächstbeteiligten (Ehe, Verwandtschaft, Vormundschaft u. dgl.) voraussetzen.

II. Sie sind Vermögensrechte, wenn diese Voraussetzungen nicht zutreffen.

Beispiele. Ein Bauer heiratet ein Mädchen, das ihm ein Bauerngut mit in die Ehe bringt. I. Hier ist das Recht, das dem Bauer an der Person seiner Frau und der Bäuerin an der Person ihres Mannes zusteht, zweifellos ein Personenrecht; denn es ist überwiegend unwirtschaftlich. II. Was dagegen die beiderseitigen Rechte der Ehegatten an dem Gut der Frau betrifft, so ist folgendermaßen zu unterscheiden. 1. Das Recht der Frau an dem Gut ist ein Vermögensrecht, weil es überwiegend wirtschaftlich und sein Bestand von der Dauer der Ehe unabhängig ist: die Frau war Eigentümerin schon vor und bleibt es während und nach der Ehe. 2. Umgekehrt ist das Recht des Mannes, das Gut der Frau zu verwalten und zu nutzen, ein Personenrecht, weil es zwar überwiegend wirtschaftlich, aber sein Bestand vom Bestehen der Ehe abhängig ist: der Mann hat das Recht erst mit Beginn der Ehe erworben und büßt es mit Auflösung der Ehe sofort wieder ein. 3. Endlich ist das Recht des Mannes

an der Frucht, die auf dem Gut während der Dauer der Ehe gewonnen, z. B. an dem Roggen, der dort während der Ehe geschnitten worden ist, wieder ein Vermögensrecht, weil es überwiegend wirtschaftlich und sein Bestehen vom Bestehen der Ehe wenigstens zum Teil unabhängig ist: das Recht des Mannes an dem geschnittenen Roggen wird zwar nur während der Dauer der Ehe erworben, bleibt aber, wenn einmal erworben, auch nach Auflösung der Ehe bestehen.

Ausnahmsweise kommen übrigens auch Rechte vor, die zugleich personen- und vermögensrechtlicher Natur sind; ein Beispiel ist das Recht der Mitgliedschaft in einem Verein, der zugleich unwirtschaftliche wie wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Im folgenden wollen wir aber der Kürze wegen von diesen Rechten gänzlich absehen.

2. Anspruchs-, Bestimmungs-, Vertrauensrechte.

§ 19.

I. Die subjektiven Rechte sind entweder Anspruchs- oder Bestimmungs- oder Vertrauensrechte oder mehreres hiervon zugleich.

1. Sie sind Anspruchsrechte, wenn ihr einziger oder doch ihr hauptsächlichster und am meisten charakteristischer Bestandteil eine Anspruchsmacht ist.

2. 3. Sie sind Bestimmungs- oder Vertrauensrechte, wenn ihr einziger oder doch ihr hauptsächlichster und am meisten charakteristischer Bestandteil eine Bestimmungs- oder Vertrauensmacht ist.

4. Sie sind mehreres hiervon zugleich, wenn ein derartiges Vorwiegen eines einzigen Rechtsbestandteils nicht festzustellen ist.

II. 1. So verstanden ist das „Anspruchsrecht“ ein sehr viel weiterer Begriff als der „Anspruch“: erstlich kann ein einziges Anspruchsrecht eine sehr große Zahl von Ansprüchen umfassen;¹ zweitens kann ein Anspruchsrecht außer Ansprüchen wenigstens als Nebenbestandteile auch eine mannigfache Bestimmungs- und Vertrauensmacht enthalten.

2. 3. In derselben Weise sind Bestimmungs- und Vertrauensrecht weitere Begriffe als Bestimmungs- und Vertrauensmacht. Insbesondere kommt es oft genug vor, daß ein Bestimmungs- oder ein Vertrauensrecht wenigstens als Nebenbestandteil auch irgendeine Anspruchsmacht enthält.

Beispiele. I. 1. Ein Anspruchsrecht ist das Recht des Darlehnsgebers auf Rückzahlung der Darlehenssumme bei Fälligkeit des Darlehns. 2. Ein Bestimmungsrecht ist das Recht des Vorkaufsberechtigten, den Vorkauf zu erklären. 3. Ein Vertrauensrecht ist das Erbrecht des Nacherben während der Dauer des Vorerbenrechts. 4. Ein Recht, das sowohl Bestimmungs-, wie Vertrauens- und möglicherweise auch Anspruchsrecht ist, ist das Eigentum.²

II. 1. Der Satz, daß das Recht des Darlehnsgebers auf Rückgabe der Darlehenssumme bei Fälligkeit des Darlehns ein Anspruchsrecht ist (I, 1), ist deshalb nicht minder wahr, weil in diesem Recht auch eine Bestimmungs- und Vertrauensmacht steckt, z. B. die Macht, das Darlehn durch Kündigung fällig zu machen, die Macht, das Recht auf einen neuen Gläubiger zu übertragen usw., denn der charakteristische Hauptbestandteil jenes Rechts ist doch zweifellos der Anspruch auf Rückzahlung der Darlehenssumme. 2. Dagegen läßt sich beim Eigentum wohl im Einzel-

1) Siehe oben § 17 I, 2.

2) Siehe oben 17 IV.

fall, nicht aber allgemein entscheiden, ob bei ihm die Bestimmungs- oder die Vertrauens- oder die Anspruchsmacht den Hauptbestandteil ausmacht.

3. Relative und absolute Rechte. Forderungen und dingliche Rechte.

§ 20.

I. 1. Die subjektiven Rechte sind entweder relative oder absolute Rechte oder beides zugleich.

a) Sie sind relative Rechte, wenn sie ihrem Hauptinhalt nach nur gegen einzelne bestimmte Personen wirken.

b) Sie sind absolute Rechte, wenn sie ihrem Hauptinhalt nach gegen jede beliebige Person wirken.

c) Sie sind zugleich relative und absolute Rechte, wenn sich ein solches Vorwiegen der relativen oder der absoluten Wirkung nicht feststellen läßt.

2. Eine absolute Wirkung kann einem Recht nur insoweit innewohnen, als es Bestimmungs- oder Vertrauensmacht ist. Dagegen wirkt ein Recht insoweit, als es Anspruchsmacht ist, notwendig relativ: denn jeder Anspruch als solcher ist ja nur gegen eine bestimmte Person gerichtet.¹

II. 1. a) Unter den relativen Rechten ragen die relativen Vermögensrechte und unter diesen wieder die Forderungen (Forderungsrechte, Schuldrechte, Obligationen) hervor: es sind dies alle relative Vermögensrechte, die zugleich Anspruchsrechte in dem oben § 9 bestimmten Sinn sind, also eine Anspruchsmacht zu ihrem Hauptbestandteil haben.

b) Die Forderungen zerfallen wieder in Unterarten. Deren Zahl ist unbegrenzt: die Parteien können nach ihrem Belieben solche Unterarten täglich neu erfinden und ins Leben rufen.

2. a) Unter den absoluten Rechten ragen die absoluten Vermögensrechte und unter diesen wieder die dinglichen Rechte hervor: es sind dies alle absolute Vermögensrechte, die dazu dienen, gewisse Beziehungen des Berechtigten zu einer bestimmten Sache zu schützen.

b) Auch die dinglichen Rechte zerfallen wieder in Unterarten. Deren Zahl ist fest bestimmt: die Parteien sind nicht in der Lage, sie durch eigne Erfindung beliebig zu vergrößern. Von den Unterarten seien genannt: das Besizrecht, das Eigentum, die Dienstbarkeiten, das Pfandrecht, das im Grundbuch eingetragene Vorkaufsrecht.

3. a) Unter den relativ-absoluten Rechten ragen die relativ-absoluten Vermögensrechte und unter diesen wieder diejenigen Rechte hervor, die Forderungen und dingliche Rechte zugleich sind: es sind dies alle relativ-absoluten Rechte, bei denen zu einem Teil die Merkmale zu 1, zum andern Teil die Merkmale zu 2 zutreffen.

1) Siehe oben § 17 I, 2.

b) Diese Rechte zerfallen gleichfalls in Unterarten. Deren Zahl ist wie die der rein dinglichen Rechte fest bestimmt. Von den Unterarten seien genannt: die meisten Reallasten, die Rechte des rechtmäßigen Inhabers einer Banknote.

Beispiele. I. Ich habe am 19. April von A. durch notariellen Vertrag ein Haus gekauft; am 2. Mai übergibt mir A. das Haus und läßt es mir vor dem Grundbuchrichter auf; dieser trägt mich sofort als Eigentümer im Grundbuch ein. Hier stand mir vom 19. April bis zum 2. Mai lediglich ein relatives Recht, nämlich ein gegen A. gerichtetes Forderungsrecht auf Auflassung und Übergabe des Hauses zu; vom 2. Mai ab habe ich dagegen ein absolutes Recht, nämlich das Eigentum am Hause, erworben. 1. a) Meine Forderung gegen A. ist ein relatives, d. h. im wesentlichen nur gegen A. wirksames Recht. Wenn also A. in dem mir verkauften, bisher leerstehenden Hause plötzlich am 1. Mai dem B. eine Wohnung auf zehn Jahre vermietet und ihn noch am selben Tage einziehen läßt, kann ich aus diesem offenbar rechtswidrigen Verhalten A.'s nur Ansprüche gegen ihn selbst, nicht aber auch gegen B. ableiten; ich kann von A. Schadensersatz fordern, muß dagegen den B. volle zehn Jahre als Mieter in dem Hause dulden. So auch dann, wenn B., als er mietete, gewußt hat, daß das Haus als leerstehendes an mich verkauft war: B. kann mein Forderungsrecht als ein relatives, nur gegen A. wirksames Recht einfach ignorieren und die Verantwortung für den Rechtsbruch A.'s diesem überlassen. b) Nun darf man allerdings die Relativität meines Forderungsrechts nicht übertreiben, indem man etwa behauptet, meine Forderung sei wirklich einzig und allein gegen A. wirksam. Vielmehr steckt in der Forderung eine Bestimmungsmacht, die gegen jedermann wirksam ist: gesetzt z. B., daß ich kraft dieser Bestimmungsmacht die Forderung an C. abtreten würde, so wäre dieser Akt gegenüber jedermann wirksam, der sich um die Forderung bemüht; wenn ich also die Forderung nochmals an den D. abtreten würde, würde dieser sie nicht erwerben, auch wenn er von der ersten Abtretung nichts gewußt hat; eine Pfändung der Forderung durch meine Gläubiger wäre von nun ab ungültig usw. Ferner: wenn ich die Forderung nicht abgetreten hätte, aber irgendeine beliebige Person, E., behaupten würde, ich hätte sie ihm übertragen, so kann ich gegen E. auf Feststellung der Unrichtigkeit dieser Behauptung klagen (ZPO. 256) usw. Doch liegt auf der Hand, daß diese absolute Wirkung meines Forderungsrechts gegenüber jedermann hinter der relativen Wirkung gegenüber meinem Verkäufer A. weit zurücktritt. Meine Forderung ist also wenigstens überwiegend relativ wirksam. 2. a) Ganz anders ist meine Rechtslage vom 2. Mai ab. Denn nunmehr bin ich ja Eigentümer, und Eigentum ist ein absolutes Recht. α) Vor allem wirkt die in meinem Eigentum stekende Vertrauensmacht gegenüber jedermann: ich kann mich darauf verlassen, daß ich, sobald irgend jemand, wer es auch sei, mein Eigentum stört oder zu stören droht, einen Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Störung gegen ihn erwerbe; würde also der Mieter B. auf Grund seines Mietvertrages vom 1. Mai erst am 3. Mai in mein Haus einziehen, so könnte ich ihn sofort hinausweisen. β) Ingleichen wirkt die in meinem Eigentum stekende Bestimmungsmacht gegenüber jedermann; und zwar ist diese ihre Wirkung weit intensiver als bei der in einem Forderungsrecht stekenden Bestimmungsmacht, eben weil sie ein auch im übrigen absolut wirkendes Recht betrifft. Gesezt z. B. ich „bestimmte“ in der vorgeschriebenen Form, daß das Eigentum des Hauses auf F. überginge, so wäre F. alsbald befugt, seinerseits nicht bloß mir selbst, sondern auch jedem andern den Eintritt in das Haus zu verbieten. b) Man darf aber, wie bei dem Forderungsrecht die relative, so beim Eigentum die absolute Wirkung nicht übertreiben. Vielmehr ist das Eigentum insoweit, als es Anspruchsmacht ist, gerade so relativ wirksam wie ein Forderungsrecht. Gesezt z. B., daß mein Nachbar G. mir ein Stück meines Hausgartens fortnimmt, daß irgendein beliebiger H. meinen Hof als Durchgang benutzt, daß mein Mieter J. mich hindern will, die feuergefährliche elektrische Leitung in seiner Mietwohnung abzuändern, so habe ich einen Anspruch auf Unterlassung oder Beseitigung dieser Störungen nur gegen G., H. und J. Doch ist offenbar, daß im allgemeinen diese relative Wirkung meines Eigentums hinter seiner absoluten Wirkung weit zurücksteht. 3. Auf dem von mir erworbenen Hause steht als Reallast das Recht der Lambertikirche auf eine jährliche Rente von 200 M. eingetragen. Hier hat die Kirche kraft der

Reallast zugleich eine Forderung auf Zahlung der 200 Mk. gegen mich und ein dingliches auf die Zahlung derselben Summe gerichtetes Recht an meinem Hause (1108, 1105). Soweit sie eine Forderung enthält, ist die Reallast ein relatives, soweit sie ein dingliches Recht enthält, ist sie ein absolutes Recht. Daß die relative Wirkung die absolute überwiege oder umgekehrt, läßt sich nicht allgemein behaupten. II. 1. Relative Rechte sind außer den Forderungen: a) das Recht der Eltern gegen die Kinder auf Gewährung von Unterhalt (keine Forderung, weil kein Vermögensrecht); b) das Recht dessen, der einem andern ein Geldgeschenk versprochen hat, das Versprechen wegen groben Undanks des Beschenkten zu widerrufen (keine Forderung, weil kein Anspruchsrecht). 2. Absolute Rechte sind außer den dinglichen Rechten: a) das Namensrecht (kein dingliches Recht, weil kein Vermögensrecht); b) das Recht des Dichters an seinem Gedicht (kein dingliches Recht, weil es die Beziehungen des Berechtigten zu einem Geisteswerk, nicht zu einer „Sache“ betrifft). 3. Ein relativ-absolutes Recht ist außer den Rechten, die zugleich Forderungen und dingliche Rechte sind, die Gewalt eines Vaters über seine minderjährigen Kinder: sie wirkt relativ, indem sie z. B. jedes Kind zum Gehorsam gegen den Vater verpflichtet; sie wirkt absolut insofern, als sie z. B. dem Vater die Nutznießung an dem Hausgut der Kinder gewährt; daß die eine oder die andre Wirkung überwiegt, läßt sich nicht allgemein feststellen (keine Kombination von Forderung und dinglichem Recht, weil kein Vermögensrecht).

4. Selbständige und unselbständige Rechte. Einreden.

§ 21.

Die subjektiven Rechte sind entweder selbständige oder unselbständige Rechte.

I. Sie sind selbständig, wenn sie getrennt für sich bestehen oder mit andern Rechten nur locker verbunden sind.

II. Sie sind unselbständig, wenn sie mit andern Rechten derart fest verbunden sind, daß, wenn sie aus der Verbindung gelöst werden, eins der verbundenen Rechte oder gar alle diese Rechte zusammen untergehen oder eine Änderung ihres Wesens erleiden.

1. Die Verbindung mehrerer Rechte zu einem einheitlichen Rechtskomplex kann erstens so geschehn, daß die Rechte sämtlich einem und demselbem Berechtigten zustehn. Dann bilden sie ein einziges zusammengesetztes Recht.

Beispiele. I. Ein zusammengesetztes Recht ist die Reallast; denn das Recht des Reallastgläubigers, für seine Ansprüche den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks persönlich haftbar zu machen (1108), läßt sich von seinem dinglichen nur das Grundstück verhaftenden Recht (1105) nicht trennen. II. Zwei locker miteinander verbundene, nicht aber zu einem einzigen zusammengesetzten Recht verschmolzene Rechte sind die persönliche Forderung und das dingliche Recht des Hypothekengläubigers; denn beide Rechte lassen sich voneinander trennen, ohne dadurch eine Änderung ihres Wesens zu erleiden (1180, 1163).

2. Die Verbindung mehrerer Rechte zu einem einheitlichen Rechtskomplex kann zweitens so geschehn, daß die Rechte verschiedenen Berechtigten zustehn, aber dennoch (wenigstens teilweise) gleichartigen Interessen dienen und also trotz der Verschiedenheit ihrer Inhaber in der nämlichen Richtung ausgeübt werden. Dann bilden sie in ihrer Verbindung einen Komplex von *Mit*rechten oder, da eines der Rechte der Regel nach die Grundlage für das andre bildet, von *Grund-* und *Nebenrecht*. Hierher gehören vor allem die sog. Rechte

an Rechten sowie der Fall, daß jemand unwiderruflich ermächtigt ist, das Recht eines andern auszuüben.

Beispiele. I. A. hat eine ihm gegen B. zustehende Forderung dem C. verpfändet (1279). Hier bildet A.'s Forderung das Grund-, C.'s Pfandrecht das Nebenrecht; beide Rechte haben, obgleich sie verschiedenen Personen zustehn doch dieselbe Richtung, nämlich gegen B. II. D. ist als Vater des minderjährigen E. gesetzlich ermächtigt, verbrauchbare Sachen des E. in eigenem Namen zu veräußern (1653). Hier bildet E.'s Eigentum das Grund-, D.'s Veräußerungsbefugnis das Nebenrecht; auch diese beiden Rechte haben dieselbe Richtung, nämlich gegen jedermann.

3. Die Verbindung mehrerer Rechte zu einem einheitlichen Rechtskomplex kann drittens und letztes auch so geschehn, daß die Rechte verschiedenen Berechtigten mit entgegengesetzten Interessen zustehn. Dann bilden sie zusammen einen Komplex von Recht und Gegenrecht. Unter diesen Komplexen ragt besonders der hervor, in dem auf der einen Seite ein Anspruch, auf der andern Seite eine Einrede¹ einander gegenüberstehn.

a) „Einrede“ ist das Recht einer einem Anspruch unterworfenen Partei, die Erfüllung des Anspruchs zu verweigern, ohne dadurch den Anspruch selbst aufzuheben. Sie ist demnach eine Bestimmungsmacht: durch eine Erklärung seinerseits kann der Einredoberechtigte „bestimmen“, daß der gegen ihn gerichtete Anspruch zwar nicht erlöschen, aber doch kraftlos sein soll.

b) Möglich ist, daß der Anspruchsberechtigte der Einrede der Gegenpartei eine Gegeneinrede und die Gegenpartei der Gegeneinrede eine Gegen-Gegeneinrede entgegenstellen kann: jene heißt Replik, diese Duplik.

c) Die Einrede (Replik, Duplik) währt entweder solange wie der Anspruch, dem sie gegenübersteht; sie kann ihn also, wann er auch erhoben wird, immer wieder entkräften. Oder ihre Dauer ist beschränkt, sei es, daß ihr eine feste zeitliche Grenze gesetzt, sei es, daß der Anspruchsberechtigte sie durch eine Gegenmaßregel zu beseitigen befugt ist; der Anspruch wird also vollwirksam, sobald die Frist verstrichen ist oder der Anspruchsberechtigte die Gegenmaßregel vornimmt. Ersterenfalls nennt man die Einrede dauernd (peremptorisch), letzterenfalls nennt man sie aufschiebend (dilatorisch).

d) Daß ein durch Einrede (Replik, Duplik) entkräfteter Anspruch der Einrede ungeachtet fortbesteht, ist leicht zu verstehn, wenn die Einrede nur eine aufschiebende ist, hat aber auch bei dauernden Einreden einigen Sinn.

α) Der Anspruch ist so lange vollwirksam, als die Gegenpartei sich auf die Einrede nicht beruft. Insbesondere wird, wenn der Anspruchsberechtigte seinen Anspruch einklagt und die Gegenpartei im Verhandlungstermin nicht erscheint, diese dem Anspruch gemäß verurteilt, mag der Anspruchsberechtigte auch im Termin das Bestehn der Einrede ausdrücklich einräumen: denn die Gegenpartei hat sich ja auf die Einrede nicht berufen!

β) Der Anspruch ist für immer vollwirksam, wenn die Gegenpartei auf die Einrede rechtsgültig verzichtet. Wäre der Anspruch durch die Einrede

1) Friedenthal, Einwendung u. Einrede (98); Langheinen, Anspruch u. Einrede (03).

endgültig aufgehoben, so würde solch ein Verzicht nicht ausreichen, sondern der Anspruch müßte neu begründet werden; da er aber der Einrede ungeachtet fortbestanden hat, bedarf es der Neubegründung nicht.

Beispiele. I. 1. Wenn A. behauptet, dem B. ein am 1. Oktober 07 rückzahlbares Darlehn gegeben zu haben und anfangs 08 dessen Rückzahlung fordert und B. darauf entgegnet, a) er habe das Darlehn nie empfangen oder b) er habe es zwar empfangen, aber längst zurückbezahlt oder c) er habe es zwar empfangen und noch nicht zurückbezahlt, rechne aber eine gleich hohe fällige Gegenforderung, die ihm wider A. zustehende, gegen die Darlehnschuld auf, so sind das alles keine Einreden. Denn alle drei Entgegnungen B.'s laufen darauf hinaus, daß der von A. behauptete Darlehnsanspruch gegen B. entweder nie bestanden habe (a) oder nachträglich erloschen sei (b, c). Sie bedeuten also nicht, daß B. eine Leistung, die A. von ihm zu fordern habe, kraft eines Gegenrechts zu verweigern befugt sei, sondern daß dem A. eine Forderung gegen B. überhaupt nicht zustehende. 2. Dagegen liegt eine echte Einrede vor, wenn B. behauptet, A. habe ihm das am 1. Oktober 07 fällig gewordene Darlehn Ende Dezember 07 auf weitere drei Jahre gestundet. Denn aus 202 I geht hervor, daß eine derartige Stundung den Darlehnsanspruch als solchen unverändert fortbestehen läßt, aber dem Schuldner das Gegenrecht gibt, die geschuldete Leistung (vorübergehend) zu verweigern: eben hierin liegt aber das Charakteristikum der echten Einrede. II. E. muß eine fremde Sache, die er bisher für die seinige hielt und als solche gutgläubig in Besitz hatte, dem wahren Eigentümer D. herausgeben, macht aber an der Sache ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Kosten geltend, die er auf die Sache verwendet habe; D. räumt ein, daß E. an und für sich zur Zurückbehaltung der streitigen Sache wegen jener Kosten befugt sei, beruft sich aber darauf, daß E. ihm die Erstattung der Kosten auf ein Jahr gestundet habe.² Hier ist das Zurückbehaltungsrecht des E. Einrede, das gegen diese Einrede gerichtete auf der Stundung der Kosten beruhende Gegenrecht des D. ist Replik. III. E. klagt gegen F. auf Zahlung von dreimal 1000 Mk.; die ersten 1000 Mk. sind ein Darlehn, das E. dem eben verstorbenen Vater F.'s gegeben hat: F. soll es als Erbe seines Vater bezahlen; die zweiten 1000 Mk. sind der Kaufpreis für ein Feld, das E. dem F. verkauft hat; die dritten 1000 Mk. sind Mietzinsen für ein Haus, das E. dem F. vormals vermietet hatte, und die seit fünf Jahren rückständig sind; F. entgegnet: wegen der ersten 1000 Mk. müsse E. sich bis zum Ablauf der den Erben zustehenden dreimonatigen Wartefrist gedulden (2014); die zweiten 1000 Mk. dürfe E. nur fordern, wenn er das verkaufte Haus, was bisher nicht angeboten, Zug um Zug gegen die Zahlung ihm, dem F., übergebe und auflasse (433, 925, 320); die dritten 1000 Mk. könne E. gar nicht fordern, weil sie verjährt seien (197). Hier erhebt F. drei verschiedene Einreden; die erste ist aufschiebend, weil sie nur drei Monate lang wirksam ist; die zweite ist gleichfalls aufschiebend, weil E. sie dadurch beseitigen kann, daß er das Haus dem F. übergibt und aufgibt; die dritte ist dagegen dauernd, weil sie das Forderungsrecht E.'s für immer entkräftet. IV. 1. G. hat sich für zwei Forderungen des H. gegen den J. verbürgt, für die eine mündlich, für die andre schriftlich; nun verklagt H. den G. auf Bezahlung der beiden Schulden und erzählt in der Klage außer dem obigen Sachverhalt noch weiter, daß der Hauptschuldner J. zwar zahlungsfähig, aber in bedrängter Lage sei und daß er, H., deshalb die Zahlung nicht von J., sondern von dem reichen G. fordere; G. erscheint in dem Verhandlungstermin nicht und wird von dem Gericht dem Klageantrage gemäß verurteilt. Hier ist das Urteil falsch in Ansehung der mündlich, richtig in Ansehung der schriftlich übernommenen Bürgschaft. a) Das Urteil ist falsch in Ansehung der mündlich übernommenen Bürgschaft. Denn diese ist ungültig (766); H. hatte also aus ihr keinerlei Ansprüche; das Gericht hätte deshalb seine Klage, soweit sie auf diese Bürgschaft gegründet war, abweisen müssen, auch wenn G. sich gar nicht verteidigte. Denn gegen eine Klage, die von vornherein unbegründet ist, braucht man sich nicht erst zu verteidigen. b) Das Urteil ist richtig in Ansehung der schriftlich übernommenen Bürgschaft. Denn diese Bürgschaft ist gültig. Freilich hätte G. verlangen können, daß H. nicht ihn, sondern den Hauptschuldner J. be-

2) Beispiel und Entscheidung nach Zitelmann, Grundriß S. 29.

langte, ohne daß es darauf ankam, ob J. sich in bedrängter Lage befand oder nicht (771); und hätte er dies Verlangen erhoben, so wäre H.'s Klage auch in Ansehung der schriftlich übernommenen Bürgschaft unbegründet gewesen. G. hat aber das Verlangen tatsächlich nicht erhoben; er hat die ihm vom Gesetz zugebilligte „Einrede der Vorausklage“ nicht geltend gemacht. Das Gericht war deshalb gar nicht in der Lage, auf die Einrede Rücksicht zu nehmen. 2. K. hat von L. durch notariellen Vertrag ein Haus gekauft, ist aber gestorben, ehe der Vertrag erfüllt ist; als L. von M., dem Erben K.'s, die Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen die Auflassung und Übergabe des Hauses fordert, lehnt K. dies ab, indem er die Einrede erhebt, K.'s Nachlaß sei überschuldet und der Aktivbestand so gering, daß er nicht einmal die Kosten des Nachlaßkonkurses decken würde (1990); nachträglich vereinbart er aber mit L., daß er auf diese Einrede verzichte. Hier ist letzterer Vertrag nicht etwa als Erneuerung des Kaufvertrags anzusehn und deshalb der notariellen Beurkundung nicht bedürftig.

IV. Rückblick auf das bisherige Recht.

§ 22.

Eine allgemeine Theorie der subjektiven Rechte ist bei uns erst seit der Rezeption des römischen Rechts ausgebildet. Insbesondere gewann die deutsche Jurisprudenz erst aus den römischen Quellen die deutliche Erkenntnis, daß vom subjektiven Recht (jus) die „actio“ — ein Begriff, der sich ungefähr mit dem deckt, was wir jetzt nach Windscheids Vorgang „Anspruch“ nennen — zu unterscheiden sei; sie entnahm den römischen Quellen die Einteilung der Aktionen in actiones in personam und in rem und knüpfte daran eine Einteilung der Rechte in persönliche und dingliche Rechte; sie machte in römischer Art einen Unterschied zwischen dem Untergang eines Rechts schlechthin und der Entkräftung des Rechts durch eine Einrede (ope exceptionis) usw. Später ist die deutsche Jurisprudenz über solchen sich eng an (wirkliches oder angebliches) römisches Recht anschließenden Dogmatismus hinausgegangen, zuerst namentlich in der Periode des Naturrechts, dann aber mit größerer Vorsicht und Umsicht auch wieder in neuester Zeit. Sie sah langsam ein, daß manche Institute des alt-einheimischen und des in der Entstehung begriffenen modernen Rechts sich in das Schema „entweder persönliches oder dingliches Recht“ nicht einfügen ließen, sondern daß es Rechte, die sowohl persönlich wie dinglich, und Rechte, die weder persönlich noch dinglich sind, gibt. Sie wurde sich darüber klar, daß in den Rechten außer den Ansprüchen noch andre Bestandteile, insbesondere das, was wir oben Bestimmungsmacht genannt haben, stecken usw.

Dritter Abschnitt.

Die Rechtsinhaber.¹

I. Allgemeines.

§ 23.

I. 1. Inhaber (Subjekt) eines subjektiven Privatrechts ist derjenige, in dessen Namen das Recht auszuüben ist. Der Regel nach wird dieser „Rechtsinhaber“ befugt sein, das Recht in eigener Person und in eigenem Interesse auszuüben. Es ist aber auch möglich, daß die persönliche Ausübung des Rechts einem andern gebührt und daß auch der Vorteil der Rechtsausübung einem andern zukommt als dem Rechtsinhaber. Wir müssen deshalb von dem „Inhaber“ oder „Namengeber“ des Rechts den „Ausüber“ des Rechts und den „Genießer“ des Rechts unterscheiden. Ist jemand Inhaber eines Rechts, ohne zugleich Genießer des Rechts zu sein, so nennt man ihn *Fiduziar*.

Beispiele. I. 1. A. kauft von B. dessen Hund für 100 Mk. Hier kann B. die durch den Kaufvertrag begründete Forderung auf 100 Mk. regelmäßig in eigenem Namen, in eigener Person, in eigenem Interesse einziehen; er ist also regelmäßig zugleich Inhaber, Ausüber und Genießer. 2. Gleicher Fall; nur will B. nicht als Verkäufer bekannt werden, da er fürchtet, man werde ihm einen zu niedrigen Preis bieten, und bittet seinen Freund C., der viel mit Hunden gehandelt hat, den Verkauf für ihn in eigenem Namen zu besorgen; C. kommt der Bitte B.'s nach. Hier kann C., da er den Verkauf in eigenem Namen abgeschlossen und demgemäß auch das Recht auf den Kaufpreis in eigenem Namen erworben hat, die 100 Mk. von A. in eigenem Namen und regelmäßig in eigener Person betreiben, während B. dazu nicht befugt ist; C. darf aber, da es sich um einen Verkauf „für“ B. handelt, nicht in eigenem, sondern nur in B.'s Interesse auftreten; er würde z. B. unrecht handeln, wenn er nachträglich, bloß weil A. ihm persönlich eine Gefälligkeit erwiesen hat, den Kaufpreis ohne Zustimmung B.'s auf 80 Mk. ermäßigen würde. C. ist also Inhaber (Fiduziar) und Ausüber, B. ist Genießer. 3. Gleicher Fall; nur ist C. nach Abschluß des Verkaufs, aber vor Einziehung des Kaufpreises wegen Verschwendung entmündigt und D. ist ihm zum Vormunde bestellt. Hier kann D. die Forderung, da C. sie in eigenem Namen erworben hat und er den C. in Wahrnehmung aller seiner Vermögensrechte vertritt, in eigener Person betreiben, während weder B. noch C. dazu befugt sind; D. muß aber im Namen C.'s und im Interesse B.'s auftreten. D. ist also Ausüber, C. Inhaber (Fiduziar), B. Genießer. II. 1. Die soeben besprochene auf Zahlung von 100 Mk. gerichtete Forderung gegen A. kann auch da-

1) Hölder, natürliche u. juristische Personen (05).

durch ausgeübt werden, daß sie auf einen andern Gläubiger übertragen wird. Die Übertragung geschieht, eben weil sie Rechtsausübung ist, durch den Ausüher, aber im Namen des Inhabers und zum Vorteil des Genießers, also im Fall I, 3 durch D., namens des C., für den B. 2. Es kann leicht geschehn, daß im Fall I, 3 der Ausüher D. die Forderung gegen A. gerade auf den Genießer B. überträgt. Alsdann fließen von nun ab alle drei aktiven Beziehungen der Forderung in B.'s Person zusammen: die Rechtslage ist fortab dieselbe wie zu I, 1: B. ist jetzt nicht mehr bloß Genießer, sondern auch Inhaber und Ausüher.

Man wird leicht geneigt sein, von den drei Rollen des Inhabers, des Ausübers und des Genießers eines Rechts die erste für die mindest wichtige zu halten: die Beziehung des Inhabers zu dem Recht beruht auf einem bloßen Wort — er gibt den „Namen“ für die Rechtsausübung her —, während dem Ausüher die Tat, dem Genießer der Vorteil des Rechts zufällt. Doch wäre diese Auffassung unzutreffend, wie folgende Beispiele zeigen. I. 1. Gesezt, es käme in dem oben zu I, 3 genannten Fall dem Recht auf die 100 Mk. der „Genießer“ abhanden, indem B., empört darüber, daß C. den Hund für 100 statt für mindestens 500 Mk. weggegeben hat, dem D. erklärt, lieber als 100 Mk. wolle er für den Hund gar nichts, eine Erklärung, die D. schleunigst im Namen des C. akzeptiert. Dies ist ohne Einfluß auf den Bestand des Rechts; denn an die Stelle B.'s tritt sofort C., der Inhaber, als Genießer ein: die 100 Mk. verbleiben jetzt ihm. 2. Gesezt ferner, es käme dem Recht auf die 100 Mk. der „Ausüher“ abhanden, indem D. stirbt und C. eine Zeitlang ohne Vormund bleibt. Dies ist gleichfalls ohne Einfluß auf den Bestand des Rechts; denn an Stelle des D. ist dem C. baldmöglichst ein neuer Vormund und damit für das Recht ein neuer Ausüher zu bestellen. 3. Gesezt endlich, dem Recht auf die 100 Mk. käme der „Inhaber“ abhanden, indem D. namens des C. aus irgendwelchen Gründen auf die Forderung gegen A. Verzicht leistet. Hier ist nicht davon die Rede, daß ein anderer Inhaber für das Recht bestellt wird, sondern das Recht ist erloschen. Freilich mag es sein, daß D. unrecht tat, als er jenen Verzicht aussprach, weil er damit dem Interesse des Genießers B. zuwiderhandelte, und daß er oder C. deshalb dem B. Schadensersatzpflichtig ist. An dem Satz, daß die Forderung des C. gegen A. durch das Abhandenkommen des Inhabers der Forderung untergegangen ist, wird aber durch eine solche Schadensersatzpflicht des C. oder des D. nichts geändert. II. Gesezt, daß in dem soeben behandelten Fall das Recht auf die 100 Mk. sowohl den Inhaber C. wie den Ausüher D. und den Genießer B. behält und der Schuldner A. zufälligerweise drei fällige Gegenforderungen hat, die er gegen seine Kaufpreisschuld aufrechnen möchte, eine gegen B. in Höhe von 80, eine gegen C. in Höhe von 15, eine gegen D. in Höhe von 5 Mk. Hier kommt nur die einzige Gegenforderung gegen den Inhaber C. in Frage: A. kann also nur in Höhe von 15 Mk. aufrechnen.

2. Ausnahmungsweise kann es geschehn, daß ein subjektives Recht eines Inhabers darbt: es gibt herrenlose Rechte, die in niemandes Namen ausgeübt werden.²

Beispiele. I. Wenn jemand eine noch ungeborene und vielleicht noch nicht einmal gezeugte Person als Nacherben beruft, so tritt das Recht dieses Nacherben sofort mit dem Tode des Erblassers in Kraft und ist so lange herrenlos, bis der Nacherbe geboren wird. Freilich ist es bis zur Geburt des Nacherben nur ein bedingtes Recht. Allein auch die bedingten Rechte sind wirkliche Rechte und können schon vor Eintritt der Bedingung praktisch betätigt werden. So ist es z. B. sehr wohl denkbar, daß, wenn der dem noch ungezeugten Nacherben vorgehende Vorerbe den Nachlaß leichtfertig verwaltet, dem Nacherben ein Pfleger bestellt wird und daß der Pfleger namens des noch ungezeugten Nacherben, also namens einer gar nicht existierenden Person, den Vorerben zu einer Sicherheitsleistung zwingt (1913, 2128). II. Herrenlos sind ferner regelmäßig die Gelder, die im Wege öffentlicher Sammlung zu irgendeinem gemeinnützigem Zweck aufgebracht werden; sie gehören weder den Spendern noch den Sammlern, sondern niemandem.

²) Cedel, Gestaltungsrechte (03) S. 206²; abw. Crome 1 § 29¹⁴.

II. 1. Wer fähig ist, Inhaber eines Rechts zu sein, heißt rechtsfähig oder Person.

2. a) Als Person gilt zunächst ohne Ausnahme jeder Mensch von der Geburt bis zum Tode. Deshalb wird in den gleich folgenden Paragraphen von den Menschen als Rechtsinhabern ausführlich die Rede sein.

b) Außer den Menschen als den „natürlichen“ Personen gibt es aber auch „juristische“ Personen, nämlich die rechtsfähigen Privatvereine, die rechtsfähigen Privatstiftungen, endlich gewisse Anstalten des öffentlichen Rechts, vor allem der Staat („Fiskus“) und die Gemeinden. Von ihnen ist aber erst an einer späteren Stelle dieses Werks zu handeln.³

In den frühern Auflagen dieses Buchs hatte ich die Lehre von den juristischen Personen, wie es auch sonst allgemein üblich, unmittelbar an die Lehre von den natürlichen Personen angeschlossen. Ich habe dies jetzt aufgegeben, vor allem deswegen, weil die Lehre von den juristischen Personen die Kenntnis von mannigfachen andern Rechtsinstituten, z. B. von der Stellvertretung, notwendig voraussetzt und deshalb mit Erfolg erst hinter diesen Rechtsinstituten dargestellt werden kann.

c) Andre Personen als die Menschen und die juristischen Personen gibt es nicht; insbesondere ist die noch ungeborene menschliche Frucht noch keine Person und kann deshalb noch nicht Inhaber irgendwelcher Rechte sein.⁴

3. Die Rechtsfähigkeit einer Person wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß sie die später näher zu erörternde Geschäftsfähigkeit — die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte in eigener Person und in eigenem Namen abzuschließen⁵ — nur beschränkt besitzt oder ganz entbehrt. Freilich wird sie alsdann der Regel nach an der persönlichen Ausübung ihrer Rechte behindert sein. Das macht aber für ihre Rechtsfähigkeit nichts aus: rechtsfähig sein heißt nicht, ein Recht in Person „ausüben“, sondern ein Recht „haben“ können.

4. Daß eine Person rechtsfähig ist, bedeutet nur, daß sie überhaupt Rechte haben kann, nicht aber, daß sie jedes Recht haben kann. Es kann also vorkommen, daß gewisse Rechte ausschließlich bestimmten Personenklassen oder gar bestimmten einzelnen Personen reserviert werden. Hierher gehören vor allem die Regalien, d. h. Privatrechte, die — wenigstens der Regel nach — einzig und allein dem Staat zustehn.

5. Wer Rechte haben kann, kann auch Pflichten haben: eine Person als solche ist nicht bloß rechts-, sondern auch verpflichtungsfähig.

Beispiele. I. 1. Der Millionär A. stirbt ohne Testament; sein nächster Angehöriger ist sein einziges Kind B., ein Kretin, der nie in seinem Leben sprechen und nicht einmal gehen und menschlich essen lernen wird. Hier geht die Million A.s auf B. über, da an dessen Rechtsfähigkeit nicht zu zweifeln ist. Ein Vormund hat sogar ängstlich dafür zu sorgen, daß die Million samt den ersparten Zinsen dem Kretin zeitlebens verbleibt. 2. Eben dieser Kretin ist auch verpflichtungsfähig; wenn z. B. der Vormund in seinem Namen einen Rollstuhl für ihn anschafft, ist Schuldner des Kaufpreises nicht der Vormund, sondern B. selbst. II. Ein Beispiel eines Regals ist das Recht des Staats, sich gewisse in seinem Gebiet liegende herrenlose Grundstücke anzueignen (928 I).

3) Siehe unten Buch V.

4) Über sie siehe oben hinter Anm. 2, sowie unten § 344⁷.

5) Siehe unten § 55 ff.

III. 1. Alle Vermögensrechte, die einer und derselben Person zustehn, sind wegen dieser Identität des Rechtsinhabers zu einem Rechtskomplex verschmolzen, den man Vermögen nennt. Das Vermögen bildet rechtlich eine Einheit, die namentlich durch folgende zwei Regeln ausgezeichnet ist.

a) Das Vermögen kann als Einheit im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf einen andern Inhaber übergehn.⁶

b) Das Vermögen kann als Einheit im Wege des „Konkurses“ zugunsten der Gläubiger des Inhabers mit Beschlagnahme belegt werden.⁶

2. In zahlreichen Fällen wird das Vermögen einer Person in bestimmte Teile zerlegt und nicht bloß das Vermögen als Ganzes, sondern auch jeder dieser Teile rechtlich als eine Einheit behandelt. Derartige kleinere Einheiten nennt man Sondervermögen oder Sondergut (peculium). Allgemein-gültige Regeln gibt es für sie nicht: dazu sind sie zu verschieden voneinander. Insbesondere gibt es eine Gesamtrechtsnachfolge und eine Gesamtschlagnahme nur bei einigen dieser Sondervermögen, nicht bei allen.

Beispiele. I. Wenn A. den B. beerbt, gehört ihm fortan außer seinem eignen bisherigen Vermögen und dem, was er später dazu erwirbt, — wir wollen beides als das „Privatvermögen“ A.s bezeichnen — auch der Nachlaß des B. Hier bilden fortan das Privatvermögen A.s und der Nachlaß B.s um der Identität ihres jetzigen Rechtsinhabers willen ein einziges Vermögen: wenn A. stirbt und von C. beerbt wird, geht dieses ganze Vermögen, falls nicht etwa B. für seinen Nachlaß einen Nacherben bestellt hat, durch Gesamtrechtsnachfolge auf C. über; wenn A. zahlungsunfähig ist, kann dieses ganze Vermögen Gegenstand einer Gesamtschlagnahme, Gegenstand eines einzigen Konkurses sein. Innerhalb des Vermögens des A. stellen aber sowohl das Privatvermögen A.s wie der Nachlaß B.s ein Sondervermögen dar. Denn trotz ihrer Zugehörigkeit zu einem einzigen Vermögen werden beide rechtlich als Einheiten behandelt: wenn A. stirbt und von C. beerbt wird, während B. für seinen Nachlaß den D. als Nacherben berufen hat, geht nur das Privatvermögen A.s durch Gesamtrechtsnachfolge auf C. über, während der Nachlaß B.s durch eine besondere Gesamtrechtsnachfolge dem D. zufällt (2139); wenn der Nachlaß B.s überschuldet ist, kann er Gegenstand einer getrennten Gesamtschlagnahme, eines besondern Konkurses sein (Konk.-Ordn. 214). II. Wenn die E. den F. heiratet und ihre Wertpapiere in die Ehe „einbringt“, während sie ihr Landgut zum „Vorbehaltsgut“ erklären läßt, bilden Wertpapiere und Landgut, weil sie beide nach wie vor der E. gehören, um der Identität des Rechtsinhabers willen ein einziges Vermögen: stirbt Frau E., so findet eine einzige Gesamtrechtsnachfolge in Wertpapiere und Landgut, wird sie zahlungsunfähig, so findet eine einzige Gesamtschlagnahme von beiden statt. Innerhalb des Vermögens der E. stellen aber sowohl die Wertpapiere wie das Landgut ein Sondervermögen dar. Denn beide werden trotz ihrer Zugehörigkeit zu einem einzigen Vermögen rechtlich als Einheiten behandelt; freilich gibt es keine Gesamtrechtsnachfolge in eins dieser Sondervermögen; auch kann keins getrennt für sich Gegenstand einer Gesamtschlagnahme sein; wohl aber zeigt sich die Trennung der beiden Sondervermögen z. B. darin wirksam, daß gewisse Gläubiger der Frau E. sich, solange ihre Ehe dauert, nur an ihr Landgut, nicht an ihre Wertpapiere halten können (1412 fig.).

Wenn das Vermögen einer Person in mehrere Sondervermögen geteilt ist, werden leicht Zweifel über deren Abgrenzung entstehen. Insbesondere wird bei jedem neuen Erwerbe, den der Vermögensinhaber macht, die Frage auftauchen, welchem der verschiedenen Sondervermögen er zuzuteilen sei. Doch gibt es auch in dieser Beziehung keine allgemeingültigen Regeln. Wenn z. B. ein Vorerbe Wertpapiere, die zum Nachlaß gehören, verkauft und von

6) Siehe unten zu IV, 1 a β.

dem Erlöse Möbel anschafft, fallen die Möbel als Surrogat der Papiere stets in den Nachlaß (2111); wenn dagegen eine Ehefrau Wertpapiere, die zu ihrem Vorbehaltsgut gehören, verkauft und von dem Erlöse Möbel anschafft, fallen die Möbel als Surrogat der Papiere nur dann in das Vorbehaltsgut, wenn die Frau dies bei der Anschaffung besonders erklärt (1370).⁷

3. a) Zu jedem Vermögen können Vermögensschulden oder Passiva in dem Sinn gehören, daß das Vermögen für diese Schulden haftbar ist oder, anders ausgedrückt, daß die Schulden eine „Last“ des Vermögens sind.

b) Vielfach geht man aber noch weiter und sagt: die Vermögensrechte einer Person stellen nicht ihr ganzes Vermögen, sondern nur einen Teil davon, das Aktivvermögen, dar, während der andre Teil, das Passivvermögen, aus den auf dem Aktivvermögen haftenden Schulden bestehe. Nach diesem Sprachgebrauch darf man die Schulden des Vermögensinhabers selbstverständlich nicht als eine Last seines Vermögens schlechthin, sondern muß sie genauer als eine Last seines „Aktivvermögens“ bezeichnen.

c) Ob die Gesetze dem einen oder dem andern Sprachgebrauch huldigen, ist für jede Gesetzesstelle durch Auslegung besonders zu ermitteln.

Beispiele. I. Nach 49 haben die Liquidatoren eines aufgelösten Vereins die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Vereinsgläubiger zu befriedigen. Hier ist unter „Vermögen“ nur das Aktivvermögen verstanden, weil die Schulden erst hinter dem „übrigen Vermögen“ erwähnt sind. II. Nach 239 ist ein Bürge zur Sicherheitsleistung „tauglich“, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt. Hier ist unter „Vermögen“ sowohl das Aktiv- wie das Passivvermögen verstanden, weil es für die Tauglichkeit eines Bürgen auf sein Passivvermögen gerade ebenso ankommt wie auf sein Aktivvermögen.

4. Der Satz, daß das Vermögen alle einer und derselben Person gehörigen Rechte umfaßt, schließt nicht aus, daß zum Vermögen auch andre Güter, denen der Charakter eines subjektiven Rechts abgeht, gerechnet werden können, z. B. das Scheinrecht, mit dem ausgestattet ist, wer fälschlich als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ferner die geschäftliche Kundschaft eines Kaufmanns usw.⁸

IV. 1. Daß jemand Inhaber eines subjektiven Rechts wird, kann in mannigfacher Art geschehn.

a) Das Recht kann dem Inhaber erstlich so zugewendet werden, daß es von einem bereits vorhandenen älteren Recht — wir wollen es „Ursprungsrecht“ nennen — abgeleitet wird und also gewissermaßen eine Fortsetzung dieses Ursprungsrechts bildet. Einen solchen abgeleiteten Rechtserwerb bezeichnet man als Rechtsnachfolge (Sukzession, derivativen Rechtserwerb). Den Inhaber des Ursprungsrechts nennt man Rechtsvorgänger (Auktor, Gewährer); den Inhaber des abgeleiteten Rechts nennt man Rechtsnachfolger (Sukzessor).

α) Die Rechtsnachfolge ist entweder rechtsübertragend oder rechtsbegründend (translativ oder konstitutiv).

αα) Bei der rechtsübertragenden Rechtsnachfolge geht das Ursprungsrecht des Rechtsvorgängers einfach von ihm auf den Rechtsnachfolger über: jener

7) Über diese Fragen Waller, Surrogation (04); Weher, Surrogation (05).

8) Vgl. Enneccerus § 124³.

verliert es, dieser gewinnt es. Anders ausgedrückt: das abgeleitete Recht ist mit dem Ursprungsrecht identisch.

ββ) Bei der rechtsbegründenden Rechtsnachfolge geht das Ursprungsrecht dem Rechtsvorgänger nicht verloren, sondern verbleibt ihm. Das abgeleitete Recht, das der Rechtsnachfolger gewinnt, ist also mit dem beim Rechtsvorgänger verbleibenden Ursprungsrecht durchaus nicht identisch, sondern ist ein neues Recht, das dem Ursprungsrecht selbständig zur Seite tritt und es in eigentümlicher Art „belastet“.

β) Die Rechtsnachfolge, mag sie rechtsübertragend (α αα) oder rechtsbegründend (α ββ) sein, ist entweder Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge (Singular- oder Universalzufassung).

αα) Die Einzelrechtsnachfolge bezieht sich immer nur auf bestimmte Einzelrechte des Rechtsvorgängers, und ihre Form ist deshalb je nach der Art des Einzelrechts, dem sie gilt, sehr verschieden. Auch trifft sie immer nur die Einzelrechte als solche, läßt dagegen die Schulden des Rechtsvorgängers, mögen sie mit diesen Rechten noch so innig zusammenhängen, grundsätzlich unberührt.

ββ) Die Gesamtrechtsnachfolge bezieht sich immer auf ein ganzes Vermögen als Einheit, sei es auf das Gesamtvermögen des Rechtsvorgängers, sei es auf irgend ein ihm zustehendes Sondervermögen; ihre Form ist deshalb ein und dieselbe für alle Einzelrechte, die zu diesem Vermögen gehören, mögen sie voneinander noch so verschieden sein. Auch zieht sie der Regel nach neben den zu dem Vermögen gehörigen Rechten zugleich die auf dem Vermögen lastenden Schulden des Rechtsvorgängers in ihren Bereich: insbesondre tritt bei der rechtsübertragenden Gesamtrechtsnachfolge der Rechtsnachfolger nicht bloß in die Rechte des Rechtsvorgängers als neuer Berechtigter, sondern auch in dessen Schulden als neuer Schuldner ein.

Beispiele. I. 1. Wenn A. ein ihm gehöriges Haus dem B. vor dem Grundbuchamt „aufläßt“ und B. als nunmehriger Eigentümer des Hauses im Grundbuch eingetragen wird (925, 873), liegt auf seiten des B. „rechtsübertragende“ Rechtsnachfolge vor. Denn der ganze Vorgang bedeutet nichts anderes, als daß das Eigentum des Rechtsvorgängers A. auf den Rechtsnachfolger B. übergeht: in dem Augenblick, in dem B. sein abgeleitetes Eigentum gewinnt, hört A. seinerseits auf, Eigentümer zu sein. Das abgeleitete Recht B.s und das erloschene Ursprungsrecht A.s sind inhaltlich identisch. 2. Wenn A. an einem ihm gehörigen Hause dem B. eine Hypothek bestellt und sie im Grundbuch eintragen läßt (1113, 873), liegt auf seiten des B. „rechtsbegründende“ Rechtsnachfolge vor. Denn hier geht das Eigentum des Rechtsvorgängers A. durchaus nicht auf den Rechtsnachfolger B. über, sondern verbleibt nach wie vor bei A. Dafür hat aber B. aus dem Eigentum A.s ein völlig neues Recht für sich abgeleitet, das nun dem Ursprungsrecht, von dem es stammt, selbständig zur Seite tritt, indem es dies Ursprungsrecht, A.s Eigentum, „belastet“. II. 1. a) Wenn C. sein Haus, seine Silberfachen oder eine ihm gegen D. zustehende Forderung an E. schenkungsweise veräußert, liegt auf seiten des E. rechtsübertragende, wenn E. diese Gegenstände dem E. verpfändet, liegt auf seiten des E. rechtsbegründende Einzelrechtsnachfolge vor. b) Wenn C. nach seinem Tode von E. als seinem alleinigen Erben beerbt wird, liegt auf seiten des E. rechtsübertragende, wenn E. in Konkurs verfällt und die Konkursgläubiger ein Beschlagnahmerecht an seinem ganzen Vermögen erwerben, liegt auf seiten der Konkursgläubiger rechtsbegründende Gesamtrechtsnachfolge vor. 2. Demgemäß bedarf es zur Veräußerung und Verpfändung des Hauses

der Silberfachen und der Forderung (II, 1 a) sehr verschiedener Formen (925, 929, 398—873, 1205, 1280), während die Vererbung und die konkursmäßige Beschlagnahme (II, 1 b) alle diese Gegenstände durch einen streng einheitlichen Akt trifft (1922, KonkOrdn. 6). 3. Demgemäß ist, wenn E. den Kaufpreis für das Silber an seinen Verkäufer F. noch nicht bezahlt hat, dieser F. im Fall der Veräußerung der Silberfachen (II, 1 a) nicht befugt, sich wegen des Kaufpreises an den Erwerber G. zu halten. Dagegen ist im Fall der Vererbung (II, 1 b) der Erbe E. nicht bloß Eigentümer der Silberfachen, sondern in Höhe des für das Silber zu entrichtenden Kaufpreises zugleich persönlicher Schuldner des F. geworden.

Mehrere Akte der Rechtsnachfolge können so aufeinander folgen, daß sie eine fortlaufende Kette bilden und der Rechtsvorgänger des ersten Aktes mittelbar zugleich Rechtsvorgänger in allen folgenden Akten ist. Beispiel: A. stirbt und vererbt sein Haus an B. B. übereignet es an C., C. belastet es mit einer Hypothek zugunsten des D., D. verfällt in Konkurs und sein ganzes Vermögen wird zugunsten seiner Gläubiger mit Beschlag belegt; hier ist A. mittelbar der Rechtsvorgänger der Konkursgläubiger des D.

Regelmäßig sind Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger verschiedene Personen. Sie brauchen es aber nicht zu sein. Beispiel: wenn A. auf sein Grundstück eine Grundschuld für sich selbst eintragen läßt (1196), leitet er aus seinem Eigentum ein neues Recht für sich selber her, ist also sein eigner Rechtsnachfolger.

b) Das Recht kann dem Inhaber zweitens in der Art zugewendet werden, daß es nicht von einem bereits vorhandenen echten Recht, wohl aber von einem zur Zeit des Rechtserwerbes bestehenden Scheinrecht — wir wollen es „Scheinursprungsrecht“ nennen — abgeleitet wird. Ein derartiger Rechtserwerb wird von unsern Gesetzen analog einer Rechtsnachfolge behandelt,⁹ und sei deshalb Scheinrechtsnachfolge genannt; ebenso heiße der Inhaber des Scheinursprungsrechts Scheinrechtsvorgänger, der Erwerber des abgeleiteten Rechts Scheinrechtsnachfolger.

α) Die Scheinrechtsnachfolge kann dem äußern Anschein nach wie die echte Rechtsnachfolge entweder rechtsübertragend oder rechtsbegründend wirken.

αα) Sie wirkt dem Anschein nach rechtsübertragend, wenn der Scheinrechtsvorgänger sein Scheinrecht zugunsten des Scheinrechtsnachfolgers einbüßt; denn alsdann ist das echte Recht, das der Scheinrechtsnachfolger erlangt, mit dem Scheinrecht, von dem es abgeleitet ist, wenigstens anscheinend identisch.

ββ) Sie wirkt dem Anschein nach rechtsbegründend, wenn der Scheinrechtsvorgänger sein Scheinrecht behält; denn alsdann ist das echte Recht, das der Scheinrechtsnachfolger erlangt, mit dem Scheinrecht, von dem es abgeleitet ist, nicht einmal anscheinend identisch, sondern tritt als ein formell neues Recht dem Scheinursprungsrecht zur Seite und „belastet“ es.

β) Die Scheinrechtsnachfolge ist anders als die echte Rechtsnachfolge immer Einzelrechtsnachfolge, niemals Gesamtrechtsnachfolge.

Beispiele. I. Durch irgend ein Versehen ist im Grundbuch als Eigentümer eines Hauses nicht der wahre Eigentümer A., sondern der unberechtigte B. eingetragen; nun macht B. sich diesen Schein des Eigentums zunutz, indem er das Haus dem gutgläubigen C. verkauft und aufgibt, und C. wird demgemäß als nunmehriger Eigentümer des Hauses im Grundbuch eingetragen (925, 873); dadurch gewinnt C. in Wahrheit das Eigentum des Hauses, während A. es nunmehr verliert (892). 1. Hier liegt auf seiten des C. nicht etwa eine echte Rechtsnachfolge gegenüber dem bisherigen wahren Eigentümer A. vor; denn C.

⁹) Sohm, Gegenstand S. 49.

hat sein Eigentum durchaus nicht von dem des A. „abgeleitet“; er hat sein Eigentum nicht gewonnen, „weil“, sondern „obchon“ A. Eigentümer war.¹⁰ 2. Ebenso wenig liegt eine echte Rechtsnachfolge gegenüber dem Scheineigentümer B. vor; denn dem B. stand ja ein echtes Recht, von dem C. sein Eigentum hätte ableiten können, überhaupt nicht zu. 3. Vielmehr haben wir es hier mit einer Scheinrechtsnachfolge des C. gegenüber dem B. zu tun. Und zwar wirkt sie scheinbar rechtsübertragend; denn in demselben Augenblick, in dem C. sein Eigentum gewann, hat nicht bloß A. sein bisheriges wahres Eigentum, sondern, worauf es hier gerade ankommt, auch B. sein Scheineigentum verloren. II. Derselbe Fall; nur hat B., gestützt auf sein Scheineigentum, nicht das Haus dem C. übereignet, sondern ihm eine Hypothek an dem Hause bestellt. Hier liegt wie zu I auf seiten C.s eine Scheinrechtsnachfolge gegenüber B. vor; und zwar wirkt sie hier scheinbar rechtsbegründend.

c) Das Recht kann dem Inhaber dritten in der Art zugewendet werden, daß es weder von einem bereits vorhandenen echten Recht noch von einem vorhandenen Scheinrecht abgeleitet wird. Einen derartigen Rechtserwerb nennt man **ursprünglich** (originär).

Beispiele. I. Ein ursprünglicher Erwerb ist es, wenn A. sich von B. schenkungsweise 1000 Mk. versprechen läßt. Denn hier fehlt ein Ursprungsrecht, von dem die Forderung des A. auf die 1000 Mk. abgeleitet werden könnte, vollständig. II. Dasselbe ist der Fall, wenn C. eine herrenlose Sache in Besitz nimmt und sich damit aneignet (958). So selbst dann, wenn die Sache vormalig dem D. gehörte und nur dadurch herrenlos geworden ist, daß D. sie fortgeworfen hat (959); denn auch in diesem Fall hat C. sein Eigentum an der Sache nicht von dem vormaligen Eigentum des D. „abgeleitet“: war doch, als C. sein Eigentum erwarb, das Eigentum des D. bereits erloschen.

2. a) Charakteristisch für alle durch echte oder scheinbare Rechtsnachfolge erworbene Rechte ist, daß sie nach Bestand, Umfang und Inhalt notwendig von dem echten oder scheinbaren Ursprungsrecht abhängig sind, dem sie entstammen.

b) Anders die ursprünglich erworbenen Rechte. Freilich kommt es auch bei ihnen vor, daß sie von irgend einem älteren Recht abhängig sind. Diese **Abhängigkeit** ist aber bei ihnen keineswegs allgemeingültig.

Beispiele. I. 1. A. hat laut Testament des B. von dessen Erben C. eine lebenslängliche Jahresrente von 10000 Mk. zu fordern; nun kommt er aber durch eine reiche Heirat in eine sehr günstige Vermögenslage und tritt deshalb das Rentenrecht an seinen in dürftigen Verhältnissen lebenden jüngeren Bruder D. auf dessen Lebenszeit ab. Hier erlangt D. sein Rentenrecht durch rechtsübertragende Rechtsnachfolge. Daraus ergibt sich, daß die Dauer des Rentenrechts des D. keine längere sein kann als die des Rentenrechts des A. Das will besagen: das Rentenrecht des D. erlischt nicht bloß, wenn er selber, sondern auch dann, wenn A. stirbt. 2. Derselbe Fall wie zu 1; nur hat A. sein Rentenrecht nicht dem D. abgetreten, sondern ihm bloß den lebenslänglichen Nießbrauch daran bestellt. Hier erlangt D. seinen Rentennießbrauch durch rechtsbegründende Rechtsnachfolge. Daraus ergibt sich, daß die Dauer des Rentennießbrauchs des D. gleichfalls keine längere sein kann als die des Rentenrechts des A. Das will besagen: der Rentennießbrauch des D. erlischt, gerade so wie sein Rentenrecht im Fall 1, nicht bloß, wenn er selbst, sondern auch dann, wenn A. stirbt. 3. Derselbe Fall wie zu 1; nur hat A. sein Rentenrecht nicht auf D. übertragen, sondern ganz darauf verzichtet; dafür hat aber der Rentenschuldner C. sich durch einen selbständigen Vertrag verpflichtet müssen, dem D. eine lebenslängliche Rente von 10000 Mk. zu zahlen. Hier hat D. sein Rentenrecht ursprünglich erworben. Daraus ergibt sich, daß die Dauer des Rentenrechts des D. von der Dauer des Rentenrechts des A. durchaus nicht abhängt. Das will

10) Romeid, Rechtsnachfolge (04) S. 30. Abw. Hellwig, Rechtskraft (01) S. 101.

befagen: das Rentenrecht des D. erlischt, wenn er selber stirbt, wird dagegen durch den Tod des A. nicht berührt. II. E. nimmt zwei Sachen, die er für herrenlos hält, in Besitz; die eine hat bisher noch niemandem gehört; die zweite hat angeblich zuvor dem F. gehört, ist aber von diesem fortgeworfen worden. Hier ist der Eigentumserwerb des E. bei beiden Sachen ursprünglich. Trotzdem ist E.'s Eigentum nur in Ansehung der ersten Sache von etwaigen älteren Rechten unabhängig. Dagegen hängt es in Ansehung der zweiten Sache offenbar von dem vormaligen Eigentum des F. ab; denn wenn die Sache in Wahrheit nicht dem F., sondern dem G. gehörte, ist sie dadurch, daß F. sie fortwarf, nicht herrenlos geworden; es war also in diesem Fall für den Eigentumserwerb des E. kein Raum.

Andre Regeln, die nur für Rechte gelten, die durch echte oder scheinbare Rechtsnachfolge erworben sind, sind z. B. 861 II, 862 II, 999 I, 1164 I, 330. 325, 385 Nr. 4, 445 usw.

V. Eine Rechtsnachfolge, wie sie soeben zu IV bestimmt wurde, ist nicht bei allen Rechten möglich.

1. Leitender Grundsatz ist: eine Rechtsnachfolge ist bei Vermögensrechten möglich, bei Personenrechten unmöglich.¹¹

a) Demgemäß sind Vermögensrechte grundsätzlich frei veräußerlich und vererblich. Der Inhaber eines Vermögensrechts oder der für das Vermögensrecht bestellte Ausüßer kann also nach Belieben bestimmen, daß das Recht auf einen andern Inhaber übergehen solle; und wenn der Inhaber stirbt, geht das Recht sogar kraft Gesetzes auf seinen Erben als nunmehrigen Inhaber über.

b) Umgekehrt sind Personenrechte grundsätzlich weder veräußerlich noch vererblich. Der Inhaber eines solchen Rechts kann es nicht nach Belieben auf einen andern Inhaber übertragen, und wenn er stirbt, geht das Recht gänzlich unter. Man drückt dies auch durch die Formel aus: die Personenrechte sind höchstpersönlich.

Beispiele. I. Das Eigentum ist als Vermögensrecht veräußerlich und vererblich. II. Die vormundschaftliche Gewalt ist als Personenrecht unveräußerlich und unvererblich. III. Zweifelhaft ist, ob das Recht, die Erfüllung einer testamentarischen Auflage zu verlangen (1940, 2194), ein Vermögensrecht (Forderung) oder ein Personenrecht ist. Nimmt man ersteres an, so ist das Recht für vererblich, nimmt man letzteres an, so ist es für unvererblich zu erklären.¹²

2. Doch erleidet der Grundsatz zu 1. viele Ausnahmen. Einige besonders auffällige Ausnahmen sind die folgenden:

a) der Nießbrauch, obschon ein Vermögensrecht, ist weder veräußerlich noch vererblich (1059, 1061);

b) der Anspruch des Arbeiters auf seinen Lohn, obschon ein Vermögensrecht, ist zwar vererblich, aber in gewissem Umfang unveräußerlich (400, RGef. v. 21. Juni 69);

c) das Recht der Mitgliedschaft in einem mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Verein ist bald veräußerlich und vererblich, bald unveräußerlich und unvererblich, bald unveräußerlich, aber vererblich; bestimmend dafür ist nicht, wie man nach der Regel zu 1 erwarten sollte, ob der Verein wirtschaftliche oder unwirtschaftliche Zwecke verfolgt und ob demgemäß das Recht ein Ver-

11) Eohm, Gegenstand (05) S. 89¹³.

12) Siehe unten § 407.

mögens- oder ein Personenrecht ist, sondern es kommt lediglich darauf an, was die Satzung des Vereins darüber bestimmt (38, 40).

3. Unselbständige Rechte,¹³ die mit andern Rechten ein zusammengesetztes Recht bilden, können ihren Inhaber nur zusammen mit diesem Gesamtrecht wechseln. Beispiel: ein Eigentümer kann nicht einen ihm zustehenden Eigentumsanspruch auf einen andern Inhaber übertragen und das Eigentum selbst behalten; wenn man trotzdem manchmal von solcher Übertragung spricht, meint man damit nicht eine wirkliche Veräußerung des Anspruchs in der Art, daß der Eigentümer den Anspruch verliert und der andre ihn gewinnt, sondern die Neubegründung eines Parallelanspruchs zugunsten des andern in der Art, daß nunmehr sowohl der Eigentümer wie der andre anspruchsberechtigt sind. Ähnlich wäre es aufzufassen, wenn der Eigentümer einer Sache etwa das Recht, die Sache zu verpfänden, an einen andern „veräußern“ würde.

VI. 1. Ist ein Recht veräußerlich, so ist es auch verzichtbar, d. h. der Inhaber kann — sei es für sich allein, sei es mit Zustimmung der Gegenpartei — nach Belieben sich des Rechts entledigen, ohne es auf einen andern zu übertragen. Die Folge eines solchen Verzichts ist der Regel nach, daß das Recht gänzlich erlischt.

2. Man darf aber nicht auch umgekehrt sagen, daß jedes Recht, das unveräußerlich ist, auch unverzichtbar wäre. Vielmehr gibt es unter den unveräußerlichen Rechten sowohl unverzichtbare wie verzichtbare.

Beispiele. I. 1. Das Eigentum ist veräußerlich und also verzichtbar. Wird auf das Eigentum an einer Sache verzichtet, so geht es unter, und die Sache wird herrenlos. 2. Die Hypothek ist veräußerlich und also verzichtbar. Wird auf eine Hypothek verzichtet, so geht sie nicht unter, sondern wird kraft Gesetzes auf den Eigentümer des Hypothekengrundstücks übertragen (1168 I). II. 1. Das Recht des Vaters zur Erziehung seiner minderjährigen Kinder ist unveräußerlich und unverzichtbar. 2. Das Nutznießungsrecht des Vaters an dem Vermögen eben dieser Kinder ist unveräußerlich und trotzdem verzichtbar (1658, 1662).

VII. Bei manchen Rechten ist der Inhaber nur mittelbar in der Weise bestimmt, daß das Recht dem jeweiligen Inhaber eines andern Rechts zugeschrieben wird. Man nennt solche Rechte subjektiv dinglich. Sie sind immer unselbständige Rechte, da sie ja nur im Zusammenhang mit einem andern Recht bestehen können. Hierher gehören vor allem

1. die Grunddienstbarkeiten: sie stehen dem jeweiligen Eigentümer eines bestimmten Grundstücks zu;

2. die durch Inhaber- oder Orderpapiere verbrieften Rechte: sie stehen dem jeweiligen Eigentümer des Papiers zu.

Beispiele. I. A. ist Eigentümer eines Hauses, das an den großen Garten des B. stößt; er hat von B. das Recht erworben, durch diesen Garten zu gehn, und hat auch einen Schlüssel für die verschiedenen Gartentore bekommen; später veräußert er das Haus an C., ohne dabei das Wegerecht zu erwähnen, weil er im Augenblick nicht daran gedacht hat. Hier ist das Wegerecht auf C. nicht übergegangen, sondern ist bei A., sowenig es ihm jetzt auch nützt, geblieben. II. Gleicher Fall; nur hat A. das Wegerecht als Grunddienstbarkeit erworben, d. h. nicht für sich, sondern für den jeweiligen Eigentümer seines Hauses. Hier ist das Wegerecht im Augenblick der Veräußerung des Hauses auf C. übergegangen.

VIII. Überaus häufig kommt es vor, daß ein Recht nicht einer einzigen

13) Siehe oben § 21 II, 1.

Person, sondern einer Mehrheit von Personen gemeinsam zusteht. Ja sogar ganze Vermögen — Sondervermögen oder im Fall der vollständigen Gütergemeinschaft unter Eheleuten sogar ein Gesamtvermögen — können mehreren Personen zusammen gehören. Doch soll auf eine solche Mitberechtigung einer Personenmehrheit an dieser Stelle noch nicht näher eingegangen werden. Ihre Darstellung bleibt vielmehr besser bis auf später aufgespart.¹⁴

II. Die Menschen als Rechtsinhaber.

1. Anfang und Ende der menschlichen Persönlichkeit.¹

§ 24.

I. 1. Die menschliche Persönlichkeit beginnt mit der vollendeten Geburt eines lebenden Kindes (1). Die Geburt ist vollendet, sobald das Kind vollständig aus dem Mutterleibe ausgetreten ist.

2. Um den Beginn des Lebens eines Kindes festzustellen, genügen die allergeringsten Lebensregungen, vorausgesetzt nur, daß sie noch nach Vollendung der Geburt stattgefunden haben. Gleichgültig ist, ob die Lebensregung irgendwelche Hoffnung auf ein Weiterleben bietet: ein Kind kann lebendig und doch nicht „lebensfähig“ (genauer: „zum Weiterleben fähig“) sein!

Beispiele. I. A. ist ohne Testament verstorben; seine nächsten Angehörigen sind seine Witwe und seine Schwester B.; drei Monate später kommt die Witwe nieder; die Geburt ist eine so schwere, daß der Geburtshelfer den Schädel des Kindes zertrümmern muß, um das Leben der Mutter zu retten. 1. Erster Fall: das Kind kommt infolge des ärztlichen Eingriffs tot zur Welt. Hier beerbt die Witwe den A. zu $\frac{1}{2}$, während die andre Hälfte seines Nachlasses an die B. fällt (1925, 1931, 1923). 2. Zweiter Fall: das Kind zeigt, obschon Schädel und großes Gehirn fast vollständig zerstört sind, vermöge des intakt gebliebenen kleinen Gehirns noch nach der Geburt einige Lebensregungen und stirbt erst eine Minute später. Hier wird A. zunächst von der Witwe zu $\frac{1}{4}$, von dem Kinde zu $\frac{3}{4}$ beerbt (1924, 1931), und die auf das Kind entfallenen $\frac{3}{4}$ gehen eine Minute später auf seine Mutter über (1925); die B. erhält also dank jener einen Minute nichts. II. Gleicher Fall wie zu I.; nur ist die Witwe erst im vierten Monat schwanger, und die Geburt geht so leicht von statten, daß der Arzt die Frucht nicht zu beschädigen braucht. Hier bedarf es der Unterscheidung der beiden zu I. genannten Fälle nicht, sondern — gleichgültig, ob die Frucht tot zur Welt kommt oder ob der Arzt noch nach der Geburt deutliche Lebensregungen (Herzschlag, zuckende Bewegungen der Arme) an der Frucht feststellen kann — in jedem Fall erben Frau A. und die B. je $\frac{1}{2}$ des Nachlasses. Denn was hier im vierten Monat der Schwangerschaft geboren wird, ist, auch wenn es noch nach der Geburt lebt, niemals ein „Kind“, sondern immer nur ein „Embryo“.² Und zwar muß als bloßer Embryo jede Frucht gelten, die so unreif ist, daß sie aus diesem Grunde nicht weiterleben kann; wenn oben gesagt ist, daß eine Lebendgeburt durch Lebensunfähigkeit der Frucht nicht ausgeschlossen wird, ist dies auf den Fall, daß die Lebensunfähigkeit auf Unreife der Frucht beruht, nicht mitzubeziehn.

Auf der Erwägung, daß eine unreif geborene Frucht kein „Kind“ ist, beruht es auch, daß, obschon das RGes. v. 6 Febr. 75 §§ 17, 23 die standesamtliche Registrierung der Geburt jedes Kindes, sogar eines totgeborenen, vorschreibt, niemand daran denken wird, diese Vorschrift auch auf Fehlgeburten in den ersten Schwangerschaftsmonaten zu beziehen.

14) Siehe unten Buch V. 1) Hachenburg, BGB. S. 331. 2) Abw. Dernburg, BR. 1 § 49^b.

Zur Vollendung der Geburt ist das Durchschneiden der Nabelschnur nicht erforderlich; ein Kind, das in dem Augenblick zwischen der Geburt und dem Durchschneiden der Nabelschnur stirbt, gilt also als lebend geboren.

II. Die menschliche Persönlichkeit erlischt mit dem Tode des Menschen. Der Tod ist erst anzunehmen, wenn auch die geringsten Lebensregungen entschwunden sind und wenn außerdem feststeht, daß die Wiederkehr solcher Lebensregungen für immer ausgeschlossen ist.

Beispiel. Jemand ist in selbstmörderischer Absicht in den Rhein gesprungen; als er gleich darauf aus dem Wasser gezogen wird, zeigt er keine Spur von Lebensregung mehr und alle Wiederbelebungsversuche des herbeigerufenen Arztes bleiben erfolglos. Hier ist der Tod des Selbstmörders nicht schon für den Augenblick bewiesen, in dem der Arzt bei ihm das Fehlen aller Lebensregung erstmalig konstatiert, sondern erst für den Augenblick, in dem der Arzt seine Wiederbelebungsversuche als aussichtslos aufgibt. Freilich ist nicht zu bestreiten, daß der Tod schon früher eingetreten sein kann und daß die Wiederbelebungsversuche des Arztes vielleicht nur deshalb fruchtlos waren, weil der Selbstmörder bereits tot war, ehe der Arzt mit den Versuchen begann. Indes kommt es nicht darauf an, was möglich, sondern nur darauf, was bewiesen ist.

Fortsetzung. Beweis von Leben und Tod. Todeserklärung.

§ 25.

Wenn die Geburt oder der Tod eines Menschen oder die Zeit seiner Geburt oder seines Todes streitig ist, kann der Beweis in gewöhnlicher Art oft nur schwer oder gar nicht erbracht werden. Der Rechtsunsicherheit, die hiermit notwendig verbunden ist, sucht das Gesetz, wie folgt, zu steuern.

I. Ist jemand in einem deutschen standesamtlichen Geburts- oder Sterberegister als geboren oder gestorben eingetragen, so gilt, bis der Gegenbeweis erbracht ist, als bewiesen, daß er zu der im Register angegebenen Zeit wirklich geboren oder gestorben ist, — auffällig genug, da der Standesbeamte über die von ihm beurkundeten Geburts- und Sterbefälle aus eigener Wissenschaft gar nichts bekunden kann. Dieselbe Beweisraft haben die auf Grund der Register von den Standesbeamten ausgestellten Geburts- und Sterbeurkunden (RGes. v. 6. Febr. 75 § 15).

Beispiele. I. A. hat als Vormund des B. mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts am 12. und am 22. Mai 06 je ein Grundstück des B. an C. notariell verkauft; als die Grundstücke demnächst an C. aufgelassen werden sollen, tritt B. mit der Behauptung auf, daß er bereits am 5. Mai 06 volljährig geworden, also A. am 12. und 22. Mai nicht mehr zu seiner Vertretung befugt gewesen, der Verkauf beider Grundstücke somit unverbindlich für ihn sei; sein wirklicher Geburtstag sei nämlich nicht, wie Vormund und Vormundschaftsgericht annehmen, der 25., und auch nicht, wie es im Geburtsregister heiße, der 15., sondern der 5. Mai 85. 1. Hier ist zunächst weder der vom Vormundschaftsgericht angenommene, noch der von B. selbst behauptete, sondern nur der im Register eingetragene Tag maßgebend. Danach ist B. am 15. Mai 06 volljährig geworden (2). Die Folge ist: der erste Kauf ist für ihn verbindlich, der zweite, weil von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen, ist unverbindlich. 2. Nun tritt aber B. den Beweis dafür an, daß die Eintragung im Geburtsregister unrichtig sei, indem er durch Zeugen und Urkunden folgende vier Tatsachen festzustellen sucht: a) die Eintragung im Geburtsregister ist auf Grund einer Anmeldung seines

Vaters ohne Nachprüfung des Standesbeamten geschehn; sein Vater ist damals wegen Geisteschwäche völlig unzuverlässig gewesen; b) seine Mutter ist drei Tage nach seiner Geburt gestorben; als ihr Todestag ist im Sterberegister der 8. Mai 85 angegeben; c) in den ordentlich geführten Büchern des bei seiner Geburt behilflich gewesenen Arztes ist als sein Geburtstag der 5. Mai 85 vermerkt; d) endlich notieren die Bücher der Hebamme als seinen Geburtstag den 6. Mai. Hier ist jeder einzelne Gegenbeweis zu a bis d unzureichend. Denn auch ein geisteschwacher Vater kann richtige Anzeigen machen; und wenn das Sterberegister sowie die Bücher von Arzt und Hebamme Angaben enthalten, die denen des Geburtsregisters widersprechen, so ist nicht einzusehn, warum gerade jene richtig und diese falsch sein sollen; es verbleibt also gegenüber jedem einzelnen Gegenbeweise bei der gesetzlich bestimmten Beweiskraft der Angaben des Geburtsregisters, obschon der Standesbeamte, auf dessen Autorität diese Beweiskraft beruht, selber von dem streitigen Datum nicht mehr weiß als Vormund- und Vormundschaftsgericht und weniger als Arzt und Hebamme. Dagegen ändert sich die Sachlage, wenn man alle vier Gegenbeweise zusammenfaßt: miteinander verbunden lassen sie in der That keinen Zweifel daran, daß B. am 5. oder 6. Mai 85 geboren ist. Sonach ist, wenn B. wirklich alle Beweise erbringt, auch der Kauf vom 12. Mai 06 für B. unverbindlich. II. Frau D. hat ein Kind geboren; die Ärzte streiten darüber, ob es bei der Geburt gelebt hat; ein Obergutachten erklärt es zwar nicht für sicher, aber doch für überaus wahrscheinlich, daß das Kind schon vor der Geburt tot gewesen ist. Hier hängt die Entscheidung nicht von der Weisheit der Ärzte, sondern von dem laienhaften Ermessen des Vaters und des Standesbeamten ab. 1. Hat jener die Lebendgeburt angemeldet und dieser sie eingetragen, so ist das Leben des Kindes damit bewiesen, und dieser strikte Beweis wird durch das unsichre Obergutachten nicht gebrochen. 2. Ist die Eintragung unterblieben, so muß das Leben des Kindes anderweit bewiesen werden, und hierfür ist das Obergutachten selbstverständlich noch weniger gerignet.

Die Standesbeamten sind meist Gemeindebeamten. Die standesamtlichen Geschäfte werden nämlich in der Regel entweder von dem Gemeindevorsteher besorgt oder seitens der Gemeinde andern Angestellten im Haupt- oder Nebenamt übertragen. Doch kann auch der Staat die Standesbeamten bestellen und muß dies sogar tun, wenn der Standesamtsbezirk den Bezirk einer Gemeinde überschreitet. — Lehnt ein Standesbeamter die Vornahme einer Amtshandlung ab, so kann er dazu auf Antrag durch das Amtsgericht angewiesen werden (RGef. v. 6. Febr. 75 §§ 3—6, 11; R. FG. 69).

Der Standesbeamte soll das Geburts- und das Sterberegister doppelt, als Haupt- und als Nebenregister, führen; das Hauptregister behält er in eigener Verwahrung; das Nebenregister ist nach Ablauf eines Jahres in gerichtliche Verwahrung überzuführen. Eine nachträgliche Berichtigung der Register ist nur auf Grund amtsgerichtlicher Anordnung zulässig. — Die Register sind „öffentlich“. Das will besagen, daß ein jeder das Recht hat, beglaubigte Auszüge aus den Registern zu fordern und auch die Register selber einzusehn (RGef. v. 6. Febr. 75 §§ 12—14, 65, 16; R. FG. 69, 197).

Jeder Geburts- oder Sterbefall ist in das Register des Standesbeamten einzutragen, in dessen Bezirk der Fall sich ereignet hat. Die Eintragung geschieht auf Grund einer Anzeige, die regelmäßig mündlich erfolgen soll. Gewisse Personen sind zu der Anzeige verpflichtet, z. B. bei einem Geburtsfall der eheliche Vater und die Hebamme, bei einem Sterbefall das Familienhaupt. Daß der Anzeigende bei dem Fall zugegen gewesen, ist nicht allgemein erforderlich; daß der Standesbeamte sich seinerseits von der Richtigkeit der Anzeige überzeuge, ist nur nötig, wenn er zu Zweifeln Anlaß hat (RGef. v. 6. Febr. 75 §§ 19, 18, 58, 57, 21).

II. Ist der Tod oder die Todeszeit einer Person weder aus den standesamtlichen Registern noch in anderer Art sicher zu ermitteln, so kann die Ungewißheit unter gewissen Voraussetzungen durch eine Todeserklärung beseitigt werden.¹

1) Sachenburg, BGB. S. 339; F. Crull, Todeserkl. (Moft. Diff. 05).

1. a) Die Todeserklärung ist nur gegen „Verschollene“ zulässig (13). Dies sind Personen, über deren Leben oder Tod seit erheblicher Zeit keine glaubhaften Nachrichten vorliegen.²

Doch genügt es, wenn nur die Zeit ihres Todes ungewiß ist. Beispiel: A. ist am 8. August 03 bei einer gefährlichen Bergbesteigung im Kaukasus samt seinen Begleitern in Verschollenheit geraten; am 10. August 03 ist seine in Deutschland gebliebene Frau plötzlich gestorben, und es fragt sich, ob er sie oder sie ihn beerbt hat. Deshalb wird Ende 06 von den Verwandten der Frau die Todeserklärung gegen ihn beantragt, und es steht zu erwarten, daß das Gericht die Todeserklärung aussprechen und als Datum seines Todes den 8. August 03 bestimmen wird (17, 18). Da wird im letzten Augenblick die Leiche A.s gefunden, und es steht nunmehr fest, daß er tot ist. Ist es denkbar, daß jetzt die Todeserklärung nicht erfolgen darf? Soll wirklich, bloß weil A.s Leiche gefunden ist, die Frage, ob sein Tod am 8., 9., 10. oder 11. August 03 geschah, nach den gewöhnlichen unzureichenden Beweisregeln beantwortet werden? Oder kann man nicht sagen, daß A. zur Zeit seines Todes verschollen war und trotz nachträglicher Auffindung seiner Leiche verschollen geblieben ist?

b) Die Todeserklärung ist erst nach Ablauf gewisser Fristen zulässig.

α) Regelmäßig beträgt die Frist zehn Jahr. Sie beginnt mit dem Schluß des letzten Jahrs, in dem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, oder, wenn der Verschollene damals noch minderjährig war, mit dem Schluß des Jahrs, in dem er volljährig geworden ist (14 I, III).

β) In folgenden Fällen wird die zehnjährige Frist stark verkürzt.

αα) Die Frist beträgt fünf Jahr, wenn der Verschollene vor Beginn oder im Lauf der Frist das siebenzigste Lebensjahr vollendet haben würde. Sie beginnt, wie zu α, mit dem Schluß des letzten Jahrs, in dem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat (14 II, III).

ββ) Die Frist beträgt drei Jahr, wenn jemand als Angehöriger einer bewaffneten Macht in einem Kriege in Verschollenheit geraten ist. Sie beginnt mit dem Friedensschluß oder mit dem Ende des Jahrs, in dem der Krieg ohne Friedensschluß tatsächlich aufgehört hat (15).³

γγ) Die Frist beträgt ein Jahr, wenn jemand auf einer Seefahrt in Verschollenheit geraten ist, falls das Fahrzeug, auf dem er sich den Nachrichten zufolge zuletzt befunden hat, untergegangen ist oder als untergegangen vermutet wird; letzteres ist der Fall, wenn nicht bloß er selber, sondern auch das Fahrzeug verschollen ist und seit dem Tage, an dem es zuletzt gesehen wurde,

bei Fahrten innerhalb der Ostsee ein,

bei Fahrten innerhalb anderer europäischer Meere einschließlich des Mittelmeers und seiner Anhänge zwei,

bei Fahrten über außereuropäische Meere drei Jahre

2) Siehe auch unten zu 1 d γ das Beispiel I.

3) Siehe aber auch preuß. Ges. v. 2. April 72.

verfloffen sind. Die Frist beginnt mit dem Tage, an dem das Fahrzeug nachweislich untergegangen ist oder als untergegangen vermutet wird (16).

dd) Die Frist beträgt, wie bei der Kriegsverschollenheit, drei Jahr, wenn jemand in irgend einer andern Lebensgefahr in Verschollenheit geraten ist. Sie beginnt mit dem gefahrbringenden Ereignis (17).

Beispiele. I. Wenn über A.s Verbleib die letzten Nachrichten im Juni 01 eintrafen, kann er regelmäßig seit 1. Januar 12 für tot erklärt werden. Anders, wenn A. nach 80 oder vor 41 geboren ist; war er z. B. 99 geboren, so ist die Todeserklärung erst seit dem 1. Januar 31, war er 30 oder 35 geboren, so ist sie schon seit 1. Januar 07, war er 40 geboren, so ist sie seit 1. Januar 11 zulässig. II. 1. B. ist auf einem Schiff verschollen, das am 1. März 06 von Stettin nach Hull abging. a) Das Schiff ist heil in Hull angelangt; nur wo B. geblieben ist, weiß man nicht. Dann ist die Todeserklärung seit dem 1. Januar 17 zulässig. b) Das Schiff ist zuletzt bei Helgoland am 12. März 06 gesehen; am 15. dess. Mts. sind seine Trümmer in Helgoland an die Düne getrieben, so daß der Untergang des Schiffes spätestens an diesem Tage feststeht. Dann ist die Todeserklärung vom 16. März 07 ab zulässig. c) Das Schiff ist zuletzt bei Helgoland am 12. März 06 gesehen; sein späterer Verbleib ist unbekannt. Dann ist die Todeserklärung, da das Reiseziel die europäischen Meere nicht überschritt und somit die einjährige Frist mit dem Ablauf von zwei Jahren seit dem 12. März 06 beginnt, seit dem 13. März 09 zulässig. 2. Gleicher Fall wie zu 1; nur ist B. am 12. März 06 nachweislich während eines Sturmes in ein Boot gestiegen und hernach, weil das Boot überfüllt war, in die See gesprungen; ein Gefährte B.s, der es ebenso gemacht hatte, hat sich schwimmend gerettet, B. aber ist verschollen. Hier sind nicht die Regeln oben zu *yy*, sondern die oben zu *dd* anwendbar; die Todeserklärung ist also seit dem 13. März 09 statthaft, mag das Schiff samt dem Boot heil an sein Ziel gelangt oder untergegangen oder verschollen sein. Denn B. hat sich der letzten Nachricht zufolge zuletzt gar nicht mehr auf dem Schiff oder dem Boot befunden; ob das Schiff oder Boot untergegangen oder in Verschollenheit geraten ist, ist deshalb für seine eigne Verschollenheit nicht wichtiger als der Untergang oder die Verschollenheit jedes andern Fahrzeugs, das sich damals in der Nähe befand und ihn hätte aufnehmen können. III. 1. C. nahm am 1. August 08 als Soldat an einem Straßenkampf teil, wurde anscheinend leicht verwundet und ist seitdem verschwunden. a) Hier ist, wenn der Kampf bei einer „Revolution“ stattfand, die Todeserklärung seit 2. August 11 zulässig. b) Fand der Kampf in einem „Kriege“ statt, der erst am 1. August 09 durch einen Friedensschluß beendet ist, so ist sie erst seit 2. August 12 erlaubt. 2. Die Frist zu 1. ändert sich auch dadurch nicht, daß die Leiche C.s am 15. August 08 aufgefunden wird; will jemand C. für tot erklären lassen, um seinen Todestag authentisch festzustellen, darf er dies erst, so seltsam es klingt, vom 1. August 11 oder 12 tun.

c) Die Todeserklärung muß stets den Zeitpunkt angeben, in dem der Verschollene als gestorben gelten soll (18).

α) Regelmäßig ist als Todeszeit das Ende des Tages zu bestimmen,

mit dem die Todeserklärungsfrist endigt, wenn sie zehn oder fünf Jahr,

mit dem die Todeserklärungsfrist beginnt, wenn sie drei oder ein Jahr beträgt,

mag es auch im Einzelfall äußerst wahrscheinlich sein, daß der Verschollene in einem andern Zeitpunkt gestorben ist (18 II, III).

β) Eine Ausnahme gilt, wenn das Gericht bei seinen Ermittlungen irgendwelche Umstände festgestellt hat, die eine andre Todeszeit als die den vor-

stehenden Regeln entsprechende nicht bloß wahrscheinlich, sondern gewiß machen (18 II). Dann ist die Todeszeit so zu bestimmen, daß sie dem Ergebnis jener Ermittlungen tunlichst entspricht.

γ) Gleichgültig für die Bestimmung der Todeszeit ist das Datum, unter dem die Todeserklärung zufällig beantragt oder ausgesprochen ist.

Beispiele. I. Der dreißigjährige A., der wegen eines schweren Lungenleidens nach ärztlichem Gutachten vom 20. Dezember 00 „wahrscheinlich“ nur noch drei Jahr leben kann, reist Januar 01 nach Korjika, gerät aber unterwegs in Verschollenheit. Aus irgendwelchen Gründen sehen seine Verwandten sich erst 30 veranlaßt, die Todeserklärung gegen ihn zu beantragen. Wenn hier 31 die Todeserklärung erfolgt, muß als Todeszeit nicht irgend eine Stunde der Jahre 30 oder 31, sondern die Mitternachtsstunde der Neujahrsnacht 11 auf 12 bestimmt werden. Das Gesetz gibt also dem A. statt der von den Ärzten in Aussicht gestellten drei- insolge seines rätselhaften Verschwindens zwar nicht eine dreißig-, aber doch eine zehnjährige Lebensdauer. Anders, wenn die Ärzte in ihrem Gutachten erklärt hätten, A. habe „unmöglich“ länger als 3 Jahr leben können; alsdann ist sein Todestag auf den 20. Dezember des Jahres 03 zu verlegen. II. In den oben zu III. 1 b) genannten Fällen ist der Todestag wie folgt zu bestimmen: zu I. für A. auf den 31. Dezember 11 (bzw. den 31. Dezember 30 oder 06 oder 10), zu II. 1. für B. im Fall 1 a) auf den 31. Dezember 16, im Fall 1 b) auf den 15. März 06, im Fall 1 c) auf den 12. März 08 (!) im Fall 2 auf den 12. März 06, zu III. 1 für C. im Fall a) auf den 1. August 08, im Fall b) auf den 1. August 09 (!) zu III. 2 auf den 1. bzw. 15. August 08.

d) Die Todeserklärung erfolgt durch Urteil des Amtsgerichts (ZPO. 952, 961, Gerichtsverfassungsgesetz 23).

α) Das Urteil ergeht nur auf Antrag. Antragsberechtigt ist der gesetzliche Vertreter des Verschollenen, falls ein solcher vorhanden ist, und außerdem jeder Interessent, insbesondere sein Erbe oder ein beliebiger Gläubiger. Der Antragsteller soll die zur Begründung seines Antrages erforderlichen Tatsachen glaubhaft machen (ZPO. 962, 963).

β) Liegt ein ordnungsmäßig glaubhaft gemachter Antrag vor, so hat das Gericht von Amtswegen diejenigen Ermittlungen vorzunehmen, die ihm erforderlich scheinen, und hat den Verschollenen öffentlich — der Regel nach durch die Zeitungen — aufzubieten (ZPO. 968, 964, 948, 966).

γ) Das Urteil darf nur ergehen, wenn das Gericht entweder den Tod des Verschollenen oder wenigstens die Tatsachen, die nach dem Gesetz die Voraussetzung der Todeserklärung bilden, für positiv erwiesen erachtet (ZPO. 970).

Beispiele. I. 1. Eine Ehefrau hat, um sich wieder verheiraten zu können, gegen ihren Mann die Todeserklärung beantragt, indem sie durch ihre eidesstattliche Versicherung (ZPO. 294) und ein Polizeiattest bescheinigt, daß man am letzten Wohnsitz des Mannes seit 10 Jahren nichts mehr von ihm gehört hat. Dies reicht vollkommen aus, um das Todeserklärungsverfahren einzuleiten; denn wenn am letzten Wohnsitz des Mannes nichts über seinen Verbleib bekannt ist, ist es zwar nicht strikt bewiesen, aber doch glaubhaft gemacht, daß man von seinem Verbleibe überhaupt nichts weiß; mehr darf man aber bei der Einstellung des Verfahrens nicht verlangen. 2. Anders, wenn das Verfahren abgeschlossen werden, wenn die Todeserklärung selbst ergehen soll. Hier ist noch zu ermitteln, ob der Mann nicht noch an andern Orten, z. B. da, wo seine Geschwister wohnen, lebhaftere Beziehungen besessen hat, und ist dies der Fall, so ist auch für diese Orte seine Verschollenheit festzustellen. Erst wenn auch diese Ermittlungen ergebnislos sind, kann man die Verschollenheit des Mannes

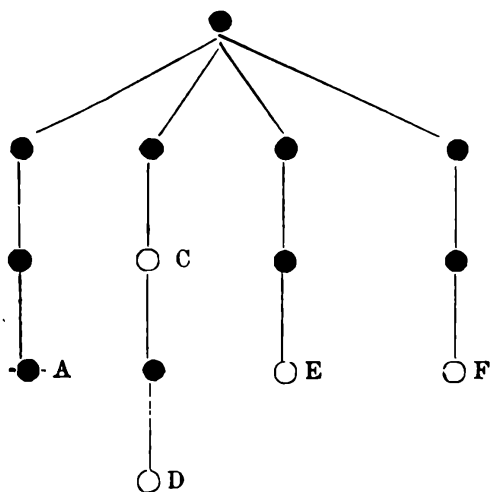
für wirklich „bewiesen“ ansehen. II. Derselbe Fall; nur war der Verschollene, als er verschwand, erst 25 Jahr alt und vollkommen gesund; auch war er ein Abenteuerer, dem es sehr wohl zuzutrauen ist, daß er absichtlich nichts von sich hören läßt, um später um so überraschender zum Vorschein zu kommen; bei der Abreise hat er sogar seiner Frau spöttisch zugerufen, er werde sie bei der Rückkehr natürlich wieder verheiratet finden und sie werde dann zwei treue Männer auf einmal haben. Dies alles steht der Todeserklärung nicht entgegen. Es kommt ja nicht darauf an, daß das Gericht von dem wirklichen Tode des Verschollenen überzeugt ist, sondern es genügt, was hier feststeht, daß keine positiven Nachrichten über den Verbleib des Verschollenen vorliegen.

2. Die Wirkung der Todeserklärung ist im Gesetz nicht ganz gleichmäßig bestimmt.

a) Die Regel ist, daß die Todeserklärung eine doppelte Vermutung begründet, eine Lebens- und eine Todesvermutung: es wird nämlich ohne Beweis angenommen, daß der für tot erklärte Verschollene bis zu dem in der Todeserklärung angegebenen Zeitpunkt gelebt, nach diesem Zeitpunkt aber nicht mehr gelebt habe (18 I). Damit wird die Unsicherheit, die über Leben oder Tod des Verschollenen herrscht, zum Teil beseitigt. Aber eben nur zum Teil. Denn gegen die Vermutung ist jederzeit der Gegenbeweis zulässig; und wird der Gegenbeweis geführt, so werden alle aus der Todeserklärung abgeleiteten Rechtsfolgen, soweit sie dem durch den Gegenbeweis festgestellten wahren Sachverhalt widersprechen, von selbst hinfällig. Die Todeserklärung wirkt also nur bedingt; sie wirkt nur unter dem Vorbehalt, daß sie nicht durch Gegenbeweis widerlegt wird.

b) Ausnahmsweise wird bei einigen wichtigen Fragen des Familienrechts die Wirkung der Todeserklärung verschärft. Gewisse Rechtsfolgen, die sich an die Todeserklärung knüpfen, werden nämlich auch dann aufrecht erhalten, wenn der Nachweis geführt wird, daß der Verschollene später als in dem in der Todeserklärung angegebenen Zeitpunkt gestorben oder daß er gar noch zurzeit am Leben sei (1420, 1494 II, 1679 usw.; eigenartig 1348, 1884 II, 1885 II).

Beispiele. Die Freunde A. und B. sind 02 auf der Ines nach Australien gereist und samt der Ines verschollen. Am 15. Sept. 08 werden beide für tot erklärt und, da die



Ines zuletzt am 1. Mai 02 gesehn worden ist, ihr Todestag auf den 1. Mai 05 festgesetzt. Nun kehrt aber im Oktober 10 B. zu aller Überraschung in die Heimat zurück; es stellt sich jetzt heraus, daß die Ines am 10. Mai 02 untergegangen und A. hierbei, des Schwimmens unkundig, ertrunken ist, während B. sich schwimmend gerettet hat. Die Todeserklärung ist also gänzlich widerlegt: A. ist nicht am 1. Mai 05, sondern schon am 10. Mai 02 gestorben, B. aber lebt noch jetzt. I. A. war unverheiratet; seine einzigen Verwandten waren, als er seine letzte Reise antrat, die im nebenstehenden Schema angegebenen C., D., E. und F.; von diesen ist C. 03, F. 04 gestorben; C. hat seinen Enkel D., F. hat den verschollenen A., und falls dieser vor ihm versterben sollte, die Stadt Langenjalza testamentarisch

als Erben eingesetzt; A. selbst hat ein Testament nicht errichtet. 1. Hier wird auf Grund der Todeserklärung vermutet, daß A., weil am 1. Mai 05 gestorben, den C. und F. überlebt und demgemäß den letztern testamentarisch beerbt hat. Ebenso wird vermutet, daß er selber von D. und E. überlebt und demgemäß von E. als dem ihm dem Grade nach nächststehenden Verwandten beerbt ist (1928 III). Ergebnis: D. beerbt nur den C., E. beerbt den A. und den F. 2. Nun ist aber bewiesen, daß A. schon am 10. Mai 02 gestorben und also von allen vier Verwandten überlebt ist. Damit werden sämtliche zu 1. aus der Todeserklärung gezogenen Folgerungen hinfällig: F. wird nicht von A., sondern von der Stadt Langensalza, A. wird nicht von E., sondern von dem ihm dem Grade nach am nächsten stehenden C. beerbt. Ergebnis: D. beerbt nicht nur den C., sondern auch den A., E. beerbt niemand und muß deshalb das Vermögen A.s an D., das Vermögen F.s an die Stadt Langensalza herausgeben. II. B. lebte, als er in die Fremde ging, mit der G. in kinderloser Ehe; Ende 03 gebiert aber die G. ein Kind H. und stirbt gleich nach dessen Geburt; auch der natürliche Vater H.s stirbt bald darauf und vermacht dem Kinde ein ansehnliches Vermögen; als B. zurückkehrt, erkennt er das Kind, weil er selbst keine Verwandte besitzt, als das fejnige an und stirbt 12; ein Testament hat weder er noch die G. errichtet. Hier hat H. der Reihe nach folgende rechtliche Schicksale durchgemacht. 1. Als H. geboren wurde, galt er als eheliches Kind B.s; denn so lange, als B.s Tod nicht feststand, durfte niemand außer B. die Unehelichkeit der Geburt H.s geltend machen (1593), und B. wußte ja von dieser Geburt nichts. Demnach führte H. den Namen B.s und stand unter B.s väterlicher Gewalt (1626, 1627). B.s Gewalt ruhte freilich (1677); das schloß aber nicht aus, daß die Nutznießung am Vermögen H.s dem B. zukam (1678); das Vermögen H.s bestand aus dem Vermächtnis seines natürlichen Vaters und aus $\frac{3}{4}$ des mütterlichen Vermögens, während der Rest des letztern dem B. zugefallen war (1924, 1931). 2. Eine Rechtsänderung erfuhr H. am 15. September 08, als B. für tot erklärt wurde; denn nunmehr konnte die Unehelichkeit seiner Geburt von jedermann geltend gemacht werden. Demgemäß stand jetzt mit rückwirkender Kraft fest, daß H. nicht den Namen B.s, sondern den Namen seiner Mutter trug (1706) und daß er niemals in der väterlichen Gewalt B.s gestanden hatte. Auch kam ihm selbstverständlich ein Erbrecht gegenüber B. nicht zu, sondern dessen Vermögen fiel an den Fiskus (1589 II, 1936). 3. Eine weitere Rechtsänderung trat ein, als B. in die Heimat zurückkam und damit die Unrichtigkeit der Todeserklärung bewies. H. galt nämlich fortan — und zwar nicht erst, als B. ihn anerkannte, sondern sofort, als die Unrichtigkeit der Todeserklärung bekannt wurde (1593) — mit rückwirkender Kraft wieder als eheliches Kind des B., und demgemäß erhielt er den Namen B.s zurück und trat für die Zeit von seiner Geburt bis zum 1. Mai 05 rückwirkend wieder unter die elterliche Gewalt B.s. Dagegen lebte die elterliche Gewalt B.s für die Zeit vom 1. Mai 05 ab merkwürdigerweise nicht wieder auf; denn hier greift eine jener Ausnahmenvorschriften der oben zu 2 b) genannten Art ein: die elterliche Gewalt eines Verschollenen erlischt mit dem in der Todeserklärung angegebenen Todestage, selbst wenn der Verschollene in Wirklichkeit noch am Leben ist (1679 I). Doch kann B. die väterliche Gewalt über H. dadurch jederzeit wieder erlangen, „daß er dem Vormundschaftsgericht gegenüber seinen hierauf gerichteten Willen erklärt“; das wirkt aber nur für die Folgezeit (1679 II). 4. Die letzte Rechtsänderung erfährt H., als B. stirbt. Er tritt jetzt endgültig aus der väterlichen Gewalt B.s und wird dessen Alleinerbe, nachdem inzwischen der Fiskus dem B. die diesem infolge der Todeserklärung abgewonnene angebliche Erbschaft selbstverständlich hat zurückgeben müssen.

3. Das Urteil, das die Todeserklärung ausspricht, kann von jedem Interessenten, dem es nicht behagt, „angefochten“ werden (ZPO. 973, 974 Abs. 1, 957), und dringt der Anfechtende mit seiner Anfechtung durch, so wird es durch ein zweites Urteil formell aufgehoben. Von einem bloßen Gegenbeweise gegen das Urteil, der, wie erwähnt, allen Interessenten gleichfalls freisteht, unterscheidet sich die Anfechtung wie folgt.

a) Sie muß im Wege der Klage erfolgen: Beklagter ist, wer die Todeserklärung beantragt hat, oder wenn dieser gestorben, verschollen oder im Auslande ist, der Staatsanwalt (ZPO. 973, 974 Abs. 2).

b) Sie ist an eine einmonatige Frist gebunden (ZPO. 976 Abs. 1, 957, 958).

c) Sie kann nicht bloß darauf gegründet werden, daß das angefochtene Urteil den Tatsachen widerspricht, sondern auch darauf, daß es auf prozessualen Formverstößen beruht (ZPO. 973, 957).

d) Sie beseitigt die Todeserklärung endgültig und mit Wirkung für jedermann (ZPO. 976 Abs. 3), während der Gegenbeweis immer nur für den Bereich einer bestimmten Streitfrage und nur unter den Parteien wirkt.

e) Sie beseitigt auch diejenigen familienrechtlichen Wirkungen der Todeserklärung, die durch einen bloßen Gegenbeweis nicht angetastet werden können (Ausnahme 1348 II).

III. Solange ein Verschollener nicht für tot erklärt ist, wird vermutet, daß er bis zu dem Zeitpunkt gelebt hat, der, wenn eine Todeserklärung erfolgen würde, als Todeszeit festzusetzen wäre (19).

1. Die ohne Todeserklärung eintretende Lebensvermutung scheint auf den ersten Blick die Todeserklärung gänzlich überflüssig zu machen: man kann sich, scheint es, die Todeserklärung, mühsam und teuer wie sie ist, sparen, wenn auch ohne sie angenommen wird, der Verschollene sei bis zu dem gesetzlich festgelegten Zeitpunkt am Leben gewesen. Indes zeigt sich bei näherer Prüfung, daß die Lebensvermutung ohne Todeserklärung von den Wirkungen einer förmlichen Todeserklärung doch sehr verschieden ist. Vor allem: die Lebensvermutung besagt nur, daß der Verschollene bis zu dem maßgebenden Zeitpunkt am Leben war, läßt dagegen die Frage, ob er nicht auch noch später gelebt hat, unentschieden; dagegen schließt sich, wie wir sahen, im Fall der Todeserklärung an die Lebenslückenlos eine Todesvermutung an, die besagt, daß der Verschollene nach dem maßgebenden Zeitpunkt nicht mehr gelebt hat.

Andere wichtigere Unterschiede. I. Wenn keine Todeserklärung vorliegt, muß die Partei, die sich auf die Lebensvermutung beruft, von Fall zu Fall deren Geltung und Umfang dargetun, also immer wieder beweisen, daß und wann und wie die Person, um deren Leben gestritten wird, in Verschollenheit geraten ist. Dagegen genügt es, wenn eine Todeserklärung vorliegt, daß die Partei sich einfach auf diese beruft; denn durch die Todeserklärung (wenn schon mit Vorbehalt des Gegenbeweises) wird die Geltung und der Umfang der Lebens- und der Todesvermutung ein für allemal bindend festgestellt. II. Wenn keine Todeserklärung vorliegt, muß auch die Partei, nach deren Angaben der Verschollene in Wahrheit vor dem der Lebensvermutung entsprechenden Zeitpunkt gestorben ist, die Richtigkeit dieser Angabe von Fall zu Fall dargetun, also immer wieder den ihr obliegenden Gegenbeweis führen. Ergeht dagegen eine Todeserklärung, so genügt es, wenn die Partei den Gegenbeweis vor dem mit der Todeserklärung besetzten Amtsgericht ein für allemal erbringt und bewirkt, daß das Amtsgericht die Todeszeit des Verschollenen auf einen frühern als den regelmäßigen Termin verlegt.

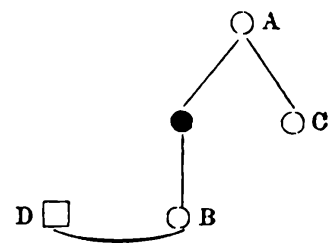
2. Die ohne Todeserklärung eintretende Lebensvermutung gilt, wie die

Todeserklärung selbst, nur gegenüber Verschollenen. Ist also das Leben eines Nichtverschollenen streitig, so muß es in gewöhnlicher Art bewiesen werden.

Beispiele. I. Die Brüder A. und B. sind, nachdem sie volljährig geworden, O2 nach Amerika ausgewandert, haben aber vorsichtshalber ihren Vater C. mit Generalvollmacht versehen; O3 stirbt ein Verwandter der Brüder, in dessen Testament beiden eine lebenslängliche Rente von 1000 Mk. jährlich ausgesetzt ist; A. schreibt pünktlich alle halbe Jahr; dagegen hat B. seit der Abreise nichts von sich hören lassen. 1. Hier muß C., wenn er die Rente für A. einzieht, jedesmal dessen Leben beweisen. 2. a) Dagegen ist bei den Renten B.s dieser Beweis bis Ende 12 unnötig; denn B. schreibt ja nicht; also — wird er bis Ende 12 als lebend vermutet. b) Dagegen kann C. von 13 ab die Rente für B. nicht mehr erheben; denn daß B. jetzt noch lebt, wird nicht mehr vermutet. Andererseits muß er die für B. bis 13 erhobenen und auf der Sparkasse eingezahlten Renten (10000 Mk. samt Zinsen!) auch jetzt noch für B. aufheben und darf sie nicht etwa zwischen sich und A. als den gesetzlichen Erben B.s teilen; denn daß B. jetzt tot ist, wird ebensowenig vermutet, wie daß er noch lebt: sein Leben gilt jetzt als schlechthin ungewiß. II. Gleicher Fall; nur ist das Schiff, auf dem A. und B. nach Amerika fuhren, am 1. Juni O2 auf eine Sandbank geraten; A. hat sich mit einigen andern Gefährten in einem Boot ausgeschifft und ist gerettet worden; dagegen ist das Schiff selbst samt B. verschollen. Hier muß, wie zu I. das Leben des geretteten B. alljährlich bewiesen werden; dagegen wird das Leben des auf dem Schiff verbliebenen B. bis zum 1. Juni O5 vermutet!

IV. Wenn mehrere Personen in gemeinsamer Lebensgefahr umgekommen sind, wird, bis der Gegenbeweis erbracht ist, vermutet, daß alle gleichzeitig gestorben sind (20).⁴

Beispiele. A. und B., der einzige Sohn des ältesten vorverstorbenen Sohnes des A., sind am nämlichen Tage gestorben; beide haben ein Testament nicht errichtet; die nächsten Angehörigen sind C., der zweite Sohn A.s, sowie D., die Witwe B.s. I. Wenn A. nachweislich eine Stunde vor B. gestorben ist, wird er von B. und C. zu je $\frac{1}{2}$, B. aber wird allein von der D. beerbt (1924, 1931 II). II. Wenn A. nachweislich eine Stunde nach B. gestorben ist, wird B. von A. zu $\frac{1}{4}$, von der D. zu $\frac{3}{4}$, A. aber wird allein von C. beerbt (1926, 1931 I, 1924). III. Wenn A. und B. in derselben Schlacht gefallen sind, ohne daß sich ermitteln läßt, wer zuerst verstorben ist, wird vermutet, daß keiner den andern überlebt, also auch keiner den andern beerbt hat; somit wird A. nur von C., B. nur von der D. beerbt. IV. Wenn A. und B., ein jeder zu Hause, an verschiedenen Krankheiten gestorben sind, ohne daß sich ermitteln läßt, wer zuerst gestorben ist, greift die zu III erwähnte Vermutung nicht ein. Trotzdem ist die Entscheidung dieselbe wie zu III: denn bezüglich ihrer Erbansprüche sind sowohl C. wie die D. beweispflichtig; da nun weder C. das Überleben A.s noch die D. das Überleben B.s beweisen kann, ist das Ergebnis, daß weder eine Beerbung B.s durch A. noch eine Beerbung A.s durch B. anzunehmen ist. Nur insofern besteht ein Unterschied zwischen den Fällen III und IV, daß dort sowohl C. wie die D. über ihr Erbrecht einen formellen Erbschein erhalten können, während hier ein solcher nicht erteilt werden kann. Denn die Erteilung eines Erbscheins setzt voraus, daß die Erbprätendenten ihr Erbrecht durch vollen Beweis (I, II) oder durch gesetzliche Vermutung (III) positiv darlegen (2356), lassen es dagegen nicht genügen, wenn das Erbrecht eines Erbprätendenten nur auf der negativen Feststellung beruht, daß ein anderer Prätendent sein besseres Erbrecht oder Miterbrecht nicht zu beweisen vermag (IV).



4) Böckel, Arch. f. z. Pr. 93 S. 478.

2. Rechtliche Unterschiede der Menschen.

a) Allgemeines.¹

§ 26.

Das Privatrecht nimmt im großen und ganzen auf die tatsächlichen Unterschiede zwischen Mensch und Menich wenig Rücksicht: Gesunde und Kranke, Landleute und Städter, ehrenhafte Menschen und Ehrlose, Getaufte und Ungetaufte, Inländer und Ausländer sind ihm bis auf einige wenige Ausnahmen völlig gleich. Nur der Unterschied von Mann und Weib, der Altersunterschied, der Unterschied des Geistesgesunden und des geistig Kranken und der Unterschied von Kaufmann und Nichtkaufmann hat eine allgemeine, nicht bloß auf Einzelheiten beschränkte Bedeutung.

b) Geschlechtsunterschied.

§ 27.

I. Der Unterschied von Mann und Weib hat eine grundsätzliche Bedeutung, wie selbstverständlich, im Eherecht. Außerdem kommt namentlich in Betracht:

1. daß im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern Vater und Mutter, Söhne und Töchter verschieden behandelt werden (1606 II, 1634, 1620, 1633 usw.);

2. daß das Recht und die Pflicht der Frauen, eine Vormundschaft zu übernehmen, beschränkt ist (1783, 1786 Nr. 1);

3. daß in einigen von der Darstellung in diesem Werk ausgeschlossenen Sonderrechten, dem der Familienfideikomisse und der bäuerlichen Güter, die Frauen hinter den Männern zurückstehen.¹

II. Ein Zwittergeschlecht kommt bei Menschen tatsächlich nicht vor. Ist das Geschlecht eines Menschen zweifelhaft, so muß es von der beweispflichtigen Partei wie jede andre zweifelhafte Tatsache bewiesen werden.²

c) Altersunterschied.

§ 28.

I. 1. Die erste Hauptaltersstufe des bürgerlichen Rechts bildet das vollendete 7. Lebensjahr. Wer sie noch nicht erreicht hat, wird in der Sprache der Juristen *K i n d* (Infans) genannt.

2. Die rechtliche Bedeutung der „Kindheit“ ist unter anderm,

1) Sachenburg S. 358.

1) Stobbe 5 §§ 321, 322.

2) Siehe aber oben § 25 I.

a) daß das Kind rechtlich unselbständig ist und deshalb einem Gewalthaber (gesetzlichen Vertreter), sei es dem Vater oder der Mutter, sei es einem Vormunde oder Pfleger, untergeordnet wird (1626, 1773, 1909);

b) daß das Kind vollkommen „geschäftsunfähig“ ist, d. h. nicht ein einziges Rechtsgeschäft in eigener Person gültig vornehmen kann (104 Nr. 1);

c) daß das Kind „unzurechnungsfähig“, d. h. für seine Delikte nicht verantwortlich ist (828 I).

II. 1. a) Die zweite Hauptaltersstufe des bürgerlichen Rechts bildet regelmäßig das vollendete 21. Lebensjahr (2). Wer sie noch nicht erreicht hat, heißt minderjährig (minorenn); wer sie erreicht hat, heißt volljährig (großjährig, majorenn).

b) Ausnahmsweise kann diese zweite Altersstufe durch Volljährigkeitserklärung bis auf das vollendete 18. Lebensjahr zurückgeschoben werden. Das ist aber nur zulässig, wenn es im Interesse des Minderjährigen liegt und dieser persönlich zustimmt; steht der Minderjährige unter elterlicher Gewalt, so ist regelmäßig auch die Zustimmung des Vaters oder der Mutter nötig (3, 4, 5). Zuständig zur Volljährigkeitserklärung ist meist das Vormundschaftsgericht; nur in Bayern, Sachsen und einigen wenigen andern Staaten ist sie dem Justizminister vorbehalten (3 I; E. G. 147; bayr. Ausf. Ges. 2; sächs. Ges. v. 15. Juni 00 § 14).

Die Volljährigkeitserklärung empfiehlt sich namentlich, wenn ein Minderjähriger ein großes kaufmännisches Geschäft ererbt oder wenn eine Minderjährige heiratet, dort um die lästige, zeitraubende Kontrolle des Vormundschaftsgerichts, hier um Kollisionen zwischen Vormund und Ehemann zu vermeiden, immer vorausgesetzt, daß der oder die Minderjährige reif genug ist, um die Lasten der Volljährigkeit tragen zu können.

Die Volljährigkeitserklärung wird wirksam, wenn sie dem bisherigen Gewalthaber des Minderjährigen zugestellt ist und durch Ablauf der Beschwerdefrist die Rechtskraft beschreitet (R. F. G. 56; s. aber auch 196 ebenda). Sie ist unwderrücklich.

c) Eine andre Ausnahme gilt in den meisten landesherrlichen Familien: hausgesetzlich beginnt hier auch ohne Volljährigkeitserklärung die Volljährigkeit mit dem vollendeten 18. Lebensjahr (s. R. G. v. 17. Febr. 75 § 2).

2. Die rechtliche Bedeutung der Minderjährigkeit ist unter anderm,

a) daß der Minderjährige auch nach Überschreitung der Kindheitsgrenze unter der Gewalt der Eltern oder eines Vormundes oder Pflegers verbleibt (1626, 1773, 1909);

b) daß er nach Überschreitung der Kindheitsgrenze zwar nicht mehr ganz geschäftsunfähig wie ein Kind, aber doch nur beschränkt geschäftsfähig ist (106);

c) daß er nach Überschreitung der Kindheitsgrenze wenigstens während der ersten folgenden elf Jahre zwar nicht mehr ganz unzurechnungsfähig wie ein Kind, aber doch nur beschränkt zurechnungsfähig ist (828 II).

III. Außer diesen beiden Hauptstufen des Alters sind noch gewisse andre Altersstufen von rechtlicher Bedeutung, namentlich:

1. das vollendete 14. Lebensjahr, weil der Minderjährige von dieser Stufe

ab eine gewisse Selbständigkeit gegenüber seinem Gewalthaber gewinnt (1750, 1728, 1827);¹

2. das vollendete 16. Lebensjahr, weil mit dieser Stufe die sog. Testamentmündigkeit und bei Frauen die Fähigkeit zur Eheschließung beginnt (2229, 1303);

3. das vollendete 18. Lebensjahr, weil man, wie schon angedeutet, erst mit diesem Jahr für seine Delikte voll verantwortlich (zurechnungsfähig) wird (828, s. auch 1827 II);

4. das vollendete 21. Lebensjahr, weil erst mit dieser Stufe die Freiheit von der elterlichen Zustimmung bei Eheschließung, Ehelichkeitserklärung und Adoption beginnt, selbst bei Personen, die schon vorher für volljährig erklärt sind (1305, 1726, 1747, s. auch 1822 Nr. 5);

5. das vollendete 60. Lebensjahr, weil man von diesem Jahr ab die Übernahme von Vormundschaften ablehnen darf (1786 Nr. 2) usw.

d) Gesundheitsunterschied.

α) Geistige Gebrechen.¹

§ 29.

I. Der Regel nach sind geistige Gebrechen privatrechtlich erst dann erheblich, wenn der Leidende ihretwegen vom Amtsgericht entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist.

1. Entmündigung.

a) Die Entmündigung geschieht durch ein umständliches einem Prozeß ähnliches Verfahren.

α) Die Entmündigung kann wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche, wegen Verschwendung und wegen Trunksucht erfolgen (6).

αα) Geisteskrankheit und Geisteschwäche sind Entmündigungsgrund, wenn der Leidende wegen seines Gebrechens seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. Beide unterscheiden sich voneinander nur dem Grade nach: Geisteskrankheit liegt vor, wenn der Leidende wegen seines Gebrechens zur Besorgung seiner Angelegenheiten so unfähig ist, wie es Kinder unter sieben Jahren zu sein pflegen; Geisteschwäche liegt vor, wenn der Leidende wegen seines Gebrechens zur Besorgung seiner Angelegenheiten so wenig fähig ist, wie es junge Leute zwischen sieben und einundzwanzig Jahren zu sein pflegen.²

1) Siehe auch N. B. Schmidt, Austritt aus der Kirche (93) S. 93.

1) Hardeband, Jahrb. f. Dogm. 37 S. 95; Milferstedt bei Gruchot 41 S. 508; E. Schulze, in Hohes Handb. d. gerichtl. Psychiatrie (01) (hier nach dem Separatdruck zitiert); ders. im Arch. f. RR. 17 S. 89; Levin, Entmündigung Geisteskranker (01).

2) RG. 50 S. 203; Schulze a. a. O. S. 104 ff.; Hölder S. 83; Goldmann 1 S. 40.

Dagegen kommt es auf die Art des Gebrechens nicht an: sowohl krankhafte Exaltation wie krankhafter Stumpfsinn können je nach ihrem Grade Geisteskrankheit oder Geisteschwäche sein. Ebenso ist es für die Unterscheidung von Geisteskrankheit und Geisteschwäche gleichgültig, ob das Gebrechen angeboren oder nachträglich entstanden ist.³

Geisteskrankheit und Geisteschwäche rechtfertigen die Entmündigung nur, wenn sie andauernd sind; doch genügen auch vorübergehende Krankheitsanfälle, wenn, wie z. B. bei Epileptikern, ihre Wiederkehr zu befürchten ist.⁴ Unheilbarkeit des Leidens ist nicht erforderlich.

Die Entmündigung ist auch dann statthaft, wenn der Kranke durch sein Leiden nur an der Besorgung bestimmter einzelner Angelegenheiten behindert ist,⁵ wie das z. B. bei gewissen fixen Ideen, Querulantenwahn u. dgl. leicht der Fall sein kann. Sie ist aber eben nur statthaft (6: entmündigt „kann“ werden usw.), nicht notwendig: das Gericht hat nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob die Behinderung wichtig genug ist, um die Entmündigung zu rechtfertigen.

Entmündigte Geistesranke und Geistesranke, die in ein Irrenhaus aufgenommen sind, sind nicht identisch. Denn weder bringt die Entmündigung notwendig die Überführung in ein Irrenhaus noch umgekehrt die Überführung in ein Irrenhaus notwendig die Entmündigung mit sich.⁶

ββ) Verschwendung ist Entmündigungsgrund, wenn sie nicht bloß leichtsinnig, unvernünftig, anstößig, sondern geradezu gefährlich ist, d. h. den Verschwender selbst oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt. Notstand ist aber nicht gleich einer die Armenunterstützung herausfordernden Verarmung, sondern bedeutet eine Vermögenslage, die eine standesgemäße Lebensführung des Verschwenders und seiner Familie nicht gestattet.⁷

γγ) Trunksucht ist Entmündigungsgrund, wenn der Trinker seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag oder sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt oder die Sicherheit anderer gefährdet.

β) Die Entmündigung wird der Regel nach nur Volljährige treffen, weil sie bei Minderjährigen meist zwecklos sein wird. Ausnahmsweise kann sie aber aus guten Gründen auch bei Minderjährigen vorkommen, namentlich um ihnen die Testamentsmündigkeit, die, wie wir sahn, bei einem nicht entmündigten Minderjährigen mit dem Beginn des 17. Lebensjahrs anfängt, zu entziehen (2229).

γ) Die Entmündigung geschieht nur auf Antrag. Antragsberechtigt ist der Ehegatte oder der Gewalthaber, unter Umständen auch ein beliebiger Verwandter. Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geisteschwäche kann auch vom Staatsanwalt beantragt werden (ZPO. 645 Abs. 2, 646, 680 Abs. 2—4. Siehe auch ebenda 680 Abs. 5; sächs. Ges. v. 20. Juni 00 § 9).

δ) Die Entmündigung kann auf Antrag jederzeit wieder aufgehoben werden. Geschieht dies nicht, so gilt sie auf Lebenszeit; davon daß sie, wie die Todeserklärung, von jedem Gegeninteressenten durch einen einfachen Gegenbeweis entkräftet werden könnte, ist keine Rede. Zuständig zur Wiederaufhebung ist bald das Amts-, bald das ihm übergeordnete Landgericht (ZPO. 664, 665, 675, 676 Abs. 1, 679, 684, 685, 686).

3) Schulze a. a. O. S. 102.

4) Schulze a. a. O. 99.

5) Abw. RG. 50 S. 205.

6) Schulze a. a. O. S. 96.

7) Bittelmann, Rechtsgeschäfte S. 81.

Die Aufhebung der Entmündigung ist entweder „Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses“ und hat alsdann rückwirkende Kraft, so daß die Entmündigung (mit einem später zu besprechenden Vorbehalt)⁸ als gar nicht erfolgt gilt; oder sie ist „Wiederaufhebung der Entmündigung“ und läßt alsdann die Entmündigung bis zu dem Augenblick in Kraft, in dem die Wiederaufhebung selbst wirksam wird. Erstere ist selbstverständlich nur zulässig, wenn die Entmündigung von Anfang an ungerechtfertigt war: der angeblich Geistesranke ist z. B. in Wahrheit niemals krank gewesen; letztere ist dagegen auch dann statthaft, wenn der Entmündigungsgrund erst nachträglich fortgefallen ist: der Geistesranke ist z. B. nach geschehener Entmündigung wieder gesund geworden.

Der Antrag auf „Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses“ ist binnen einmonatiger Frist in Form einer Klage beim Landgericht einzureichen (ZPO. 664 Abs. 1, 684 Abs. 1). Dagegen ist der Antrag auf „Wiederaufhebung der Entmündigung“ an das Amtsgericht zu richten und bedarf der Klagform nicht (ZPO. 675, 676 Abs. 3, 685); lehnt aber das Amtsgericht die Wiederaufhebung ab, so kann auch dieser Antrag nur als Klage beim Landgericht verfolgt werden; eine Frist besteht für den Antrag weder in dem einen noch in dem andern Fall (ZPO. 679, 686).

Merkwürdig verwickelt ist die Frage geregelt, wer den Antrag auf Aufhebung der Entmündigung stellen kann. Antragsberechtigt ist nämlich: I. Bei der Klage auf Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses 1. der Entmündigte selber, 2. bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geisteschwäche außerdem sein Gewalthaber sowie jeder, der auch die Entmündigung selbst zu beantragen befugt war, also der Ehegatte, unter Umständen jeder beliebige Verwandte, der Staatsanwalt (ZPO. 664 Abs. 2, 684 Abs. 1). II. Bei dem an das Amtsgericht zu richtenden Antrage auf Wiederaufhebung der Entmündigung 1. der Entmündigte selber und sein Gewalthaber, 2. bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geisteschwäche außerdem der Staatsanwalt (ZPO. 675, 685). III. Bei der Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung 1. der Gewalthaber des Entmündigten und, wenn dieser nicht klagen will, der Entmündigte selber, letzterer aber nur dann, wenn das Prozeßgericht ihm nach freiem Ermessen einen Rechtsanwalt als Vertreter bestellt; 2. bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche außerdem auch hier der Staatsanwalt (ZPO. 679 Abs. 2, 3, 686 Abs. 2).

Die Klage auf Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses oder auf Wiederaufhebung der Entmündigung ist zu richten 1. bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche gegen den Staatsanwalt oder, wenn dieser selber klagt, gegen den Gewalthaber des Entmündigten; 2. bei der Entmündigung wegen Verschwendung und Trunksucht gegen den, der die Entmündigung beantragt hat, oder, wenn dieser gestorben oder verschollen oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt (ZPO. 666 Abs. 1, 2; 679 Abs. 4; 684 Abs. 3; 686 Abs. 3).

Die Entmündigung wird sofort wirksam, sobald der Entmündigungsbeschluß bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit dem Gewalthaber des Entmündigten, in den übrigen Fällen dem Entmündigten selbst zugeestellt ist. Dagegen wirkt die Aufhebung der Entmündigung erst, wenn der Beschluß oder das Urteil, in dem die Aufhebung angeordnet wird, die Rechtskraft beschreitet (ZPO. 661; 683 Abs. 2; 672 Satz 2; 678; 679 Abs. 4; 684 Abs. 4; 685; 686 Abs. 4. Siehe aber auch BGB. 2229 Abs. 3, 2230).

b) Die Entmündigung bedeutet rechtlich, daß der Entmündigte, wenn die Entmündigung wegen Geisteskrankheit geschah, einem Kinde, andernfalls einem Minderjährigen über sieben Jahren gleichgestellt wird. Doch ist die Gleichstellung keine absolute; insbesondere fehlt dem Entmündigten, wie bereits erwähnt, die Testamentsmündigkeit schlechthin; umgekehrt hat die Entmündigung auf die Zurechnungsfähigkeit des Entmündigten keinen Einfluß (104 Nr. 3, 114, 2229 III, 827).

⁸) Siehe unten § 55 I letzter Absatz, § 57 I letzter Absatz.

2. Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft.

a) Sie ist nur gegenüber einer Person zulässig, gegen die ein Entmündigungsverfahren schwebt und die schon vor Beendigung dieses Verfahrens eines Schutzes gegen die rechtlichen Nachteile bedarf, mit der ihr Gebrechen sie bedroht; es muß also die Entmündigung gegen sie bereits beantragt, aber aus Gründen des Verfahrens noch nicht endgültig beschlossen sein (1906, R. F. G. 52).

b) Sie wirkt ähnlich wie die Entmündigung, aber schwächer. Insbesondere beschränkt sie zwar die Geschäftsfähigkeit des Kranken, hebt sie aber niemals ganz auf (114).

II. Ausnahmsweise wird ein geistiges Gebrechen privatrechtlich berücksichtigt, auch wenn die Entmündigung des Kranken oder die Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft unterbleibt. Insbesondere sind Geistesranke, wenn ihr Leiden so schlimm ist, daß es geradezu ihre freie Willensbestimmung ausschließt, auch ohne Entmündigung geschäftsunfähig und unzurechnungsfähig (104 Nr. 2, 827; s. auch 1569, 1910 II).

β) Leibliche Gebrechen.

§ 30.

I. Tauben, Blinden oder gebrechlichen Personen kann zur Versorgung ihrer Rechtssachen im Bedürfnisfall ein Pfleger bestellt werden (1910); sie büßen aber dadurch nicht etwa ihre Geschäftsfähigkeit ein; die Bestellung des Pflegers stellt also keineswegs eine Entmündigung dar.

II. Blinde, Taube und Personen, die am Sprechen behindert sind, müssen bei Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte besondere Formvorschriften beobachten (s. unten § 60 b zu I, 2).

III. Siehe ferner BGB 828 II b.

e) Standesunterschied.

§ 31.

I. Von den Geburtsständen genießt privatrechtlich nur der Adel gewisser Sonderrechte.¹ Doch kann nach dem Plan dieses Werks hierauf nicht näher eingegangen werden.

II. Berufsstände.

1. Manche Klassen der Gewerbetreibenden, namentlich die Kaufleute (HGB. 1, 343 f. g.), nehmen privatrechtlich eine Sonderstellung ein; doch kann in diesem Werk hierauf so wenig eingegangen werden wie auf das Adelsrecht.

2. Die Beamten sind im Privatrecht wenig ausgezeichnet. Erwähnt.

1) Siehe Stobbe 1 § 44.

sei, daß ihr Gehalt nur zum Teil abgetreten oder verpfändet werden kann (400, ZPD. 850 Nr. 8), daß sie landesrechtlich nur mit Erlaubnis der Vorgesetzten zu Vormündern bestellt werden dürfen (1784) usw.

3. Militärpersonen sind namentlich durch das Militärtestament ausgezeichnet (s. unten § 356).

4. Ordensgeistliche und Mitglieder ordensähnlicher Kongregationen, deren Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbestimmte Zeit gelten, können in einigen kleinen deutschen Bundesstaaten einen Erwerb von Todeswegen oder durch Schenkung nur mit staatlicher Genehmigung machen (EG. 87).²

f) Ehrenunterschied.

§ 32.

I. Unehrllich ist, wer ehrlos lebt.

1. Ob dies der Fall, ist nicht nach Gesetzesregeln, sondern nur nach den Regeln der Sitte zu entscheiden. Gleichgültig ist dafür, ob man gerichtlich bestraft ist oder nicht.

Beispiele. I. Jemand kann oft bestraft sein, z. B. wegen Hochverrats oder Zweikampfs, und doch als ehrlich gelten. II. Jemand kann aller Strafe entgangen und dennoch unehrllich sein, z. B. eine Lohndirne, die die polizeilichen Kontrollvorschriften pünktlich erfüllt.

2. a) Die Ehe eines Menschen, der ehrlos lebt, kann auf Antrag des andern Gatten geschieden werden (1568).

b) Die Gewalt, die ihm über seine Kinder zusteht, kann durch das Vormundschaftsgericht beschränkt werden (1666).

c) Seine Eltern und sein Ehegatte können ihm den Pflichtteil entziehen (2333 Nr. 5, 2335).

d) Überall, wo über die Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses das Gericht oder eine andre Behörde nach freiem Ermessen befindet, wird das ehrlose Leben eines Beteiligten schwer ins Gewicht fallen. So wird eine Person nicht zum Vormunde ernannt oder, wenn sie bereits Vormund ist, ihres Amtes entsetzt werden, wenn das Gericht sie für ehrlos erachtet (1779 II, 1886); so ist eine Gesellschaft kündbar, wenn einer der Gesellschafter ehrlos lebt (723 I b) usw.

II. Unehrllich in einem andern Sinn ist, wer die bürgerlichen Ehrenrechte verloren hat.

1. Ob dies der Fall, wird nicht durch die Sitte, sondern durch feste Gesetzesregeln bestimmt. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte tritt nämlich nur ein, wenn er durch strafgerichtliches Urteil ausdrücklich ausgesprochen ist; und dies ist nur bei Verbrechen und gewissen schweren Vergehen zulässig (StrGB. §§ 32 flg.).

2. a) Daß jemand, dem die bürgerlichen Ehrenrechte abgesprochen sind,

2) Ausf. Gef. Altenb. 14, Rudolst. 29, Sondersh. 14, 59, Neuß j. L. 14, Lübeck 14, 15.

nicht zum Vormunde bestellt und, wenn er bereits bestellt ist, wieder abgesetzt wird, ist nicht, wie in dem Fall I, in das freie richterliche Ermessen gestellt, sondern bindend vorgeschrieben. Ausgenommen ist nur der Fall, daß das Amt sich auf die eignen Nachkommen des Ehrlosen bezieht (1781 Nr. 4, 1886).

b) Er darf nicht Urkundszeuge sein (R. F. 173 Nr. 2).

c) Siehe ferner libri feud. II, 21 § 10; R. Gef. v. 1. Mai 89 § 68; § 69. 81, 82 usw.

g) Religionsunterschied.

§ 33.

Der Religionsunterschied ist privatrechtlich fast nur bei der Kindererziehung erheblich. Hierher gehört die Vorschrift, daß einem Mündel regelmäßig ein Vormund gleicher Konfession bestellt werden soll (1779 II, 1801).

Eine weitergehende Rücksichtnahme auf Religionsverschiedenheiten, als das Gesetz sie für gut befindet, können die beteiligten Privatpersonen im Wege des Rechtsgeschäfts anordnen. So kann z. B. ein Verein die Ausstoßung von Mitgliedern, die protestantisch werden, bestimmen; der Stifter eines Familiensideikommisses kann alle katholischen Familienglieder für erbunfähig erklären; der Onkel kann seinem Nefen ein Studienstipendium unter der Bedingung, daß er Jude bleibt oder Jude wird, versprechen. Nur dann sind derartige Bestimmungen ungültig, wenn sie unsittlich sind, z. B. wenn sie die Absicht verfolgen, jemanden wider seine Überzeugung zur Verleugnung seines Glaubens zu veranlassen.¹

h) Unterschied der Staatsangehörigkeit.

§ 34.

I. Die Zugehörigkeit zu einem der verschiedenen deutschen Bundesstaaten ist privatrechtlich nur in einigen wenigen Beziehungen von Einfluß, namentlich in Ansehung des dem Fiskus zustehenden gesetzlichen Erbrechts (1936).

II. Etwas wichtiger ist die Zugehörigkeit zu einem ausländischen Staat.

1. Die Ausländer stehen im Urheberrecht hinter den Inländern zurück (R. Gef. v. 19. Juni 01 §§ 54, 55 usw.).

2. Die Veräußerung einer Schiffspart an Ausländer ist erschwert (§ 503).

3. In Hamburg und teilweise auch in andern Bundesstaaten dürfen Ausländer nur mit staatlicher Genehmigung Grundstücke erwerben (EG. 88; Ausf. Gef. Hamburg 28, Hessen 15).

4. Der Reichskanzler kann unter Zustimmung des Bundesrats anordnen, daß, wenn ein ausländischer Staat das deutsche Reich oder dessen Angehörige ungünstig behandelt, jenem Staat selber sowie dessen Angehörigen und deren Rechtsnachfolgern eine entsprechend ungünstige Behandlung widerfahren soll: Vergeltungsrecht oder Recht der Retorsion (EG. 31).

1) R. G. 21 S. 279; Oertle 1 § 54²³.

5. Eine Begünstigung der Ausländer ist, daß sie keine Vormundschaften zu übernehmen brauchen (1785).

3. Verwandtschaft und Verschmägerung.¹

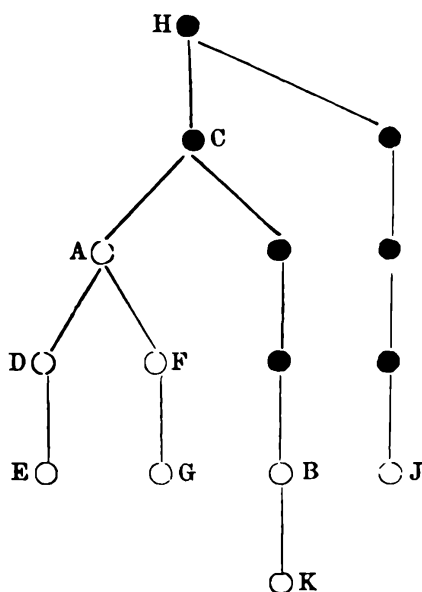
§ 35.

I. 1. Verwandt (blutsverwandt) sind alle Personen, die von einem gemeinsamen Stammvater abstammen.

a) Die Vorfahren (Aufzendenten) bilden im Verhältnis zu ihren Abkömmlingen (Nachkommen, Descendenten) die aufsteigende, umgekehrt die Abkömmlinge im Verhältnis zu ihren Vorfahren die absteigende Linie der Verwandtschaft; beide Linien zusammen bilden die Verwandtschaft in gerader Linie. Alle Verwandte, deren Verwandtschaft nicht der geraden Linie angehört, von denen also keiner der Vorfahr des andern ist — Geschwister, Vettern usw. — bilden die Seitenlinie (Seitenverwandte, Kollateralen). Jeder Verwandte bildet mit allen seinen Abkömmlingen, also der ganzen von ihm abstammenden geraden Linie, innerhalb der Verwandtschaft eine besondere Ordnung oder Parentel (1589, 1924 flg.).

b) Häufig genügt es, um die Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen festzustellen, wenn man angibt, welcher Ordnung der Verwandtschaft sie angehören; dabei beginnt man die Zählung mit einer der Personen — im Erbrecht mit dem Erblasser —, indem man sie und ihre etwaigen Abkömmlinge als erste Ordnung annimmt, und steigt dann bis zum nächsten gemeinsamen Vorfahren beider Personen auf. Will man genauer rechnen, so muß man außerdem die Grade, d. h. die Geburten zählen, die die Verwandtschaft jeder der Personen mit dem Vorfahren, der an der Spitze der Ordnung steht, vermittelt.

Beispiel. Um in dem nebenstehenden Schema die Verwandtschaft des A. zu seinem Großneffen B. festzustellen, muß man bis zu C, der zugleich Vater des A. und Urgroß-



vater des Großneffen B., also der nächste gemeinsame Vorfahre beider ist, aufsteigen, während der noch entferntere gemeinsame Vorfahre H. außer Betracht bleibt; demgemäß muß man, wenn man die Zählung mit A. beginnt, beide der 2., wenn man die Zählung mit B. beginnt, beide der 4. Ordnung zuteilen (da im ersteren Fall A., im zweiten B. samt seinen Abkömmlingen die 1. Ordnung bilden). Nun gehören aber, wenn man die Zählung mit B. beginnt, nicht bloß der Großonkel A., sondern auch dessen Söhne und Enkel D., E., F. und G. zur 4. Ordnung; man zählt also jetzt die Grade und findet, daß B. mit A. im 4., mit D. und F. im 5., mit E. und G. im 6. Grad verwandt ist. Dagegen ist J., von ihm selber aus gerechnet mit allen andern Personen des Schemas in der 5. Ordnung und zwar mit A. im 6., mit D. und F. im 7., mit E., G. und B. im 8., mit K. im 9. Grad verwandt.

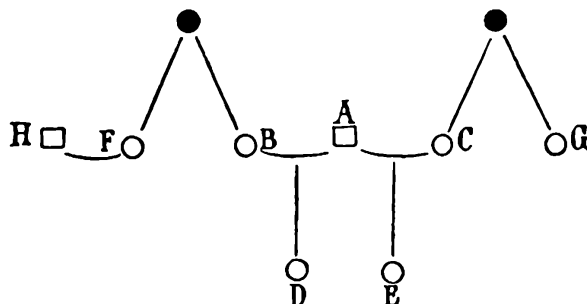
1) Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft (01).

c) **Eheliche Verwandtschaft** liegt vor, wenn zwei Personen durch lauter eheliche Geburten miteinander verwandt sind;² **uneheliche Verwandtschaft** liegt vor, wenn auch nur eine der Geburten, auf denen die Verwandtschaft beruht, unehelich ist. Grundsätzlich wird die uneheliche Verwandtschaft nur durch die Mutter vermittelt: uneheliche Kinder gelten also ihrem Vater und dessen Verwandten nicht als verwandt (1589).³

d) Eigentümlich ausgezeichnet ist mit Bezug auf Lehen, Familienfideikomisse, Stammgüter usw. die Verwandtschaft, die zwischen Männern durch Männer vermittelt wird — wobei von einer unehelichen Verwandtschaft, weil allein durch die Mutter vermittelt, nie die Rede sein kann. Männer, die durch Männer verwandt sind, heißen **Schwertmagen** oder **Agnaten**, alle andern Verwandten, also 1. Männer, die miteinander durch Frauen verwandt sind, und 2. alle Frauen heißen **Spindel-** oder **Kunfelmagen** oder **Kognaten**.

2. Eine **Verschwägerung** besteht zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des andern Ehegatten. Die Linie und der Grad der Schwägerschaft bestimmen sich nach der Linie und dem Grade der sie vermittelnden Verwandtschaft. Die Schwägerschaft dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst ist (1590); dagegen kann sie nach Auflösung der Ehe nicht mehr neu begründet werden.

Beispiel. In dem folgenden Schema hat Frau A. zuerst den B., und, nachdem sie von ihm geschieden ist, den C. geheiratet; aus jeder der Ehen ist ein Sohn, D. und E., vorhanden; beide Männer haben Brüder, F. und G., von denen F. mit der H. verheiratet



ist. Hier ist C. als Stiefvater mit D., dem Sohne der A. aus erster Ehe, im ersten Grade der geraden Linie, Frau A. ist mit den Schwägern F. und G. im zweiten Grade der Seitenlinie verschwägert. Dagegen ist zwischen B. und E. und zwischen Frau A. und Frau H. eine Schwägerschaft nicht vorhanden.

3. Eine künstliche Verwandtschaft kann dadurch hergestellt werden, daß jemand das Kind eines andern an Kindesstatt annimmt (Adoption).⁴

II. Die Verwandtschaft ist rechtlich bedeutsam vor allem im Familien- und im Erbrecht.

4. Die sog. Persönlichkeitsrechte.

§ 36.

I. Jeder Mensch steht von der Geburt ab für seine Person unter dem Schutz des Privatrechts: sein Leben, seine Gesundheit, seine Freiheit, seine Ehre,

2) Über den Beweis der ehelichen Verwandtschaft s. unten § 311.

3) Über legitimierte unehel. Kinder u. Kinder aus ungültig. Ehen s. unten §§ 333, 332.

4) Siehe unten § 335.

seine Erwerbstätigkeit usw. wird in gewissem Umfang gegen eine unbefugte Schädigung durch andre Personen privatrechtlich geschützt. Es wird nun vielfach behauptet, daß dieser persönliche Rechtsschutz des Menschen auf einem subjektiven Privatrecht beruhe, daß jeder Mensch mit seiner Geburt erwerbe, dem Recht an der eignen Person.¹ Doch ist diese Annahme unhaltbar. Denn wäre sie zutreffend, so müßte man dies sogenannte „Recht“, falls es von einem Ausländer in Anspruch genommen wird, grundsätzlich nach seinem Personalstatut beurteilen. Davon kann aber keine Rede sein.² In Wahrheit sind Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre usw. zwar Rechtsgüter, in deren Genuß der Mensch vom objektiven Recht geschützt wird, nicht aber Gegenstände eines subjektiven Rechts des Menschen: ihr Schutz wird dem Menschen, um an unsre früher gegebene Definition des subjektiven Rechts³ anzuknüpfen, vom objektiven Recht zwar „gewährt“, nicht aber „gewährleistet“.

Wohl gemerkt: ich sage nicht, daß jede persönliche Rechtsbeziehung eines Menschen, die rechtlich nach seinem Personalstatut beurteilt wird, auf einem subjektiven Recht desselben beruhe, sondern umgekehrt, daß, wenn das Personalstatut nicht anwendbar ist, auch kein subjektives Personenrecht vorliege. Und auch letztere Behauptung stelle ich nur als einen Grundsatz auf, der Ausnahmen zuläßt. Doch ist die Regel, daß wir in Deutschland das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, die Ehre usw. bei Ausländern ohne Rücksicht auf ihr Personalstatut gerade ebenso — nicht stärker, aber auch nicht schwächer! — schützen wie bei Deutschen, offensichtlich nicht bloß eine Ausnahme von einem Grundsatz, sondern selber ein Grundsatz.

II. Völlig verschieden von der Frage zu I ist die andre Frage, ob dem Menschen zwar nicht jenes allumfassende Recht an der eignen Person, aber doch eine Reihe engumschriebener persönlicher Einzelrechte — sog. Persönlichkeits- oder Individualrechte — zustehn. Diese Frage läßt sich offenbar nicht allgemein, sondern nur für jedes dieser Einzelrechte speziell beantworten. Ich bejahe die Frage in Ansehung des Rechts des Menschen an seinem Namen; ich verneine sie in Ansehung des Rechts an seinem Leben, seiner Gesundheit, seiner Freiheit usw.

Demgemäß ist für den Schutz des Namens eines Ausländers grundsätzlich sein Personalstatut maßgebend, für den Schutz seiner Ehre nicht. Ebenso ist, wenn der Namensschutz durch ein neues Gesetz abgeschwächt wird, ernstlich zu prüfen, ob nicht für die bereits vorhandenen Namensrechte die bisherigen Gesetze in Kraft verbleiben; wer würde dagegen auch nur auf den Gedanken kommen, daß, wenn im Jahr 1950 die Regel von BGB. 825 aufgehoben werden sollte, der darin enthaltene Rechtsschutz den vor 1950 geborenen Frauen als ihr subjektives Recht belassen werden müßte?

III. Praktisch wichtig ist die Frage zu I und II bei der Auslegung von BGB. 823. Siehe hierüber unten § 163.

5. Name.¹

§ 37.

I. 1. a) Den Familiennamen erwirbt der Mensch sofort mit seiner Geburt. Und zwar erwirbt das eheliche Kind den Familiennamen des Vaters, das

1) Oertle 1 S. 703.

2) Bittelmann 1 S. 131.

3) Siehe oben § 16.

1) Opet, Arch. f. ziv. Pr. 87 S. 313; Gütte, Arch. f. BR. 15 S. 320; Ramdohr bei

uneheliche den der Mutter (1616, 1706).² Ist oder war die uneheliche Mutter verheiratet, so gilt als ihr Familienname nicht der, den sie durch die Ehe erlangt hat, sondern der Name, den sie führen würde, wenn sie nicht verheiratet wäre (s. 1706 II a).

Für Findlinge muß provisorisch ein neuer Familienname gebildet werden (RGes. v. 6. Febr. 75, § 24), bis ihr wahrer Name entdeckt wird; zuständig ist eine landesgesetzlich näher zu bestimmende Behörde.⁵

b) Eine Änderung erfährt der Familienname in folgenden Fällen.

α) Wird ein uneheliches Kind legitimiert, so vertauscht es den mütterlichen Familiennamen mit dem väterlichen (1719, 1736). Ist die Mutter eines unehelichen Kindes mit einem andern Mann als dem Vater des Kindes verheiratet, so kann das Kind auch den Familiennamen dieses seines Stiefvaters erwerben; dazu gehört aber, daß der Stiefvater dem Kinde vor der zuständigen Behörde ausdrücklich seinen Namen erteilt und Mutter und Kind in die Namenserteilung willigen (1706 II b).

Diese Erklärungen müssen aber öffentlich beglaubigt sein. Zuständig zur Entgegennahme der Erklärungen und zugleich zu ihrer öffentlichen Beglaubigung ist in Preußen, wenn die Geburt des Kindes im Geburtsregister eines preussischen Standesbeamten eingetragen ist oder wenn die Erklärung bei der Eheschließung vor einem preussischen Standesbeamten abgegeben wird, dieser. Andernfalls ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Ehemann seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. — Die Erklärung ist am Rande der über den Geburtsfall bewirkten standesamtlichen Eintragung nachzutragen (Pr. AusfGes. 68, § 2).

β) Wird jemand adoptiert, so erwirbt er den Familiennamen des Adoptivvaters oder, wenn die Annahme allein durch eine Frau erfolgt, den der Adoptivmutter; er kann aber, wenn er will, dem neuen Namen seinen ursprünglichen Namen als Zusatz beifügen; eine Frist ist ihm hierfür nicht gesetzt; er kann auch auf den Zusatz nachträglich verzichten (1758). Wird die Adoption aufgehoben, so kehrt er zu seinem ursprünglichen Namen zurück (1772).

γ) Eine Ehefrau erhält durch die Eheschließung statt⁴ ihres bisherigen Namens den Familiennamen ihres Mannes (1355).

δ) Eine geschiedene Ehefrau behält im allgemeinen den Familiennamen ihres bisherigen Mannes. Sie kann aber nach ihrem Belieben auf diesen Namen verzichten und ihren eignen Familiennamen wieder aufnehmen. Ist sie bei der Ehescheidung für allein schuldig erklärt, so kann der Ehemann ihr die Führung seines Namens verbieten; sie erhält alsdann von Rechtswegen ihren alten Namen zurück (1577).

Gruchot 43 S. 1; Süßheim, ebenda S. 579; Olshausen, Verh. d. Namensrechts zum Firmenrecht (00); G. Cohn, neue Rechtsgüter (02); Weber, Beiträge z. Dogm. d. Namensrechts (Freib. Diss. 05).

2) Über Kinder aus nichtigen Ehen s. 1699.

3) Vgl. Dpet S. 349. Abw. Wehl, Ztschr. f. Standesbeamte 2 S. 32 ff.

4) Dpet, Ztschr. f. Handelsrecht 49 S. 75⁵⁶; abw. Olshausen S. 71.

Sowohl der Verzicht der Frau wie das Verbot des Mannes sind nur rechtsgültig, wenn sie einer zuständigen Behörde gegenüber in öffentlich beglaubigter Form erklärt werden. Eine Frist ist für die Erklärung nicht festgesetzt. Die Erklärung ist unwiderruflich. — War die Frau bereits früher verheiratet, so kann sie statt ihres Mädchennamens auch den Namen des früheren Mannes annehmen, falls sie nicht bei der Scheidung der späteren Ehe allein für schuldig erklärt ist. — Zuständig zur Entgegennahme und zugleich zur öffentlichen Beglaubigung der Erklärungen zu *d* ist in Preußen nach ähnlichen Regeln wie zu *a* bald der Standesbeamte, bald das Amtsgericht (Pr. AusfGes. 68 § 1).

e) Schließlich kann eine Namensänderung auch durch staatliche Verfügung eintreten. Eine derartige Namensänderung ist öffentlichen Rechts und bleibt landesgesetzlicher Regelung überlassen.⁵ Zurzeit gelten gewohnheitsrechtlich folgende Sätze. I. Die Namensänderung kann von niemandem gefordert werden, sondern hängt vom freien Ermessen des Staats ab. II. Andererseits kann sie vom Staat niemandem aufgenötigt werden; sie hängt also von der Zustimmung des Namensinhabers ab. III. Der Staat hat bei der Bestimmung des neuen Namens freie Hand und kann auch solche Namen verleihen, die bereits von andern Familien geführt werden, mögen auch diese Familien ausdrücklich Widerspruch erheben.

z) Erstreckt sich die Wirkung der Namensänderung auch auf solche Abkömmlinge des Namensinhabers, die zur Zeit der Änderung bereits geboren sind?

aa) Die Frage wird gesetzlich bejaht für den Fall der Legitimation (1722, 1737).

ββ) Sie wird für den Fall der Adoption nur unter der Voraussetzung bejaht, daß die Abkömmlinge an dem Abschluß des Adoptionsvertrages teilgenommen haben (1762).

γγ) Sie ist gesetzlich nicht entschieden für den Fall der Namensverleihung durch den Stiefvater und durch die Behörde. Hier ist analog der Regel zu *β* anzunehmen, daß die Abkömmlinge von der Namensänderung nur betroffen werden, wenn sie einwilligen.

δδ) Die Eheschließung und Ehescheidung einer Frau hat selbstverständlich auf den Namen ihrer bereits gezeugten Abkömmlinge keinen Einfluß.

η) Wird der Name eines Ehemanns geändert, so nimmt die Ehefrau an der Änderung teil, ohne daß ihre Zustimmung dazu nötig ist.

2. Der Vorname wird dem Kinde nach Willkür⁶ beigelegt. Zuständig ist, wer die Fürsorge für die Person des Kindes hat, also Vater, Mutter oder (namentlich bei Findlingen) der Vormund.

Die Namengebung ist rechtswirksam und unwiderruflich nur, wenn sie gegenüber der zuständigen Behörde, nämlich dem Standesamt, erklärt wird.⁷ Sie soll binnen 2 Monaten nach der Geburt des Kindes erfolgen (N.Ges. v. 6 Febr. 75 § 22). Eine nachträgliche Änderung ist nur durch Verfügung der Verwaltungsbehörde unter Zustimmung des Namensinhabers zulässig.⁸ — Doch sind die meisten dieser Regeln zweifelhaft. So behauptet z. B. Dpet S. 350 und 369 *β*, daß jedermann befugt sei, seine Vornamen willkürlich zu ändern. Dem steht aber entgegen, daß alsdann die Beurkundung der Vornamen durch die Standesbeamten nicht bloß überflüssig, sondern schädlich wäre; denn sie muß, wenn z. B. zwei Brüder ihre Vornamen austauschen würden, geradezu verwirrend wirken.

II. 1. Jedermann hat an seinem Namen ein Privatrecht, das Namensrecht (12).

2. Das Recht am Namen ist ein Ausschlußrecht. Demgemäß darf der Namensträger nicht bloß selber seinen Namen führen und kann es sich ver-

5) Siehe z. B. pr. B. v. 12. Juli 67; bayr. Ausf. 3; sächs. B. v. 6. Juli 99 § 1; württemb. AusfGes. 132; bad. B. v. 11. Nov. 99 § 3 ff.

6) Landesrechtl. Beschränkungen sind bei Gierke § 83¹⁰ erwähnt.

7) Olshausen S. 53. Abw., wie es scheint, Gierke § 83¹².

8) Gierke § 83¹⁰. Preuß. Verf. d. Min. d. Innern v. 15. Aug. 98. Bayr. AusfGes. 3; württ. AusfGes. 132 usw.

Bitten, wenn ein anderer ihm den Namen streitig macht; er kann vielmehr außerdem jedem andern den Gebrauch des Namens untersagen, vorausgesetzt, daß seine Interessen durch die Namensführung des andern verletzt werden und daß der andre nicht gleichfalls ein Recht auf den Namen hat (12).

Beispiele. I. 1. Egon Nobiling hat, um seinem alten, in traurigem Andenken stehenden Namen zu entgehn, von der Regierung das Recht erhalten, statt seiner den mütterlichen Namen Blumenthal zu führen; seine mütterlichen Verwandten sind ihm aber gänzlich abgeneigt und nennen ihn nach wie vor Nobiling. Dies kann er sich im Prozeßwege verbitten; denn es liegt darin ein Bestreiten seines Rechts auf den Namen Blumenthal. Ob dies Bestreiten ein besonderes Interesse auf seiner Seite verletzt oder nicht, macht nichts aus. 2. Derselbe Fall; nur nimmt Emil Nobiling, Egons Bruder, eigenmächtig den Namen Blumenthal gleichfalls an, und Egon klagt gegen seinen Bruder auf Unterlassung der weiteren Führung dieses Namens. Hierzu ist Egon gleichfalls befugt. Jedoch muß er in diesem Fall beweisen, daß er ein rechtliches Interesse daran hat, den Bruder von der Führung des Namens Blumenthal auszuschließen. Dieser Beweis ist aber nicht schwierig. Verliert doch der Name Blumenthal an Unterscheidungskraft und also auch an Brauchbarkeit, je mehr Personen sich dieses Namens bedienen! Anders wäre vielleicht zu entscheiden, wenn es sich nicht um diesen Namen, sondern etwa um den Namen Mayer handeln würde. II. 1. Winfried von Bülow ärgert sich darüber, daß sein Vetter Ladislaus seine unehelichen Töchter stets Fräulein von Bülow benennt, daß der Dichter N. in einem Lustspiel eine frei erfundene höchst widerwärtige Person als Winfried von Bülow auf die Bühne bringt und daß der Händler Z. in der Zeitung Bülowheringe anpreist. Hier kann er nur gegen seinen Vetter N. klagen. Denn unter dem „Gebrauch“ des Namens, den ein Namensträger untersagen kann, ist nur ein bestimmungsmäßiger Gebrauch zu verstehen; und ein solcher liegt nur bei Ladislaus v. Bülow vor. Dagegen haben N. und Z. den Namen Bülow nicht bestimmungsmäßig, nämlich nicht zur Bezeichnung wirklicher Personen „gebraucht“, und gegen einen solchen Mißbrauch läßt sich kraft des Namensrechts nicht einschreiten.⁹ 2. Derselbe W. v. B. verklagt den Schauspieler S. v. Müller, der sich den Bühnennamen W. von Bülo oder Winfried Bülow beilegt, auf Unterlassung des Gebrauchs beider Namen. Hier ist er durchaus im Recht. Denn daß S. v. M. jene Namen nur im Bühnenleben führt, entlastet ihn nicht. Ebenso ist es unerheblich, daß er das eine Mal das w am Ende des Familiennamens, das andre Mal das Adelsprädikat fortläßt; denn die Besorgnis, daß man den S. v. M. um seines falschen Namens willen mit dem Kläger verwechseln oder ihn für einen Verwandten des Klägers halten könne, besteht auch in diesem Fall; der Schutz des Namens soll aber gerade derartige Irrtümer verhindern.

3. Wird das Namensrecht verletzt, so kann der Berechtigte gegen den andern auf Beseitigung der Beeinträchtigung (namentlich auf Vernichtung des Buchtitelblattes, auf dem der Herausgeber des Buchs sich einen falschen Namen beigelegt hat) und, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung für die Zukunft klagen (12). Auch eine bloße Feststellungsklage in Ansehung seines Namensrechts steht ihm, wenn er ein rechtliches Interesse daran hat, selbstverständlich offen (ZPO. 256). Ein Recht auf Schadensersatz hat er nur, wenn sein Gegner vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat (823).

4. Das Namensrecht ist ein Personenrecht, also weder vererblich noch veräußerlich. Hat jemand den Gebrauch seines Namens einem dritten schenkungsweise oder gegen Entgelt gestattet, so kann er die Erlaubnis jederzeit widerrufen: das im Namensrecht liegende Ausschlußrecht ist unverzichtbar.¹⁰

⁹) Abw. unfr. 4. Aufl. § 26 a bei Anm. 21 a.

¹⁰) Abw. RG. 5 S. 176; Opet S. 362.

5. Das Namensrecht zählt zu den absoluten nicht dinglichen Rechten. Denn es wirkt gegen jeden dritten und hat zum Gegenstande den unförperlichen Namen.

III. 1. Nicht selten nehmen Schriftsteller, Schauspieler u. a. nach Willkür einen Namen an, der von dem ihnen wirklich zukommenden Namen völlig abweicht (Pseudonym). Dazu sind sie wohl befugt: denn nur gegenüber einer Behörde ist die Führung eines falschen Namens strafrechtlich verboten. Doch müssen sie Sorge tragen, daß der von ihnen gewählte Name nicht das Namensrecht eines andern in einer dessen Interessen beeinträchtigenden Weise verletzt; ein Romanschriftsteller wird sich z. B. zurzeit sehr wohl das Pseudonym Gustav Franz, nicht aber das Pseudonym Gustav Frenssen aussuchen dürfen.

2. Der Pseudonymträger hat an seinem Pseudonym kein Privatrecht wie an seinem wirklichen Vor- und Familiennamen. Insbesondere hat er kein Ausschlußrecht an dem Pseudonym, kann also keinem Dritten dessen Führung verbieten; könnte doch der Dritte alsbald einwenden, daß er das gleiche Pseudonym angenommen habe, also den Namen nicht unbefugt führe.¹¹ Nur dann, wenn im geschäftlichen Verkehr die Benutzung eines fremden Pseudonyms arglistig, nämlich in einer Weise erfolgt, die darauf berechnet und geeignet ist, Verwechslungen mit dem Pseudonym hervorzurufen, ist dem Pseudonyminhaber ein Anspruch auf Unterlassung für die Zukunft und auf Schadensersatz gesetzlich zugebilligt.¹²

IV. Besondere Vorschriften gelten für die dem „Namen“ verwandten kaufmännischen Firmen und Warenzeichen sowie für den Adelsnamen. Nach dem Plan dieses Werks ist auf diese Besonderheiten nicht weiter einzugehen.

6. Wohnsitz.

§ 38.

I. Der Wohnsitz (das Domizil) eines Menschen ist der Ort, an dem er privatrechtlich „zu Hause“ ist. Es gibt Personen, die an mehreren Orten zugleich, und es gibt andre Personen, die nirgends zu Hause sind: jene haben einen mehrfachen Wohnsitz; diese sind wohnsitzlos (7 II, 10 II).

1. a) Man begründet seinen Wohnsitz der Regel nach durch freie Wahl und gibt ihn ebenso durch freie Wahl wieder auf. Die Wahl bedarf aber keiner wörtlichen Erklärung und nicht einmal eines bewußten Entschlusses, sondern geschieht einfach durch die Art der tatsächlichen Lebensführung: man erlangt den Wohnsitz da, wo man sich „ständig niederläßt“ (7 I). Daß man nach einem Ort „zieht“ und dort eine Wohnung nimmt, genügt zur Begründung eines Wohnsitzes nicht, sofern man erkennbar an dem Ort nur vorübergehend Aufenthalt nehmen, also nicht „zu Hause“ sein will. Ebenso wenig genügt es aber auch zur Aufgabe des Wohnsitzes, daß man von dem bisherigen Wohnort fortzieht und die dortige Wohnung räumt, sofern man erkennbar an den Ort demnächst zurückkehren und auch inzwischen dort „zu Hause“ sein will. Ebenso umgekehrt: man kann einen Wohnsitz an einem Ort begründen, ohne

11) Planck, Anm. 4 zu § 12; Dshausen S. 44; Gareis S. 21. Abw. Manes, das Recht des Pseudonyms (99) S. 47 ff.; Hölder S. 102; Gütte S. 327; Leonhard S. 80.

12) Siehe RGef. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 27. Mai 96 § 8.

daß man dort eine eigne Wohnung nimmt, und kann ihn aufgeben, obschon man dort eine eigne Wohnung behält.

Beispiele. I. Der Fabrikbesitzer A. in Merseburg wird auf ein Jahr in das Zuchthaus zu Halle abgeführt. Fortab ist also Halle zwangsweise sein Aufenthaltort. Dagegen hängt es von seinem freien Willen ab, ob er auch den Wohnsitz dorthin verlegen will. Dieser Wille wird z. B. anzunehmen sein, wenn er die Fabrik in Merseburg auflöst, seine dortige Wohnung kündigt und seine Familie bei Verwandten unterbringt. Denn alsdann ist erkennbar, daß er das Jahr über im Zuchthause zu Hause sein will. II. 1. B. in Bremen hat seinen Vater, der zuletzt in Harzburg gewohnt hat, beerbt und gibt nun seine Bremer Wohnung auf, um nach Boppard zu ziehen; während die Möbel zwischen Bremen und Boppard unterwegs sind, geht er mit seiner Familie nach Harzburg und wohnt hier in dem väterlichen Hause, annouciert aber zugleich in der Zeitung, das Haus samt Mobilien solle schleunigst verkauft werden. Hier hat B. den Wohnsitz in Bremen aufgegeben, ohne in Harzburg und fürs erste auch in Boppard einen neuen Wohnsitz zu begründen. Er ist also vorübergehend wohnsitzlos. 2. Derselbe Fall: nur scheidet B. bloß die Familie nach Harzburg, während er selbst auf eine Woche in ein Bremer und dann in ein Bopparder Gasthaus übersiedelt. Hier ist anzunehmen, daß B. nur in der Zeit, während er persönlich von Bremen nach Boppard fährt, ohne Wohnsitz ist, indem er den Wohnsitz in Bremen erst mit der Abreise vom Gasthause aufgibt, den in Boppard schon mit der Ankunft im Gasthause erwirbt. Doch ist auch ein andres denkbar, z. B. daß er sich schon während des Aufenthalts im Bremer Gasthause dort als Fremden angesehen hat. Diese Anschauung würde namentlich hervortreten, wenn B. sich bereits bei der Übersiedlung ins Bremer Gasthaus in Bremen polizeilich abgemeldet hätte. 3. Derselbe Fall wie zu 2.; nur verunglückt B. auf der Reise nach Boppard, wird in Duisburg ins Krankenhaus gebracht und stirbt dort; inzwischen hat seine Familie die Wohnung in Boppard eingerichtet und bezogen. Hier hat B. mit dem Einzug der Familie in die Bopparder Wohnung dort auch seinen Wohnsitz erworben, ohne jemals in Boppard anwesend gewesen zu sein. III. C. gibt, als er heiratet, seine bisherige Junggesellenwohnung in Görlitz auf; während seiner Hochzeitsreise soll die Schwiegermutter ebenda eine neue Wohnung für ihn mieten und einrichten, so daß das junge Paar bei der Rückkehr sofort einziehen kann. Hier hat C. auch während der Hochzeitsreise, obschon zeitweise ohne Wohnung, doch den Wohnsitz in Görlitz behalten. IV. Der Sänger D., der sich von der Bühne zurückgezogen hat und seitdem ein bescheidenes Landhaus in Tegernsee bewohnt, kehrt wieder zur Bühne zurück, läßt sich zunächst auf drei Jahre in München engagieren und nimmt hier in einem Gasthause Wohnung, während er die Villa in Tegernsee zum Wohnen eingerichtet beibehält. Hier ist, wenn D. die Villa erkennbar nur gelegentlich als Absteigequartier für Jagden benutzen will, anzunehmen, daß er den Wohnsitz nur in München hat; läßt er dagegen seine Familie in der Villa zurück, so ist anzunehmen, daß er einen Doppelwohnsitz in München und in Tegernsee haben will; verläßt er endlich, so oft er freie Zeit hat, München und wechselt fortwährend seine Hotelzimmer oder gar das Hotel, so ist anzunehmen, daß Tegernsee sein einziger Wohnsitz ist. V. Der Zeitungsschreiber E. pflegt, während der Reichstag einberufen ist, ständig in Berlin, sonst aber in Stuttgart zu wohnen. Hier ist, wenn E. weder in Berlin noch in Stuttgart einen eignen Haushalt hat, anzunehmen, daß er den Wohnsitz abwechselnd an beiden Orten hat; hat er dagegen in Stuttgart einen eignen Haushalt, in Berlin nicht, so ist anzunehmen, daß sein Wohnsitz nur in Stuttgart ist.

b) Minderjährige oder andre Personen, deren Geschäftsfähigkeit beschränkt oder ganz ausgeschlossen ist, können einen Wohnsitz nur mit Zustimmung ihres Gewalthabers begründen oder aufheben (8).

2. In wichtigen Fällen wird der Wohnsitz einer Person nicht durch ihre freie Wahl, sondern durch Gesetzesvorschrift begründet und aufgehoben.

a) Eine Ehefrau hat denselben Wohnsitz wie ihr Mann und keinen eignen selbständigen Wohnsitz daneben, selbst wenn sie tatsächlich an einem andern Ort lebt als er. Und zwar ist sie an diesen Wohnsitz gebunden, ob sie will oder nicht, solange die Ehe dauert, und auch ihr Mann ist nicht imstande, ihn ihr zu erlassen. Nur in zwei Ausnahmefällen ist sie frei und kann ihren Wohnsitz nach eigenem Ermessen begründen und aufheben: erstens, wenn der Mann wohnsitzlos ist, zweitens, wenn der Mann ins Ausland geht und sie ihm befügtermaßen die Folge verweigert (10).

b) Ein eheliches Kind hat zunächst denselben Wohnsitz wie sein Vater und keinen eignen selbständigen Wohnsitz daneben, selbst wenn es tatsächlich an einem andern Ort lebt als er. Es ist aber an den väterlichen Wohnsitz nicht so streng gebunden wie seine Mutter: nicht bloß in Ausnahmefällen, wie die Mutter, sondern ganz allgemein ist das Kind befugt, nach Maßgabe der Regeln zu 1, 2a und 2d einen Wohnsitz selbständig zu begründen und aufzugeben. Macht es von dieser Befugnis keinen Gebrauch, so behält es den väterlichen Wohnsitz, auch wenn es volljährig geworden und sogar, wenn der Vater bereits gestorben ist; davon daß im letzteren Fall an die Stelle des väterlichen ohne weiteres der mütterliche Wohnsitz trete, ist keine Rede (11).

c) Ein uneheliches Kind teilt in derselben Weise, wie ein eheliches Kind den Wohnsitz des Vaters, so seinerseits den der Mutter (11).

d) Eine Militärperson, die nicht bloß zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dient, hat ihren Wohnsitz der Regel nach am Ort der Garnison, selbst wenn sie an einem andern Ort wohnt (9).

Beispiele. I. 1. A. führt ein liebedliches unstetes Leben; 05 wohnte er in Worms, 07 als Bordellwirt in Hamburg; das Jahr dazwischen trieb er sich wohnsitzlos in der Umgegend von Leipzig umher; seiner ehrsamem Frau verweigert er die Aufnahme; die Frau hat sich deshalb ein Geschäft in Düren eingerichtet und lebt daselbst, ohne zu wissen, wo ihr Mann sich aufhält; 08 stirbt A. Wenn hier Frau A. nachträglich von den Schicksalen A.s hört, erfährt sie zugleich, wo inzwischen ihr eigener Wohnsitz gewesen ist, nämlich 05 in Worms, 06 in Düren, 07 in Hamburg, 08 wieder in Düren; daß sie nicht verpflichtet war, dem Mann auf seinen üblen Wegen zu folgen, ändert an der Richtigkeit dieser Feststellung nichts; denn Worms, Leipzig und Hamburg liegen nicht im „Auslande“. Insbesondere läßt sich daran, daß sie 07 in absentia Bordellwirtin in Hamburg war, nichts ändern.¹ 2. Derselbe Fall; nur haben A. und Frau einen kleinen Sohn, den A. bei seiner Schwester in Trier untergebracht hat. Hier ist der Wohnsitz des Sohnes 05 in Worms, 07 in Hamburg; 06 war er wie der Vater wohnsitzlos. Den Hamburger Wohnsitz behält er auch 08 bei, bis die Mutter ihn an sich nimmt oder sich mit ihrer Schwägerin in Trier über ihn verständigt. II. Die B., die 22 Jahre alt ist, dient als Köchin in Detmold, während ihre Eltern in Remscheid wohnen. Hier behält die B. zunächst den Wohnsitz in Remscheid, bis sie durch besondere Handlungen zu erkennen gibt, daß sie sich von den Eltern emanzipiert. Dasselbe ist der Fall, wenn die B. Fabrikarbeiterin, Hofdame, Ladenfräulein, Lehrerin ist; nur ist hier eine Emanzipationsabsicht der B. leichter anzunehmen, da ihre Lebensführung in diesen Berufen eine selbständigere ist als in der Dienstbotenstellung.² III. 1. C. wohnt in Potsdam; seine Söhne D., E. und F. und seine Tochter G. sind 26, 24, 22 und 19 Jahre

1) RG. 59 S. 339. Abw. Dernb., BR. 1 S. 158.

2) Siehe die beiden Urteile bei Falkmann 2 S. 444.

alt; D. ist Referendar in Breslau, kommt zu jedem Urlaube „nach Hause“ und lebt ganz aus des Vaters Tasche; E. ist Leutnant im Franzregiment, wohnt in Charlottenburg, hat sich verheiratet, lebt aber wie D. ganz von der väterlichen Zulage; F. und die G. sind gegen das Verbot des Vaters zur Bühne gegangen, wohnen in Augsburg und unterhalten sich von ihrer Gage. Hier ist der Wohnsitz des Referendars D. und der (minderjährigen!) Schauspielerin G. in Potsdam, des Leutnants E. in Berlin, des Schauspielers F. in Augsburg. 2. Derselbe Fall; nur ist D. Assessor in Berlin geworden und wohnt in dem nämlichen Hause wie sein Bruder E. Hier hat D. den Wohnsitz von Potsdam nach Charlottenburg verlegt; daß er nach wie vor aus des Vaters Tasche lebt, macht nichts aus, da bei der hohen Stellung, die er als Assessor einnimmt, seine Emanzipationsabsicht nicht anzuzweifeln ist.

II. Der Wohnsitz ist privatrechtlich von großer Bedeutung. Namentlich ist er oft für den Erfüllungsort der Verbindlichkeiten (269) und damit auch für die Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts erheblich.³

III. Rückblick auf das bisherige Recht.

§ 39.

I. 1. Im älteren Recht galt ein neugeborenes Kind nur als rechtsfähig, wenn es sein Leben in einer nicht bloß dem Arzt verständlichen Weise, also z. B. durch Beschreien der vier Wände, kundgetan hatte.¹ Dies Erfordernis ist aber seit der Rezeption allgemein fallen gelassen.²

2. Im älteren Recht konnte der rechtsfähige Mensch seine rechtliche Persönlichkeit schon bei Lebzeiten einbüßen, so daß er seines Vermögens und seiner Familienrechte völlig verlustig ging. Es geschah dies, wenn er verknechtet wurde oder in Friedlosigkeit verfiel.

a) Die Verknechtung hat ihre ursprüngliche Bedeutung schon sehr früh verloren. Denn bereits in fränkischer Zeit hat man angefangen, den Knecht nicht als Sache, sondern als Person, wenn schon als Person minderen Rechts, zu behandeln.³

b) Dagegen ist die Friedlosigkeit, die namentlich gegen den eintrat, der Jahr und Tag in des Reiches Acht blieb, bis zum Ausgang des Mittelalters in Geltung gewesen.⁴

Der Friedlosigkeit verwandt ist die Strafe des bürgerlichen Todes, die noch in neuerer Zeit z. B. nach bairischem Recht galt. Doch bedeutete sie nur eine scharfe Minderung, nicht aber eine völlige Aufhebung der Rechtsfähigkeit. Jetzt ist sie abgeschafft, spätestens 1871 durch das Reichsstrafgesetzbuch.⁵ — Über den Eintritt ins Kloster s. unten bei Ann. 22.

3) Oben § 13 III, 2b und unten den Zusatz zu Buch II Abschn. 1.

1) Esp. I, 33; sächs. Lehnr. 20 § 1.

2) Regelsberger 1 S. 243.

3) Brunner 1 § 30.

4) Esp. I, 38 § 2; Verfemungsformel bei Kraut, D.Pr.R. § 49 Nr. 5.

5) Clerke 1 § 42^o.

c) Die Einrichtung der von weltlichen Beamten geführten **St a n d e s-**register besteht im Gebiet des rheinischen Rechts schon seit Anfang des 19. Jahrhunderts. Im größern Teil des übrigen Deutschlands ist sie dagegen erst 1874 und 1875 aus kirchenpolitischen Gründen eingeführt,⁶ während vorher die Führung der Standesregister der Kirche überlassen war.

d) Die **Lebens-** und **Todesvermutung** hat sich erst seit der Rezeption entwickelt; vorher hatte für diese Vermutungen ein Bedürfnis kaum bestanden, da das mittelalterliche deutsche Prozeßrecht auch über solche Tatsachen, die der Schwörende nur glaubte, nicht aber aus eigener Wahrnehmung kannte, einen Eidswert zuließ und der Beweis des Todes eines Verschollenen deshalb nicht besonders schwer war. Doch war das seit der Rezeption ausgebildete Verschollenheitsrecht nicht etwa römischen Ursprungs, da die Römer ein solches so wenig gekannt hatten wie die Deutschen, sondern nur Erzeugnis der Glossatorenweisheit und der Gerichtspraxis.⁷

Die für die Vermutungen maßgebenden Fristen wurden verschieden berechnet. Entweder nahm man an, daß der Verschollene 100 Jahre alt geworden sei, ohne Rücksicht auf die Dauer seiner Verschollenheit; dies wurde schließlich in Deutschland gemeines Recht, nur daß man statt des 100. das 70. Lebensjahr einsetzte („sächsische Praxis“).⁸ Oder man nahm an, daß der Verschollene nach dreißigjähriger Dauer der Verschollenheit gestorben sei, ohne Rücksicht auf sein Lebensalter („schlesische Praxis“); dies wurde von den meisten neuern Gesetzen angenommen, nur daß man die Fristen noch mehr verkürzte, z. B. in Preußen auf 10 Jahre, und zugleich für Minderjährige und Personen über 65 Jahre doch wieder auf das Lebensalter Rücksicht nahm.⁹

Anfangs griff die Todesvermutung kraft Gesetzes Platz. Erst seit dem 18. Jahrh. wurde eine gerichtliche Todeserklärung mit vorausgehendem Aufgebot gefordert. Nach den meisten Gesetzen wirkte die Todeserklärung „konstitutiv“, d. h. als Todesstag des Verschollenen galt der Tag, an dem die Todeserklärung erging oder rechtskräftig wurde.¹⁰

Eine positive Lebensvermutung wurde der Todesvermutung z. B. in Ostpreußen und Württemberg, nicht aber z. B. in Hannover zur Seite gestellt.¹¹

II. 1. Im altdeutschen Recht spielte der **Geschlechtsunterschied** eine weit größere Rolle als jetzt: die Frauen standen lebenslänglich unter Vormundschaft, der Vater hatte im Erbrecht meist den Vorrang vor der Mutter, der Sohn vor der Tochter usw.¹² Doch sind diese Regeln im größten Teil Deutschlands schon gegen Ende des Mittelalters abgeschwächt und schließlich ganz verschwunden. — Seit der Rezeption wurden den Frauen die aus dem römischen Recht stammenden sog. „weiblichen Rechtswohlthaten“ gewährt; namentlich wurden die Bürgschaften der Frauen nur bei Beobachtung gewisser strenger Vertragsformen für verbindlich erklärt. Diese römischen Regeln sind erst in neuester Zeit beseitigt, z. B. in Preußen erst durch Ges. v. 1. Dezember 1869.¹³

2. Die rechtliche Abgrenzung des jugendlichen Alters hat im Lauf

6) Preuß. Ges. v. 9. März 74; R.Ges. v. 6. Febr. 75.

7) Bruns, Jahrb. d. gem. Rechts 1 S. 90. 8) Roth 1 S. 352.

9) Roth 1 S. 343. 10) Roth 1 S. 361. 11) Roth 1 S. 368.

12) Ed. Roth. 204; sächs. Lehrn. 2 § 1.

13) Stobbe-Lehmann 3 S. 380.

der Zeit sehr gewechselt. Anfangs nahm man nur eine einzige Altersstufe an, die meist auf das vollendete 12. oder 15. Lebensjahr gelegt wurde. Im Sachsen-
spiegel finden sich zwei Altersstufen, die eine am Ende des 7., die andre am
Ende des 21. Lebensjahrs. Nach der Rezeption werden drei Stufen ange-
nommen, am Ende des 7., des 14. (bei Mädchen des 12.) und des 25. Lebens-
jahrs. Später wird die dritte dieser Stufen vielfach zurückgesetzt, z. B. in
Preußen auf das Ende des 24. Lebensjahrs. Schließlich ist in Preußen 1869,
im ganzen Reich 1873 der jetzige Termin, also das Ende des 21. Lebensjahrs,
als Beginn der Volljährigkeit bestimmt.¹⁴

Volljährigkeitserklärungen kommen schon im Mittelalter vor, aber wohl unter römischem
Einfluß. Sie bedurften anfangs eines besondern kaiserlichen, später eines landesherrlichen
Privilegs; doch weist schon das preußische Landrecht sie den Gerichten zu.¹⁵

Im ältern Recht bis zur Rezeption war es jedem, der das 60. Lebensjahr vollendet
hatte, gestattet, sich nach Belieben einen Vormund zu wählen.¹⁶

3. a) Daß Geistesranke, Geisteschwache und Verschwender unter
Vormundschaft gestellt werden können, ist bereits im Mittelalter anerkannt.¹⁷
Dagegen galt eine Entmündigung von Trinkern vor Einführung des bürger-
lichen Gesetzbuchs nirgends als zulässig.

b) Leibliche Gebrechen wurden im Mittelalter weit mehr berücksichtigt
als jetzt. So bestimmen manche Quellen, daß Krüppel und Aussäzige kein
Erbrecht haben. Noch häufiger findet sich der Satz, daß, wer das Schwert
nicht mehr heben, das Roß nicht mehr besteigen kann, seine Habe nur mit Zu-
stimmung seiner Erben veräußern darf.¹⁸ Seit der Rezeption sind diese Regeln
schnell in Vergessenheit geraten.

4. a) In der älteren Zeit besaß von den Geburtsständen nicht bloß der
Adel, sondern auch der Stand der Leibeigenen sein Sonderrecht: der Leib-
eigene konnte ohne die Erlaubnis seines Herrn weder seinen Wohnsitz ändern
noch eine Ehe eingehen; er war dem Herrn zu Diensten und Abgaben aller
Art verbunden usw. Aufgehoben ist die Leibeigenschaft zuerst auf den landes-
herrlichen Domänen; die Freigabe der andern Leibeigenen folgte erst später,
z. B. in Baden 1783, in Altpreußen 1807, in Hannover 1833.¹⁹

Einige privatrechtliche Besonderheiten galten in älterer Zeit auch für den höheren
Bürgerstand: so erfreuten sich z. B. in Hessen-Kassel die Ehegatten des niedern Volks
der Errungenschaftsgemeinschaft, während die des höhern Bürgerstands wie die des Adels
mit dem römischen Dotalrecht vorlieb nehmen mußten.²⁰

b) Die Weltgeistlichen wurden im Mittelalter in bezug auf ihr aktives
Erbrecht vielfach den Frauen gleichgestellt. Ebenso wurde ihr passives Erbrecht
zugunsten von Kirche oder Bischof eigentümlich umgestaltet. Ihre Ehen waren
nicht bloß kirchlich verboten, sondern auch nach weltlichem Recht ungültig.²¹

14) Stobbe 1 § 40 I.

15) Stobbe 1 § 40 III; preuß. LR. II, 18 § 720; preuß. RabOrd. v. 16. Juni 1808.

16) Stobbe 1 § 41¹. 17) Augsb. Stadtr. 60; Lüb. Recht, Sach cod. II c. 102.

18) Esp. I 4, 52 § 2. 19) Belege bei Kraut § 46.

20) Roth 2 C. 41^o. Siehe auch pr. LR. I, 6 § 112, II, 1 § 701.

c) Ordensgeistliche galten mit Rücksicht auf ihr Armutsgelöbniß nach kanonischem Recht als vermögensunfähig; ihr ganzes Vermögen, mochten sie es schon zur Zeit der Professleistung besitzen oder später erwerben, fiel an ihren Orden.²² Auch das weltliche Recht²³ nahm im Mittelalter bis in die neueste Zeit Vermögensunfähigkeit der Ordensgeistlichen an, ließ aber meistens das Vermögen, das sie zur Zeit der Professleistung besaßen, nicht an den Orden, sondern an ihre nächsten Erben fallen; nach der Professleistung sollten sie weder durch Erbschaft noch durch Rechtsgeschäft einen Erwerb machen können. Hiernach, und da sie auch keine Familienrechte haben konnten, waren die Ordensgeistlichen bürgerlich tot.

5. Ehrlose mußten ihren Makel im Mittelalter rechtlich schwerer büßen als jetzt, indem sie z. B. in gewissem Umfang für nicht erbfähig erklärt wurden.²⁴ Eine besondere Art der Ehrenminderung war die Anrüchigkeit, mit der alle unehelich Geborenen sowie Personen, die ein zwar nicht unsittliches, aber doch verrufenes Gewerbe betrieben, z. B. fahrende Musifanten und Abdecker samt ihren Nachkommen, behaftet waren; die Anrüchigkeit ist aber im Lauf des 18. Jahrhunderts fast ganz verschwunden; am längsten hat sie den Abdeckern angeklebt: noch ein Reichsgesetz von 1772 ließ sie in Verruf.²⁵

6. Im Mittelalter galt die Ungläubigkeit als schweres Verbrechen: alle Ungläubigen (christliche Ketzer, Juden, Gottlose) waren deshalb, soweit sie überhaupt mit dem Leben davorkamen, den schwersten Rechtsnachteilen ausgesetzt.²⁶ Seit der Reformation ist die Strafbarkeit der Ketzerei zu gunsten der drei christlichen Hauptbekenntnisse (des katholischen, des lutherischen und des reformierten) aufgehoben, zuerst durch den Augsburger Religionsfrieden von 1555, dann nachdrücklicher durch den Westfälischen Frieden von 1648.²⁷ Immerhin durfte auch jetzt noch der Landesherr die Andersgläubigen aus seinen Landen weisen, soweit ihnen nicht der Besitzstand des Jahres 1624 zugute kam; und wenn er sie in seinen Landen ließ, hat er sie — freilich jenen Reichsfriedensgesetzen zuwider — oft genug privatrechtlich schwer benachteiligt indem er ihnen z. B. den Grunderwerb verbot.²⁸ Erst die deutsche Bundesakte von 1815 hat den drei Hauptbekenntnissen in ganz Deutschland die volle bürgerliche Gleichberechtigung zugesagt.²⁹ — Die christlichen Sektierer sowie die sog. Dissidenten sind weder durch die vorgenannten Friedensgesetze noch durch die deutsche Bundesakte³⁰ geschützt. Sie wurden deshalb in manchen Gebieten sehr gedrückt: selbst Preußen hat z. B. den Mennoniten noch bis

21) Csp. I, 5 § 3; Friedberg, Kirchenrecht § 179 IV, 143 II.

22) Friedberg a. a. O. § 88 V.

23) Csp. I, 25 § 1; pr. RN. II, 11 § 1199. Über Bayern s. Friedberg § 88³⁷.

24) Csp. I, 38 § 1; Stobbe 1 § 47.

25) Csp. I, 38 § 1; Stobbe 1 §§ 47, 48.

26) Csp. II, 13 § 7.

27) Instr. pacis Osnabr. V, 35.

28) Stobbe 1 § 45³.

29) Bundesakte 16.

30) Trotz ihres Wortlauts, Kraut § 52 Nr. 8.

1867 den Grunderwerb verboten.³¹ Erst seit dem Bundesgef. v. 3. Juli 1869 sind auch sie den Anhängern der drei Hauptbekenntnisse privatrechtlich gleichgestellt.

7. a) In ältester Zeit war der Ausländer (der „Eltende“) völlig rechtlos; eine Ausnahme galt nur, wenn er vom Volk oder König in Schutz genommen wurde; doch geschah das nur selten, und das Maß des Rechts, das er dank solchen Schutzes genoss, sowie die Dauer des Schutzes hing von dem Gutdünken des Volks oder des Königs ab.³² Seit der fränkischen Zeit verschwand dies strenge Recht:³³ es galt jetzt als selbstverständlich, daß der Fremde unter dem Schutz des Königs oder des Landesherrn stand, und damit war seine völlige Rechtlosigkeit beseitigt. Doch war man weit davon entfernt, ihn den Inländern gleichzustellen, sondern beschränkte ihn in mannigfacher Art, z. B. durch die Regel, daß der ausländische Erbe eines inländischen Nachlasses $\frac{1}{10}$ — $\frac{1}{2}$ seiner Erbschaft als sog. Abschoss an den Landesherrn, die Stadt oder den Grundherrn abgeben mußte.³⁴ Zu einer grundsätzlichen Gleichstellung von In- und Ausländern in privatrechtlichen Angelegenheiten ist man erst während des vorigen Jahrhunderts gelangt; der Abschoss ist z. B. in Preußen erst 1822 aufgehoben.³⁵ — Als Ausländer galt in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten anfänglich nicht bloß der Welsche oder Slave, sondern auch der einem andern Rechtsgebiet angehörige Deutsche. Dabei ist es noch bis ins 19. Jahrhundert geblieben: erst die deutsche Bundesakte hat allen Bundesangehörigen den Erwerb des Grundeigentums und die Freiheit von Abschoss und verwandten Abgaben im ganzen Bundesgebiet gewährleistet,³⁶ und die Reichsverfassung hat diese Gleichstellung sämtlicher Reichsangehöriger auf das ganze bürgerliche Recht ausgedehnt.³⁷

b) Eine besondere Rechtsstellung nahmen im älteren Recht die Juden ein, indem sie als Nichtchristen und als Ausländer zwiefach ungünstig behandelt wurden: an vielen Orten durfte jeder Jude nicht mehr als ein Haus und auch dies nur im Judenviertel erwerben; der Erwerb von Landgütern wurde ihnen in vielen Gegenden ganz untersagt; Verträge zwischen Juden und Christen mußten gerichtlich abgeschlossen werden; jüdische Ehefrauen entbehrten der römischen Dotalprivilegien u. s. f. Andererseits gewährte man aber den Juden auch mancherlei Privilegien, um ihnen den Handelsbetrieb zu erleichtern, da man den jüdischen Handel im Interesse der Staatsfinanzen und der Volkswirtschaft für unentbehrlich hielt: sie durften nämlich Zinsen nehmen, während den Christen regelmäßig die Zinsnahme verboten war, und als den Christen ein Zinssatz von 5% gestattet wurde, kam den Juden immer noch das Privileg eines höheren Zinssatzes zu; ferner war der Verkauf von Fahrnis durch Juden besonders gesichert; ihr Familien- und Erbrecht wurde nach jüdischen Gesetzen

31) Born-Könne, preuß. Staatsr. 5. Aufl. (06) 2 S. 211.

32) Heusler, Instit. 1 S. 145. 33) Lex Cham. 9.

34) Stobbe 1 § 42. 35) Pr. KabOrd. v. 11. April 22.

36) Bundesakte 18. 37) RVerf. 3.

beurteilt usw.³⁸ — Im Lauf der Neuzeit ist die Rechtsstellung der Juden allmählich verbessert. Namentlich das französische Recht und sodann das preußische Judenedikt von 1812 brach mit der Vorstellung, daß die im Inlande aufgenommenen Juden Ausländer seien. Völlige Gleichstellung mit den Christen erhielten die Juden durch das Bundesgef. v. 3. Juli 1869. Doch ist die Ehe zwischen Christen und Juden erst seit Einführung der Zivilehe, 1875, allgemein zugelassen.

III. 1. Das bisherige Recht hatte die Namensführung zum Teil anders geregelt als das bürgerliche Gesetzbuch; so behielt z. B. in Sachsen die geschiedene Ehefrau ausnahmslos den Namen ihres bisherigen Ehemanns.³⁹

2. Ob jede Privatperson an ihrem Namen ein durch Klage verfolgbares Ausschlußrecht habe, war im bisherigen Recht bestritten. Doch neigte Theorie und Praxis in neuerer Zeit zur Bejahung der Frage.⁴⁰

Zusatz zu Abschnitt 3.

I. Kollisionennormen.

1. Ist jemand zu der Zeit, als er in Verschollenheit geriet, deutscher Staatsangehöriger gewesen, so wird er im allgemeinen nach deutschem Verschollenheitsrecht beurteilt, mag er auch zuletzt im Auslande gewohnt haben (§ 9 I); nur für seine nach ausländischem Recht zu beurteilenden Rechtsverhältnisse und für sein im Auslande befindliches Vermögen ist ausländisches Verschollenheitsrecht anzuwenden (i. § 9 II);¹ für letztere Rechtsverhältnisse ist also eine deutsche Todeserklärung nicht wirksam, vielmehr eine besondere ausländische Todeserklärung nötig. Für Ausländer gelten die entsprechenden Regeln in umgekehrter Richtung: sie unterliegen im allgemeinen dem Verschollenheitsrecht ihres Heimatsstaats (i. § 9 I);² nur mit Bezug auf Rechtsverhältnisse, die nach inländischem Recht zu beurteilen sind, und auf ihr inländisches Vermögen sollen auch für sie die deutschen Verschollenheitsregeln anwendbar sein; mit Beschränkung auf diese inländischen Rechtsverhältnisse kann also durch ein deutsches Gericht auch eine Todeserklärung gegen Ausländer ausgesprochen werden (§ 9 II).

2. Eine Entmündigung ist gegen deutsche Staatsangehörige immer statthaft, mögen sie auch im Auslande wohnen; doch werden wir auch eine Entmündigung Deutscher, die im Auslande erfolgt ist, anerkennen, wenn sie dort ihren Wohnsitz oder, wohnsitzlos, ihren Aufenthalt haben (i. § 8).³ Gegen Ausländer ist eine Entmündigung bei uns nur statthaft, wenn sie im Inlande wohnen oder, wohnsitzlos, hier ihren Aufenthalt haben (§ 8).

3. Der Erwerb des Namensrechts wird durch die Gesetze des Staats bestimmt, dem der Namensträger angehört. Dagegen richtet sich der Inhalt des Namensrechts nach den Gesetzen des Orts, wo das Recht geltend gemacht wird, d. h. des Orts, wo die angebliche Verletzung des Namensrechts begangen ist. — Beispiel: ein in Deutschland geschiedener Engländer verbietet seiner aus Paris stammenden, aber jetzt in Deutschland wohnhaften Frau, sich bei ihrem gelegentlichen Aufenthalt in Paris seines Familiennamens zu bedienen; ob die Frau diesen Namen materielle zu führen befugt ist, muß nach englischem, ob, wenn die Frage zu verneinen ist, der Mann ihr privatrechtlich die Führung des Namens verbieten kann, muß nach französischem Recht beurteilt werden.

4. Das deutsche Wohnsitzrecht gilt nur für Deutsche. Für Ausländer gilt ihr Heimatsrecht.⁴

38) Stobbe 1 § 46.

39) Sächs. bürgerl. GB. 1748.

40) Vierke § 83¹⁷.

1) Wagner zu § 9; Planck zu § 9. Abw. Zitelmann 2 S. 109; Niemeyer, internat. Privatr. S. 120.

2) Zitelmann 2 S. 109.

3) Folgt analog aus § 8; abw. Zitelmann 2 S. 103. Siehe oben § 13¹⁴ 15.

4) Vgl. aber Zitelmann 2 S. 61, 56.

II. Übergangsvorschriften.

1. Eine Todeserklärung soll nach bisherigem Recht beurteilt werden, wenn das auf die Todeserklärung abzielende Verfahren schon vor 1900 anhängig gewesen ist (E.G. 161 I); nur gewisse familienrechtliche Wirkungen der Todeserklärung folgen seit 1900 dem neuen Recht (E.G. 158 flg.). Dagegen ist, wenn das Verfahren erst seit 1900 anhängig wurde, in jeder Beziehung neues Recht anzuwenden, auch wenn die Todeserklärungsfrist zum Teil in die Zeit vor 1900 fällt (s. E.G. 161); doch darf als Todestag kein Tag festgesetzt werden, der vor den 1. Januar 00 fällt, falls die Festsetzung mit einer nach früherem Recht begründeten Lebens- oder Todesvermutung in Widerspruch geraten würde.⁵

2. Ob eine vor 1900 ausgesprochene Entmündigung zu Recht erfolgt ist, bestimmt sich nach älterem, die Wirkung dieser Entmündigung bestimmt sich dagegen von 1900 ab nach neuem Recht (E.G. 155, 156).

3. Ob jemand vor 1900 ein Recht auf einen bestimmten Namen erworben hat, bestimmt sich mit Wirkung auch für die Zeit nach 1900 nach altem Recht. Dagegen folgt der Inhalt des vor 1900 erworbenen Namensrechts seit 1900 dem neuen Recht (s. E.G. 181).

4. Der Wohnsitz bestimmt sich seit 1900 nach neuem Recht.

5) Usw. einerseits Pland Num. 2 zu E.G. 158, andererseits Affolter S. 216.

Vierter Abschnitt.

Die Rechtsgegenstände.

I. Allgemeines.

§ 40.

I. Gegenstand eines subjektiven Rechts ist das Gut, das der Berechtigte vermöge des Rechts unmittelbar beherrscht.

II. Als Gegenstände von Rechten kommen vor:

1. Personen,

2. Sachen,

3. Rechte und sonstige unkörperliche Güter.

Beispiele. I. Gegenstand des elterlichen Rechts eines Vaters ist (neben andern) die Person seines Kindes. II. Gegenstand des Eigentums an einem Landgut ist das Gut. III. 1. Gegenstand des Nießbrauchs an einem Forderungsrecht ist das Forderungsrecht. 2. Gegenstand eines Patentrechts ist die patentierte Erfindung. IV. 1. Gegenstand des Erbrechts ist der ganze Nachlaß des Erblassers bestehend aus Sachen und unkörperlichen Gütern, z. B. Forderungen. 2. Gegenstand der Hypothek an einem Hause ist das Haus und dessen zum Teil gleichfalls aus unkörperlichen Gütern, z. B. Forderungsrechten, bestehendes Pfandzubehör.

III. Allgemeine Regeln gibt es nur für gewisse Arten und für gewisse Beziehungen der Rechtsgegenstände, nämlich für die Sachen, für die Erträge, Früchte, Nutzungen und Lasten der Rechtsgegenstände, für die sog. mündelsichern Anlagen. Deshalb wird im folgenden auch nur von ihnen die Rede sein.

II. Sachen.

1. Sache, Sachbestandteil, Sachbegriff.¹

§ 41.

I. Sachen sind alle Gegenstände, die Körper haben (90), ausgenommen der Leib des Menschen.² Den Gegensatz zu ihnen bilden einerseits die Personen, andererseits die unkörperlichen Güter.

1) Bekker, über die natürl. Beschaffenheit der Objekte unsrer dinkl. Rechte (Sitzungsberichte der Berl. Akad. d. Wissensch. 98 Nr. 43); Weil, Begriff und Bedeutung d. Nebensachen u. Zutaten (07).

2) Gareis, Recht am menschl. Körper (00). Das Gesetz schweigt.

Beispiele. I. Eine „Sache“ ist jedes beliebige Exemplar der neuesten Nummer des *Simplizissimus*, bestehend aus Papier und Druckerschwärze, nicht aber der Inhalt dieser Nummer, bestehend aus Geist und Wiß. II. 1. Ein Mädchen hat ihr schönes Haar an einen Friseur verkauft; nachher wird ihr aber der Handel leid, und sie lehnt es ab, das Haar sich abschneiden zu lassen. Hier ist ein Zwang gegen sie nicht möglich; denn ihr Haar ist keine „Sache“ und auch kein wirtschaftliches Gut anderer Art, sondern ein Teil ihrer Person und kann deshalb nicht gültig verkauft werden. 2. Derselbe Fall; nur hat das Mädchen das Haar sich bereits abschneiden lassen und will es dem Käufer bloß nicht ausliefern, weil sie von anderer Seite ein höheres Gebot erhalten hat. Hier kann das Haar dem Mädchen gewaltsam fortgenommen werden; denn sobald das Haar abgeschnitten ist, ist es zur „Sache“ geworden.

Auch der menschliche Leichnam ist an und für sich keine „Sache“. Er kann aber zur Sache werden. Dies geschieht namentlich dadurch, daß er einer Anatomie oder einem privaten Arzt zur Zerlegung ausgeliefert wird. Hierzu sind zuständig 1. die Erben, falls der Verstorbene es gestattet hat, 2. in gewissen Fällen kraft öffentlichen Rechts die Obrigkeit.

Der oben bestimmte Begriff der „Sache“ wird dadurch etwas modifiziert, daß gewisse Rechte als Bestandteile eines Grundstücks gelten sollen (96): sie sind also zu den Sachen zu rechnen, obschon sie des Körpers darben! Siehe ferner unten § 42 bei Anm. 16.

II. 1. Die Sachen sind entweder Sacheinheiten oder Sachbestandteile oder endlich Sachinbegriffe.

a) Sacheinheiten sind die kleinsten Sachen, die das Gesetz oder der Verkehr noch als etwas Ganzes gelten läßt.

b) Sachbestandteile sind die Teile einer solchen Sacheinheit.

c) Sachinbegriffe sind Sachen, die sich aus einer Mehrheit von Sacheinheiten zusammensetzen und sie zu einem größeren Ganzen verbinden.

Beispiele. I. Ein Schaf ist eine „Sacheinheit“. II. Die Wolle des Schafes ist, solange sie noch nicht geschoren ist, ein „Sachbestandteil“. III. Die Herde, zu der das Schaf gehört, ist ein „Sachinbegriff“. IV. Schaf, Wolle und Herde sind alle drei „Sachen“.

2. Nicht selten wird der Name „Sache“ in einem engeren Sinn, nämlich gleichbedeutend mit Sacheinheit gebraucht, und es wird demnach gelehrt, weder ein bloßer Sachbestandteil noch ein ganzer Sachinbegriff sei als „Sache“ anzusehn.⁴ Dieser Sprachgebrauch ist aber nicht zu billigen; denn er ist un bequem und steht mit der Terminologie des bürgerlichen Gesetzbuchs in offenbarem Widerspruch.

Beweis für das Letztere sind einerseits BGB. 97, andererseits BGB. 1035 in Verbindung mit BGB. 1030. Aus BGB. 97 geht nämlich hervor, daß es „Sachen“ geben muß, die zugleich Bestandteil einer andern Sache sind, da hier ausdrücklich hervorgehoben wird, daß gewisse „Sachen“ nicht Bestandteile einer andern Sache sein dürfen. Aus BGB. 1035, 1030 aber folgt, daß, da hier einerseits der Nießbrauch als Belastung einer „Sache“ definiert, andererseits ausdrücklich ein Nießbrauch an einem „Inbegriff“ erwähnt wird, auch ein Sachinbegriff als „Sache“ angesehen werden kann.

3) Sohn, Gegenstand (05) S. 18.

2. Arten der Sachen.

a) Grundstücke, Grundstücksbestandteile, Fahrnisssachen.¹

§ 42.

I. 1. Alle Sachen sind entweder Grundstücke oder Grundstücksbestandteile oder Fahrnisssachen.

a) Grundstücke (Liegenschaften, unbewegliche Sachen, Immobilien) sind die Teile, in die man die Erdoberfläche samt dem Erdinnern darunter und dem Luftraum darüber für die Zwecke des Privatrechts zerlegt hat.² Unter ihnen sind gesetzlich besonders ausgezeichnet die landwirtschaftlichen Grundstücke und unter diesen wieder die Landgüter; jene sind Grundstücke, die überwiegend zu landwirtschaftlichen Zwecken verwendet werden, sie mögen auf dem Lande oder in der Stadt belegen sein; diese sind landwirtschaftliche Grundstücke, die nach ihrer Einrichtung bestimmt sind, daß ihr Besitzer auf ihnen wohnt und seinen Lebensunterhalt hauptsächlich aus ihnen gewinnt.

Landwirtschaftliche Zwecke sind erstlich der Pflanzenbau, zweitens die Verwertung selbstgebauter Pflanzen durch Viehzucht, Brennerei u. dgl., vorausgesetzt, daß das eine wie das andre in Gewinnabsicht geschieht.² Eine Ausnahme gilt für die Forstwirtschaft: sie bildet einen eignen von der Landwirtschaft verschiedenen Wirtschaftszweig (§. 196 Nr. 2); demgemäß ist ein Forst so wenig als landwirtschaftliches Grundstück anzusehn wie ein Bergwerk, ein Fabrikgrundstück oder ein Ziergarten. Dagegen gilt als landwirtschaftlich der Bau von Obstbäumen, der Weinbau und, soweit sie sich überwiegend mit selbstgezogenen Pflanzen abgibt, wohl auch die Handelsgärtnerei.

Zu den Landgütern zählen namentlich die sogenannten Ritter- und Bauerngütern, nicht aber z. B. die Äcker und Wiesen der ländlichen Tagelöhner, die diesen lediglich einen Zuschuß zu ihrem sonstigen Verdienst geben sollen. Ob der Besitzer eines Landguts tatsächlich auf ihm wohnt und ob er den größten Teil seines Lebensunterhalts tatsächlich aus ihm gewinnt, ist gleichgültig; es genügt, wenn das Gut dazu „bestimmt“ ist, daß er auf ihm wohnt und von ihm lebt.

Über Komplexe, die aus einer Mehrheit von Grundstücken bestehen, s. unten zu IV.³

b) Grundstücksbestandteile sind gewisse Sachen, die mit einem Grundstück in körperlichem oder rechtlichem Zusammenhang stehen.

α) Grundstücksbestandteil ist erstens der innerhalb der Grundstücksgrenzen liegende gewachsene Erdboden.² Doch gibt es eine nicht unwichtige Ausnahme: nicht zu den Grundstücksbestandteilen zählen alle Teile des Erdbodens, die nach Landesrecht für bergbaufrei oder für regal erklärt sind (Salz, Stein- und Braunkohle, Eisenerze usw.).⁴

β) Grundstücksbestandteile sind zweitens alle Gegenstände, die mit dem Erdboden zu α fest verbunden sind, insbesondre Samen, der in den Boden gesät, Pflanzen, die in ihn gepflanzt, Baulichkeiten, die in ihm fundamementiert

1) Tobias, Arch. f. ziv. Pr. 94 S. 371; Oberwinter, Jahrb. f. Dogm. 51 S. 253.

2) Das Gesetz schweigt. 3) Bei Anmerkung 25.

4) Stobbe-Lehmann 2 § 125¹⁶.

sind (94 I). Doch gelten auch hier Ausnahmen. Es sind nämlich aus der Gruppe der Grundstücksbestandteile auszuscheiden (95 I):⁵

αα) sämtliche Gegenstände, die mit dem Erdboden nur zu einem vorübergehenden Zweck verbunden sind,

ββ) Gebäude und sonstige „Werke“, die jemand auf einem fremden Grundstück kraft eines ihm daran zustehenden beschränkten Rechts, insonderheit einer Grunddienstbarkeit, eines Nießbrauchs, eines Erbbaurechts, errichtet hat, selbst wenn die Verbindung zu einem dauernden Zweck geschah.

γ) Grundstücksbestandteile sind drittens alle Sachen, die in ein Gebäude, das nach den Regeln zu β selber als Grundstücksbestandteil gilt, zu dessen Herstellung eingefügt sind: diese Sachen sollen Bestandteile des Gebäudes sein, in das sie eingefügt sind (94 II); sie sind also mittelbar auch Bestandteile des Grundstücks, auf dem das Gebäude steht.⁶ Auch hier aber eine Ausnahme: Sachen, die in ein Gebäude nur zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt sind, gelten nicht als Bestandteile des Gebäudes (95 II) und also auch nicht als Bestandteile des Grundstücks, zu dem das Gebäude gehört.

αα) Eine Sache ist in ein Gebäude „eingefügt“, wenn und solange sie durch eine Fuge oder eine ähnliche Vorrichtung mit dem Gebäude verbunden ist.² Daß die Verbindung eine „feste“ sei, wird — anders als bei der Regel zu β — nicht gefordert.⁷

ββ) Eine Sache ist in ein Gebäude „zu dessen Herstellung“ eingefügt, wenn nach der Verkehrssitte anzunehmen ist, daß sie von der Einfügung ab zu dem Gebäude gehören und demgemäß — in Ermanglung einer entgegenstehenden Vereinbarung — auch bei einer Veräußerung oder Vermietung des Gebäudes in ihm verbleiben soll.² Es kommt also sehr darauf an, welchen Zwecken ein Gebäude dient, insbesondrer ob es dauernd für einen Gewerbebetrieb eingerichtet oder etwa ein bloßes Wohnhaus ist: im erstern Fall ist der Preis der Sachen, die zu dem Gebäude „gehören“, nach der Verkehrssitte sehr viel weiter als im letztern.⁸ Auch ist zu beachten, daß gerade in Fragen dieser Art die Verkehrssitte in den verschiedenen Gegenden Deutschlands eine sehr verschiedene ist.⁹

γγ) Eine Sache, die in ein Gebäude zu dessen Herstellung eingefügt ist, ist nur „zu einem vorübergehenden Zweck“ eingefügt, wenn nach Lage des Einzelfalls anzunehmen ist, daß der Urheber der Einfügung die Sache im Widerspruch zu der Verkehrssitte (ββ) nicht als zum Gebäude gehörig hat ansehen wollen, also namentlich dann, wenn seine Absicht im Einzelfall, der Verkehrssitte entgegen, erkennbar dahin ging, bei einer Veräußerung oder Vermietung des Gebäudes sie aus dem Gebäude zu entfernen.²

5) Albrecht, rechtl. Behandlung der Sachen des § 95 BGB. (Döst. Diss. 02). S. Meyer in der Breslauer Feistgabe für Dahn (05) S. 271.

6) RG. 63 S. 419; 65 S. 363. 7) RG. 60 S. 422, 63 S. 419. Vgl. ebenda 56 S. 291.

8) RG. 63 S. 419. 9) Siehe hierzu Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. 41 S. 289.

d) Grundstücksbestandteil ist viertens jedes Recht, das mit dem Eigentum am Grundstück verbunden ist (96).

Beispiele. I. Jemand entdeckt bei einer Ausschachtung, die er auf seinem Grundstück vornimmt, ein Kieselager, eine Ader Kupfererz, Reste römischen Mauerwerks und römisches Silbergerät, das anscheinend im 5. Jhd. dort vergraben ist. Hier sind das Kieselager (oben α zu Anfang) und das Mauerwerk (oben β zu Anfang) Grundstücksbestandteil; dagegen ist das Kupfererz und das Silbergerät nicht Grundstücksbestandteil, jenes nicht, weil es bergbaufrei (oben α am Ende), dieses nicht, weil es nur zu einem vorübergehenden, später freilich durch anderthalb Jahrtausend tatsächlich verfehlten Zweck mit dem Erdboden verbunden worden ist (oben $\beta\alpha$). II. 1. Wenn jemand im Garten ein Rosenbeet anlegt, ist zu unterscheiden, ob der Garten ihm gehört oder ob er ihn nur gemietet hat: im erstern Fall werden die Rosen der Regel nach Grundstücksbestandteil (oben β zu Anfang), im zweiten Fall werden sie es der Regel nach nicht (oben $\beta\alpha$). Denn der Eigentümer pflegt Rosen für immer, ein bloßer Mieter pflegt sie nur für die Zeit seines Mietkontrakts, also nur zu einem vorübergehenden Zweck, in den Garten zu pflanzen. 2. Wenn jemand dagegen Grassamen ausstößt oder Palmen „ins Freie“ pflanzt, macht es keinen Unterschied, ob er Eigentümer oder bloßer Mieter ist; vielmehr wird der Grassamen in jedem Fall Grundstücksbestandteil, die Palmen werden es nie. Denn auch ein Mieter sät Grassamen für immer, und auch ein Eigentümer pflanzt Palmen nur vorübergehend, nämlich nur während des Sommers, ins Freie. III. Durch das dem A. gehörige Grundstück x ist ein gemauerter Kanal gelegt, um die Abwässer des anstoßenden dem B. gehörigen Grundstücks y in den nächsten Fluß abzuführen: und zwar ist der Kanal so dauerhaft gebaut, daß er sicher nicht bloß einem vorübergehenden Zweck dient. 1. Hier ist der Kanal ein Bestandteil von x, wenn A. ihn angelegt hat (oben β zu Anfang). 2. a) Dasselbe ist der Fall, wenn der Kanal auf Grund einer von A. erteilten, aber im Grundbuch nicht eingetragenen Ermächtigung von B. angelegt ist. Denn eine derartige Ermächtigung gibt dem B. nach dem Sprachgebrauch des BGB. kein Recht „an“ x. b) Anders dagegen, wenn A. die dem B. erteilte Ermächtigung im Grundbuch als „persönliche Dienstbarkeit“ (1090) hat eintragen lassen. Denn alsdann hat B. ein beschränktes Recht „an“ x erworben, und kraft dieses Rechts hat er den Kanal angelegt. Der Kanal ist also Bestandteil nicht von x, sondern von B.'s Dienstbarkeit (oben β $\beta\beta$) und somit — unförperlich! IV. 1. Bei einem Neubau werden Tapeten erst durch Ankleben an die Wände, Öfen¹⁰ erst durch Befestigung im Fußboden oder durch Verbindung des Ofenrohrs mit dem Schornstein, drehbare Fensterläden erst durch Einhängen in die Haspen¹¹ „eingefügt“; vorher sind sie also unter keinen Umständen Gebäudebestandteil.¹² Ein bloßes Hineinstellen in ein Zimmer, ein bloßes Aufsetzen auf die Mauern oder das Dach des Gebäudes, ohne daß dabei eine Fuge, ein Nagel, ein Bindemittel verwendet wird, genügt zur Einfügung nicht.¹³ 2. a) Die Haustür und ihr Schloß, die Treppe, die Wandchränke dienen immer zur „Herstellung des Gebäudes“, welcher Art dieses auch sei. b) Die an den Häusern befestigten Briefkasten der Reichspost dienen niemals zur Herstellung des Gebäudes, welcher Art dieses auch sei. c) Gaskronleuchten, die an der Decke festgeschraubt sind, dienen zur Herstellung des Gebäudes, wenn dieses ein Gasthaus, sie dienen nicht dazu, wenn dieses ein gewöhnliches Wohnhaus ist.¹⁴ d) Ein eiserner Herd, der in eine Villa „eingefügt“ ist, dient gemäß der Ortsfötte zur Herstellung des Gebäudes, wenn die Villa am Wannsee, es dient nicht dazu, wenn die Villa am Titisee liegt. 3. Der Baumeister hat bei einem Neubau die Fenster zunächst nur provisorisch billig verglast: die kostbaren Spiegelscheiben, die die endgültige Fensterverglasung bilden sollen, lagern sicher verpackt im Keller und sollen erst eingefügt werden, wenn alle andre Arbeit fertig ist. Hier sind keine der beiden Scheibenarten Grundstücksbestandteil geworden, die billigen nicht, weil sie nur vorübergehend, die teuren nicht, weil sie überhaupt nicht eingefügt sind.

10) Siehe Tobiasz, Arch. f. z. Pr. 94 S. 394³¹.

11) RG. 60 S. 422. 12) Siehe RG. 62 S. 251.

13) RG. 56 S. 290. Abw. ebenda 62 S. 251.

14) Siehe RG. 58 S. 338.

c) Fahrnisfachen (bewegliche Sachen, Mobilien) sind alle übrigen Sachen, also alle Sachen, die weder Grundstücke noch Grundstücksbestandteile sind, lebende wie tote, Natur- wie Kunstprodukte.² Auch Gegenstände, die mit einem Grundstück verbunden sind, gehören hierher, falls sie trotz dieser ihrer Verbindung mit dem Grundstück nach den soeben zu b entwickelten Regeln nicht als Grundstücksbestandteile anzusehn sind,² also vor allem:

α) im Schoß der Erde befindliche bergbaufreie oder regale Mineralien (oben b α am Ende)

β) Gebäude, die auf dem Grundstück nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet sind (oben b β αα).¹⁵

Beispiel. Ein Zirkus, den ein umherreisender Kunstreiter auf einem öffentlichen Platz errichtet, ist, so fest er mit dem Boden verbunden sein mag, doch nicht Bestandteil des Grundstücks (95 I a), sondern ist als Fahrnisfache zu behandeln.

Zweifelhaft ist der Rechtscharakter von Gebäuden und sonstigen Werken, die jemand auf einem fremden Grundstück kraft eines ihm daran zustehenden beschränkten Rechts zu einem nicht bloß vorübergehenden Zweck errichtet hat (b β β.). Denn einerseits steht, wie schon erwähnt, fest, daß diese Gegenstände nicht als Bestandteile des Grundstücks gelten (95 I b). Andererseits läßt sich aber doch kaum denken, daß sie zur Fahrnis gerechnet werden sollen. Der einzige Ausweg, aus diesem Dilemma herauszukommen, ist dieser: jene „Gebäude und sonstigen Werke“ sind weder als Grundstücksbestandteil noch als Fahrnis, sondern als Bestandteile des Rechts, kraft dessen sie errichtet sind, anzusehn. Das klingt freilich sehr gezwungen, paßt aber zu dem geschraubten Stil des BGB. aufs beste: wenn ein Recht als Bestandteil eines Grundstücks angesehen werden kann (96), warum nicht auch umgekehrt ein Haus als Bestandteil eines Rechts?¹⁶

2. a) Die Unterscheidung von Grundstücken und Fahrnis ist rechtlich von der allergrößten Bedeutung. So ist für den Grundstückskauf gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben (313), während der Fahrniskauf keinerlei Form bedarf; die Übereignung und Verpfändung von Grundstücken kann nur unter Mitwirkung des Grundbuchamts bewerkstelligt werden (925, 873), während Fahrnisfachen ohne Mitwirkung einer Behörde, durch reines Privatgeschäft, übereignet und (abgesehen von gewissen Schiffen) auch verpfändet werden können (929, 1205, 1260) usw.

Beispiele. I. A. will seinem Nachbarn B. zwecks Verbesserung der beiderseitigen Grenze ein winziges Streifen seines Grundstücks im Wert von vier Mark und er will dem C. seine Gemäldegalerie im Wert von vier Millionen Mark verkaufen. Hier kann er das erstere Geschäft nur vor Notar oder Gericht, das letztere Geschäft kann er auch privatim unter vier Augen vornehmen. II. Will ein Zirkusdirektor seinen fliegenden Zirkus (s. das Beispiel oben hinter Anm. 15) verpfänden, so geschieht dies nach Fahrnisrecht ohne Mitwirkung des Grundbuchamts, z. B. durch Übergabe des Zirkus an den Gläubiger.

b) Von der rechtlichen Behandlung der Grundstücksbestandteile ist erst weiter unten zu handeln.¹⁷

c) Ebenso werden gewisse Sonderregeln, die nur für landwirtschaftliche Grundstücke oder gar nur für Landgüter gelten, erst später zu erwähnen sein.¹⁸

15) RG. 55 S. 284; Endemann 1 S. 234¹². Abw. Oerte 2 S. 10; Meyer in der Anm. 5 genannten Schrift S. 292.

16) Ebenso Fuchs, Grundbuchrecht 1 S. 273; Meyer a. a. O. S. 298. Abw. Oerte 2 S. 617¹³. 17) Siehe unten zu II, III. 18) Siehe unten z. B. § 43 I 3 b.

II. 1. a) Die Bestimmung der Sacheinheit hängt bei Grundstücken von der historischen Überlieferung und dem durch Eintragung im Grundbuch amtlich beurkundeten Willen des jeweiligen Grundstückseigentümers ab.¹⁹ Darauf, ob die für eine Grundstückseinheit in Anspruch genommenen Stücke Erdoberfläche miteinander zusammenhängen, kommt nichts an: weder ist der Zusammenhang ein zwingender Beweis für, noch die Trennung ein zwingender Beweis gegen die Einheit.²⁰

b) Dagegen wird bei Fahrnisfachen die Sacheinheit lediglich durch die jeweilige Verkehrssitte bestimmt mit der Maßgabe, daß fehlender körperlicher Zusammenhang der für eine Sacheinheit in Anspruch genommenen angeblichen Bestandteile die Einheit schlechthin ausschließt.

Beispiele. I. 1. Das dem A. gehörige und von ihm bewirtschaftete Rittergut Ponarth bildet, obschon es 3000 Hektar groß ist, eine Fülle von Wohnstätten, Äckern, Wiesen, Teiche usw. enthält und durch eine öffentliche Straße in zwei Teile zerrissen ist, ein einziges Grundstück. Denn es ist seit Menschengedenken immer in einer Hand gewesen und ist auch im Grundbuch unter einer einzigen Nummer eingetragen. 2. Nun verpachtet A. das ganze östlich der Straße gelegene Stück von Ponarth an B., so daß die Ost- und die Westhälfte des Guts fortan nicht bloß räumlich, sondern auch wirtschaftlich voneinander getrennt sind. Trotzdem bildet Ponarth nach wie vor ein einziges Grundstück und wird als solches im Grundbuch unverändert fortgeführt. 3. Schließlich erwirbt A. einen an die Westhälfte von Ponarth anstoßenden einen halben Ar großen Streifen Landes zu seinem Gut hinzu und macht aus diesem halben Ar und aus 200 Ar des alten Guts eine einzige große Wiese. Hier hat A., obschon sein neuer Erwerb mit dem alten Gut aufs innigste verschmolzen erscheint, dennoch zwei verschiedene Grundstücke; beide werden denn auch im Grundbuch unter verschiedenen Nummern (wennschon möglicherweise auf demselben „Blatt“) registriert. Diese Zweifelt verschwindet erst, wenn A. das alte Gut und den neu erworbenen halben Ar ausdrücklich für „ein“ Grundstück erklärt und dies im Grundbuch eintragen läßt (890). II. 1. B. hat eine Konsole, die in seinem Salon steht, mit dem darüber hängenden Wandspiegel durch zwei Klammern locker verbunden. Hier bilden Spiegel und Konsole nach der Verkehrssitte eine Sacheinheit, wenn sie im Stil zueinander passen. Andernfalls sind sie zwei verschiedene Sachen. 2. Sind Spiegel und Konsole nicht miteinander verbunden, so sind sie zwei verschiedene Sachen, auch wenn sie ihrem Stil nach eng zueinander gehören.

2. a) Daß man gewisse Teile der Erdoberfläche für eine Grundstückseinheit, daß man gewisse miteinander körperlich zusammenhängende bewegliche Sachen für eine Fahrniseinheit erklärt, ist von rechtlicher Bedeutung namentlich wegen des folgenden Satzes: jede Sacheinheit kann als Ganzes von einem dinglichen Rechtsvorgang betroffen, insbesondre kann über sie als Ganzes verfügt, sie kann als Ganzes gepfändet werden; ist dies geschehen, so ist der Vorgang zugleich für alle Bestandteile der Sacheinheit dinglich wirksam.

Beispiele. I. A. hat an seinem Grundstück x dem B. eine Hypothek bestellt; nachträglich stellt sich heraus, daß eine kleine Wiese, von der man annahm, daß sie dem Nachbar C. gehöre, ein Bestandteil von x sei. Hier erstreckt sich B.'s Hypothek ohne weiteres auch auf diese Wiese. II. Ein Gerichtsvollzieher will den oben bei 1 b, Beispiel II erwähnten Spiegel samt Konsole pfänden und tut dies, indem er sein Siegel an dem Spiegel, nicht aber auch an der Konsole befestigt. Hier ist die Konsole nur dann mitgepfändet, wenn sie Bestandteil des Spiegels ist.

19) Siehe unten § 173.

20) Vgl. RG. 63 S. 173.

b) Ob und inwieweit diese Regel eine Ausnahme erleidet, wird erst später zu zeigen sein.²¹

III. 1. Unter den Bestandteilen einer Sacheinheit werden zwei Gruppen unterschieden, die unwesentlichen und die wesentlichen.

a) Bezüglich dieser Unterscheidung gilt zunächst folgende Regel, die ihrem Wortlaut nach gleichmäßig für Grundstücke wie für Fahrnißsachen aufgestellt ist: unwesentlich ist jeder Bestandteil einer Sache, der sich von ihr trennen läßt, ohne daß er selber oder der Überrest der Sache dadurch zerstört oder in seinem Wesen verändert wird; wesentlich ist jeder andre Bestandteil (93).

b) Diese Unterscheidung wird aber in Ansehung der Grundstücksbestandteile wie folgt modifiziert: alle Gegenstände, die mit dem Erdboden eines Grundstücks fest verbunden oder in ein auf dem Grundstück errichtetes Gebäude zu dessen Herstellung eingefügt sind, sind, wenn sie überhaupt zu den Bestandteilen des Grundstücks gehören, wesentliche Bestandteile (94). Daß sie sich von dem Grundstück trennen lassen, ohne daß sie selber oder die übrigbleibenden Teile zerstört oder in ihrem Wesen verändert werden, macht also — in schroffem Gegensatz zu der Regel zu a — nicht das mindeste aus.

c) Demgemäß gibt es bei Grundstücken überhaupt nur zwei Arten von unwesentlichen Bestandteilen.²²

a) Die eine Art bilden die Teilgrundstücke. Man erhält sie dadurch, daß man in Gedanken die Erdoberfläche des Grundstücks in beliebige Teile zerlegt und jeder Teiloberfläche den Luftraum darüber und das Erdinnere darunter sowie alle mit diesem Stück Erdboden verbundenen sonstigen Grundstücksbestandteile zurechnet.

β) Die zweite Art bilden die mit dem Eigentum am Grundstück verbundenen Rechte.

Beispiele. I. 1. Ein Barren Gold hat nur unwesentliche Bestandteile. 2. Ein Zwanzigmarkstück hat nur wesentliche Bestandteile. 3. Ein Liter Wein hat sowohl unwesentliche wie wesentliche Bestandteile: unwesentlich ist jeder einzelne Tropfen Wein; wesentlich sind die in jedem Tropfen enthaltenen 12% Alkohol. 4. a) Unwesentliche Bestandteile einer neuen Nähmaschine sind die Räder, die Schiffschen usw.; denn wenn man sie ablöst, wird nur die Maschine als Ganzes zerstört, worauf es nach dem Gesetz nicht ankommt,²³ während die einzelnen Maschinenteile im wesentlichen das bleiben, was sie vorher waren. b) Wesentliche Bestandteile sind die nämlichen Gegenstände, falls die Maschine bereits in Gebrauch gewesen ist; denn wenn man sie ablöst, werden sie anderweit kaum mehr gebraucht werden können; sie haben also eine Änderung ihres Wesens erlitten. 5. Wesentlicher Bestandteil eines Apfelbaums sind die Äpfel; denn wurden sie einmal abgeschnitten, so können sie nie wieder werden, was sie vorher waren. II. 1. Bei einem Grundstück, das ein Haus trägt und im übrigen als Garten eingerichtet ist, ist sowohl das Haus wie der Garten unwesentlicher Bestandteil; nur muß man unter dem „Haus“ nicht bloß das Gebäude selbst von den Fundamenten bis zum Dach verstehen, sondern muß ihm auch den Erdboden darunter und den Luftraum darüber zurechnen. 2. Wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist dagegen jeder Mauerstein, jedes Fenster, jeder Dachziegel im Hause und ingleichen jede

21) Siehe unten zu III, 2.

22) Sohm S. 19.

23) Rrtmann im „Recht“ 10 S. 1120.

Erdkrume, jeder Baum, jeder Grassalm im Garten. 3. Hat endlich der Hauseigentümer in einer leeren Nische der Hausfassade eine Statue des heiligen Georg angebracht oder hat er im Garten zarte Sträucher angepflanzt, deren Überwinterung im Freien bedenklich ist, so ist es zweifelhaft, ob der heilige Georg und die zarten Sträucher wesentliche Bestandteile des Grundstücks geworden oder Nichtbestandteile^{23a} geblieben sind. Dagegen ist die vermittelnde Meinung, daß sie etwa als unwesentliche Grundstücksbestandteile anzusehn seien, von vornherein ausgeschlossen.

2. Die Unterscheidung von unwesentlichen und wesentlichen Sachbestandteilen hat rechtlich folgende Bedeutung (93).

a) So gut wie eine Sacheinheit ein allen ihren Bestandteilen gemeinsames, so gut kann auch jeder unwesentliche Bestandteil einer Sacheinheit sein besonders dinglichrechtliches Schicksal haben; insbesondere können die Beteiligten nicht bloß über eine Sacheinheit als Ganzes, sondern auch über jeden unwesentlichen Bestandteil der Sacheinheit getrennt mit dinglicher Wirkung verfügen. Demgemäß ist der oben zu II. 2 entwickelte Satz „ein dinglichrechtlicher Vorgang, der eine Sacheinheit als Ganzes betrifft, ist auch für sämtliche Bestandteile der Sacheinheit wirksam“, nur mit einem wichtigen Vorbehalt zu verstehen: die Wirkungen eines die Sacheinheit als Ganzes betreffenden Vorganges versagen bei einem unwesentlichen Sachbestandteil insoweit, als dessen besondere dingliche Rechtslage jene Wirkungen ausschließt.

b) Ganz anders bei wesentlichen Sachbestandteilen. Sie sind eines besondern dinglichrechtlichen Schicksals unfähig; insbesondere sind Verfügungen, die ein Beteiligter über einzelne wesentliche Bestandteile einer Sacheinheit getrennt trifft, ohne dingliche Wirkung. Demgemäß ist der oben zu II. 2 entwickelte Satz „ein dinglichrechtlicher Vorgang, der eine Sacheinheit als Ganzes betrifft, ist auch für sämtliche Bestandteile der Sacheinheit wirksam“ bei wesentlichen Sachbestandteilen ohne einen Vorbehalt der zu a gedachten Art gültig.

Beispiele. I. 1. Die Bäuerin A., der der eine einzige Grundstückseinheit bildende Mooshof gehört, schließt, als sie den B. heiratet, einen Ehevertrag mit ihm ab, laut dessen zwischen ihnen allgemeine Gütergemeinschaft besteht und nur das zum Mooshof gehörige „Auszugshaus“, in dem zurzeit die alten Eltern der A. wohnen, ihr „Vorbehalt“ sein, d. h. in ihrem alleinigen Eigentum verbleiben soll. Hier werden wir annehmen können, daß die Ehegatten unter dem Auszugshause nicht bloß das Gebäude selbst, sondern auch den Boden, auf dem es steht, also ein Teilgrundstück in dem oben entwickelten Sinn, also einen „unwesentlichen“ Bestandteil des Mooshofes verstehen. Ist diese Auslegung richtig, so ist der Ehevertrag in vollem Umfang dinglich wirksam. Am Mooshof besteht demnach, sobald die Ehe zwischen der A. und dem B. geschlossen ist — einer Eintragung im Grundbuch bedarf es in diesem Fall nicht (1438 II) — ein zwiefaches Eigentum: das Auszugshaus gehört allein der Frau, der Rest des Guts gehört beiden Gatten zusammen; und trotzdem ist der Mooshof nach wie vor eine einzige Grundstückseinheit! 2. Fabrikant C. liefert dem D. in dessen Fabrik Maschinen und behält sich das Eigentum an den Maschinen bis zur Vollzahlung des Kaufpreises vor. Hier ist der Eigentumsvorbehalt von dem Augenblick ab unwirksam, in dem die Maschinen in die Fabrik eingefügt und dadurch zu „wesentlichen“ Bestandteilen des Fabrikgebäudes werden.²⁴ II. C. hat dem F. ein wertvolles eingebundenes

23 a) Siehe oben S. 118 die Beispiele II, IV.

24) RW. 62 S. 410, 63 S. 422; siehe auch ebenda 62 S. 249. Abw. Oberwinter, Jahrb. f. Dogm. 51 S. 253. Vermittelnd Örtmann im „Recht“ 10 S. 1119.

Heliogravürentwurf auf 14 Tage geliehn; nach Ablauf der Leihzeit fragt F. bei E. an, ob er nicht eine bestimmte Heliogravüre behalten dürfe, die ihm besonders gefallen habe; E. erwidert schriftlich, er sei einverstanden und schenke hiermit das gewünschte Bild dem F.; F. möge es vorsichtig heraus schneiden; noch ehe aber F. von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hat, widerruft E. seine Erklärung. Hier ist E.'s Widerruf rechtmäßig; denn die privatschriftliche Schenkung einer Sache wird für den Geschenkgeber erst dadurch verpflichtend, daß er die geschenkte Sache dem Beschenkten übereignet (§18). E. war aber rechtlich außerstande, das fragliche Bild solange, als es sich unausgeschnitten in dem Buch befand, dem F. zu übereignen; denn solange war es wesentlicher Bestandteil des Buchs, da dieses durch die Fortnahme des einen Bildes zu einem Torso wurde. III. Siehe auch das Beispiel des Epizentleides unten S. 124 Abs. 2.

c) Die Unterscheidung zu a und b — dinglichrechtliche Selbständigkeit der unwesentlichen, dinglichrechtliche Unselbständigkeit der wesentlichen Sachbestandteile — wird im einzelnen durch eine Reihe von Sonderbestimmungen abgeschwächt. Erwähnt sei hiervon an dieser Stelle das folgende.

α) Zu den allerwichtigsten Verfügungen über einzelne unwesentliche Sachbestandteile würde die Übereignung oder Verpfändung eines Teilgrundstücks gehören. Doch ist gerade die Vornahme dieser beiden Verfügungen gesetzlich un-
gemein erschwert. Denn sie bedarf der Mitwirkung des Grundbuchamts (§25, 873); die Grundbuchämter sind aber durch Ordnungsvorschrift angehalten, bei jenen Verfügungen ihre Mitwirkung zu verweigern (Grundbuchordn. 6, 96): sie dürfen sowohl die Übereignung wie die Verpfändung im Grundbuch erst eintragen, wenn das Teilgrundstück von dem Restgrundstück formell abgezweigt und dadurch aus einem bloßen Sachbestandteil zu einer Sacheinheit erhoben ist. Die Folge ist, daß die rechtliche Selbständigkeit der Teilgrundstücke sich nur in praktisch minder wichtigen Fällen, etwa bei der Bestellung einer auf ein Teilgrundstück beschränkten Dienstbarkeit oder in einem Fall der oben S. 122 in Beispiel I genannten Art (in dem es der Mitwirkung des Grundbuchamts nicht bedarf), bemerklich macht.

β) Wird durch die Regel zu α die rechtliche Selbständigkeit der unwesentlichen, so wird durch folgende Vorschrift die rechtliche Unselbständigkeit der wesentlichen Sachbestandteile abgeschwächt: stehende und hängende Früchte eines Grundstücks können getrennt für sich gepfändet werden, während das Grundstück im übrigen pfandfrei bleibt (ZPO. 810). Sie sind also zwar nicht eines besondern Eigentums, wohl aber eines besondern Pfändungspfandrechts fähig.

IV. 1. Ob mehrere Sachen einen Sachbegriff bilden und — wenn man einen Sachbegriff als gegeben voraussetzt — welche einzelne Sachen zu ihm gehören, hängt sowohl bei Grundstücken wie bei Fahrnisssachen lediglich von der Verkehrsanschauung ab.

2. Die rechtliche Bedeutung des Sachbegriffs ist eine mannigfache. Am wichtigsten ist das folgende: besteht ein Sachbegriff aus lauter Fahrnisssachen, so wird ersterer wie eine einzige Fahrnisssache und werden letztere wie unwesentliche Bestandteile dieser Sache behandelt.² Daraus ergibt sich, daß es rechtlich ganz gleichgültig ist, ob man irgend einen Fahrnisgegenstand als

eine aus mehreren unwesentlichen „Bestandteilen“ bestehende „Sacheinheit“ oder als einen aus mehreren „Sacheinheiten“ bestehenden „Sachinbegriff“ auffaßt.

Beispiele. I. BGB. 1048 stellt gewisse Regeln über das Inventar eines Grundstücks, also über einen Sachinbegriff, auf. Was zu diesem Inventar gehört, ist aber gesetzlich nicht bestimmt. Maßgebend ist nur die Verkehrssitte. II. 1. A. hat während einer langen Reise alle seine Habseligkeiten, die er daheim ließ, dem B. in Verwahrung gegeben; von der Reise aus trifft er über die bei B. lagernden Sachen einige Verfügungen: unter anderm verschenkt er seine „Bibliothek“ an C. und übereignet sie ihm dadurch, daß er ihm seinen gegen B. gerichteten Anspruch auf Herausgabe der „Bibliothek“ abtritt (931). Hier wird das Eigentum der Bibliothek auf C. durch einen einzigen Gesamttat übertragen, gerade so, als sei sie eine einzige Fahrnisache. 2. Gleicher Fall; nur hat A. sich bei der Schenkung das Eigentum eines einzelnen bestimmten Buchs vorbehalten; auch stellt sich später heraus, daß ein andres in A.'s Bibliothek befindliches Buch gar nicht dem A. gehörte, weil D., von dem A. es erworben, es dem C. gestohlen hatte (935). Hier erwirbt B. das Eigentum der Bibliothek ohne diese beiden Bücher. Denn beide werden ja wie unwesentliche Sachbestandteile behandelt und teilen deshalb das dinglichrechtliche Schicksal der Bibliothek nicht mit zwingender Notwendigkeit. Der Fall liegt also ebenso, wie wenn eine Dame ein altes mit Spitzen garniertes Seidenkleid ihrer Jungfer verschenkt und sich dabei das Eigentum der Spitzen vorbehält oder nachträglich erfährt, daß der Händler, von dem sie jene Spitzen erworben, sie gestohlen hatte. Denn auch hier erwirbt die Jungfer das Eigentum des Kleides ohne die Spitzen; und doch ist nicht zu bezweifeln, daß jenes Seidenkleid samt den Spitzen eine einheitliche „Sache“ war. 3. Man kann darüber streiten, ob ein Mikroskop, bestehend aus Stativ, Objektiv und Okular, eine einzige Sacheinheit oder ein aus drei Sacheinheiten bestehender Sachinbegriff ist. Indes wären, wenn man ersteres annimmt, Objektiv und Okular unwesentliche Sachbestandteile, da sie beliebig ausgewechselt werden können. Der Streit ist also rechtlich ohne Belang.

Wenn mehrere Grundstücke gemeinsam bewirtschaftet werden, können sie zusammen, also als „Sachinbegriff“, ein Landgut bilden,²⁵ auch wenn jedes einzelne Grundstück, für sich genommen, nicht als Landgut gelten könnte; ja es ist sogar unschädlich, wenn eines dieser Grundstücke ein Biergarten, ein Kinderspielfeld, ein Forst ist: obgleich selber nicht landwirtschaftlich, kann es doch Stück eines Landguts sein, sofern nur die übrigen zu dem Gut gehörigen Grundstücke diesem den Charakter eines Landguts gewähren.

V. Die meisten der zu I—IV aufgestellten Regeln sind unstritten, und bei der Unklarheit der maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen ist nicht abzusehen, wie dem Streit ein Ende gemacht werden soll.

1. a) Das Reichsgericht nimmt an, daß Gegenstände, die mit dem Erdboden nicht fest verbunden sind, zwar nicht nach BGB. 94, wohl aber nach BGB. 93 Grundstücksbestandteile sein können,²⁶ während ich annehme, daß BGB. 94 die Grundstücksbestandteile erschöpfend bestimmen will.

b) Schließt man sich der Meinung des Reichsgerichts, daß BGB. 94 die Grundstücksbestandteile nicht erschöpfend bestimme, an, so muß man annehmen, daß ein Grundstück außer den Teilgrundstücken und den mit dem Eigentum verbundenen Rechten (oben S. 121) noch andre unwesentliche Bestandteile haben könne; hierher würden z. B. Gegenstände gehören, die in ein Gebäude zu einem nicht bloß vorübergehenden Zweck eingegliedert sind, aber nicht „zur Herstellung des Gebäudes“ dienen (s. 94, 95). Ein Beispiel wäre eine Gedenktafel, die von irgendeinem Komitee an dem Geburtshause einer Berühmtheit mit Erlaubnis des Hauseigentümers für ewige Zeiten angebracht worden ist.

2. Festig bestritten ist die oben vorgetragene, vom Reichsgericht gebilligte Meinung, daß eine Maschine, die in ein Fabrikgebäude dauernd eingegliedert ist, wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sein soll.²⁷

25) Planck Ann. 3 zu § 98.

26) RG. 62 S. 406, 63 S. 174.

27) Siehe oben bei Ann. 24.

3. Nach Sohm gibt es bei Fahrnißsachen nur wesentliche Bestandteile.²⁸

4. Nach der herrschenden Meinung gibt es dingliche Rechte an einem Sachinbegriff nicht.²⁹ Was wir etwa das Eigentum an einer Bibliothek nennen, sei lediglich Eigentum an den einzelnen Bibliotheksbüchern.

b) Hauptsache und Zubehör.

§ 43.

I. Zwei Sachen stehn zueinander im Verhältnis von Hauptsache und Zubehör (Pertinenz), wenn die Zubehörsache, ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, ihrer Art nach dazu bestimmt ist, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen und wenn sie in einer dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Beziehung zu der Hauptsache steht (97).

1. Die Zubehörsache darf nicht Bestandteil der Hauptsache sein, sondern ist entweder eine Sacheinheit oder ein Sachinbegriff.

2. Die Zubehörsache ist eine Fahrnißsache. Grundstücke können also wohl Zubehör haben, aber nicht Zubehör sein.

3. Die Zubehörsache muß ihrer Art nach dazu bestimmt sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen.

a) Ob eine Sache dazu bestimmt ist, dem wirtschaftlichen Zweck einer andern Sache zu dienen, hängt im allgemeinen von den freien Anschauungen des Verkehrs ab. Und zwar ist die Frage zu bejahen, wenn nach eben diesen Anschauungen anzunehmen ist, daß das angebliche Zubehörstück, nachdem es einmal zu der angeblichen Hauptsache gekommen ist, dauernd zu ihr gehören und demgemäß — in Ermanglung einer entgegenstehenden Vereinbarung — auch bei einer Veräußerung oder Vermietung der angeblichen Hauptsache bei ihr verbleiben soll.^{1 2}

b) Eine Sonderbestimmung gilt für Landgüter (98 Nr. 2). Hier wird die Frage, ob eine Sache dazu bestimmt ist, dem wirtschaftlichen Zweck des Guts zu dienen, gesetzlich bejaht in Ansehung der folgenden Sachen:

erstens: des für die Wirtschaft bestimmten Geräts und Viehs,

zweitens: der landwirtschaftlichen Erzeugnisse des Guts, soweit sie zur Fortsetzung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, zu der ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden,

drittens: des vorhandenen auf dem Gut gewonnenen Düngers.

Doch soll eine Ausnahme gelten, wenn die Verkehrssitte einer dieser Sachen die Zubehöreigenschaft abspricht (97 Ib), d. h. wenn nach den Anschauungen des Verkehrs³ anzunehmen ist, daß eine dieser Sachen nicht zu dem Landgut gehören und demnach — in Ermanglung einer entgegenstehenden Vereinbarung —

28) Gegenstand S. 19.

29) Crome 1 § 58^o. Wie wir Viertel 2 S. 53.

1) Das Gesetz schweigt.

2) Siehe die ähnliche Formel oben S. 117 γ β , β .

3) Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. 41 S. 289.

bei einer Veräußerung oder Verpachtung des Landguts aus ihm entfernt werden soll. Der Verkehrsfitte ist also im Bereich dieser Regel eine viel bescheidenere Rolle zugewiesen als im Bereich der Regel zu a: sie gibt hier nicht die positive Grundlage dafür ab, irgendeiner Sache die Zubehöreigenschaft zu-, sondern dient nur negativ dazu, irgendeiner Sache die Zubehöreigenschaft abzusprechen; während es zu a erforderlich war, daß die Verkehrsfitte die Einrechnung einer Sache in den Kreis des Zubehörs geradezu verlangt, genügt es hier, wenn die Verkehrsfitte dieser Einrechnung nicht entgegen ist.

c) Eine ähnliche Vorschrift gilt bei Gebäuden, die für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet sind (Fabriken, Brauereien, Mühlen, Schmieden, Gasthäusern usw.): alle Maschinen und sonstigen Gerätschaften, die für den Gewerbebetrieb in dem Gebäude bestimmt sind, sind, so verordnet das Gesetz, damit auch dem wirtschaftlichen Zweck des Gebäudes selbst zu dienen bestimmt, es sei denn auch hier, daß die Verkehrsfitte einer dieser Sachen die Zubehöreigenschaft nachweislich abspricht (98 Nr. 1, 97 I b).

4. Daß die Zubehörsache in einer ihrer Bestimmung entsprechenden Weise im Dienst der Hauptsache tatsächlich verwendet wird, ist nicht erforderlich. Wohl aber ist erforderlich, daß sie tatsächlich in eine dieser Bestimmung entsprechende räumliche Beziehung zur Hauptsache gesetzt wird. Und zwar darf diese Beziehung nicht bloß vorübergehend sein; andererseits schadet es aber auch nichts, wenn sie, nachdem sie einmal hergestellt ist, nachträglich vorübergehend wieder aufgehoben wird.

5. Gleichgültig ist, ob Hauptsache und Zubehörsache demselben Eigentümer gehören und ob die wirtschaftliche und räumliche Beziehung zwischen Hauptsache und Zubehörsache gerade von dem Eigentümer einer dieser Sachen hergestellt ist.

Beispiele. I. Die oben bei 3 c erwähnte Regel sieht ausdrücklich vor, daß Maschinen, die sich dauernd in einer Fabrik befinden, als Zubehör des Fabrikgebäudes anzusehn sind. Doch ist dabei nur an Maschinen zu denken, die nicht in das Gebäude zu dessen Herstellung eingefügt sind. Denn andernfalls würden sie nicht als Zubehör, sondern, wie wir früher gesehen haben,⁴ als Bestandteil des Gebäudes gelten. II. Ein Fabrikant N. hat zu seinem Hauptgrundstück x, auf dem seine Fabrik steht, ein zweites Grundstück y, bestehend aus einem 300 Meter langen, aber nur 20 Zentimeter breiten Streifen Landes, dazu erworben, um die schmale Zufahrt zu x etwas zu verbreitern. Hier ist y keineswegs Zubehör von x, ob schon es nur den Zwecken von x dient und für sich allein überhaupt nicht benutzt werden kann. III. 1. B., der im Gebirge ein Landgut und in der Stadt ein Haus mit Garten besitzt, schafft für das Gut eine Getreide-, für den Garten eine Rasenmäähmaschine an. Darüber, ob diese Maschinen Zubehör des Guts oder des Gartens sind, läßt sich aus der Verkehrsanschauung nichts entnehmen, weil in der Gegend, in der B.s Gut und Haus liegt, derartige Maschinen nur selten vorkommen und sich demgemäß eine Verkehrsanschauung über ihre Zubehöreigenschaft weder im bejahenden noch im verneinenden Sinn hat bilden können. Die Folge ist, daß die Zubehöreigenschaft für die Getreidemähmaschine zu bejahen, für die Rasenmäähmaschine zu verneinen ist: für die erstere genügt, da sie ein zum Wirtschaftsbetriebe

4) Siehe oben § 42²⁴. So auch RG. 50 S. 242, 63 S. 172, 419.

auf einem Landgut bestimmtes Gerät ist, die negative Feststellung, daß die Verkehrsanschauung ihrer Zuteilung zum Zubehör nicht entgegensteht (oben zu 3 b); für die letztere müßte dagegen, da sie weder zu einem Landgut noch zu einem „für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäude“ (oben zu 3 c) gehört, nachgewiesen werden, daß ihre Zuteilung zum Zubehör von der Verkehrsanschauung positiv gebilligt wird (oben 3 a).

2. C. hält auf seinem Landgut allerlei Tiere. a) Hier sind grundsätzlich alle Tiere, die allein oder doch überwiegend der Wirtschaft wegen gehalten werden, z. B. als Zugtiere, zur Beschaffung von Dünger, zur Verwertung des Grünfutters und der Wirtschaftsabfälle, Zubehör des Guts (Ackerpferde, Rindvieh, Hammel, Schweine, Hühner, Hofhunde usw.). b) Umgekehrt sind Tiere, die gar nicht oder nur gelegentlich in der Wirtschaft verwendet werden, grundsätzlich Nichtzubehör (Rennt- und Kutschpferde, Jagdhunde usw.). c) Doch gibt es zu a (und auch zu b?) Ausnahmen. So ist ein teures Reitpferd, das C. auf dem Gut hält, nicht Zubehör des Guts, auch wenn C. es ausschließlich zu Ritten in der Wirtschaft benutzt; denn die Verkehrsanschauung widerspricht der Zuteilung eines solchen Pferdes zum Gutszubehör, von der Erwägung ausgehend, daß seine Verwendung in der Wirtschaft gar zu sehr von den individuellen Liebhabereien und obendrein von der Statut des jeweiligen Gutsbesizers abhängig ist. 3. a) In einem von dem Eigentümer dauernd als Warenhaus eingerichteten Gebäude gilt das von dem Eigentümer für den Gewerbebetrieb angeschaffte und in das Gebäude eingebrachte „Gerät“, soweit es nicht geradezu Gebäudebestandteil geworden ist, als Zubehör des Gebäudes, also namentlich Ladentische, frei bewegliche Lampen, Geschäftswagen u. dgl. (oben 3 c). b) Ob noch andre Sachen als das „Gerät“, also z. B. die Warenvorräte und die zum Ziehen der Geschäftswagen verwendeten Pferde, Zubehör des Gebäudes sind, hängt von der Verkehrsanschauung ab (3 a). Die Frage ist wohl bezüglich der Warenvorräte zu verneinen, bezüglich der Pferde zu bejahen.⁵ 4. Ob der Sattel Zubehör des Reitpferdes, der Schlüssel Zubehör des Schrancks ist, hängt gleichfalls allein von der Verkehrsanschauung ab (3 a). Die Frage ist bezüglich des Sattels zu verneinen, bezüglich des Schlüssels zu bejahen. IV. 1. Ein Gastwirt schafft im Winter für die kommende Sommer-saison neue Betten an und bringt einen Teil im Gasthause, einen andern, weil zahlreiche Gastzimmer neu tapeziert werden, aus Raummangel in einem leerstehenden Nachbargebäude unter. Hier werden nur die erstern Betten Zubehör des Gasthauses, die andern nicht. 2. Derselbe Gastwirt hat aus den neu zu tapezierenden Zimmern alle Möbel entfernt und sie in das ebenerwähnte Nebengebäude bringen lassen. Hier behalten die Möbel trotz ihrer Entfernung aus dem Gasthause die Zubehöreigenschaft. V. 1. D. hat dem E. ein Fahrrad gestohlen und eine neue Laterne dafür angeschafft. Hier ist die Laterne Zubehör des Fahrrades geworden, obschon die Laterne dem D., das Rad dem E. gehört. 2. D. hat sich von E. ein Fahrrad geliehen und eine neue Laterne dafür angeschafft. Hier ist die Laterne nicht Zubehör des Fahrrades geworden; denn D. hat die Laterne mit dem Rade offenbar nicht in „dauernde“ räumliche Beziehung setzen wollen.

II. Daß eine Sache zum Zubehör einer andern Sache erklärt wird, bedeutet rechtlich, daß sie grundsätzlich ebenso behandelt werden soll, wie wenn sie unwesentlicher Bestandteil der letztern Sache wäre. Es ist also einerseits die Regel, daß das Zubehör ohne weiteres das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilt; andererseits ist es aber ebensogut möglich, daß aus besondern Gründen, namentlich auf Grund einer Vereinbarung der Parteien, das Zubehör auch sein eigenes rechtliches Schicksal, unabhängig von dem der Hauptsache, hat: vor allem kann es aus besondern Gründen Gegenstand eigener dinglicher Rechte sein.

Beispiele. I. 1. Auf dem Gut N. S. werden unter andern Kartoffeln und Winterroggen, nicht aber auch Sommerroggen gebaut; das ganze Roggenstroh wird in der Wirtschaft ver-

5) Siehe RG. 47 S. 262; 66 S. 358.

braucht, während die Roggenkörner mit Ausnahme des Teils, der für die neue Saat erforderlich ist, verkauft werden; das Gut kommt zur Zwangsversteigerung und wird im September 08 dem B. zugeschlagen; zur Zeit des Zuschlages ist die Ausfaat des neuen Roggens bereits beendet; von der letzten Roggenernte steht das Stroh noch in Schobern auf dem Felde, während die Körner, soweit sie nicht für die neue Saat verwendet wurden, im Speicher lagern; die Pflanzung der Winterkartoffeln ist noch nicht begonnen. Hier erwirbt B. zugleich mit dem Eigentum des Guts das Eigentum der Winterkartoffeln und des Roggenstrohs, nicht aber auch der Roggenkörner; denn die Kartoffeln sind wesentlicher Bestandteil, das Stroh ist (weil zur Fortführung der Wirtschaft bis zur nächsten Roggenernte erforderlich) Zubehör des Guts; die Roggenkörner sind keins von beiden. 2. Gleicher Fall wie zu 1; nur wird auf dem Gut auch Sommerroggen gebaut, und es ist für dessen Ausfaat $\frac{1}{20}$ des in A.s Speicher lagernden Körnervorrats nötig. Hier wird B. durch den Zuschlag nicht bloß Alleineigentümer der Winterkartoffeln und des Roggenstrohs, sondern außerdem Miteigentümer der Roggenkörner zu $\frac{1}{20}$. 3. Gleicher Fall wie zu 1; nur geschieht die Veräußerung des Guts nicht durch Zwangsversteigerung und Zuschlag, sondern durch freiwilligen Vertrag und Eintragung des Erwerbers B. im Grundbuch; in dem Vertrage behält A. sich das Eigentum an den Winterkartoffeln und an dem Roggenstroh bis zur Bezahlung des für beide angelegten Kaufpreises vor. Hier ist der Vorbehalt ungültig in Ansehung der Kartoffeln (wesentliche Bestandteile), gültig in Ansehung des Strohs (Zubehör). II. 1. C. ist Eigentümer und Direktor zweier Theater x und y in verschiedenen Stadtgegenden Berlins, hat aber für beide nur ein einziges Inventar, das abwechselnd bald in x, bald in y benutzt wird;⁷ auf x ruht eine Hypothek D.s, auf y eine Hypothek E.s. Hier erstrecken sich beide Hypotheken auf das ganze Inventar; den Vorrang hat die ältere. 2. Gleicher Fall wie zu 1; nur hat B. x und y samt Inventar an F. verpachtet und später an ihn verkauft und übereignet. Hier wird F. Miteigentümer des Inventars zu $\frac{1}{2}$.

Die oben aufgestellte Regel, daß das Zubehör einer Sache wie ein unwesentlicher Bestandteil der Sache behandelt wird, ist im BGB. nicht in dieser Allgemeinheit ausgesprochen, geht aber aus zahlreichen Einzelregeln des BGB.s hervor; siehe 314, 926, 1031, 1062, 1096, 1120, 1135, 1265, 1551 II usw.

c) Vertretbare, marktgängige, verbrauchbare, teilbare Sachen.

§ 44.

I. 1. Vertretbar (fungibel) heißen Sachen, die im Verkehr nicht um ihrer individuellen Eigenschaften willen, sondern nur als Stücke einer gewissen Gattung in Betracht zu kommen pflegen; gewöhnlich werden sie deshalb auch beim Abschluß von Rechtsgeschäften nicht individuell, sondern bloß nach Art und Menge bestimmt (§ 91). Den Parteien ist es aber unbenommen, von dieser Regel abzugehen, also entweder eine Sache, die im Verkehr allgemein als vertretbar gilt, doch individuell zu behandeln oder umgekehrt eine Sache, die im Verkehr allgemein individuell behandelt wird, doch nur nach Art und Menge zu bestimmen.

Beispiele. I. Vertretbar sind Mehl, Wein, Eisenbahnschienen, Geldstücke, unvertretbar Grundstücke, Gemälde, nach Maß gefertigte Kleider, Pferde. II. 1. Man bestimmt Wein beim Ankauf gewöhnlich nur nach Art und Menge, z. B. 100 Flaschen 1904er Caseler; man kann ihn aber auch nach Belieben individuell bezeichnen, z. B. das Halbstück Nr. 23

6) Über diese Verhältnisse Wimpfheimer, R. u. R. 29 S. 84; Strudtsberg, Kann nach BGB. eine Sache Zubehör mehrerer Sachen sein (Holl. Diss. 07).

1906 er Schloß Vollradser. 2. Man bestimmt Pferde beim Ankauf gewöhnlich individuell, z. B. den Hengst Wittelind aus dem Frommschen Stall in Hörter; man kann sie aber auch nach Belieben nur nach Art und Menge bezeichnen, z. B. 12 holsteinische siebenjährige gesunde Aderpferde.

2. Vertretbare Sachen sind u. a. durch die Regel ausgezeichnet, daß sie, wenn sie von einem Gesellschafter in die Gesellschaft eingebracht werden, im Zweifel nicht bloß von der Gesellschaft benutzt werden dürfen, sondern vollständig in das Eigentum der Gesellschaft übergehen (706 II).

II. 1. Marktgängig heißen vertretbare Sachen, wenn Sachen ihrer Gattung so häufig umgesetzt werden, daß sich für sie an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit ein herrschender Preis ausbildet, d. h. daß die Vereinbarung eines höheren oder niedrigeren Preises für diese Sachen entweder gar nicht vorkommt oder doch wenigstens neben den Abschlüssen zum herrschenden Preise kaum bemerkt wird. Ein solcher herrschender Preis heißt Markt- oder Börsenpreis; jeden andern Preis nennt man Gelegenheitspreis. Gleichgültig ist, ob der Umsatz der marktgängigen Sachen wirklich auf Märkten oder ob er anderswo, insbesondere in Läden oder Kontoren, erfolgt.

Beispiele. Marktgängig sind Holz, Spiritus, Kohle, Roheisen, eiserne Schienen. Nicht marktgängig sind außer den unvertretbaren Sachen gewisse selten gehandelte Weine, Bücher, die im Buchhandel vergriffen sind.

2. Marktgängige Sachen sind u. a. durch erleichterten Pfandverkauf ausgezeichnet (1221, 1235, 1295).

III. 1. Verbrauchbar heißen Sachen, die durch ihren bestimmungsmäßigen Gebrauch verbraucht, d. h. zerstört oder schnell abgenutzt werden.¹ Ihnen sind alle Sachen rechtlich gleichgestellt, bei denen diese Voraussetzung zwar nicht zutrifft, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch aber darin besteht, daß sie veräußert werden (92); in der Tat büßt der Berechtigte diese Sachen, wenn er sie bestimmungsmäßig „gebraucht“, gerade so ein, wie wenn er eine verbrauchbare Sache im engeren Sinn „verbraucht“: man kann diese Sachen nicht bestimmungsmäßig genießen, ohne sie zu verlieren. Die meisten verbrauchbaren Sachen sind vertretbar.

Beispiele. I. 1. Immer verbrauchbar sind Wein, Kohlen, Scheuertücher, Geld. 2. Nur dann, wenn sie sich als Warenvorräte zum Verkauf in einem Geschäft befinden, sind verbrauchbar Möbel, Bettwäsche, Pelze. II. Nie verbrauchbar sind Grundstücke.

2. Verbrauchbare Sachen sind u. a. durch die Vorschrift ausgezeichnet, daß, wenn sie zum eingebrachten Gut einer Ehefrau gehören, der Mann sie frei veräußern und sogar für sich selbst verbrauchen kann (1376 Nr. 1).

IV. 1. Teilbar sind Sachen, die in Teile zerlegt werden können, ohne daß dadurch ihre Bestimmung oder ihr Wert geändert wird.

Beispiele. I. Teilbar ist ein Haufen Mehl, ein geschlachteter Dohse, der Regel nach ein unbebautes Grundstück. II. Unteilbar ist ein Stuhl, ein lebender Dohse, der Regel nach ein Hausgrundstück.

¹) Siehe auch unten § 47 I, 2.

2. Teilbare Sachen sind u. a. durch die Regel ausgezeichnet, daß sie, wenn sie zu einem Nachlaß gehören und mehrere Erben vorhanden sind, im Streitfall zwischen ihnen in Natur zu teilen sind (2042, 752).

d) Geld.¹

§ 45.

I. Geld sind alle Sachen, die in erster Reihe dazu bestimmt sind, als Tauschmittel zu dienen, und deshalb im Verkehr regelmäßig nicht um ihrer selbst willen, sondern zum Zweck des Austausches gegen andre Güter genommen werden. Weil das Geld allgemeines Tauschmittel ist, dient es zugleich als Wertmesser für andre Sachen.

Das Geld dient auch als Zahlungsmittel; doch darf diese seine Bestimmung nicht in die Definition des Geldes aufgenommen werden, weil der Begriff der Zahlung und also auch des Zahlungsmittels den Begriff des Geldes bereits als gegeben voraussetzt.² Siehe auch unten zu VI 4.

II. Die heutige deutsche Geldwährung beruht auf dem Reichsgesetz über die Ausprägung von Goldmünzen vom 4. Dezember 1871, dem Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873 nebst Zusatz vom 1. Juni 1900, dem Bundesratsbeschuß vom 27. Juni 1907 über die Außerkurssetzung der Taler, den Reichsgesetzen über die Ausgabe von Reichskassenscheinen vom 30. April 1874 und 5. Juni 1906 sowie auf dem Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 nebst Zusatz vom 20. Februar 1906. Hiernach sind folgende Arten des Geldes zu unterscheiden.

1. Münzen, vom Reich ausgegeben; nämlich:

a) Goldmünzen zu 20 und 10 Mark.

b) Scheidemünzen, silberne zu 5, 2, 1 und $\frac{1}{2}$ Mark, Nickelmünzen zu $\frac{1}{10}$ und $\frac{1}{20}$ Mark, kupferne zu $\frac{1}{50}$ und $\frac{1}{100}$ Mark; auf Erfordern werden die Scheidemünzen vom Reich gegen Gold eingewechselt, und zwar Silbermünzen im Betrage von mindestens 200, Nickel- und Kupfermünzen im Betrage von mindestens 50 Mark (RGes. v. 73 Art. 9).

2. Geldscheine, nämlich:

a) Reichskassenscheine, vom Reich ausgegeben und auf Erfordern vom Reich gegen Münzen einzuwechseln, zu 10 und 5 Mark.

b) Banknoten, von der Reichsbank und einigen andern privilegierten Zettelbanken ausgegeben, auf Erfordern von der ausgebenden Bank gegen Gold einzuwechseln, zu 1000, 500, 100, 50 und 20 Mark.

III. 1. Der Wert der einzelnen Geldsorten wird amtlich festgesetzt, sei es durch einen Prägestempel oder Ausdruck auf dem Geldstück, sei es durch besondere gesetzliche Bestimmung. Und zwar wird für die deutschen Geldstücke als Werteinheit die Mark angenommen, indem alle Münzen auf eine gewisse Anzahl von Mark oder auf eine gewisse Anzahl von Markhundertsteln (Pfennigen)

1) Laband, Staatsrecht 4. Aufl. (01) 3 § 76.

2) Abw. Laband 3 S. 157.

lauten. Dieser ausdrücklich festgesetzte Wert wird als Nennwert des Geldes bezeichnet.

2. Die Feststellung des Nennwerts des Geldes ist insoweit unvollständig, als sie, wie übrigens selbstverständlich, gerade den Hauptpunkt, nämlich den Wert der Mark, nicht mitumschließt: die Feststellung des Markwerts ist also der Abschätzung im Verkehr überlassen und kann deshalb täglich schwanken. Die Festsetzung des Nennwerts unsres Geldes hat also nur den Sinn, daß sie das Wertverhältnis der verschiedenen Geldstücke unsrer Währung untereinander bestimmt.

3. Der Nennwert des Geldes bedeutet, daß, wer eine bestimmte Geldzahlung zu fordern oder zu leisten hat oder tatsächlich empfängt oder leistet, den Wert der Zahlung nach dem Nennwert der gezahlten Geldstücke berechnen darf und muß, es sei denn, daß er mit der Gegenpartei ein andres vereinbart hat. Doch gilt dies nur für Goldmünzen allgemein und unbeschränkt. Dagegen braucht der Empfangsberechtigte Scheidemünzen nur beschränkt anzunehmen, nämlich Silberscheidemünzen nur bis zum Betrage von zwanzig, Nickel- und Kupfermünzen nur bis zum Betrage von einer Mark; bloß die Staatskassen des Reichs und der Einzelstaaten sind zur Annahme von Scheidemünzen unbeschränkt verbunden (RGes. v. 73 Art. 9). Reichskassenscheine ferner brauchen Private überhaupt nicht anzunehmen, während die Staatskassen des Reichs und der Einzelstaaten auch hier zur Annahme unbeschränkt verpflichtet sind (RGes. v. 74 § 5). Banknoten endlich sind weder Private noch Staatskassen anzunehmen verbunden; hier haben nur die Zettelbanken die Annahmepflicht, aber jede Zettelbank nicht bloß für die von ihr selbst, sondern auch für die von den andern Banken ausgegebenen Noten (RBankges. v. 75 §§ 2, 11, 4, 44). Doch entbehrt auch in den Fällen, in denen ein Annahmepflicht besteht, der Nennwert der Geldstücke einer rechtlichen Bedeutung nicht ganz: insbesondere muß, wer eine Zahlung in Banknoten freiwillig ohne Vorbehalt angenommen hat, sie als Zahlung zum vollen Nennwert der Banknoten gelten lassen.

4. a) Die Festsetzung des Nennwerts unsrer Münzen schließt sich an deren Metallwert an, jedoch zum Teil in sehr lockerer Weise.

α) Zunächst lautet nämlich der Nennwert aller zu derselben Sorte gehöriger Goldstücke gleich, obschon doch ihr Metallwert durch kleine Ungenauigkeiten der Prägung und durch Abnutzung ein ungleicher ist.

Kommt eine Goldmünze vor, die durch einen Prägungsfehler oder allmähliche Abnutzung ein Mindergewicht hat, so wird unterschieden. 1. Ist das Mindergewicht nicht mehr als $\frac{1}{1000}$ des Normalgewichts (Passiergewicht), so gilt die Münze als vollwertig, ihr Nennwert wird also aufrecht erhalten. 2. Ist das Mindergewicht größer, so wird der Nennwert der Münze zwar gleichfalls aufrecht erhalten, aber nur gegenüber den Staatskassen; und wenn eine Staats- oder Kommunalkasse, eine Bank oder Kreditanstalt eine solche Goldmünze angenommen hat, so darf sie sie nicht wieder ausgeben, sondern muß sie an die Münzstätte zum Einschmelzen, natürlich gegen Entschädigung, abliefern (RGes. v. 71 § 9).

β) Noch weiter als durch diese unvermeidliche Ungleichheit der einzelnen

Geldstücke der nämlichen Sorte entfernt sich der Nenn- von dem Metallwert bei der Scheidemünze. Die Scheidemünzen enthalten nämlich aus münztechnischen Gründen sehr viel weniger Metall, als ihrem Nennwert entspricht: sie sind absichtlich minderwertig geprägt. Doch ist dies unschädlich; denn Privatpersonen brauchen ja, wie schon erwähnt, nur geringe Beträge in Scheidemünzen anzunehmen, und das Reich ist, wie gleichfalls schon erwähnt, jederzeit zur Umwechslung der Scheidemünzen gegen vollwertige Goldmünzen verpflichtet.

b) Auch bei den Reichskassenscheinen und Banknoten schließt sich der Nennwert an den Metallwert unsrer Münzen an, weil ja die in den Geldscheinen genannten Geldsummen vom Reich oder der ausgebenden Zettelbank jederzeit in Münzen ausbezahlt sind.

IV. Das Geld ist durch eine große Reihe von Rechtsregeln ausgezeichnet: so ist der Eigentumserwerb an Geld eigentümlich geregelt (935); der Schuldner muß Geld auf eigne Kosten an den Wohnort des Gläubigers senden (270) usw.

V. Auch die Tauschmittel auswärtiger zivilisierter Staaten sind bei uns „Geld“. Allerdings soll ihre Benutzung zum Austausch gegen andre Sachen regelmäßig erst im Auslande erfolgen; allein sie werden doch fürsorglich bereits im Inlande für die spätere Verwendung im Auslande angeschafft, also auch im Inlande als Tauschmittel, d. h. als Geld angesehen. Doch ist bei uns der Nennwert des ausländischen Geldes — ausgenommen bei entgegengesetzter Abrede der Parteien — nicht maßgebend, sondern sein Kurswert, d. h. der Wert, der ihm im Verkehr unter dem Einfluß von Angebot und Nachfrage beigelegt wird.

VI. Als Nichtgeld sind folgende Sachen anzusehen:

1. Ungültige Geldstücke. Hierher gehören außer gefälschten Stücken namentlich alle Münzen, die nicht durch gewöhnliche Abnutzung, sondern durch gewaltsame Behandlung an ihrem Normalgewicht Einbuße erlitten haben, selbst wenn die Einbuße sich in den Grenzen des Passiergewichts bewegt (RGes. v. 71 § 9, v. 73 Art. 10); auch die Staatskassen brauchen derartige Münzen nicht in Zahlung zu nehmen. Ferner Münzen, die gänzlich außer Umlauf gesetzt sind, z. B. die süddeutschen Gulden. Dagegen wird dadurch, daß gewisse Geldstücke im Inlande nicht in Zahlung gegeben und genommen werden dürfen — z. B. die niederländischen Gulden in ganz Deutschland (Bekanntmachung v. 22. Jan. 74) — diesen Geldstücken der Geldcharakter nicht entzogen.

2. Tauschmittel unzivilisierter Völker, z. B. Muscheln.

3. Briefmarken, Zinsscheine, Wechsel u. dgl. So oft diese auch tatsächlich bei uns als Tauschmittel verwendet werden, sind sie doch nicht in erster Reihe für diesen Zweck bestimmt.

4. Viele wollen auch die Geldzeichen (Reichskassenscheine und Banknoten) nicht als Geld behandeln, weil Privatpersonen zu ihrer Annahme nicht verbunden sind. Mit Unrecht. Denn viele privatrechtliche Gesetze schließen die Geldzeichen zweifellos in den Geldbegriff ein (1806, 270 u. f. w.). Und auch wirtschaftlich sind die Geldzeichen Geld, weil sie in erster Reihe als Tauschmittel zu dienen bestimmt sind.²

² A. Weber, Geldqualität der Banknote (00); Matthiaß 1 S. 159. Abw. Laband, Staatsrecht 3 S. 177.

e) Sachen außerhalb des Verkehrs.¹

§ 46.

I. Allem bürgerlichen Recht entzogen sind Sachen, die tatsächlich keiner menschlichen Herrschaft unterworfen sind.

Beispiele: das offene Meer, die wehende Luft. Dagegen ist an Luft, wenn sie in ein Behältnis gefangen ist, ein Recht wohl möglich.

II. Dem bürgerlichen Recht nur beschränkt unterworfen sind Sachen, die einem bestimmten Zweck kraft öffentlichen Rechts gewidmet sind: an solchen Sachen sind Privatrechte aller Art sehr wohl möglich; die Rechte unterliegen aber der Beschränkung, daß sie insoweit unwirksam sind, als sie dem öffentlichen Zweck der Sachen widersprechen.

Beispiel. Über mein Gut führt eine öffentliche Landstraße, die in meinem Privateigentum steht. Hier darf ich kraft meines Eigentums den öffentlichen Verkehr auf der Straße weder ausschließen noch beeinträchtigen; ich darf also die Straße nicht sperren oder verschmälern; ich darf die auf der Straße stehenden Bäume, da auch sie im Dienst des Straßenverkehrs stehen, nicht fällen u. s. w. Wohl aber kann ich als Eigentümer der Straße die Grasnutzung der Straßenböschung, die Hälfte des bei einer Ausbesserung der Straße entbeden Schapses, das Holz der durch einen Sturm gefällten Bäume usw. für mich beanspruchen.

Welche Sachen im einzelnen unter die Regel zu II. fallen, ist nicht eine Frage des Privat-, sondern eine Frage des öffentlichen Rechts. Demgemäß enthält sich auch das bürgerliche Gesetzbuch aller Vorschriften darüber.

III. Über den lebenden Leib und die Leiche des Menschen siehe oben § 41 I.

III. Ertrag, Früchte, Nutzungen, Lasten der Rechtsgegenstände.

1. Ertrag.¹

§ 47.

Von vielen Rechtsgegenständen sagt man, daß sie einen Ertrag abwerfen.

I. Unter dem „Ertrage“ eines Gegenstandes ist der Gewinn zu verstehen, den der Gegenstand irgendjemandem gewährt, vorausgesetzt, erstlich, daß der Gegenstand durch den gewinnbringenden Vorgang nicht verbraucht wird, zweitens, daß der Gewinn seiner Art nach ein regelmäßig wiederkehrender ist.

1. Ein Gewinn ist Ertrag eines Gegenstandes nur, wenn er von ihm „gewährt“ wird. Allerdings schadet es nichts, wenn bei der Hervorbringung des Ertrages außer dem ihn „gewährenden“ Gegenstande noch andre Faktoren, vor allem menschliche Arbeitsleistungen, mitwirken. Doch muß der Gegenstand nach wirtschaftlicher Auffassung unter allen Umständen die Hauptursache des Ertrages sein.

1) Biermann, öffentl. Sachen, Gießener Univ.-Programm (05); Normann, Kirchenrechtl. Veräußerungsbeschränkungen, Heft 42 der kirchenrechtl. Abhandlungen von Etuß (07).

1) Petrażycki, Einkommen (93).

Beispiele. I. 1. Wenn einem Stück Land, dessen Boden so schlecht ist, daß ohne emsigstes Hacken und Pflügen, ohne reichliches Düngen, ohne künstliche Bewässerung nur spärliches Unkraut darauf wachsen würde, eine gute Haferernte abgewonnen wird, ist der Hafer trotzdem Ertrag des Grundstücks. Denn nach wirtschaftlicher Anschauung gilt — seltsam genug — auch in diesem Fall als Hauptfaktor der Haferernte nicht Saat Korn, nicht Arbeit, nicht Dünger, nicht Wasser, sondern der Erdboden. 2. Ingleichen gilt, wenn eine Stute, von einem Hengst gedeckt, ein Fohlen wirft, das Fohlen nach wirtschaftlicher Anschauung nicht als gemeinsamer Ertrag von Stute und Hengst, sondern nur als Ertrag der Stute. II. Dagegen sind die Bilder, die ein Maler zustande bringt, nicht Ertrag seines Pinsels, sondern seines Geistes, seiner Arbeit.

2. Ein Gewinn ist Ertrag eines Gegenstandes nur, wenn der Gegenstand durch den gewinnbringenden Vorgang weder ganz noch teilweise „verbraucht“ wird, sondern — wenigstens der Regel nach — den Gewinn überdauert. Als Verbrauch gilt auch die Veräußerung des Gegenstandes und, was ihr im Erfolge gleichsteht, nicht aber die allmähliche Abnutzung.²

Beispiele. I. Die in einem Forst gefällten Bäume sind nur dann Ertrag des Forstes, wenn bei dem Fällen ein Plan eingehalten wird, der auf das Nachwachsen junger Bäume derart Rücksicht nimmt, daß der Bestand des Forstes im ganzen unvermindert bleibt. Werden Bäume über das durch einen solchen Plan bestimmte Maß hinaus gefällt, so liegt Raubwirtschaft vor, und das Mehr, was dadurch an Holz gewonnen wird, ist wohl Gewinn, aber nicht Ertrag. II. Das aus einem Bergwerk gewonnene Erz ist nur dann Ertrag des Bergwerks, wenn bei der Förderung ein Plan eingehalten wird, der das Bergwerk derart schont, daß es für eine Reihe von Jahren eine einigermaßen gleichmäßige Ausbeute gewährt; bei einem solchen Bergbau wird angenommen, daß das Bergwerk nicht „verbraucht“, sondern allmählich abgenutzt wird. Wird Erz über das durch einen solchen Plan bestimmte Maß hinaus gefördert, so liegt Raubbau vor, und das Mehr, was dadurch an Erz gewonnen wird, ist, gerade wie das durch Raubwirtschaft im Forst erlangte Mehr an Holz, Gewinn, aber nicht Ertrag. III. Bei einem verzinslichen Darlehn, dessen Kapital durch Amortisationszuschläge zu den Zinsen getilgt wird, sind Ertrag der Darlehnsforderung nur die Zinsen, nicht auch die Amortisationszuschläge. Denn letztere sind dazu bestimmt, die Darlehnsforderung zu zerstören; ihre Einziehung ist also ein „Verbrauch“ der Darlehnsforderung. Freilich geschieht der Verbrauch so allmählich, daß man geneigt sein könnte, ihn für eine bloße Abnutzung anzusehen. Indes ist diese Auffassung nicht zutreffend; denn ein Verbrauch gilt als bloße Abnutzung nicht schon dann, wenn er allmählich geschieht, sondern nur dann, wenn er außerdem mit dem Gebrauch unvermeidlich verbunden ist. Das ist aber bei der Amortisation eines Darlehns nicht der Fall; es gibt ja auch Darlehne, die nicht amortisiert werden. IV. Bei einem Rentenrecht sind Ertrag die jeweilig fälligen Renten. Freilich wird durch deren Einziehung das Rentenrecht im ganzen allmählich zerstört, gerade wie die Darlehnsforderung durch die Einziehung der Amortisationszuschläge. Dies ist aber bei einem Rentenrecht unvermeidlich. Deshalb liegt hierin in der Tat nur eine allmähliche Abnutzung des Rentenrechts. V. 1. Wenn jemand ein Grundstück, das er zu Spekulationszwecken gekauft hat, mit Vorteil verkauft, ist Ertrag weder der ganze beim Verkauf erzielte Preis noch der Überschuß des Verkaufspreises über den Einkaufspreis. Denn hier wird das Grundstück ja veräußert, was einem Verbrauch gleichsteht. 2. Ebenso wenig ist, wenn das Grundstück dem Spekulantem im Wege der Enteignung entzogen wird, die ihm dafür gewährte Entschädigung Ertrag. V. Wenn jemand ein Droschkenpferd schuldhaft verlegt, so daß es vier Wochen lang keine Arbeit tun kann und ein Auge verliert, ist der Schadensersatz, den er dafür leisten muß, zum Teil Ertrag des Pferdes, zum Teil ist er es nicht. Er ist es insofern, als er einen Ausgleich dafür bietet, was das Pferd dem Besitzer während der vier Wochen Fehlen ohne den Unfall eingebracht haben würde. Er ist es nicht insofern, als er die Wertminderung

2) Siehe oben § 44 III, 1.

ausgleichen soll, die das Pferd durch den Verlust des einen Auges für immer erlitten hat. Denn soweit der gewinnbringende Vorgang — d. h. hier die Verletzung des Pferdes — das Tier zeitweise arbeitsunfähig machte, hat er es höchstens „abgenutzt“; soweit er ihm ein Auge raubte, hat er es zum Teil „verbraucht“.

3. Ein Gewinn ist Ertrag eines Gegenstandes nur, wenn er seiner Art nach ein „regelmäßig wiederkehrender“ ist, so daß Gewinnrate und Gewinnrate sich zu einer langen fortlaufenden Kette zusammenschließen. Gleichgültig ist aber, ob die Wiederkehr des Gewinns in gleich langen Perioden oder in Zeiträumen von verschiedener Dauer, gleichgültig auch, ob ein Gewinn von ständiger oder von wechselnder Höhe erwartet wird. Ja es schadet nicht einmal, wenn in einem konkreten Fall und in Ansehung eines konkreten gewinnbringenden Gegenstandes die Aussicht auf Wiederkehr eines gleichartigen Gewinns sehr abgeschwächt oder ganz ausgeschlossen ist: es genügt, wenn der Gewinn wenigstens seiner Art nach (typisch) regelmäßig wiederkehrt.

Beispiele. I. 1. Wenn jemand in seinem Weinberge die Weinlese immer selber hält oder wenn er die Trauben alljährlich auf dem Stod verkauft und die Lese dem Käufer überläßt oder wenn er den Weinberg auf eine Reihe von Jahren verpachtet, sind Ertrag des Weinberges im ersten Fall die Trauben, im zweiten der Kaufpreis, im dritten der Pachtzins. 2. Ebenso wenn ein Weinbergbesitzer, der regelmäßig die Weinlese selber hält, versuchsweise ein einziges Mal die Trauben auf dem Stod verkauft oder den Weinberg auf ein einziges Jahr verpachtet. Hier sind nicht bloß die Trauben, sondern auch der Kaufpreis oder der Pachtzins Ertrag. Denn beide treten ja lediglich an die Stelle der Trauben, stehen ihnen also wirtschaftlich gleich; sie stellen demnach — obschon, für sich genommen, einmalige — doch, mit den Trauben zusammengenommen, wiederkehrende Gewinne des Weinberges dar. 3. Anders, wenn die Trauben des Weinberges auf einer landwirtschaftlichen Ausstellung einmal oder wiederholt prämiert werden. Hier sind die Prämien Ertrag weder des Weinberges noch der Trauben, weil sie ihrer Art nach nicht wiederkehrend sind. II. 1. Wenn eine Aktiengesellschaft, die immer mit Verlust gearbeitet hat, durch irgendwelche Konjunktoren in einem Jahr ganz unerwartet einen Gewinn abwirft, ist der Gewinnanteil, der auf jede Aktie entfällt, Ertrag der Aktie. Denn obschon tatsächlich nur einmalig, ist solch ein Gewinnanteil doch seiner Art nach wiederkehrend. 2. Dagegen sind neue Aktien, die bei der Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft kraft eines sog. Bezugsrechts auf die alten Aktien fallen, nicht Ertrag der letztern; denn die Ausgabe neuer Aktien ist ihrer Art nach kein regelmäßig wiederkehrender Vorgang. III. Wenn ein Bergwerk in Einhaltung eines ordentlichen Betriebsplans (s. oben zu 2 das zweite Beispiel) schließlich erschöpft ist, ist auch die allerletzte Ausbeute, die ihm abgewonnen wird, noch Ertrag, obschon feststeht, daß ihr ein gleichartiger Gewinn nicht mehr folgen wird. IV. Wenn ein Gut zu Erbpacht mit der Klausel ausgetan wird, daß jedesmal beim Tode des Verpächters oder Pächters aus dem Gut eine Abgabe an den Gutsherrn zu zahlen ist, ist auch diese Abgabe Ertrag. Denn sie kehrt regelmäßig wieder, wenschon vielleicht in sehr ungleichen Perioden.

4. Das negative Erfordernis zu 2. und das positive zu 3. werden sich im Ergebnis meistens decken. Doch ist das, wie unsre Beispiele zeigen, nicht immer der Fall. So sind die Amortisationszuschläge bei einer Darlehnsforderung wiederkehrende Gewinne, obschon sie den gewinnbringenden Gegenstand allmählich verbrauchen; die Weinbergsprämien und die auf alte Aktien kraft Bezugsrechts entfallenden neuen Aktien sind dagegen nicht wiederkehrende Gewinne, obschon sie einen Verbrauch des gewinnbringenden Gegenstandes nicht darstellen. Eben deshalb dürfen die Erfordernisse zu 2. und 3. nicht miteinander verwechselt werden.

5. Der Begriff des Ertrages ist ein innerlicher unklarer, und keine Kunst des Juristen kann hieran etwas ändern. Insbesondere ist es willkürlich, wenn man, wie der Ertragsbegriff dies fordert, jeden Gewinn, der als Ertrag gelten soll, auf eine bestimmte Haupt-

ursache zurückführt und wenn man zwischen Abnutzung und Verbrauch scharf zu unterscheiden sucht.

II. Der Ertrag ist entweder Rein- oder Rohertrag. Bei jenem sind die Aufwendungen oder Einbußen abgezogen, die mit dem ertragbringenden Vorgang unvermeidlich verbunden waren: bei diesem ist solch ein Abzug nicht vorgenommen.

Zu den Abzügen, die bei der Ermittlung des Reinertrages vorzunehmen sind, gehören auch die Amortisationsbeträge, die der Abnutzung des ertragbringenden Gegenstandes entsprechen. Beispiel: der Reinertrag eines vermieteten Hauses für ein bestimmtes Jahr wird nicht dadurch gefunden, daß man von der Summe der Mieten die tatsächlich vorgenommenen auf das Haus bezüglichen Ausgaben des Jahres an Steuern, Reparaturen u. dgl. abzieht, sondern es ist außerdem noch ein Pauschalatz für die allmähliche Abnutzung von Dach, Anstrich, Dielen u. dgl. in Abzug zu bringen.

III. Der Begriff des Ertrages ist hauptsächlich von wirtschaftlicher und steuertechnischer Bedeutung. Aber auch der juristischen Bedeutung ermangelt er nicht. Insbesondere liegt er, wie alsbald zu zeigen, wenigstens teilweise dem juristisch sehr erheblichen Begriff der „Frucht“ zugrunde (99 II, III).

2. Früchte.¹

§ 47 a.

Von vielen Rechtsgegenständen sagt man, daß sie Früchte bringen.

I. Die Früchte zerfallen in eine ganze Reihe von Arten, die unter sich so verschieden sind, daß sich ein einheitlicher Fruchtbegriff überhaupt nicht bestimmen läßt. Die Hauptarten sind die Sach-, die Rechts- und die Betriebsfrüchte.

1. Sachfrüchte heißen die Früchte, wenn der fruchttragende Gegenstand, von dem sie stammen, eine „Sache“ — die sog. Muttersache der Früchte — ist. Sie sind entweder natürliche (unmittelbare) oder juristische (mittelbare, zivile) Früchte.

a) Natürliche Früchte sind Sachen, die entweder aus der Muttersache organisch entstehen oder in Übereinstimmung mit der wirtschaftlichen Bestimmung der Muttersache ihr durch einen rein mechanischen Vorgang abgewonnen werden. Die organisch entstandenen Früchte nennt das Gesetz „Erzeugnisse“, die mechanisch gewinnbaren Früchte nennt es die „sonstige bestimmungsmäßige Ausbeute“ der Muttersache (99 I).

α) Erzeugnisse in dem hier maßgebenden Sinn kommen nur bei Pflanzen, Tieren und Grundstücken vor.² Und zwar gelten — ohne daß es irgendwie darauf ankommt, ob die Muttersache wirtschaftlich dazu bestimmt ist, ihrem Besitzer derartige Dinge zu liefern —:

αα) als Erzeugnisse einer Pflanze oder eines Tieres alle Bestandteile

1) Reichel, Jahrb. f. Dogm. 42 S. 205.

2) Das Gesetz schweigt.

von Pflanze oder Tier, die sich noch bei Lebzeiten der Muttersache von ihr ablösen lassen oder selber ablösen;²

β) als Erzeugnisse eines Grundstücks alle Pflanzen, die mit dem Erdreich des Muttergrundstücks fest verbunden sind, es sei denn, daß die Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck geschah.²

Beispiele. I. 1. Bei der Tanne im Walde ist fruchttragende Sache das Waldgrundstück; Erzeugnis ist der ganze Tannenbaum von der Wurzel bis zum Wipfel. 2. Bei dem Orangebäumchen im Kübel ist fruchttragende Sache nicht etwa das Erdreich des Kübels, sondern das Bäumchen selber; Erzeugnis sind nur diejenigen Bestandteile des Bäumchens, die es nicht für sein Fortleben braucht, also z. B. seine Blüten und Früchte, nicht aber sein Stamm. II. Erzeugnisse einer Kuh sind das Kalb, die Milch, der Mist, nicht aber auch das Fleisch, die Knochen, das Fell; denn zwar die ersten, nicht aber auch die letzten drei Dinge können der Kuh noch bei ihren Lebzeiten abgewonnen werden. III. Wenn jemand einen Rhododendronstrauch kauft und erst provisorisch in einen von ihm gemieteten, dann aber endgültig in einen von ihm gekauften Garten einpflanzt, wird der Strauch sofort zum Erzeugnis des zweiten gekauften Gartens; dagegen ist er nicht etwa vorübergehend auch Erzeugnis des ersten gemieteten Gartens gewesen (s. 95 I). IV. Die normale Bestimmung eines Weinberges ist es, seinem Besitzer nicht Rebstöcke, sondern Trauben zu liefern; dennoch gelten nicht bloß die Trauben, sondern die ganzen Rebstöcke als Erzeugnis, also als Frucht des Weinbergs.

Gegen die Entscheidung zu III kann man einwenden, daß ein Strauch, der eben erst in ein Grundstück eingepflanzt ist, unmöglich als dessen Erzeugnis gelten kann. Das ist richtig. Ebenso richtig ist aber, daß ein Grundstück überhaupt keine Sträucher „erzeugen“ kann. Man darf also auf diesen Ausdruck kein Gewicht legen. Jedenfalls wäre es praktisch so verkehrt wie möglich, wenn man ungepflanzte Sträucher juristisch anders behandeln wollte als autochthone.

Eine Sonderbestimmung gilt für Früchte, die über die Grundstücksgrenze fallen (911). Hierüber siehe unten § 210 IX.

γ) Eine sonstige bestimmungsmäßige Ausbeute in dem hier maßgebenden Sinn findet sich nur bei Grundstücken.² Und zwar umfaßt diese Ausbeute sämtliche unorganische Bodenbestandteile des Muttergrundstücks sowie das dem Muttergrundstück abgewonnene Wasser,² vorausgesetzt, daß die Abtrennung der Bodenbestandteile und die Fortnahme des Wassers der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks entspricht.

Beispiele. I. 1. Sonstige bestimmungsmäßige Ausbeute eines Grundstücks ist der Mergel, der in einem Mergelschacht gegraben, das Wasser, das aus einem Brunnen geschöpft wird, nicht aber auch das Abbruchmaterial eines abgerissenen Hauses, nicht der im Erdboden gefundene Schatz; denn nur die Bodenbestandteile und das Wasser eines Grundstücks gehören zu seiner Ausbeute. 2. Nicht bestimmungsmäßige Ausbeute ist das Fleisch eines geschlachteten Mastochsen, das Eisen einer unbrauchbar gewordenen, nicht mehr reparierbaren Maschine; denn eine solche Ausbeute kommt nur bei Grundstücken vor. II. Wenn sich unter einem Rübenfelde eine Schicht Kies befindet, ist der Kies nicht bestimmungsmäßige Ausbeute des Feldes; denn dessen Bestimmung ist es, Rüben, nicht aber Kies zu liefern. Anders, sobald der Besitzer sich entschließt, das Feld ganz oder teilweise in eine Kiesgrube zu verwandeln.

Einen Beweis für die Richtigkeit unserer Definition der Erzeugnisse und der sonstigen bestimmungsmäßigen Ausbeute läßt sich nur in der Art führen, daß man die aus dieser Definition sich ergebenden Schlüsse auf ihre praktische Brauchbarkeit hin untersucht. Hält man sich dagegen lediglich an den allgemeinen Sprachgebrauch, so könnte man ebensogut jede beliebige andre Definition rechtfertigen; so läßt sich z. B. sprachlich nichts dagegen einwenden, wenn man das Fleisch eines Mastochsen zur bestimmungsmäßigen Ausbeute des Ochsen rechnet.

b) Juristische Früchte sind der Ertrag, den die Mutter Sache nicht durch organische oder mechanische Vorgänge, sondern „vermöge eines Rechtsverhältnisses“ gewährt (99 III). Derartige Früchte gibt es bei allen ertragsfähigen Sachen, auch bei solchen, die keine natürlichen Früchte hervorbringen.

a) Die juristischen Früchte sind ein „Ertrag“ und zwar ein Rohertrag der Mutter Sache. Was hierunter zu verstehen, ist im vorhergehenden Paragraphen gezeigt.

β) Sie müssen auf einem Rechtsverhältnis beruhen, und zwar² auf einem Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer oder Eigenbesitzer der Mutter Sache einer- und irgendeiner andern Person andererseits. Meist entspringt das Rechtsverhältnis aus einem von dem Eigentümer oder Eigenbesitzer der Mutter Sache abgeschlossenen Vertrage, insbesondere einem Miet- oder Pachtvertrage, seltener aus einem gegen ihn verübten Delikt, einer gegen ihn angeordneten Enteignung usw.

Beispiele. I. Wenn ein Bauer eine Wiese pachtet und den Pachtzins laut Vereinbarung mit Kartoffeln bezahlt, die er auf einem ihm selbst gehörigen Felde gewonnen hat, sind die Kartoffeln natürliche Früchte dieses Feldes und zugleich juristische Früchte der Wiese. II. 1. Eine Nähmaschine kann keine natürlichen Früchte hervorbringen; sie wird aber sofort juristisch fruchtbar, sobald der Eigentümer sie vermietet. 2. Dagegen wird eine Flasche Wein (von Ausnahmefällen abgesehen) nicht einmal juristisch fruchtbar gemacht werden können. III. 1. Wenn jemand im Enteignungsverfahren genötigt wird, einen Teil seines Guts gegen eine Entschädigung von 12000 Mk. an eine Eisenbahn abzutreten und außerdem gegen eine monatliche Entschädigung von 20 Mk. zu gestatten, daß die Eisenbahn während des voraussichtlich zwei Jahre dauernden Baus auf einem andern Teil des Guts einen Schuppen errichtet, ist das Recht auf die 20 Mk., nicht aber auch das auf die 12000 Mk. Frucht des Guts. Denn nur das erstere Recht ist „Ertrag“ des Guts. 2. Siehe ferner die Beispiele des § 47. IV. Wenn jemand ein Gut, das er dem Eigentümer abgepachtet hat, einem Dritten in Miterpacht gibt, ist nur der Anspruch des Eigentümers auf den Haupt-, nicht auch der des Pächters auf den Miterpachtzins Frucht des Guts. Freilich ist auch letzterer Anspruch Frucht. Er ist aber nicht Frucht des Pachtguts, sondern Frucht des Pachtrechts des Hauptpächters, gehört also nicht hierher, in die Gruppe der Sach-, sondern in die zu 2. zu besprechende Gruppe der Rechtsfrüchte.

2. Rechtsfrüchte heißen die Früchte, wenn der fruchttragende Gegenstand, von dem sie stammen, ein subjektives Recht ist. Und zwar sind sie der Ertrag, den das Recht bestimmungsmäßig gewährt (99 II, III). Sie finden sich deshalb bei allen subjektiven Rechten, die ertragsfähig sind.

a) Unter dem Ertrage ist auch hier der Rohertrag im Sinn des vorhergehenden Paragraphen zu verstehen.

b) Der Ertrag kann dem subjektiven Recht entweder dadurch abgewonnen werden, daß der Berechtigte das Recht unmittelbar ausübt, oder dadurch, daß zu dem Recht zusätzlich ein weiteres Rechtsverhältnis tritt und der Berechtigte einen Ertrag erst vermöge dieses weitem Rechtsverhältnisses gewinnt.² Demnach kann man die Rechtsfrüchte gerade wie die Sachfrüchte in natürliche (unmittelbare) und in juristische (mittelbare, zivile) teilen.

c) Die wichtigsten subjektiven Rechte, die einen Ertrag und somit Rechtsfrüchte abwerfen, sind:

α) das Recht auf den Bezug der natürlichen Früchte einer fremden Sache; Rechtsfrucht: eben diese natürlichen Früchte;

β) das Recht auf die Aneignung herrenloser dem allgemeinen Zugriff entzogener Sachen; Rechtsfrucht: eben diese Sachen (jagdbares Wild, freie oder regale Mineralien u. s. w.);

γ) das Recht auf ein verzinsliches Kapital; Rechtsfrucht: die Zinsen;

δ) das Recht auf eine Rente; Rechtsfrucht: jede Rentenrate.

Beispiele. I. Wenn ein Steinbruch verpachtet wird, sind die von dem Pächter in dem Bruch gewonnenen Steine zugleich Sachfrüchte des Steinbruchs und Rechtsfrüchte des Pächterrechts. II. 1. Rechtsfrüchte finden sich z. B. bei den oben zu c, α—δ genannten Rechten. Dagegen ist das Vorkaufsrecht, das Recht auf ein unverzinsliches noch nicht fälliges Darlehenskapital von Ausnahmefällen abgesehen unfruchtbar. 2. Wenn jemand im Testament einem Angehörigen 10000 Mk., zahlbar in zehn Jahresraten zu 1000 Mk., einem andern Angehörigen aber eine jährliche Rente von 1000 Mk. auf zehn Jahre vermacht, ist ersteres Recht unfruchtbar (weil hier die einzelnen Raten von je 1000 Mk. nicht Ertrag sind), letzteres fruchtbar. III. Wenn der Nießbraucher eines Guts die eine Gutshälfte selbst bewirtschaftet und die andre verpachtet, ist die Ernte, die er dort gewinnt, natürliche, der Pachtzins, der ihm hier zufällt, juristische Frucht seines Nießbrauchs.

3. Betriebsfrüchte kann man die Früchte nennen, wenn der fruchttragende Gegenstand, von dem sie stammen, weder eine Sache noch ein subjektives Recht, sondern etwa ein Gewerbebetrieb ist. Und zwar sind sie der Rohertrag, den jener Gegenstand abwirft.² Auch unter ihnen kann man natürliche (unmittelbare) und juristische (mittelbare) Früchte unterscheiden.

Beispiel. Frucht eines Maurergeschäfts sind die Forderungen auf den Werklohn für die in dem Geschäftsbetriebe ausgeführten Arbeiten, nicht aber auch, weil es sich hier um keinen „Ertrag“ handelt, der Anspruch auf den Kaufpreis für ein vormalig zu dem Geschäft gehöriges, später verkauftes Grundstück.

Die Betriebsfrüchte sind in den §§ des bürgerlichen Gesetzbuchs, die von den Früchten im allgemeinen handeln (99 flg.), stillschweigend übergangen. Dagegen sind sie anderweit (1655) erwähnt.

Das Schema der Fruchtarten ist hiernach das folgende:

Früchte					
Sachfrüchte		Rechtsfrüchte		Betriebsfrüchte	
natürliche Sachfrüchte	juristische Sachfrüchte	natürliche Rechtsfrüchte	juristische Rechtsfrüchte	natürliche Betriebsfrüchte	juristische Betriebsfrüchte
Erzeugnisse	Sonstige be- stimmungs- mäßige Ausbeute				

II. Die Übersicht zu I zeigt, daß der Fruchtbegriff dem Begriff des Rohertrages nahesteht, sich aber keineswegs mit ihm deckt.

1. Einerseits sind nämlich die juristischen Sachfrüchte, die Rechtsfrüchte und die Betriebsfrüchte (oben I, 1 b, 2, 3), wie sich aus ihrer Definition sofort ergibt, weiter nichts als bestimmte Arten von Roherträgen des fruchttragenden Gegenstandes.

2. Andererseits brauchen die natürlichen Sachfrüchte (oben I, 1 a) durchaus

nicht Erträge der fruchttragenden Sache zu sein. Denn es ist möglich, daß diese Früchte lediglich durch einen Verbrauch der fruchttragenden Sache gewonnen werden und daß sie ihrer Art nach nicht wiederkehrend sind; und ist dies der Fall, so sind sie eben Früchte, aber nicht Erträge.

Beispiele. I. Wenn jemand seinen ganzen Wald auf einmal abholzt, ist das dabei gewonnene Holz, wie wir gesehen haben, nur zu einem kleinen Teil „Ertrag“.³ Es ist aber ganz und gar „Frucht“. II. Wenn jemand das gesamte Holz seines Waldes ungefällt verkauft und das Abholzen dem Käufer überläßt, ist der Erlös gleichfalls kein „Ertrag“. Es ist aber auch nicht „Frucht“. Denn wäre er es, so wäre er juristische Frucht. Eine juristische Frucht aber, die nicht zugleich „Ertrag“ der Muttersache wäre, gibt es definitionsgemäß (99 III) nicht.

Die vorstehende Unterscheidung ist so willkürlich, daß man zunächst glauben möchte, sie beruhe auf einem Mißverständnis. Indes lassen viele Gesetzesstellen (993, 1039 u. i. m.) keinen Zweifel darüber, daß der Gesetzgeber sich mit vollem Bewußtsein zu ihr entschlossen hat.

III. Die Früchte der Sachen werden rechtlich in der allermannigfachsten Weise ausgezeichnet. An dieser Stelle sollen von den hierhergehörenden Regeln nur zwei erwähnt werden.

1. a) Wenn das Recht einer Person, die Früchte eines Gegenstandes zu ziehen, erlischt und die Früchte fortan einem Nachmann zufallen, sind bei der Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nachmann folgende Grundsätze maßgebend.

α) Sind die Früchte Sachen, so gebühren sie dem Vormann insoweit, als sie noch während der Dauer seines Rechts von der Muttersache abgetrennt sind; gleichgültig ist, ob der Vormann die Früchte als Sach- oder als Rechtsfrüchte in Anspruch nimmt (100 Nr. 1).

β) Sind die Früchte Rechte, so gebühren sie dem Vormann grundsätzlich insoweit, als sie noch während der Dauer seines Rechts fällig geworden sind. Doch gilt eine wichtige Ausnahme für den Fall, daß die Früchte als Ertrag einer bestimmten Wirtschaftsperiode gelten und das Recht des Vormanns nicht am Ende, sondern mitten im Lauf einer solchen Periode erlischt: hier werden nämlich die dieser Periode angehörigen Früchte ohne Rücksicht auf ihre Fälligkeit zwischen Vor- und Nachmann nach Verhältnis der Dauer des beiderseitigen Rechts innerhalb der Periode verteilt (101 Nr. 2).

Beispiele. A. ist auf Lebenszeit Vorerbe des am 1. September 07 gestorbenen B.; er selber stirbt am 1. August 08; Nacherbe ist C. I. Zu B.'s Nachlaß gehört ein Feld, das von A. mit Roggen bestellt wird. Hier hängt die Auseinandersetzung zwischen A.'s Erben und C. wegen des Roggens ganz von dem Zufall ab, ob der Roggen vor oder nach dem 1. August 08 gemäht worden ist; ersternfalls geht C., letzternfalls gehen umgekehrt die Erben A.'s ganz leer aus. II. 1. Zu B.'s Nachlaß gehört ein Feld, das vom 1. Juli 07 bis 1. Juli 09 an D. für jährlich 240 Mark verpachtet und von ihm in beiden Jahren mit Roggen bestellt ist. Hier gehört dem A. und seinen Erben $\frac{1}{2}$ des jährlichen Pachtzinses = 220 Mark, da ja A.'s Pachtrecht gerade 11 Monate gedauert hat; darauf, ob der Roggen vor oder nach dem 1. August 08 geschnitten worden ist, kommt hier gar nichts an; ebenso ist gleichgültig, ob der Pachtzins prae- oder postnumerando zahlbar war. 2. Zu B.'s Nachlaß gehört ein Haus, das auf die Zeit vom 1. Januar 06 bis 1. Januar 16 zu einem

1) Siehe oben § 47 I, 2.

Jahresmietzins vermietet ist, der von 5000 Mark jährlich um je 200 Mark, also bis auf 6800 Mark steigt. Hier gebühren dem A. und seinen Erben $\frac{1}{2}$ von 5200 Mk. für das Jahr 07 und $\frac{7}{12}$ von 5400 Mark für das Jahr 08. Davon, daß man bei der Auseinandersetzung etwa auf die Mietzinsse aller zehn Mietjahre Rücksicht nehmen müßte, ist, obschon der Wortlaut des Gesetzes Zweifel läßt, doch wohl keine Rede. III. Zu B.'s Nachlaß gehört ein Gut, das zu Erbbaurecht mit der Klausel ausgetan ist, daß beim Tode eines Erbbauberechtigten sein Erbe und Nachfolger eine Gebühr von 500 Mark an den Erbbauherrn zu leisten hat;⁴ zufällig sterben zu Anfang 08 zwei Erbbauberechtigte rasch hintereinander. Hier kommt die für jeden dieser Erbfälle zu zahlende Gebühr dem A. zu, weil sie ja während der Zeit seines Fruchtrechts fällig geworden ist und nicht als Ertrag einer bestimmten Wirtschaftsperiode angesehen werden kann.

Auf die Früchte des Aneignungsrechts (oben S. 139 β) paßt die Regel zu a nicht. Hier werden dem Vormann die Sachfrüchte gebühren, die er vor dem Erlöschen seines Rechts in Besitz genommen hat.

b) Die Regeln zu a gelten nur für die Frage, wie Nach- und Vormann im Verhältnis zueinander die Früchte zu verteilen haben, sagen dagegen darüber nichts aus, wem von beiden die Früchte im Verhältnis zu Dritten gehören.

Beispiel. Die A., die bis zum 1. Februar 08 unter väterlicher Gewalt stand, heiratet am 1. April 08 den B.; zu ihrem Vermögen gehört eine Hypothek von 600 000 Mark, deren Zinsen mit 2% halbjährig am 1. Juli und 2. Januar zahlbar sind. Hier gebührt im Verhältnis der A. zu ihrem Vater und ihrem Ehemann von der am 1. Juli 08 fälligen Zinsrate mit 12 000 Mark $\frac{1}{8} = 2000$ Mark dem Vater der A., $\frac{1}{3} = 4000$ Mark; der A. selbst, $\frac{1}{2} = 6000$ Mark dem B. (1649, 1626, 1363). Im Verhältnis zu Dritten, insbesondre im Verhältnis zum Hypothekenschuldner steht dagegen die Zinsrate einzig und allein dem B. zu, weil sie unter der Herrschaft seines Rechts fällig wurde (1383, 1068 II); B. hat also die ganze Zinsrate allein einzuziehen und muß alsdann seinerseits seiner Frau und seinem Schwiegervater einen Anteil abgeben.

c) Die Regeln zu a gelten nur, wenn nicht durch Rechtsgeschäft oder Gesetz ein anderes bestimmt ist.

2. a) Wenn jemand verpflichtet ist, Früchte als solche herauszugeben, die von der Mutttersache bereits getrennt oder bereits fällig geworden sind, kann er Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten verlangen, jedoch nur soweit, als sie erstlich einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und zweitens den Wert der Früchte nicht übersteigen (102). Insofern kann man also sagen, daß er nicht auf den Brutto-, sondern nur auf den Nettoertrag der Früchte haftbar ist.

Beispiel. A. wird verurteilt, ein Haus, das er jahrelang zu Unrecht als sein angelegentliches Eigentum besessen, samt den während des Prozesses gezogenen Früchten an den wahren Eigentümer B. herauszugeben; zu diesen Früchten gehört unter anderm das Recht auf den Mietzins, den C., der während des Prozesses eine Wohnung im Hause gemietet hat, an A. zu zahlen verpflichtet ist; um den C. als Mieter zu gewinnen, hat A. die Wohnung neu tapezieren müssen, obschon die alten Tapeten der Wohnung zwar sehr häßlich, aber doch noch zu brauchen waren; ob A., wenn C. nicht gemietet hätte, einen andern Mieter gefunden hätte, ist zweifelhaft. Hier kann A. von dem Mietzinsse des C. die Kosten der Tapeten abzulehnen.

Auf jede Frucht, die herauszugeben ist, darf nur eine gerade für diese Frucht gemachte

4) Dies Beispiel stammt zum Teil von Enneccerus S. 307.

Aufwendung abgezogen werden.² Wenn also ein Landgut mit Weizen und Roggen herauszugeben ist und die Weizenernte nicht einmal die für den Weizen gemachten Aufwendungen deckt, darf nicht etwa der ungedeckte Teil dieser Aufwendungen auf den Roggen angerechnet werden. Ebenso wenig darf, wenn die Roggenernte zweier aufeinander folgender Jahre herauszugeben ist, das Defizit der neuen Ernte auf den Überschuß der andern übertragen werden. Generalunkosten sind auf die verschiedenen Fruchtarten nach einem freilich schwer zu ermittelnden Maßstabe zu verteilen.²

Ob und inwieweit für Betriebsfrüchte eine Ausnahme von obiger Regel gilt, sei hier dahingestellt (j. 1655).

b) Ob jemand, der Früchte herauszugeben hat, die zwecks ihrer Gewinnung gemachten Aufwendungen auch dann in Anrechnung bringen kann, wenn die Früchte von der Mutter Sache noch nicht getrennt oder noch nicht fällig sind, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Siehe hierüber unten in der Lehre von der Pacht, vom Eigentumsanspruch (592, 998, 1421) usw.

3. Nutzungen.

§ 47b.

Von vielen Rechtsgegenständen sagt man, daß sie Nutzungen gewähren.

I. Der Begriff der Nutzungen ist erheblich weiter als der der Früchte. Denn er umfaßt (100)

1. die Früchte sämtlichst,
2. außerdem die Vorteile, die der bloße Gebrauch des Gegenstandes — im Gegensatz zu der Fruchtziehung einer- und zum Verbrauch andererseits — gewährt.

Beispiel. Jemand kauft eine Kuh, pflügt mit ihr, läßt sie kalben und verkauft sie sodann mit Gewinn weiter. Hier ist der Vorteil, den er von der Zugkraft der Kuh hat, Gebrauchsvorteil, das Kalb ist Frucht, beides zusammen ist Nutzung der Kuh; dagegen ist der Erlös beim Weiterverkauf weder Gebrauchsvorteil noch Frucht und also auch nicht Nutzung.

II. Die juristische Bedeutung des Begriffs der Nutzung tritt etwa in dem Satz hervor, daß beim Kauf die Nutzungen der Kaufsache bis zur Übergabe dem Verkäufer verbleiben (446 I, b).

Beispiel. A. hat am 29. April sein Pferd dem B. verkauft; die Übergabe soll am 1. Mai stattfinden; am 30. April reitet A. das Tier noch einmal; dabei stürzt es ohne A.'s Verschulden und wird schwer geschädigt. Hier ist A. dem B. nicht ersatzpflichtig. Denn er war am 30. April wohl befugt, das Pferd, obschon es bereits verkauft war, doch noch für sich zu benutzen.

4. Lasten.

§ 47c.

Ein Gegenstück zu den Nutzungen eines Gegenstandes sind seine Lasten.

I. 1. Die Lasten eines Rechtsgegenstandes sind die Leistungen, die jemandem um deswillen obliegen, weil jener Gegenstand ihm als Eigentümer

oder als Nutznießer oder als Besitzer oder als Gläubiger oder in irgendeiner andern Eigenschaft zusteht.¹

2. Die Lasten sind, wie die Nutzungen, von mannigfacher Art.

a) Sie gehören entweder dem öffentlichen oder dem Privatrecht an.

b) Sie sind nach den Regeln ordentlicher Wirtschaft entweder aus den Nutzungen zu bestreiten, die der belastete Gegenstand bringt, oder ihre Deckung ist in anderer Art zu beschaffen (§. 1047).

Beispiele. Von den Lasten eines Grundstücks sind: 1. a) öffentlich-rechtlich die Grundsteuern, b) privatrechtlich die Hypotheken, 2. a) aus den Nutzungen des Grundstücks zu bestreiten die Grundsteuern und die Hypothekenzinsen, b) anderweit zu decken die Hypothekenzinskapitalien.

II. Für die Lasten eines Gegenstandes gilt unter anderm die folgende Regel (103).

1. Wenn die Pflicht einer Person, die Lasten eines Gegenstandes zu tragen, erlischt und die Lasten fortan auf einen Nachmann übergehen, sind bei der Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nachmann diejenigen Lasten vom Vormann zu bestreiten, die während der Dauer seiner Verpflichtung fällig geworden sind. Doch gilt eine wichtige Ausnahme für den Fall, daß die Lasten sich auf eine bestimmte Wirtschaftsperiode beziehen und die Verpflichtung des Vormanns nicht am Ende, sondern mitten im Lauf einer solchen Periode erlischt: hier werden nämlich die dieser Periode angehörigen Lasten ohne Rücksicht auf ihre Fälligkeit zwischen Vor- und Nachmann nach Verhältnis der Dauer der beiderseitigen Verpflichtung innerhalb der Periode verteilt.

Beispiele. I. Ein Bauer hat ein Erbpachtgut nur ein viertel Jahr inne; von dem Gut sind 400 Mark jährliche Erbpacht und, wenn der Erbpachtherr stirbt, eine Mutungsgebühr von 60 Mark zu zahlen; zufällig stirbt der Erbpachtherr in dem Vierteljahr. Hier muß der Bauer von den 400 Mark nur ein Viertel, die 60 Mark muß er ganz zahlen. II. Jemand hat den Nießbrauch eines Weinbergs gleich nach der Weinlese erworben; nach 10 Monaten stirbt er. Hier erlangt er nach der oben § 47 a III, 1 erwähnten Regel von den Früchten des Weinbergs nichts; dagegen muß er von den Hypothekenzinsen, den Grundsteuern und ähnlichen Lasten des Jahres $\frac{1}{8}$ tragen!

2. Die Regel zu 1 gilt nur im innern Verhältnis zwischen Vor- und Nachmann. Nach außen, gegenüber Dritten, ist sie ohne Wirkung.

Beispiel. Wenn ein Vorerbe am 1. Oktober 07 stirbt, haben seine eignen Erben im Verhältnis zum Nacherben von den auf dem Nachlaßgut haftenden mit einer Halbjahrsrate am 1. Januar 08 fälligen Reallasten die Hälfte zu tragen. Dagegen haftet im Verhältnis zum Reallastgläubiger für die ganze Halbjahrsrate einzig der Nacherbe (1108).

3. Die Regel zu 1 gilt nur, wenn nicht durch Vertrag oder Gesetz ein andres bestimmt ist.

1) Das Gesetz schweigt.

IV. Mündelsichere Vermögensanlage.

§ 48.

I. Bares Geld ist nicht ertragbringend, solange man es hat, sondern nur, wenn man es in bestimmter Art verausgabt. Eine Verausgabung von Geld in ertragbringender Art nennt man Anlegung des Geldes.

II. Die Anlegung des Geldes steht der Regel nach im freien Ermessen des Geldeigentümers oder seines Vertreters. Doch gibt es einige Fälle, in denen das Gesetz eine mündelsichere (pupillarisch sichere) Anlegung vorschreibt und genau angibt, welche Anlagen allein als mündelsicher gelten sollen. Insbesondere ist dies bestimmt (1377, 1642, 1691, 1807, 2119, 1079, 1288, siehe ferner RGes. v. 12. Mai 01 § 59 usw.):

1. für das Geld einer Ehefrau, das sich in der Verwaltung und Nutznießung ihres Ehemanns,
2. für das Geld eines Minderjährigen oder Entmündigten, das sich in der Verwaltung seiner Eltern oder eines Vormundes oder Pflegers befindet,
3. für das Geld eines Vorerben,
4. für das Geld, das jemand zur Erfüllung einer Kapitalforderung bezahlt, an der ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht besteht.

III. Mündelsicher ist es unter anderm, wenn für das anzulegende Geld deutsche Staatspapiere angeschafft werden, wenn das Geld gegen gute hypothekarische Sicherheit ausgeliehen wird, usw., nicht aber, wenn das Geld zur Anschaffung von Grundstücken oder ohne hypothekarische Sicherstellung in einem kaufmännischen Geschäft, es mag noch so solide sein, Verwendung findet.

Im einzelnen wird eine regelmäßige und eine außerordentliche mündelsichere Anlegung unterschieden.

1. Die regelmäßige mündelsichere Anlegung geschieht nach Reichsrecht nur (1807 I):
 - a) in sichern Pfandrechten (Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden) an inländischen Grundstücken;
 - b) in Forderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat, die durch Wertpapiere verbrieft oder im Reichs- oder Staatsschuldbuch eingetragen sind;
 - c) in verbrieften Forderungen gegen einen beliebigen Schuldner, falls das Reich oder ein Bundesstaat deren Verzinsung gewährleistet hat;
 - d) in verbrieften Forderungen oder dinglichen Ansprüchen gegen eine inländische kommunale Körperschaft oder Kreditanstalt, sofern sie vom Bundesrat zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt sind; eine solche Erklärung ist z. B. für alle verbrieften Forderungen gegen deutsche kommunale Körperschaften ergangen, sofern die Forderungen von seiten des Gläubigers kündbar sind oder einer regelmäßigen Tilgung unterliegen (RGBl. 01 S. 263, 02 S. 3);
 - e) bei einer inländischen öffentlichen Sparkasse, wenn sie von der zuständigen Behörde des Bundesstaats, in dem sie ihren Sitz hat, z. B. in Preußen von dem Regierungspräsidenten im Einvernehmen mit dem Landgerichtspräsidenten, zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt ist (pr. AusfGes. 75 § 1).

Wann Grundstückspfandrechte als mündelsicher anzusehn sind, kann jeder Staat für die in seinem Gebiet liegenden Grundstücke näher bestimmen. I. In Preußen bestehen folgende Regeln (pr. AusfGes. 73). 1. Ein Grundstückspfandrecht gilt erstens als sicher, wenn

es bei städtischen Grundstücken innerhalb der ersten Hälfte, bei ländlichen Grundstücken innerhalb der ersten zwei Drittel des Werts des Pfandgrundstücks zu stehen kommt; der Wert kann durch gerichtliche Taxe oder durch Taxe einer genossenschaftlichen oder kommunalen öffentlichen Kreditanstalt, bei städtischen Grundstücken auch durch Taxe einer öffentlichen Feuerversicherungsanstalt ermittelt werden; andre Schätzungen, z. B. die neuern zwecks Veranlagung der Ergänzungssteuer vorgenommenen Taxationen, bleiben unberücksichtigt; auch der für das Pfandgrundstück zuletzt gezahlte Kaufpreis ist gleichgültig. 2. Ein Grundstückspfandrecht gilt zweitens als sicher, wenn es innerhalb des Fünzfachen des staatlich ermittelten Grundsteuerreinertrages des Pfandgrundstücks zu stehen kommt; falls dem Pfandrecht kein andres eintragungsbedürftiges Recht im Range vorgeht oder gleichsteht, tritt an Stelle des Fünzfachen das Zwanzig-, unter Umständen das Dreißig- oder gar Vierzigfache des Grundsteuerreinertrages. Dem Grundsteuerreinertrage ist der Gebäudesteuer-
nutzungswert nicht gleichgestellt; er bleibt also bei Prüfung der Mündelsicherheit eines Pfandgrundstücks außer Betracht. Demgemäß ist bei bebauten Grundstücken die Mündelsicherheit nur durch Taxe zu ermitteln. II. Die andern Landesgesetze haben zum Teil abweichende Normen. So gelten z. B. in Bayern Hypotheken als mündelsicher, wenn sie innerhalb der ersten Hälfte des Grundstückswerts zu stehen kommen, ohne daß zwischen ländlichen und städtischen Grundstücken unterschieden wird. Die nämliche Regel gilt in Württemberg mit der Maßgabe, daß der Grundstückswert durch Taxe des Gemeinderats zu ermitteln ist und vorgehende Rechte von dem Taxwert im doppelten Betrage abzuziehen sind, sowie bei Grundstücken bis zum Wert von 300000 Mk. auch in Hamburg (AusfGes. Bayern 92, Württ. 68, Hamburg 74).

2. Die Landesgesetze können, soweit sie bis zum Schluß des Jahres 1899 ergangen sind, den Kreis der regelmäßigen mündelsichern Anlagemittel erweitern (EG. 212). So gelten z. B. in Preußen als mündelsicher die Pfandbriefe einer genossenschaftlichen oder kommunalen öffentlichen Kreditanstalt, deren Sitz sich in Preußen befindet, nicht aber auch die Pfandbriefe der preußischen Hypothekenbanken (pr. AusfGes. 74); in Bayern gelten alle Schuldverschreibungen bayrischer Gemeinden sowie die Pfandbriefe gewisser bayrischer Hypothekenbanken als mündelsicher (Bayr. Ges. v. 9. Juni 99 Art. 32) usw.

3. Ist eine der zu 1, 2 genannten regelmäßigen Kapitalanlagen durch die Umstände ausgeschlossen, so kann ausnahmsweise eine mündelsichere Anlage auch bei einer Staatsbank, z. B. der preußischen Seehandlung, erfolgen; den Staatsbanken können landesgesetzlich andre Banken gleichgestellt werden: in Preußen ist dies z. B. bezüglich der preußischen Zentralgenossenschaftskasse geschehen (1808; pr. AusfGes. 76; pr. Ministerialerlaß v. 17. u. 18. Dez. 99).

4. Das Reichsrecht läßt auch die Anlage von Geld bei der Reichsbank und den öffentlichen Hinterlegungsstellen als mündelsicher zu (1808). Doch nimmt die Reichsbank verzinsliche Geldeinlagen von Privatpersonen tatsächlich nicht an. Ebenso ist in den meisten Staaten eine Kapitalanlage bei den Hinterlegungsstellen ausgeschlossen (EG. 144 b; AusfGes. Preußen 76 Abj. 2, Bayern 167 XXII, Württ. 146, Baden 37 V usw.).

IV. Die Verpflichtung zur mündelsichern Geldanlage fällt fort:

1. bei Geld, das zur Bestreitung von Ausgaben verwendet oder bereit gehalten werden muß (1806);

2. auch bei anderm Gelde, wenn von zuständiger Seite eine andre Anlage genehmigt wird; wer zuständig ist, läßt sich natürlich nicht allgemein sagen: bei dem Gelde einer Ehefrau ist es die Ehefrau selbst (1377 II in Verbindung mit 1376), bei dem Gelde eines Minderjährigen ist es das Vormundschaftsgericht (1811) usw.

V. Die vorstehenden Regeln bedeuten nur, daß noch nicht angelegtes Geld mündelsicher angelegt, nicht aber, daß bei bereits angelegtem Gelde die Anlage, wenn sie nicht mündelsicher ist, nachträglich in eine mündelsichere umgewandelt werden soll. Hat also ein

minderjähriges Kind ein Grundstück geerbt, so kann der Vater das Grundstück ruhig behalten; er kann es auch gegen ein anderes Grundstück austauschen. Hat er aber das Grundstück verkauft und den Kaufpreis in bar erhalten, so hört seine Freiheit auf: nunmehr bleibt ihm — vorbehaltlich der Ausnahmen zu IV — nur die mündelsichere Anlegung des Geldes übrig.

V. Rückblick auf das bisherige Recht.

§ 49.

I. Viele Regeln, die das bürgerliche Gesetzbuch über die Rechtsgegenstände aufstellt, führen auf das ältere deutsche Recht zurück. So findet sich schon im mittelalterlichen deutschen Recht und ebenso in den neueren deutschen Gesetzbüchern der Satz, daß das landwirtschaftliche Inventar Zubehör des Guts, daß das Braugerät Zubehör der Brauerei sei, während das römische und ihm folgend das bisherige gemeine Recht annahm, alles landwirtschaftliche oder gewerbliche Gerät diene nicht dem Grundstück, sondern nur dem gegenwärtigen Grundstücksbesitzer.¹ So ist ferner die scharfe Unterscheidung des Rechts der Liegenschaften und des Rechts der Fahrnis bereits dem mittelalterlichen deutschen Recht und ebenso den jüngeren deutschen Gesetzen wohlbekannt, während das römische Recht in seiner jüngsten, bei uns als gemeines Recht rezipierten Gestalt für Liegenschaften und Fahrnis grundsätzlich die gleichen Normen aufstellte² usw.

II. In andern Beziehungen hat das bürgerliche Gesetzbuch seine Regeln über die Rechtsgegenstände nicht dem ältern deutschen, sondern dem römischen Recht entnommen.

1. Das altdeutsche Recht hat überall, wo die Nutzung eines Grundstücks einem andern als dem Eigentümer des Grundstücks zustand, die Früchte schon vor ihrer Trennung als Eigentum des Nutzungsberechtigten behandelt. Von neuern Gesetzen huldigte der gleichen Auffassung das preußische Landrecht, während das vormalige gemeine Recht und das sächsische Gesetzbuch nach römischem Vorbilde die stehenden und hängenden Früchte, gerade wie jetzt das bürgerliche Gesetzbuch, ausnahmslos als Eigentum des Grundstückseigentümers ansah.³

2. Das mittelalterliche deutsche Recht und auch einige neuere deutsche Partikularrechte, z. B. das bairische und württembergische, ließen ein sog. Stockwerkseigentum, d. h. ein auf ein einzelnes Stockwerk eines Hauses be-

1) Stobbe 1 § 65^{17, 24}; pr. LR. I, 2, §§ 48 ff.; sächs. GB. 70, 69; Regelsberger S. 389.

2) Stobbe 1 § 63; pr. LR. I, 10 §§ 6 ff., 21, I, 20 §§ 94, 390, 411; sächs. GB. 276, 387, 466; Regelsberger S. 375.

3) Stobbe-Lehmann 2 § 95 Nr. 4; pr. LR. I, 9 § 221; Dernburg 1 § 78¹⁶; sächs. GB. 245, 74.

beschränktes Eigentum zu, während das römische und ihm folgend das bisherige gemeine, das preussische und sächsische Recht, gerade wie jetzt das bürgerliche Gesetzbuch, an jedem Hause nur ein einziges Eigentum anerkannten.⁴

3. Das mittelalterliche deutsche Recht sprach, wenn die Befugnis einer Person, die Früchte einer Sache zu beziehen, erlosch und einem Nachmann zufiel, alle Früchte dem Vormann zu, für die er bereits die Bestellarbeit geleistet hatte („wer sät, der mäht“).⁵ An dieser Auffassung hielt von den neuern Gesetzbüchern nur das sächsische fest.⁶ Dagegen verteilte das preussische Landrecht⁷ die Früchte zwischen Vor- und Nachmann nach Verhältnis der Zeit, während deren innerhalb des letzten Wirtschaftsjahrs das Nutzungsrecht beider gedauert hatte. Das bisherige gemeine Recht endlich beließ nach römischem Vorbilde⁸, gerade wie das bürgerliche Gesetzbuch, dem Vormann nur diejenigen Früchte, die vor dem Erlöschen seines Nutzungsrechts von der Muttersache getrennt waren.

III. 1. Bis in die jüngste Zeit bestand in Deutschland keine reine Gold-, sondern eine Doppelwährung. Es galten nämlich neben den Goldmünzen auch die Silbertaler als vollwertiges Geld mit unbedingtem und unbeschränktem Annahmepflicht und ohne eine Verpflichtung des Reichs zur Einlösung der Taler in Gold. Doch standen die Taler insofern hinter den Goldmünzen weit zurück, als sie seit 1873 nicht mehr neu ausgeprägt werden durften und als sie in neuerer Zeit langsam aus dem Verkehr zurückgezogen wurden: man bezeichnete deshalb die bisherige Währung als „hinkende“ Goldwährung.

2. Seit dem 1. Oktober 1908 haben aber die Taler aufgehört Geld zu sein.⁹

Zusatz zu §§ 40 ff.

Bei der Mannigfaltigkeit der Rechtsverhältnisse, für die die in dem vorstehenden Abschnitt behandelten Regeln in Betracht kommen, lassen sich für die Anwendung dieser Regeln keine allgemeinen Kollisionsnormen aufstellen. Dagegen sind einige Übergangsvorschriften zu erwähnen.

I. Soweit vor 1900 nach bisherigem Recht ein Eigentum an stehenden oder hängenden Früchten oder ein Stodwerkzeugeigentum begründet worden ist, bleibt es auch nach 1900 bestehen.¹

II. Die Auseinandersetzung zwischen zwei aufeinander folgenden Nutzungsberechtigten ist, wenn das Nutzungsrecht des Vormanns vor 1900 begründet war, aber nach dem 1. Jan. 1900 erlischt, nach denjenigen Gesetzen zu beurteilen, die für den Inhalt des dem Vormann zustehenden Nutzungsrechts im übrigen maßgebend sind. Es ist also darauf zu achten, ob der Vormann sein Nutzungsrecht auf sein Eigentum an der Muttersache oder auf einen Nießbrauch oder auf ein Pachtrecht oder auf ein familienrechtliches Nutzungsrecht stützte.²

4) Stobbe-Lehmann 2 § 95 Nr. 2; Kunze, Kollegenossenschaften u. Geschoßeigentum (88); Eccius 3 § 160²¹.

5) Stobbe, Beitr. z. Gesch. des deutschen Rechts (65) S. 59.

6) Sächs. GB. 76. 7) Pr. LR. I, 7 §§ 197 ff.

8) Petrazhski, Fruchtverteilung (92).

9) Bekanntm. d. Bundesrats vom 27. Juni 07.

1) EG. 181 II, 182. Siehe auch RG. 55 S. 288, 56 S. 243, 260, 289.

2) Siehe EG. 181 I, 184, 171, 200, 203.

III. Wird eine Geldwährung gesetzlich verändert, so sind alle auf die alte Währung lautenden Verpflichtungen nach dem Wertverhältnis, das bei der Währungsänderung gesetzlich bestimmt ist, in die neue Währung umzurechnen, falls die Parteien nicht das Gegenteil vereinbart haben. Das bedeutet eine höchst empfindliche Rückwirkung der Währungsänderung. Sie ist aber dadurch gerechtfertigt, daß alle Rechtsgeschäfte und alle Gesetze, die eine Geldverpflichtung begründen, die Veränderlichkeit der Geldwährung im Auge haben müssen und deshalb im Zweifel nicht die augenblickliche, sondern die jeweilig geltende Währung zum Gegenstande haben. Demgemäß sind die österreichischen Eisenbahnen, die sich vor 1873 zur Zahlung ihrer Schuldzinsen in Talern verpflichtet haben, nach 1873 mit Recht verurteilt worden, die Zinsen in jetziger deutscher Währung, also unter Ansetzung des Talermerts zu 3 M., zu zahlen.³

3) RG. in der Ztschr. f. Handelsrecht 27 S. 512, 28 S. 283; Hartmann, über internat. Geldschulden (82). Abw. Bekker, Couponprozesse (81).

Fünfter Abschnitt.

Entstehung, Änderung, Aufhebung der Rechte.

I. Tatbestand. Fiktionen.

§ 50.

I. Eine Rechtswirkung tritt nur ein, wenn eine Rechtsregel es vorschreibt. Die Rechtsregeln schreiben aber den Eintritt der Rechtswirkungen nur bedingt vor, nämlich nur für den Fall, daß eine Reihe bestimmter Tatsachen eintreten. Diese Tatsachen zusammen bilden den Tatbestand der Rechtswirkung; jede einzelne dazugehörige Tatsache bildet ein Tatbestandstück oder eine juristische Tatsache.

Beispiel. A. wünscht, daß er dereinst von Frau B. beerbt werde, jedoch nur, wenn die Ehe dieser Frau, die bis jetzt kinderlos war, mit Kindern gesegnet wird. Hier ist der Tatbestand für die Rechtswirkung, daß Frau B. wirklich A.'s Erbin wird, aus folgenden Tatbestandstücken zusammengesetzt: I. aus der Tatsache, daß A. formgerecht ein Testament oder einen Erbvertrag errichtet, in dem er jenen Wunsch als seinen Willen zum Ausdruck bringt (1937, 1941, 2229 ff.); II. aus der Tatsache, daß A. stirbt und Frau B. ihn überlebt (1922, 1923); III. aus der Tatsache, daß Frau B. die Erbschaft annimmt oder die Ausschlagungsfrist verstreichen läßt (1942, 1943); IV. aus der Tatsache, daß Frau B. unter Einhaltung der dafür geltenden Regeln eine Ehe eingegangen (1304 ff.) und diese Ehe mit Kindern gesegnet ist.

II. 1. Sehr oft wird der Tatbestand einer Rechtswirkung vom Gesetz alternativ bestimmt. Das heißt: das Gesetz ordnet an, die Rechtswirkung solle eintreten, wenn von zwei vorgeschriebenen Tatbestandstücken entweder das eine oder das andre vorhanden sei. Beide Tatbestandstücke gelten dann im Verhältnis zu der Rechtswirkung, die von ihnen abhängt, als äquivalent.

2. Die Äquivalenz zweier Tatbestandstücke wird in unsern Gesetzen mitunter durch eine sog. Fiktion ausgedrückt. Die Gesetze sagen nämlich nicht selten, daß, wenn von zwei für irgend eine Rechtswirkung alternativ vorgeschriebenen, also äquivalenten Voraussetzungen die eine erfüllt ist, zugleich auch die andre, obschon sie in Wirklichkeit nicht erfüllt ist, doch als erfüllt „gelten“ solle. Der Sinn einer solchen sehr künstlichen Formel ist eben der, daß die

eine Voraussetzung der andern in ihren rechtlichen Wirkungen völlig gleichgestellt werden soll.

Beispiele. I. In gewöhnlicher alternativer Form ist angeordnet, daß ein Bürgschaftsversprechen schriftlich erteilt und vom Bürgen eigenhändig entweder durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigter Handzeichen unterzeichnet werden muß (766, 126). Für die Begründung einer Bürgschaftsschuld sind also äquivalent: 1. die Unterzeichnung des Bürgschaftsscheins mit Namensunterschrift ohne irgendwelche Beglaubigung, 2. die Unterzeichnung des Scheins mit Handzeichen, z. B. den üblichen drei Kreuzen, sofern diese Handzeichen gerichtlich beglaubigt sind; 3. die Unterzeichnung mit einem solchen Handzeichen, sofern sie durch einen Notar beglaubigt sind, nicht aber auch 4. die Unterzeichnung mit Handzeichen, die nur polizeilich oder gar nicht beglaubigt sind. II. In Form einer Fiktion ist folgende Äquivalenz angeordnet: wenn ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück veräußert wird und der Erwerber durch Vereinbarung mit dem Veräußerer auch die persönliche Schuld, die durch die Hypothek gesichert ist, übernimmt, ist diese Schuldübernahme nur wirksam, wenn der Veräußerer sie dem Hypothekengläubiger anzeigt und dieser sie genehmigt; doch soll die Genehmigung, auch wenn sie tatsächlich nicht erteilt ist, doch als erteilt „gelten“, falls der Gläubiger der Schuldübernahme nicht binnen 6 Monaten nach der Anzeige widersprochen hat (415, 416). Der Sinn dieser Regel ist nämlich der, daß für die Wirksamkeit der Schuldübernahme die Tatsache, daß der Gläubiger sie positiv genehmigt, und die Tatsache, daß er 6 Monate lang keinen Widerspruch gegen sie erhoben hat, einander äquivalent sein sollen.

Über fiktive Rechtsgeschäfte siehe noch unten § 63.

III. Wenn zum Tatbestande einer Rechtswirkung ein bestimmtes Verhalten von Behörden oder Privatpersonen gehört, wird dies Verhalten in den Gesetzen selbstverständlich möglichst genau beschrieben. Dabei pflegt entweder gesagt zu werden, der Vorgang „müsse“ oder aber er „solle“ diese oder jene Eigenschaften haben. Dementsprechend unterscheidet man **Muß-** und **Sollvorschriften**.

1. Eine **Mußvorschrift** will aufs strengste verstanden werden: wird sie nicht erfüllt, so kommt die Rechtswirkung, auf die sie Bezug hat, einfach nicht zustande.

2. Eine **Sollvorschrift** ist milder: wird sie nicht erfüllt, so tritt die Rechtswirkung, auf die sie Bezug hat, trotzdem ein. Doch ist die **Sollvorschrift** deshalb nicht in den Wind gesprochen, sondern weiß sich in irgend einer andern Art, namentlich durch Strafandrohungen, Geltung zu verschaffen.

Beispiel. Ein sogenannter eingetragener Verein kommt nur zustande, wenn er eine Satzung aufstellt und auf Grund dieser Satzung vom Amtsgericht im Vereinsregister eingetragen wird; die Satzung „muß“ den Zweck, den Namen und den Sitz des Vereins angeben und „soll“ von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnet werden (57 I, 59 III). I. Trägt hier das Amtsgericht versehentlich einen Verein im Register ein, obgleich die Vereinsatzung den Zweck des Vereins nicht angibt, so ist die Eintragung nichtig; denn es ist eine **Mußvorschrift** verletzt. II. Trägt das Amtsgericht versehentlich einen Verein im Register ein, obgleich die Vereinsatzung nur von einem einzigen Mitgliede unterzeichnet ist, so ist die Eintragung gültig; denn es ist nur eine **Sollvorschrift** verletzt. Doch kann der schuldige Amtsrichter wegen des Verfehls disziplinar bestraft werden.

Als **Mußvorschriften** sind auch folgende Formeln anzusehn: die Ehe wird dadurch geschlossen, daß die Verlobten vor einem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe miteinander eingehn zu wollen (1317); die Genehmigung eines von einem Minderjährigen ohne Wissen seines Vormundes abgeschlossenen Vertrages kann

nur bis zum Ablauf von zwei Wochen erklärt werden (108 II). Die erstere Formel könnte also auch lauten: bei der Eheschließung „müssen“ die Verlobten vor einem Standesbeamten . . . erklären . . .; ebenso könnte die zweite Formel auch lauten: die Genehmigung „muß“ bis . . . erklärt werden.

Ob die Formeln: jemand darf etwas nicht tun, etwas ist zu tun, den Sinn von Muß- oder von Sollvorschriften haben, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Siehe z. B. einerseits 1240 I in Verbindung mit 1243 I, andererseits 671 II; einerseits 1945 I Halbjah 2, andererseits 6 II.

IV. Jede Rechtswirkung hat ihren besondern ihr eigentümlichen Tatbestand. Deshalb ist die Zahl der Tatbestände unübersehbar groß, und erst bei Darstellung der einzelnen Rechtsinstitute werden im weiteren Verlauf dieses Werks die wichtigsten Tatbestände der Reihe nach genauer festzustellen sein. Nur solche Tatbestandsstücke, die in verschiedenen Tatbeständen häufig und gleichmäßig wiederkehren, sind von allgemeiner Bedeutung und deshalb schon hier, im allgemeinen Teil, zu entwickeln. Es sind dies: die Rechtsgeschäfte, Verschulden und Zufall, der Zeitablauf, Verfügungen der Staatsgewalt.

II. Rechtsgeschäfte.¹

1. Begriff.

§ 51.

I. 1. Rechtsgeschäft heißt jede private Willensäußerung, die auf eine dem bürgerlichen Recht angehörige Rechtswirkung abzielt.

a) Das Rechtsgeschäft ist eine Willensäußerung. Das will besagen: es ist das Verhalten einer Person, aus dem nach den Regeln juristischer Auslegung (unten § 63) zu folgern ist, daß diese Person einen Willensentschluß bestimmten Inhalts gefaßt hat. Das Verhalten kann ein positives Tun oder auch ein bloßes Unterlassen sein.

b) Das Rechtsgeschäft ist eine private Willensäußerung. Das will besagen: es muß von einer Privatperson als solcher oder von einer Person des öffentlichen Rechts, die bei Abgabe der Äußerung wie eine Privatperson auftritt, herrühren.

c) Das Rechtsgeschäft ist eine private Willensäußerung, die auf eine dem bürgerlichen Recht angehörige Rechtswirkung abzielt.

1) Elsbacher, Handlungsfähigkeit (03); Hellmann, Jahrb. f. Dogm. 42 S. 413; Hölder, zur Theorie der Willenserklärungen (05); Jhan, Willenserklärung (99); ders. Jahrb. f. Dogm. 44 S. 43; Kipp, Rechtswahrnehmung in der Berliner Festgabe für N. Koch (03) S. 115; Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für d. Rechtsgeschäfte (01); ders., Willenserklärung u. Willensgeschäft (07); Monich, Willenserklärung (00); Schöninger, Leistungsgeschäfte (06); Schloßmann, Willenserklärung u. Rechtsgeschäft (07); Wedemeyer, Abschluß eines oblig. Vertrags durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen (03); Wendt, Arch. f. ziv. Pr. 92 S. 1; Wlassak, das Rechtsgeschäft u. das Verhältnis des Willens zur Erklärung (02). — Bittelmann bei B. u. F. Heft 7—10 (89, 90).

Das will besagen: der Wille, der der Äußerung zu entnehmen ist, muß darauf gerichtet sein, irgend eine privatrechtliche Wirkung hervorzubringen. Doch braucht der Urheber der Äußerung sich über die juristische Natur der Wirkung nicht im klaren gewesen zu sein; vielmehr genügt es, wenn er das, was in Wahrheit Rechtswirkung ist, als tatsächliche Wirkung gewollt hat.

d) Es liegt nahe, noch ein weiteres Merkmal des Rechtsgeschäfts zuzufügen, nämlich zu sagen: Rechtsgeschäft ist eine private Willensäußerung, die auf eine dem bürgerlichen Recht angehörige Rechtswirkung abzielt und diese Rechtswirkung, dem Willen des Urhebers des Rechtsgeschäfts entsprechend, auch tatsächlich hervorbringt. Doch wäre das irrig. Denn nach allgemeinem Sprachgebrauch (138, 306 usw.) gibt es neben den wirksamen auch völlig unwirksame Rechtsgeschäfte; das wäre aber widersinnig, wenn die Rechtswirksamkeit zum Wesen eines Rechtsgeschäfts gehörte.²

Beispiele. I. 1. A. vereinbart mit dem Bootsmann B., daß dieser ihn gegen eine Vergütung von 3 Mk. auf seiner Yolle von Hamburg nach Blankeneje fahre. Daß dies beiderseits ein Rechtsgeschäft ist, liegt auf der Hand. 2. E. springt an der Haltestelle in eine überfüllte Trambahn; der Kondukteur D. sieht dies, erhebt aber keinen Widerspruch, sondern gibt das Signal zum Weiterfahren. Auch hier liegt ein Rechtsgeschäft auf beiden Seiten vor. Denn aus dem Verhalten sowohl des E. wie des D. geht unzweideutig hervor, daß sie, obschon keiner von beiden ein Wort spricht, dennoch einen ähnlichen Vertrag abschließen wollen, wie im ersten Fall A. und B. 3. E. will sich einen Wagen zur Fahrt über den Fernpaß nehmen, wenn er noch einen zweiten Teilnehmer an der Fahrt findet, und fragt den F. deutlich und bestimmt, indem er zugleich den Preis des Wagens und die Zeit der Abfahrt angibt, ob nicht F. vielleicht der zweite sein wolle; F. hat wenig Neigung dazu; trotzdem antwortet er „selbstverständlich“, weil er nicht aufgepaßt hat und der Meinung war, E. frage nur, ob über den Paß eine fahrbare Straße führe; darauf jagt E. „das freut mich“ und bestellt sofort den Wagen. Hier liegt wiederum ein Rechtsgeschäft auf beiden Seiten vor. Bezüglich des F. könnte man freilich einwenden, daß er ja irgend einen Willensentschluß in Ansehung der Passfahrt tatsächlich nicht gefaßt und also auch nicht geäußert habe. Indes kommt es hierauf nicht an, sondern es genügt, daß das „selbstverständlich“ des F., obschon es eine Bejahung der Frage des E. nicht sein sollte, doch dem E. als eine Bejahung seiner Frage erscheinen mußte; denn war dies der Fall, so war nach den Regeln juristischer Auslegung aus dem Verhalten des F. sein Wille zu entnehmen, daß er zusammen mit E. über den Fernpaß zu fahren bereit sei. 4. G. gibt am Ende einer Seereise dem Steward H. eine Mark Trinkgeld; H. weist die Mark mit den Worten zurück: „behalten Sie den Bettel selber“; als aber G. die Mark ruhig auf dem Tisch läßt und fortgeht, macht G. sich unauffällig an dem Tisch zu schaffen und nimmt dabei, wie die Frau des G. bemerkt, die Mark heimlich an sich. Auch hier haben wir es wieder mit einem Rechtsgeschäft sowohl auf seiten des G. wie auf seiten des H. zu tun. Allerdings könnte man bezüglich des H. zweifeln, da er den Willen, die Mark schließlich doch zu nehmen, nach Kräften geheim gehalten, also nicht „geäußert“ habe. Indes ist dem H. die Geheimhaltung seines Willens eben nicht gelungen: es muß also dabei bleiben, daß er den Willen, wenn schon unabsichtlich, doch geäußert hat. 5. a) Ein Kellner bringt dem J., der im Speisewagen der Eisenbahn sein Mittagessen einnimmt, eine Flasche Wein, obschon J. keinen Wein haben wollte und auch keinen bestellt hat: J. widerspricht nicht, läßt aber den Wein unberührt stehn und weigert sich, als der Kellner ihn mit auf die Rechnung setzt, ihn zu bezahlen. Hier liegt in Ansehung des Weins ein Rechtsgeschäft nur auf seiten des Kellners, nicht auf seiten des J. vor; denn der Kellner hat zwar den Wein liefern, J. aber hat ihn nicht nehmen wollen. Hieran ändern auch die Regeln juristischer Auslegung

2) Ebenso Manigt S. 190.

nichts; denn diese Regeln besagen durchaus nicht, daß in einem Fall wie dem vorgenannten ein bloßer Nichtwiderspruch gegen eine unbestellte Lieferung als Äußerung des Willens, die Lieferung anzunehmen, angesehen werden müsse. b) Gleicher Fall; nur hat J. tatsächlich den Willen gehabt, den Wein zu bestellen und, als der Kellner ihn unbestellt brachte, hatte er auch den Willen, ihn zu behalten; erst als ein Nachbar den Wein tadelte, hat sich J. entschlossen, die Lieferung zurückzuweisen. Hier ist die Entscheidung dieselbe wie zu a. Denn J. hat hier den Entschluß, die Lieferung zu behalten, zwar gefaßt, aber nicht geäußert. II. Die Stadt R. kündigt ein Darlehn, das sie dem L. gegeben, und als L. nicht zahlt, verklagt sie ihn, erstreitet ein obfiegliches Urteil und läßt durch den Gerichtsvollzieher M. gewisse dem L. gehörige Wertpapiere pfänden. 1. Hier ist die Kündigung des Darlehns ein Rechtsgeschäft der Stadt R. Freilich ist diese eine Person des öffentlichen Rechts. Sie tritt aber, wenn sie ein Darlehn kündigt, wie eine Privatperson auf. 2. Dagegen ist die Pfändung der Wertpapiere kein Rechtsgeschäft des M. Denn sie ist von diesem als Beamter kraft obrigkeitlicher Gewalt vorgenommen. III. 1. N. verlobt sich mit der D. Hier liegt beiderseits ein Rechtsgeschäft vor. Freilich kann es sehr wohl sein, daß weder N. noch die D. die Rechtsfolgen eines Verlöbnisses gekannt und daß sie also diese Rechtsfolgen als solche auch nicht gewollt haben. Das ist aber unerheblich. Denn mindestens ethisch haben sie durch ihre Verlobung miteinander verbunden sein wollen. Diese ethische Bindung wird nun aber vom Gesetz zugleich als eine juristische anerkannt (1298). Also haben beide, ohne es zu wissen, auch eine juristische Bindung gewollt. 2. P. schreibt an seinen Hypothekengläubiger L.: „Der Zinssatz Ihrer ersten Hypothek sowie die Rückzahlungsbedingungen müssen geändert werden; wenden Sie sich daher an Rechtsanwalt N.; ich habe ihn bevollmächtigt, die Angelegenheit zu regeln. Bei Ihrer zweiten Hypothek bedarf es einer Neuregelung nicht, da ich sie Ihnen ohnehin kündigen muß, weil mein Bruder sie erwerben will.“ Hier könnte man denken, daß dieser Brief zwei Rechtsgeschäfte P.s enthielte, nämlich die Erteilung einer Vollmacht an N. bezüglich der ersten und eine Kündigung der zweiten Hypothek. Sieht man aber näher zu, so erkennt man, daß P. dem L. die Vollmachtserteilung an N. als eine bereits erfolgte und die Kündigung als eine erit bevorstehende Tatsache lediglich anzeigt. Daß er mit dieser Anzeige irgend eine Rechtswirkung hervorbringen will, steht durchaus nicht fest. Der Brief enthält also ein Rechtsgeschäft nicht.* IV. 1. S. bietet sein Haus dem T. mündlich für 6000 Mk. zum Kauf an, jedoch mit dem Zusatz „freibleibend“ (= unverbindlich). Hier liegt ein Rechtsgeschäft nicht vor, weil S. (gerade wie P. in dem zu III, 2 behandelten Fall) mit seinem Angebot eine Rechtswirkung gar nicht erzielen will. 2. Derselbe Fall: nur hat S. das Wort „freibleibend“ fortgelassen. Hier ist ein Rechtsgeschäft vorhanden. Freilich ist das Gebot S.s hier gerade ebenso unwirksam, wie wenn S. die Klausel „freibleibend“ gebraucht hätte; denn es entbehrt der gesetzlich vorgeschriebenen Beurkundung (313). Allein die Unwirksamkeit ist in diesem Fall von S. anscheinend nicht beabsichtigt, sondern greift gegen seinen Willen Platz. Zu 1 haben wir es also mit einem Nichtrechtsgeschäft, zu 2 haben wir es mit einem unwirksamen Rechtsgeschäft zu tun.

Wenn wir alle obrigkeitliche Akte als Nichtrechtsgeschäfte bezeichnen, ist das nur im Sinn des Privatrechts gemeint; wir müßten also strenggenommen sagen, daß sie nicht „privatrechtliche“ Rechtsgeschäfte seien, und es dahingestellt sein lassen, ob man sie nicht wenigstens teilweise als „öffentlichrechtliche“ Rechtsgeschäfte zu qualifizieren hätte. Doch wäre es gar zu schleppend und ist in einem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts sicher unnötig, den Ausdrücken „Rechtsgeschäft“ und „Nichtrechtsgeschäft“ jedesmal die einschränkende Klausel „im Sinn des Privatrechts“ zuzufügen. Es mag deshalb bei unserer abgekürzten, wenn schon ungenauen Terminologie verbleiben.

2. Die Begriffsbestimmung zu 1 gibt nur die Momente an, die sämtlichen Rechtsgeschäften des Privatrechts gemeinsam sind, läßt dagegen alle Momente außer acht, die nur bei bestimmten einzelnen Arten von Rechts-

3) Siehe aber unten zu II, 2 b.

geschäften vorkommen, mögen sie für diese noch so charakteristisch, noch so wesentlich sein. Besonders hervorgehoben sei,

a) daß es einzelne Arten von Rechtsgeschäften gibt, die außer einer Willensäußerung noch Bestandteile anderer Art enthalten,

b) daß es einzelne Arten von Rechtsgeschäften gibt, bei deren Vornahme nicht bloß Privatpersonen, sondern auch Behörden als solche beteiligt sind.

Beispiele. I. Wenn N. das Eigentum an einem ihm lästig gewordenen Hunde aufgeben will, tut er dies durch das Rechtsgeschäft der Vereliction. Dies besteht aber nicht bloß aus einer auf Aufgabe des Eigentums gerichteten Willensäußerung, sondern muß dadurch ergänzt werden, daß N. den Hund tatsächlich fortjagt (959, 856 I). II. Die Eheschließung geschieht durch ein Rechtsgeschäft, bei dem außer den Verlobten als Privatpersonen auch der Standesbeamte amtlich mitwirkt (1317).

3. Von den Rechtsgeschäften zu unterscheiden sind die **Rechtshandlungen**. Zu diesen sind alle Handlungen zu zählen, die eine Rechtswirkung erstreben oder erreichen, auch wenn sie nicht rechtsgeschäftlicher Natur sind. Es ist also jedes Rechtsgeschäft eine Rechtshandlung, nicht aber auch umgekehrt jede Rechtshandlung ein Rechtsgeschäft.

Beispiele. I. N. engagiert für seine Jagd den B. als Treiber. Das ist ein Rechtsgeschäft, also auch eine Rechtshandlung. II. N. fehlt auf der Jagd aus Ungeschicklichkeit einen Hasen und trifft dafür den B. Das ist eine Rechtshandlung (weil sie die Rechtswirkung hervorbringt, daß N. den B. entschädigen muß), aber kein Rechtsgeschäft (weil N. diese Rechtswirkung nicht hervorbringen wollte).

II. 1. Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist offensichtlich von allergrößter Bedeutung. Denn er umfaßt die Fülle der Tatbestände, in denen der Wille der Privatpersonen, die sog. Privatautonomie, die Herrschaft auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts für sich beansprucht. Zwar ist die entscheidende Macht, welche Rechtswirkungen endgültig schafft, auch bei den Rechtsgeschäften nicht der Wille der beteiligten Privatpersonen, sondern das Gesetz. Doch wird hier das Gesetz nur als Diener des Willens jener Privatpersonen in Anspruch genommen.

2. a) Ebendadurch erklärt es sich, daß die Rechtsgeschäfte, so verschieden sie auch untereinander sind, doch alle zusammen — unter Vorbehalt von Ausnahmen oder gar ausnahmslos — gewissen gemeinsamen Vorschriften unterliegen: sobald die Privatautonomie ihren Einfluß geltend machen will, machen sich auch — unter Vorbehalt von Ausnahmen oder ausnahmslos — diese Vorschriften geltend. Es sind dies vor allem die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, über die Stellvertretung, über Bedingung und Befristung, über Willensmängel.

b) Hiermit ist aber nicht gesagt, daß die Anwendbarkeit der eben genannten Vorschriften eine ausschließliche Eigentümlichkeit der Rechtsgeschäfte sei. Vielmehr ist es sehr wohl möglich, daß diese Vorschriften analog auch auf gewisse Vorgänge anwendbar sind, denen der rechtsgeschäftliche Charakter abgeht. Namentlich gilt dies für gewisse Aufforderungen und An-

zeigen, die in unserem Recht eine nicht geringe Rolle spielen: sie sind nicht immer Rechtsgeschäfte, weil der Wille ihres Urhebers nicht notwendig auf eine Rechtswirkung gerichtet zu sein braucht;⁴ aber auch wenn ihnen der Charakter eines Rechtsgeschäfts abgesprochen werden muß, stehen sie doch den Rechtsgeschäften so nahe, daß sie in vielen Beziehungen analog wie diese behandelt werden müssen.⁵

Beispiel. Das Gesetz bestimmt, daß ein Mensch, der wegen Geisteskrankheit entmündigt worden ist, keine gültigen Willenserklärungen abgeben kann, und zwar selbst dann nicht, wenn er tatsächlich völlig gesund ist, die Entmündigung also ungerechtfertigt ist (104 Nr. 3, 105 I); nach der Überschrift des Abschnitts, in dem sich diese Bestimmung befindet, sind unter den „Willenserklärungen“, von denen sie spricht, zweifellos nur Rechtsgeschäfte zu verstehn. Nun nehme man an, daß ein solcher entmündigter, aber tatsächlich durchaus gesunder Mensch eine der folgenden Handlungen vornimmt. I. Er geht eine Ehe ein (1317); er errichtet ein Testament (1937); er läßt sich von jemandem einen Apfel schenken (516); er eignet sich eine Zigarre an, die der Eigentümer fortgeworfen (958). Ungültig! Denn es handelt sich hier durchweg um Willensäußerungen rechtsgeschäftlichen Charakters. II. Er zeugt ein uneheliches Kind (1708); er spielt mit seiner geladenen Flinte, die Flinte entladet sich und die Kugel zertrümmert die Fensterscheibe eines fremden Hauses (823); er gräbt auf seinem Grundstück nach Riez und findet dabei zufällig einen Schatz (984). Hier ist von Ungültigkeit keine Rede. Denn bei keiner dieser Handlungen ist der Wille des Handelnden auf eine Rechtswirkung gerichtet. Die Handlungen sind also durchweg keine Rechtsgeschäfte. Ja es kommt dabei auf das, was der Handelnde mit seinem Verhalten bezweckt, überhaupt nicht an; die Handlungen sind also Rechtsgeschäften nicht einmal ähnlich. III. Er entdeckt, daß eine Ware, die sein Vormund für ihn gekauft und geliefert erhalten, aber noch nicht bezahlt hat, mangelhaft ist und zeigt dies dem Verkäufer an (478), nur weil er seinem Urger über den Vorfall Lust machen will; er erfährt, daß seine Ehefrau, die er noch vor der Entmündigung geheiratet, einen Ehebruch begangen hat, und verzeiht ihr feierlich (1570), nur weil er annimmt, daß solche Verzeihung gar keine Folgen und also auch keine Rechtswirkung nach sich ziehe. Hier ist die Ungültigkeit beider Handlungen zweifelhaft. Denn sie sind beide keine Rechtsgeschäfte, da der Wille des Handelnden auf keine Rechtswirkung abzielt. Sie sind aber Rechtsgeschäften sehr ähnlich, so daß die analoge Anwendung der für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln ernstlich in Frage kommt. Wie mir scheint, wird man die analoge Anwendung der hier in Rede stehenden Regel im ersten Fall zulassen, im zweiten ablehnen, also die Anzeige der Mangel für ungültig, die Verzeihung für gültig ansehen müssen.

2. Arten der Rechtsgeschäfte.

§ 52.

I. 1. a) Jedes Rechtsgeschäft enthält, wie wir wissen, eine Willensäußerung, die auf eine Rechtswirkung abzielt.

α) Es kann nun sein, daß die Willensäußerung in der erkennbaren Absicht abgegeben wird, den geäußerten Willen irgend jemandem kundzutun. Alsdann nennt man sie Willenserklärung.

β) Ebenso gut kann es aber geschehn, daß die Willensäußerung ohne eine derartige Kundmachungabsicht abgegeben wird, sei es, daß es dem Äußernden

4) Siehe RG. 58 S. 346.

5) Hierüber besonders Elpbacher und Manigk in den Anm. 1 genannten Schriften.

gleichgültig ist, ob jemand seinen Willen erfährt oder nicht, sei es, daß er sogar positiv den Wunsch hat, sein Wille möge von niemandem bemerkt werden: der Äußernde verhält sich so, daß er irgend einen Willensentschluß, den er gefaßt hat, unabsichtlich oder gar widerwillig verrät. Ein Rechtsgeschäft dieser Art mag man als stille Willensäußerung bezeichnen.

b) Die Willenserklärungen (a α) sind entweder empfangsbedürftig oder nicht empfangsbedürftig.

a) Eine Willenserklärung ist empfangsbedürftig, wenn sie vom Gesetz nur unter der Voraussetzung als rechtswirksam anerkannt wird, daß sie an eine gesetzlich bestimmte Adresse gerichtet ist und auch tatsächlich an diese Adresse gelangt.¹

β) Eine Willenserklärung ist nicht empfangsbedürftig, wenn ihre Wirksamkeit unabhängig davon ist, daß sie an eine gesetzlich bestimmte Adresse gelangt.

c) Die Adressen, an die die empfangsbedürftigen Willenserklärungen (b α) zu richten sind, werden vom Gesetz sehr verschieden bestimmt.

α) Der Regel nach ist die Erklärung an die Privatperson zu richten, die der Erklärung als Gegenpartei gegenübersteht. Das Gesetz sagt von solchen Erklärungen mit unvergleichlicher Undeutlichkeit, sie seien gegenüber einem „andern“ abzugeben (143 III, 116, 117 usw.).

β) Sehr viel seltener ist vorgeschrieben, daß die Erklärung an eine bestimmte Behörde gerichtet werden muß (1945 I, 1597 usw.).

γ) Noch seltener endlich ist es, daß die Erklärung nach Wahl ihres Urhebers entweder an die Gegenpartei oder an eine Behörde gerichtet werden kann (875 I b, 876 c usw.).

d) Da die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen (b β) nicht an eine bestimmte Adresse zu gelangen brauchen, ist der Regel nach eine bestimmte Adresse bei ihnen überhaupt entbehrlich: sie brauchen einfach an niemanden gerichtet zu werden und können also geradezu juristische Monologe darstellen. Doch ist es denkbar, daß das Gesetz auch das Gegenteil anordnet, nämlich, daß die nicht empfangsbedürftige Erklärung an eine bestimmte Adresse zwar nicht gelangen, aber doch gerichtet sein muß. Eine derartige Erklärung kann man nicht empfangs-, aber richtungsbedürftig nennen.²

Beispiele. I. Die Annahme einer Erbschaft durch den Erben ist eine „stille“ Willensäußerung; die Annahme eines dem Erben auferlegten Vermächtnisses durch den Vermächtnisnehmer ist eine „Willenserklärung“. Denn jene ist auch dann wirksam, wenn sie absichtlich heimlich vorgenommen wird, auf daß niemand von ihr erfahre (1943 im Gegensatz zu 1945, 2180 II); diese ist dagegen nur wirksam, wenn sie dem Erben „erklärt“, d. h. wenn sie gerade in der Absicht geäußert wird, daß sie zur Kenntnis des Erben gelange (2180 II). 1. Um diese Unterscheidung zu verstehen, nehme man zunächst folgenden Fall an: A., der nur einen ganz entfernten Verwandten B. besitzt, hat testamentarisch nicht diesen, sondern seinen Freund C., mit dem er seit Jahren zusammen wohnt, als Erben eingesetzt; nach A.'s Tode nimmt

1) Siehe RG. 58 S. 353.

2) Zitelmann, Grundr. S. 95.

E. das Testament und die Wertpapiere A.'s an sich, ohne irgend jemandem etwas davon zu sagen, in der Hoffnung, dadurch der Erbschaftsteuer und etwaigen lästigen Verhandlungen mit B. zu entgehen, verkauft die Wertpapiere und legt den Erlös in Hypotheken auf seinen eignen Namen an. Hier ist kein Zweifel, daß E. durch dieses sein Verhalten die Erbschaft A.'s angenommen hat. Und diese Annahme ist trotz ihrer Heimlichkeit vollgültig! E. kann sie also nicht mehr widerrufen. 2. Nun ändere man den Fall dahin, daß A. in seinem Testament seinen Verwandten B. als Erben eingesetzt, aber seine Wertpapiere dem E. als Vermächtnis zugewendet hat, und E. sich nun in derselben Art verhält, wie zu 1. geschildert. Hier ist kein Zweifel, daß E. das Vermächtnis ebenso hat annehmen wollen wie zu 1. die Erbschaft. Die Annahme ist aber ungültig, weil sie nicht gegenüber B. „erklärt“ ist; E. kann sie also nach Belieben widerrufen. II. 1. Empfangsbedürftig ist die Kündigung. Hieraus ergeben sich, wenn man den Fall zugrunde legt, daß D. befugt ist, eine ihm von E. vermietete Wohnung mit halbjähriger Frist zu kündigen und von diesem Recht auf den 1. Oktober 08 durch einen Kündigungsbrief Gebrauch machen will, folgende Regeln. a) D. muß den Kündigungsbrief an E. oder an dessen Vertreter adressieren; es wäre also nicht genügend, wenn D. etwa einen Brief an die Adresse eines Sohnes des E. schriebe und diesem Brief, der im übrigen sich nur mit rein persönlichen Angelegenheiten des jungen E. befaßt, als Postskriptum (ohne anzudeuten, daß der Brief von hier ab nicht mehr an den jungen, sondern an den alten E. gerichtet sei) die Kündigung hinzufügte. b) D. muß den Brief nicht bloß an E.'s Adresse schreiben, sondern auch an E.'s Adresse absenden; es wäre also nicht genügend, wenn ein gemeinsamer Bekannter von D. und E. den Brief zufällig gelesen und dem E. den Inhalt wortgetreu mitgeteilt hätte, während der Brief selber aus Versehen bei D. liegen geblieben ist. c) D. muß den Brief nicht bloß abgesendet haben, sondern der Brief muß auch bei E. eingetroffen sein; es wäre also nicht genügend, wenn E. in der eben genannten Art von dem Inhalt des Briefs Kenntnis erlangt hätte, während der Brief selbst richtig abgesendet, aber durch Nachlässigkeit des Briefträgers statt an E. an F. ausgeliefert und von diesem vernichtet worden ist. d) D. muß nicht bloß dafür Sorge tragen, daß der Brief überhaupt bei E. ankommt, sondern auch dafür, daß dies spätestens am 1. April 08 geschieht, da ja der Brief erst mit seiner Ankunft bei E. wirksam wird (130); es wäre also nicht genügend, wenn D. den Brief am 31. März 08 absendete, während die Ankunft des Briefs, vielleicht gleichfalls infolge der Nachlässigkeit eines Briefträgers, erst am 4. April 08 erfolgt. 2. Nicht empfangsbedürftig ist das Testament.³ Daraus ergeben sich, wenn man den Fall zugrunde legt, daß der am 1. Juli 08 verstorbene G. im Jahr 01 den H. testamentarisch zum Alleinerben eingesetzt, drei Jahre später aber ein neues Testament errichtet hat, in dem unter Aufhebung des alten Testaments als Alleinerbe statt des H. J. berufen ist, für das zweite Testament folgende Regeln. a) Es ist gleichgültig, ob G. das Testament an H. oder an J. oder an einen Sohn J.'s oder an den Ortspfarrer adressiert oder ganz ohne Adresse läßt. b) Es ist nicht nötig, daß G. das Testament an irgend jemanden absendet, sondern er kann es einfach auf seinem Schreibtisch liegen lassen. Ja er kann es sogar künstlich verstecken, vielleicht aus Angst vor der Neugier seines Dienstmädchens. Nur darf er die Heimlichkeit selbstverständlich nicht so weit treiben, daß er die Entdeckung des Testaments absichtlich auch nach seinem Tode zu hindern sucht⁴; denn täte er dies, so würde er damit bekunden, daß er das, was in seinem Testament verordnet ist, vielleicht „wünscht“, aber doch nicht endgültig „will“. Eben hierdurch zeigt sich auch, daß das Testament nicht etwa als „stille“ Willenserklärung (oben a β) aufzufassen ist, sondern, so heimlich es errichtet werden mag, dennoch eine echte „Willenserklärung“ (oben a α) darstellt. c) Es ist nicht nötig, daß das Testament an irgend eine Adresse tatsächlich gelangt. Vielmehr ist das Testament vollgültig, auch wenn es niemandem außer G. selbst zu Gesicht gekommen ist; es ist z. B. noch bei Lebzeiten G.'s verbrannt, ehe irgend jemand es gesehen hat, G. hat aber dem zur Sache völlig unbeteiligten L. glaubhafte Mitteilungen über Form und Inhalt des Testaments gemacht. d) Es ist für die Wirksamkeit des Testaments unerheblich, zu welcher Zeit es an irgend eine Adresse gelangt oder zu welcher Zeit sein Inhalt irgend

3) Abw. Manigt S. 329.

4) Manigt S. 330.

jemanden bekannt wird. Wenn also das zweite Testament erst im Jahre 25 entdeckt wird, nachdem §. 17 Jahre lang auf Grund des ersten Testaments unangefochten als Erbe G. § gegolten hat, so löst nicht etwa F. nunmehr den §. ab, sondern §. wird mit rückwirkender Kraft aus seiner Erbenstellung gestoßen, F. mit rückwirkender Kraft an seine Stelle gesetzt; es ist eben einfach nicht wahr, daß §. jemals Erbe G. § gewesen ist, sondern seit dem 1. Juli 08 ist, ohne daß er selber oder irgend jemand anders es wußte, immer F. der Erbe G. § gewesen. III. Der Witwer R. hat von seinen zwei Söhnen stets den jüngeren L. dem älteren M. vorgezogen; insbesondre hat er ihm notariell eine lebenslängliche Rente von 10000 Mark ausgesetzt; er hat ihm ferner den lebenslänglichen Nießbrauch an seinem Hause geschenkt und dies im Grundbuch eintragen lassen; endlich hat er ihn testamentarisch zu seinem alleinigen Erben eingesetzt; nach R. § Tode will L. diese ihm erwiesene Gunst abschütteln und verzichtet deshalb nicht bloß auf die Rente und den Nießbrauch, sondern schlägt auch die väterliche Erbschaft, sowohl die aus dem Testament wie die gesetzliche, aus. Hier ist der doppelte Verzicht und die Erbschaftsausschlagung empfangsbedürftig. Und zwar muß L. den Verzicht auf die Rente gegenüber dem M. als der Gegenpartei (397, 130), die Ausschlagung der Erbschaft gegenüber dem Nachlassgericht (1945) erklären, während er den Verzicht auf den Nießbrauch nach Belieben gegenüber dem M. oder gegenüber dem Grundbuchamt erklären kann (875). IV. N. hat dem D. eine Sache verkauft und geliefert, aber den vereinbarten Kaufpreis noch nicht empfangen; nun findet D. die Sache mangelhaft und beansprucht deshalb die Herabsetzung des Preises; zu diesem Zweck muß er den Mangel dem N. binnen sechs Monaten nach Empfang der Ware anzeigen; es genügt aber, wenn er die Anzeige binnen der sechs Monate an N. absendet, während es gleichgültig ist, ob und wann die Anzeige bei N. ankommt (478, 477). Hier ist die Anzeige (die freilich kein echtes Rechtsgeschäft zu sein braucht, s. oben S. 155 oben) nicht empfangs-, aber richtungsbedürftig.

2. a) Bei der Vornahme vieler Rechtsgeschäfte muß sowohl die durch das Geschäft belastete als auch die dadurch begünstigte Partei tätig mitwirken: beide Parteien müssen Willensäußerungen abgeben, die aufeinander Bezug nehmen und inhaltlich zusammenstimmen. Derartige Geschäfte heißen **Verträge** (Kontrakte).

b) Bei andern Rechtsgeschäften bedarf es eines solchen Ineinandergreifens der Willensäußerungen von Partei und Gegenpartei nicht, sondern es genügt, daß eine einzige Partei ihren Willen äußert. Derartige Rechtsgeschäfte nennt man **einseitig**.

Beispiel. Wenn N. auf eine Forderung gegen B. und auf ein Pfandrecht, das B. ihm zur Sicherung der Forderung bestellt hat, verzichten will, muß er zu dem Verzicht auf die Forderung die Zustimmung B. § einholen, während zum Verzicht auf das Pfandrecht seine alleinige Erklärung genügt (397, 1255). Der Verzicht auf die Forderung geschieht also durch Vertrag, der Verzicht auf das Pfandrecht durch einseitiges Rechtsgeschäft.

Zu einem Vertragsschluß bedarf es ausnahmslos der Mitwirkung von zwei Parteien. Daraus folgt aber nicht umgekehrt, daß jedes Rechtsgeschäft, bei dem zwei Parteien mitwirken müssen, notwendig ein Vertrag sei. Vielmehr kann die Mitwirkung einer Mehrheit von Parteien auch bei einem einseitigen Rechtsgeschäft nötig sein. Nur dürfen bei einem einseitigen Rechtsgeschäft diese beiden Parteien sich nicht als Gegenparteien gegenüberstehn. Beispiel: wenn auf eine einer Gesellschaft gehörige Hypothek Verzicht geleistet werden soll, ist dazu eine einstimmige Erklärung aller Gesellschafter nötig (709, 714); und doch ist der Verzicht kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft (1168 II); denn die sämtlichen Gesellschafter stehn bei der Verzichtleistung auf der nämlichen Seite: sie sind **Mitparteien**, nicht **Gegenparteien**.

3. Die rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen sind dazu bestimmt, entweder vermögens- oder personenrechtliche Wirkungen hervorzubringen. Man

unterscheidet danach vermögensrechtliche und personenrechtliche Rechtsgeschäfte.

Beispiel: vermögensrechtliches Rechtsgeschäft ist der Kauf, personenrechtliches Rechtsgeschäft ist die Eheschließung.

Natürlich gibt es daneben auch rechtsgeschäftliche Willensäußerungen, die sowohl vermögens-, wie personenrechtliche Wirkungen hervorzubringen bestimmt sind. Ein Beispiel ist die Gründung eines Vereins, der sowohl wirtschaftliche wie unwirtschaftliche Zwecke verfolgt.

4. Unter den vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften spielen eine besondere Rolle die Verfügungen.

a) Für die Verfügung ist ein dreifaches charakteristisch.⁵ Erstens ist sie ein Rechtsgeschäft. Zweitens hat sie ein bereits vorhandenes Vermögenrecht, also meist ein dingliches Recht oder eine Forderung, zum Gegenstande; freilich spricht man daneben auch von Verfügungen über „Sachen“; doch ist das nur ein ungenauer Ausdruck, da man in einem solchen Zusammenhang unter der „Sache“ in Wirklichkeit das Eigentum an der Sache, also gleichfalls ein „Recht“ versteht. Drittens bestimmt sie, daß dies Recht derart abgeändert wird, daß der Inhaber des Rechts darunter leidet.

b) Es gibt drei Arten von Verfügungen:

α) die Veräußerung eines Rechts, d. h. die rechtsgeschäftliche Bestimmung, daß das Recht auf einen andern Inhaber übergeht;

β) die Belastung eines Rechts, d. h. die rechtsgeschäftliche Bestimmung, daß das Recht zwar dem bisherigen Inhaber verbleibt, aber durch Begründung eines neuen Rechts beschränkt wird;

γ) die Aufhebung eines Rechts, d. h. die rechtsgeschäftliche Bestimmung, daß das Recht (ganz oder teilweise) erlischt.

c) Jede Verfügung ist ein einseitiger Rechtsakt. Freilich gibt es zahlreiche Verfügungen, die bloß wirksam sind, wenn sie vertragsmäßig von statten gehn. Doch ist es alsdann immer nur eine einzige Partei, die verfügend auftritt; von der Gegenpartei kann man dagegen wohl sagen, daß sie die Verfügung annimmt, nicht aber auch, daß sie sie vornimmt.

d) Den Gegensatz zu den Verfügungen bilden namentlich folgende Rechtsakte:

α) Der tatsächliche Verbrauch einer Sache; denn er ist kein Rechtsgeschäft.⁶

β) Obrigkeitliche Akte, wie Beschlagnahmen, Pfändungen, Zuschlagsbescheide; denn auch sie sind keine Rechtsgeschäfte.⁷

γ) Willensäußerungen, durch die der Äußernde sich selbst oder seine Erben lediglich obligatorisch zu einer Leistung verpflichtet; denn sie sind zwar Rechtsgeschäfte, haben aber kein bereits bestehendes Vermögenrecht zum Gegenstande. Insbesondere gilt dies für den Verkauf einer Sache durch den Eigentümer: wenn jemand seine Sache verkauft, „verfügt“ er damit noch nicht

5) Ganz anders Wendt, Arch. f. ziv. Pr. 89 S. 431.

6) Vgl. Wiluhly, Arch. f. Pr. 28 S. 58.

7) Siehe aber unten S. 160 β.

über die Sache (genauer: über das Eigentum an der Sache), sondern verpflichtet sich nur, eine solche Verfügung in Zukunft vorzunehmen, nämlich die Sache in Zukunft dem Käufer zu übereignen (433); der Verkauf bereitet also eine Verfügung über die Sache (genauer: über das Eigentum an der Sache) vor, ist aber selber keine Verfügung (§. 1445, 1821 Nr. 1—3 usw.) Demgemäß ist der Verkauf einer Sache auch keine „Veräußerung“ der Sache, weil eine echte Veräußerung notwendig Verfügungscharakter hat: nicht dadurch, daß jemand eine Sache verkauft, d. h. daß er sie dem Käufer in Zukunft zu übereignen verspricht, „veräußert“ er sie, sondern erst dadurch, daß er in Erfüllung dieses seines Versprechens die Übereignung der Sache tatsächlich vornimmt (932, 936 usw.). Das ist umsomehr zu beachten, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch des täglichen Lebens widerspricht; denn im täglichen Leben hat selbst der Jurist nicht das mindeste Bedenken, einen Verkauf gelegentlich auch als Veräußerung zu bezeichnen.

d) Willensäußerungen, die lediglich auf den Erwerb oder die Erweiterung eines Rechts abzielen; denn sie bezwecken nicht, daß der Inhaber des Rechts unter ihnen leidet.

e) Übrigens gebrauchen unsere Gesetze das Wort „Verfügung“ nicht immer in dem engen oben zu a bestimmten Sinn, sondern legen ihm mitunter eine weitere Bedeutung bei, bedenklich genug, weil dadurch mancherlei Auslegungszweifel heraufbeschworen werden.⁸

α) Es kommt nämlich vor, daß das Wort „Verfügung“ einfach im Sinn von „Rechtsgeschäft“ verwendet wird; insbesondere gilt dies für die Ausdrücke „testamentliche Verfügung“ (1937, 1509 usw.) und „Verfügung von Todes wegen“ (1948 I, 1951 III usw.).

β) Es kommt ferner vor, daß das Wort „Verfügung“ auch mit Bezug auf obrigkeitliche Akte, also auf Nichtrechtsgeschäfte, gebraucht wird; insbesondere gilt dies für die Ausdrücke „Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen“ (135 I b, 883 II b) und „einstweilige Verfügungen des Gerichts“ (885 I, 899 II usw.).

Beispiele. I. 1. A. übereignet sein Haus an B., B. legt eine Hypothek zugunsten des C. darauf und gibt sodann sein Eigentum an dem Hause auf. Hier ist dreimal über das Haus, genauer: über das Eigentum am Hause, verfügt, zuerst durch Veräußerung, sodann durch Belastung, endlich durch Aufhebung des Eigentums. Die erste Verfügung geschah einseitig durch A., die beiden folgenden geschahen einseitig durch B., obchon die erste der Annahme durch B., die zweite der Annahme durch C. bedürftig war (925, 873). 2. Dem D. steht eine Reallast am Hause des E. zu, die auf lebenslängliche Naturalverpflegung gerichtet ist; nachträglich vereinbaren D. und E., daß die Naturalverpflegung durch eine jährliche Geldrente ersetzt werden soll, und lassen dies im Grundbuch eintragen. Hier liegen zwei Verfügungen vor; die eine geht von D. aus und besteht darin, daß er seine ursprüngliche Reallast aufgibt; die zweite geht von E. aus und besteht darin, daß er sein Eigentum am Hause mit einer Geldreallast neu belastet. II. 1. Es ist eine Verfügung, wenn F. eine ihm gehörige Flasche Wein schenkungsweise dem G. übergibt (Veräußerung!), nicht aber,

8) Siehe RG. 58 S. 183.

wenn er sie austrinkt (Verbrauch!). 2. Es ist eine Verfügung, wenn G. eine ihm gegen F. zustehende Forderung dem K. abtritt, nicht aber, wenn die Forderung dem K. durch einen gerichtlichen Beschluß im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen wird (ZPO. 835). 3. Es ist eine Verfügung, wenn L. ein dingliches Wegerecht an seinem Gut zugunsten des M. bestellt, nicht aber, wenn er sich bloß obligatorisch verpflichtet, dem M. den Durchgang durch das Gut zu gestatten oder wenn er ihm die Bestellung eines dinglichen Wegerechts erst für die Zukunft verspricht. 4. Es ist eine Verfügung, wenn N. nach Beendigung einer Gebirgsreise seinen Alpenstock absichtlich irgendwo stehen läßt (959), nicht aber, wenn O. diesen Stock findet und an sich nimmt (958).

Daß die „letztwillige Verfügung“ (oben e α) und die „einstweilige Verfügung“ (oben e β) keine echten Verfügungen sind, geht schon daraus hervor, daß sie im Einzelfall lediglich eine obligatorische Verpflichtung begründen (S. 1939, 2174, ZPO. 627); denn daß Rechtsakte, deren Wirkung einzig und allein in der Begründung solcher Verpflichtungen besteht, keine echten Verfügungen darstellen, ist kaum bestritten.

5. Eine zweite nicht minder wichtige Gruppe der vermögensrechtlichen Rechtsgeschäfte bilden die Zuwendungen.

a) Für die Zuwendungen ist charakteristisch erstens, daß sie, wie die Verfügungen, stets Rechtsgeschäfte sind, zweitens, daß sie es stets mit einer bestimmten Gegenpartei zu tun haben, drittens, daß sie darauf abzielen, das Vermögen der Gegenpartei auf Kosten des Vermögens des Urhebers der Zuwendung zu verbessern, indem sie entweder den Aktivbestand des erstern Vermögens vermehren oder seinen Passivbestand vermindern.

b) Die Zuwendungen sind sehr oft zugleich Verfügungen, brauchen es aber nicht zu sein: es gibt Verfügungen, die keine Zuwendungen, und Zuwendungen, die keine Verfügungen sind.

c) Die Zuwendungen sind entweder entgeltlich oder unentgeltlich.

α) Die entgeltlichen Zuwendungen stehen nicht isoliert für sich da, sondern sind rechtsgeschäftlich mit einem andern Rechtsvorgange verbunden, der auch dem Urheber der Zuwendung eine Vermögensverbesserung bringt; und zwar muß diese Vermögensverbesserung, wenn sie wirklich ein „Entgelt“ für die Zuwendung darstellen soll, so groß sein, daß sie nach dem Dafürhalten des Urhebers der Zuwendung den Vermögensverlust, den die Zuwendung ihm selber bringt, mindestens ausgleicht. Die Art, wie das Entgelt mit der Zuwendung rechtsgeschäftlich verknüpft wird, kann eine verschiedene sein. Am häufigsten geschieht sie so, daß der Urheber der Zuwendung sich das Entgelt als Gegenleistung für seine eigne Leistung von dem Zuwendungsempfänger oder von einem Dritten gewähren oder versprechen läßt oder daß er sich mit einer bloßen ungewissen Aussicht auf das Entgelt begnügt, aber seine Zuwendung nur unter der Bedingung vornimmt, daß die Aussicht sich verwirklicht.

β) Bei den unentgeltlichen Zuwendungen fehlt entweder ein Rechtsvorgang, der auch dem Urheber der Zuwendung eine Vermögensverbesserung bringt, ganz. Oder eine solche Vermögensverbesserung ist zwar vorhanden; sie gleicht aber nach der Meinung des Urhebers der Zuwendung den Vermögensverlust, den die Zuwendung ihm bringt, nicht aus.

d) Die Zuwendungen sind entweder Zweckzuwendungen oder abstrakte Zuwendungen.⁹

α) Bei den Zweckzuwendungen wird in dem Zuwendungsgeschäft selbst rechtswirksam festgestellt, welchen Zweck (causa) der Urheber der Zuwendung damit verfolgt, daß er das Vermögen der Gegenpartei verbessert. Die häufigsten dieser Zwecke sind die folgenden:

αα) Jemand macht der Gegenpartei eine Zuwendung, weil er sie ihr schuldig ist, sich dadurch von der Schuld zu befreien (animus solvendi).

ββ) Jemand macht der Gegenpartei eine Zuwendung, um sie dadurch zu einer Gegenleistung in der Zukunft zu verpflichten (animus credendi).

γγ) Jemand macht der Gegenpartei eine Zuwendung, um sie dadurch zu einer Gegenleistung Zug um Zug zu bestimmen.

δδ) Jemand macht der Gegenpartei eine Zuwendung in der Absicht, sie unentgeltlich zu bereichern (animus donandi).

β) Anders bei den abstrakten Zuwendungen: deren Urheber sieht entweder ganz davon ab, den Zweck seiner Zuwendung rechtswirksam festzusetzen, oder er setzt ihn zwar fest, aber nicht in dem Zuwendungsgeschäft selbst, sondern in einem von der Zuwendung getrennten Rechtsgeschäft. Der Unterschied zwischen den Zweckzuwendungen und den abstrakten Zuwendungen ist also nicht, daß jene einen bestimmten Zweck verfolgen, diese aber eines solchen Zwecks darben, sondern, daß bei jenen Zuwendung und Zweckbestimmung rechtlich eine Einheit bilden, während bei diesen die Zuwendung von ihrem Zweck „abstrahiert“.

αα) Manche Zuwendungen sind freiwillig abstrakt, d. h. es hängt von dem Belieben der Parteien ab, ob sie im Zuwendungsgeschäft den Zuwendungszweck bestimmen oder davon abstrahieren wollen. Hierher gehören vor allem Zuwendungen, die darauf gehen, daß zugunsten der Gegenpartei ein Forderungsrecht gegen den Urheber der Zuwendung begründet werden soll (780).

ββ) Andre Zuwendungen sind notwendig abstrakt, d. h. das Gesetz läßt es nicht zu, daß bei ihnen im Zuwendungsgeschäft zugleich der Zuwendungszweck bestimmt wird. Hierher gehört vor allem die Grundstücksveräußerung (925 II). Streitig ist, ob ein gleiches auch für die Veräußerung von Fahrnisfachen und Forderungsrechten gilt oder ob diese auch als Zweckzuwendung vorgenommen werden kann; hierüber ist aber erst später zu sprechen.

Beispiele. I. A. hat eine Frau mit dem Rade überfahren; darauf gibt er ihr sofort das einzige Goldstück, das er im Portemonnaie hat, und verspricht ihr als weiteren Schadenersatz fernere 100 Mk.; das Unglücksrad aber schiebt er in den nächsten Straßengraben und läßt es dort liegen. Hier ist die Hingabe des Goldstücks Verfügung und Zuwendung, die Zusage der 100 Mk. ist Zuwendung, aber nicht Verfügung, die Preisgabe des Fahrrades ist Verfügung, aber nicht Zuwendung. II. 1. a) B. überläßt ein von ihm gemaltes Bild dem C. für den angemessenen Preis von 600 Mk. Das ist entgeltliche Zuwendung.

⁹) Klingmüller, Begriff des Rechtsgrundes (01); Stampe, das Kaufproblem (04); ders., Zeitschr. f. Handelsrecht 55 S. 387.

b) Er überläßt ihm das Bild umsonst. Das ist unentgeltliche Zuwendung. c) Er überläßt ihm das Bild gegen Erstattung der 30 Mk., die er für den Rahmen ausgelegt hat. Das ist entgeltliche Zuwendung des Rahmens, unentgeltliche Zuwendung des Bildes. d) Er überläßt ihm das Bild für 200 Mk. Das kann entgeltliche, es kann aber auch unentgeltliche Zuwendung sein, je nach der Absicht der Parteien. Ersteres ist z. B. anzunehmen, wenn B. das Bild fortgab, um rasch zu Geld zu kommen, und weil ein besseres Gebot nicht abgegeben wurde; denn dann war für B. rein subjektiv der Besitz von 300 Mk. ebensoviel wert wie der Besitz des Bildes. Letzteres ist z. B. anzunehmen, wenn sich ein Liebhaber fand, der für das Bild 600 Mk. geben wollte, während E. nicht mehr als 300 Mk. aufbringen konnte, und B. nur aus persönlichem Wohlwollen den E. dem andern Liebhaber vorzog.

2. In Ulm soll eine neue Straße angelegt werden; D. überläßt der Stadt denjenigen Teil seines Grundbesitzes, der in den Zug dieser Straße fällt, ohne besondere Vergütung, da er sich berechnet, daß der Rest seines Besitzes durch die Anlegung der neuen Straße eine Wertsteigerung erfahren wird, die den Wert des der Stadt überlassenen Terrains um das Zehnfache übersteigt. Hier geschieht die Zuwendung des Terrains: a) entgeltlich z. B., wenn die Stadt Ulm sich gegenüber D. verpflichtet, die Straße binnen drei Jahren anzulegen, oder wenn die Stadt diese Verpflichtung zwar nicht übernimmt, D. sich aber die Rückgewähr des Terrains für den Fall ausbedingt, daß die Anlegung der Straße nicht binnen drei Jahren erfolgt; b) unentgeltlich, wenn D. das Terrain der Stadt ohne Vorbehalt überläßt, vielleicht, weil er bestimmt zu wissen glaubt, daß die Stadt die Straße ohnehin aus freien Stücken anlegen werde.

III. 1. E. hat sich anfangs 08 bei dem Maler F. das Porträt seiner Tochter für ein Honorar von 6000 Mk., zahlbar am Jahresende, bestellt, und dieser hat die Bestellung angenommen. Hier liegt offenbar eine Doppelzuwendung vor: E. hat dem F. ein Recht auf 6000 Mk., F. hat dem E. ein Recht auf das Porträt der Tochter „zugewendet“. Und zwar verfolgt jede Partei mit ihrer Zuwendung augenscheinlich den Zweck, dadurch die Gegenzuwendung der andern Partei zu erlangen. a) Dieser Zweck kann im Zuwendungsgeheimnis selbst bestimmt werden, etwa so, daß E. einen Schuldschein ausstellt wie folgt: „ich verpflichte mich, am 31. Dezember 08 6000 Mk. als Honorar für ein Porträt meiner Tochter zu zahlen, das F. zu malen übernommen hat.“ Dann liegt eine Zweckzuwendung des E. an F. vor. b) Das Zuwendungsgeheimnis kann aber auch von jenem Zweck abstrahieren, etwa so, daß E. einen Schuldschein ausstellt wie folgt: „ich verpflichte mich, am 31. Dezember 08 an F. 6000 Mk. zu zahlen.“ Dann liegt eine abstrakte Zuwendung vor. Daß damit das Forderungszugrecht des F. gegenüber E. wesentlich vereinfacht wird, liegt auf der Hand. Denn wenn F., auf die Zweckzuwendung zu a gestützt, die Zahlung der 6000 Mk. verlangen würde, müßte er dartun, daß er das Porträt der Tochter E.s bereits abgeliefert oder wenigstens vollendet hat (§ 20); dagegen kann er, auf die abstrakte Zuwendung zu b gestützt, das Bild mit Schweigen übergehen.

2. G. und H. wollen ihre Häuser gegeneinander austauschen; sie zielen also gleichfalls auf eine Doppelzuwendung ab: jeder will dem andern sein Haus zuwenden, und jeder verfolgt mit seiner Zuwendung den Zweck, dadurch die Gegenzuwendung der andern Partei zu erhalten. Hier können die Parteien den obligatorischen Vertrag, in dem sie sich gegenseitig zur Übereignung ihrer Häuser verpflichten, in der zu 1 geschilderten Art sowohl als Zweckzuwendung wie abstrakt abschließen. Dagegen kann die Übereignung der Häuser einzig und allein abstrakt geschehen. Es geht also nicht an, daß G. vor dem Grundbuchamt erklärt: „ich lasse mein Haus x dem H. in Austausch gegen das dem H. gehörige Haus y auf“, sondern er muß bei der Auflassung jeden Hinweis auf den Zweck, den er mit ihr verfolgt, unterlassen.

3. J. verlangt von K. die Auszahlung von 1000 Mk., weil der Erblasser des K., L., sie ihm vermacht habe; K. lehnt dies ab, weil er das Vermächtnis, auf das J. sich stützt, für ungültig hält, erklärt sich aber bereit, die 1000 Mk. dem J. aus freien Stücken zu schenken, was wieder von J. zurückgewiesen wird. Schließlich einigen sich J. und K. dahin, daß dieser jenem die 1000 Mark abstrakt zuwendet, indem der Zweck der Zuwendung — ob die Zahlung der 1000 Mk. animo solvendi oder animo donandi erfolge — dahingestellt bleibt.

Von der „unentgeltlichen Zuwendung“ zu unterscheiden ist der „unentgeltliche Erwerb“. Hauptunterschiede: letzterer kann auch nicht rechtsgeschäftlich erfolgen; bei ihm ist die

Gleichwertigkeit der beiderseitigen Vermögensgewinne und Vermögensopfer nicht vom Standpunkt des Zuwendenden, sondern vom Standpunkt des Erwerbers aus zu prüfen usw.

Die Trennung der abstrakten Zuwendung von dem Zweck ist keine absolute. Vielmehr ist — z. B. wenn die Frage aufgeworfen wird, ob eine Zuwendung unentgeltlich vorgenommen oder ob sie unfittlich ist — sehr oft ein Zurückgreifen auf den Zweck auch bei abstrakten Zuwendungen nicht zu umgehen. Wollte man dies verneinen, so käme man zu dem Ergebnis, daß eine Grundstücksübergabe immer unentgeltlich und niemals unfittlich wäre.

II. Die praktische Wichtigkeit der zahlreichen Unterscheidungen zu I ist so offensichtlich, daß sie hier nicht weiter dargelegt zu werden braucht: das ganze bürgerliche Gesetzbuch ist von dem Gegensatz der Willenserklärungen und der stillen Willensäußerungen, der empfangsbedürftigen und der nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte, der Verträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte, der Verfügungen und der bloß obligatorisch wirksamen Rechtsgeschäfte, der entgeltlichen und der unentgeltlichen Zuwendungen, der Zweckzuwendungen und der abstrakten Zuwendungen von Anfang bis zu Ende erfüllt.

3. Die rechtliche Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte.¹

§ 53.

I. 1. Das Gesetz kann ein Rechtsgeschäft in zweifacher Art mit rechtlicher Wirksamkeit ausstatten.

a) Das Gesetz kann dem Rechtsgeschäft erstens gewisse Rechtswirkungen gerade deshalb beilegen, weil sie dem Parteiwillen entsprechen, der nach den Regeln juristischer Auslegung dem Geschäft zu entnehmen ist. Doch ist dazu nicht erforderlich, daß die Rechtswirkungen, die das Geschäft nach dem Parteiwillen hervorbringen soll, und die Rechtswirkungen, die es nach den Anordnungen des Gesetzes tatsächlich hervorbringt, miteinander genau übereinstimmen, sondern es genügt, wenn sie nur nach dem Dafürhalten des Gesetzgebers den nämlichen Interessen dienen.

b) Das Gesetz kann dem Rechtsgeschäft zweitens gewisse Rechtswirkungen ohne Rücksicht darauf beilegen, ob sie mit dem Parteiwillen in Einklang sind oder nicht.

2. Die Wirkungen der ersten Art pflegt man als rechtsgeschäftliche, die der zweiten Art pflegt man als nichtrechtsgeschäftliche zu bezeichnen, weil nur die ersteren der Privatautonomie dienstbar sind und das Wesen der Rechtsgeschäfte gerade darin besteht, daß sie die Privatautonomie zur Geltung bringen sollen. Ja man geht noch weiter und nennt ein Rechtsgeschäft, das lediglich nichtrechtsgeschäftliche Wirkungen hervorbringt, einfach unwirksam, gerade so, wie wenn es einer rechtlichen Wirksamkeit überhaupt entbehrte, indem man annimmt, derartige Rechtswirkungen seien nicht von dem Rechts-

1) Brud., Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte (00); Alexander, Begriff d. Unwirksamkeit im BGB. (03).

geschäft als solchem hervorgebracht. Übrigens kommt es nicht selten vor, daß ein und dasselbe Rechtsgeschäft nebeneinander sowohl rechtsgeschäftliche wie nichtrechtsgeschäftliche Wirkungen hat.

Beispiele. I. 1. Wenn A. einen ihm gehörigen Hundertmarkschein dem B. schenkungsweise übergibt und B. den Schein als Geschenk A.s annimmt, wird B. Eigentümer des Scheins. Dies ist eine rechtsgeschäftliche Wirkung der Schenkung A.s. Denn das Gesetz hat sie nur deshalb angeordnet, weil A. sie gewollt hat. 2. Wenn C. dem D. eine Wohnung mündlich auf zehn Jahre vermietet, erlangt D. das Mietrecht an der Wohnung zwar nicht auf zehn Jahre, aber doch auf unbestimmte Zeit, so daß die Wohnung ihm mindestens ein ganzes Jahr unkündbar verbleibt (566). Dies ist eine rechtsgeschäftliche Wirkung der Vermietung des C.; denn das Gesetz hat sie nur deshalb angeordnet, weil sie, wennschon sie nicht mit der von C. gewollten Wirkung identisch ist, doch denselben Interessen dient wie sie. II. 1. Wenn E. Silbergerät, das F. ihm zum Aufbewahren gegeben, in der ausgesprochenen Absicht einschmilzt, dadurch Eigentümer des Silbers zu werden, wird er dem F. schadensersatzpflichtig, während er seine Absicht, das Eigentum des Silbers zu erlangen, nicht erreicht (823, 950 I a). Dies ist eine nicht rechtsgeschäftliche Wirkung des Einschmelzens. Denn hier sind die Rechtswirkung, die E. mit dem Einschmelzen tatsächlich herbeigeführt hat, und die Rechtswirkung, die er dadurch herbeiführen wollte, nicht nur nicht identisch, sondern sogar einander entgegengesetzt: während E. mit seinem Eigentumserwerbe seinen eigenen Interessen dienen wollte, dient seine Schadensersatzpflicht den Interessen der Gegenpartei. 2. Wenn G. Grassamen, den er dem H. gestohlen hat, in der ausgesprochenen Absicht in sein Grundstück ausst, dadurch Eigentümer des Samens zu werden, erlangt er tatsächlich das Eigentum des Samens (94 I). Dies ist eine nicht rechtsgeschäftliche Wirkung der Ausst. Freilich deckt sie sich genau mit der Wirkung, die G. durch die Ausst herbeiführen wollte. Diese Übereinstimmung ist aber eine zufällige. Denn das Gesetz hat den Eigentumserwerb G.s nicht angeordnet, weil G. ihn gewollt hat, sondern nur deshalb, weil es die brutale Tatsache, daß der Same, nachdem er einmal ausst, mit G.s Grundstück untrennbar verbunden ist, nicht zu ändern vermag. G. würde ja genau ebenso Eigentümer des Samens werden, wenn etwa sein Gärtner J. die Ausst vorgenommen hätte, um sich selber zum Eigentümer zu machen. Man sieht: der Wille G.s spielt in diesem Fall keine größere Rolle als der Wille E.s im Fall II, 1. III. Wenn K. in seinem Testament seine Ehefrau und seine ehelichen Kinder enterbt und zu seiner Alleinerbin seine Geliebte L. beruft, wird er nach seinem Tode allein von der L. beerbt, während Frau und Kinder einen Pflichtteilsanspruch haben (1937, 2303). Dies ist teils eine rechtsgeschäftliche, teils eine nicht rechtsgeschäftliche Wirkung des Testaments: ersteres ist der Fall, soweit das Erbrecht der L., letzteres, soweit das Pflichtteilsrecht der Frau und der Kinder in Frage kommt; denn jenes entspricht dem Willen des K.; dieses entspricht ihm nicht oder braucht ihm wenigstens nicht zu entsprechen.

II. Die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts kann, je nach dessen Art, sehr verschieden sein. Als besonders wichtig sei hier die obligatorische und die dingliche Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte erwähnt.

1. Ein Rechtsgeschäft wirkt insoweit obligatorisch, als es jemanden zu einer Leistung verpflichtet.

2. Ein Rechtsgeschäft wirkt insoweit dinglich, als es neue dingliche Rechte begründet oder vorhandene dingliche Rechte auf andre Inhaber überträgt, abändert oder aufhebt.

Beispiel: der Verkauf eines Grundstücks wirkt obligatorisch, die auf Grund des Verkaufs erfolgende Übereignung des Grundstücks vom Verkäufer an den Käufer wirkt dinglich.

Beachtenswert ist, daß die Begriffe „obligatorische“ und „dingliche“ Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von verschiedenem Standpunkt aus bestimmt sind: als „obligatorische“ Wirkung faßt man nur die Neubegründung von Verpflichtungen, als „dingliche“ Wirkung faßt man

auch z. B. die Übertragung bestehender dinglicher Rechte auf. So erklärt es sich, daß — selbst wenn man von den rein personenrechtlichen Rechtsgeschäften absieht — die Einteilung der Wirkungen der Rechtsgeschäfte in obligatorische und dingliche nicht erschöpfend ist, sondern daß es rechtsgeschäftliche Wirkungen gibt, die vermögensrechtlich und doch weder obligatorisch noch dinglich sind; Beispiel: die Forderung des A. gegen B. geht auf C. als neuen Gläubiger über, weil A. sie dem C. käuflich abgetreten hat. — Übrigens steht der Sinn der Ausdrücke „obligatorische“ und „dingliche“ Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts durchaus nicht fest. Vielmehr geht ein neuerer Sprachgebrauch dahin, bei allen Rechtsgeschäften, die zu den „Verfügungen“ gehören (oben S. 159), von einer dinglichen Wirksamkeit zu sprechen, auch wenn die Verfügungen keine dinglichen Rechte, sondern etwa Forderungen zum Gegenstande haben. Diesem Sprachgebrauch zufolge wäre also in dem zuletzt erwähnten Beispiel die Übertragung der Forderung von A. auf C. ein dinglicher Rechtseffekt! Doch scheint es mir zweifellos, daß es sich hier lediglich um einen Mißbrauch des Wortes „dinglich“ handelt; wäre er bereits eingebürgert, so könnte man ihn ertragen; dagegen liegt kein Anlaß vor, ihn bei seinem Versuch, sich einzubürgern, zu unterstützen.

III. Auch die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte ist von verschiedner Art.

1. Weitaus die schärfste Art ist die Nichtigkeit kraft Gesetzes.

a) Daß ein Rechtsgeschäft kraft Gesetzes nichtig ist, bedeutet, daß es von Anfang an keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen hat: niemand gewinnt oder verliert rechtsgeschäftlich ein Recht durch das Geschäft; niemand wird dadurch rechtsgeschäftlich mit Pflichten belastet oder von Pflichten befreit. Und zwar braucht diese Nichtigkeit von den Beteiligten nicht besonders geltend gemacht zu werden, sondern sie ist, eben weil sie kraft Gesetzes eintritt, seitens der Behörden, soweit die Sachlage es zuläßt, von Amts wegen zu berücksichtigen. Auch wirkt sie absolut gegen jedermann, also nicht bloß gegenüber der Partei, die das Rechtsgeschäft vorgenommen, sondern auch gegenüber der Gegenpartei, sowie gegenüber jedem beliebigen Dritten. Ob und inwieweit das nichtige Rechtsgeschäft etwa statt der rechtsgeschäftlichen nichtrechtsgeschäftliche Wirkungen ausübt, ist für die verschiedenen Arten dieser Geschäfte verschieden bestimmt (§ 122, 307 usw.).

b) Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts kraft Gesetzes ist eine dauernde: sie wird durch bloßen Zeitablauf nicht geheilt.

c) Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts kraft Gesetzes bleibt auch dann bestehen, wenn die Parteien das Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend als gültig bestätigen. Doch folgt daraus nicht, daß eine solche Bestätigung gänzlich ohne Wirkung sei. Vielmehr ist sie einfach als erneute Vornahme des Geschäfts zu betrachten (§ 141 I).

α) Daraus folgt erstens, daß bei der Bestätigung allen Erfordernissen genügt werden muß, die das Gesetz an die Neubornahme des Geschäfts stellt; und ist dies nicht möglich, so ist eine wirksame Bestätigung des Geschäfts eben ausgeschlossen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß einige der Erfordernisse bereits bei der erstmaligen, nichtigen Vornahme des Geschäfts ordnungsmäßig erfüllt sind; vielmehr bleibt nichts anderes übrig, als sie bei der Bestätigung noch ein zweites Mal zu erfüllen.

β) Daraus folgt zweitens, daß die Bestätigung grundsätzlich keine rück-

wirkende Kraft hat, sondern daß ein nichtiges, aber nachmals gültig bestätigtes Geschäft seine Wirksamkeit erst von dem Tage der Bestätigung ab datiert. Doch wird dieser Grundsatz nur bei einseitigen Geschäften mit Strenge durchgeführt. Bei Verträgen ist dagegen bestimmt, daß die Parteien im Zweifel verpflichtet sein sollen, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn das Geschäft von Anfang an gültig gewesen wäre (141 II); damit ist der Bestätigung zwar nicht in dinglicher, aber doch in obligatorischer Beziehung eine Art von Rückwirkung zugestanden.

d) Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts kraft Gesetzes kann unter Umständen durch eine Umdeutung (Konversion) wesentlich abgeschwächt werden.^{1a} Voraussetzung ist, daß das nichtige Geschäft den Erfordernissen eines andern Geschäfts entspricht und anzunehmen ist, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit das letztere Geschäft gewollt haben würden: ist diese Voraussetzung gegeben, so bleibt zwar das erstere Geschäft nichtig, es gilt aber dafür das letztere Geschäft (140).

e) Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts kraft Gesetzes erstreckt sich der Regel nach auf das Geschäft als Ganzes, auch wenn die Gründe, auf denen die Nichtigkeit beruht, an und für sich bloß einen Teil des Geschäfts treffen. Nur wenn anzunehmen ist, daß die Parteien den Teil des Geschäfts, der von den Nichtigkeitsgründen an und für sich nicht betroffen ist, auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen haben würden, bleibt jener Teil gültig (139).²

f) Die vorstehenden Regeln erleiden mannigfache Ausnahmen. Hervorgehoben sei, daß die Nichtigkeit einer Ehe der Regel nach nur durch Klage und in einem Fall auch nur unter Einhaltung einer bestimmten Frist geltend gemacht werden kann (1329, 1324 II).

Beispiele. I. 1. A. übernimmt gegenüber dem B. mündlich die Bürgschaft für dessen Forderung gegen C. Diese Bürgschaftsübernahme ist, weil nicht schriftlich beurkundet, kraft Gesetzes nichtig (766 a, 125). A. wird also nicht Schuldner, B. wird nicht Gläubiger aus der Bürgschaft. 2. Nun entsteht, als B.'s Forderung gegen C. fällig wird und C. sich als zahlungsunfähig erweist, zwischen A. und B. Streit über die Bürgschaft, und zwar nicht über ihre Gültigkeit, weil A. viel zu anständig ist, um sich auf den Mangel der Schriftlichkeit seines Bürgschaftsverprechens zu berufen, sondern lediglich darüber, ob B. dem A., was dieser behauptet, jener aber bestreitet, eine Zahlungsfrist von drei Jahren bewilligt habe. Demgemäß verklagt B. den A. auf sofortige Bezahlung der Bürgschaftssumme, während A. Abweilung der Klage „zurzeit“ verlangt. Das Gericht gibt hier weder dem Antrage des B. noch dem des A. statt, sondern weist die Klage, weil auf einem nichtigen Geschäft beruhend, „für immer“ ab: die zwischen A. und B. allein freitige Frage der Stundung wird als unerheblich vom Gericht gar nicht untersucht. 3. Demnach hat die mündliche Bürgschaftserklärung des A. keine rechtsgeschäftliche Wirkung. Ja mehr als das: auch nichtrechtsgeschäftliche Wirkungen fehlen ihr! Sie ist also juristisch völlig belanglos (s. aber 766 b). II. 1. Der von Gläubigern hart bedrängte D. will sein Haus vor der drohenden Zwangsvollstreckung retten; zu diesem Zweck verkauft und übereignet er es im Jahr 06 zum Schein an E., mietet es aber sofort von ihm zurück, und verrechnet den Kaufpreis auf eine Forderung, die dem E. angeblich gegen ihn zustehn soll. Hier ist das ganze Geschäft — Verkauf, Übereignung, Vermietung, Verrechnung —, weil nur zum Schein vorgenommen, gleichfalls

1a) RG. 66 S. 28.

2) RG. 56 S. 313, 59 S. 174, 62 S. 186.

kraft Gesetzes nichtig (117 I). Demnach fehlt dem Geschäft die rechtsgeschäftliche Wirkung ganz; E. hat also trotz des angeblichen Hauskaufs weder Käuferrechte noch Käuferpflichten; das Eigentum des Hauses ist trotz der angeblichen Übereignung, und obschon das Haus infolgedessen im Grundbuch auf den Namen des E. umgeschrieben ist, unverändert bei D. verblieben; trotz der angeblichen Vermietung kann E. weder von D. Mietzinsen fordern noch ihn durch Kündigung der Miete irgendwann zur Räumung des Hauses zwingen usw. Dagegen fehlt es keineswegs an Wirkungen nichtrechtsgeschäftlicher Art. So ist E. verpflichtet, in die Berichtigung des Grundbuchs zu willigen, d. h. er muß auf Verlangen D.'s ausdrücklich unter Einhaltung gewisser Formen erklären, er sei damit einverstanden, daß das Haus im Grundbuch wieder auf den Namen D.'s zurückgeschrieben wird (894). 2. Daß das Haus trotz seiner angeblichen Übereignung von D. an E. in Wirklichkeit, dem Grundbuch zum Trotz, nicht dem E., sondern nach wie vor dem D. gehört, gilt nicht bloß im Verhältnis zwischen D. und E., sondern auch gegenüber dritten Personen. Zu deren Vorteil: wenn E. als angeblicher Eigentümer des Hauses eine Grenzberichtigungs-Klage gegen den Nachbar F. anstellt, kann F. Abweisung der Klage fordern, weil das Haus den E. gar nichts angeht. Zu deren Nachteil: wenn G., ein Gläubiger des E., der gegen diesen ein vollstreckbares Urteil erstritten hat, auf dem Hause, in der Meinung, daß es dem E. gehöre, im Grundbuch eine Sicherungshypothek zu seinen Gunsten eintragen läßt (ZPD. 866 I), ist die Eintragung ungültig. 3. Wenn zwischen den Erben D.'s und E.'s um das Geschäft von 06 im Jahr 66 Streit entsteht, können jene sich noch jetzt, 60 Jahre nach Abschluß des Geschäfts, auf dessen Nichtigkeit berufen. Sie können also eine Kündigung des angeblichen Mietvertrages seitens der Erben E.'s noch jetzt zurückweisen; sie können noch jetzt fordern, daß die Erben E.'s in die Berichtigung des Grundbuchs willigen usw. 4. a) Wenn D. und E. im Jahr 08 vereinbaren wollen, daß E. nicht bloß zum Schein, sondern im Ernst Eigentümer des Hauses sein solle, so steht dem nichts im Wege. Doch können sie ihr Ziel nicht durch eine formlose Abrede erreichen, sondern müssen alle Formalitäten beobachten, die zur Übereignung des Hauses von D. an E. zu erfüllen wären, wenn die erste nur zum Schein erfolgte Übereignung gar nicht erfolgt wäre; sie müssen also alle beide auf das Grundbuchamt und müssen die Erklärungen, die sie 06 zum Schein abgaben, jetzt im Ernst wiederholen. Auch hat diese Wiederholung der Übereignung keine rückwirkende Kraft: sie bewirkt nicht, daß E. schon von 06 ab, sondern nur, daß er erst von 08 ab als Eigentümer des Hauses gilt. b) Anders wenn D. und E. 08 vereinbaren, daß nicht bloß die dingliche Übereignung, sondern auch der obligatorische Kauf- und Mietvertrag von 06 im Ernst gelten solle. Denn hier tritt wenigstens im Zweifel eine Rückbeziehung auf das Jahr 06 ein: E. kann also im Zweifel die Mietzinsen für das Haus nicht erst von 08, sondern schon von 06 ab fordern, muß aber dafür auch den von ihm zu leistenden Kaufpreis schon von 06 ab verzinsen (452).

III. 1. Der zwanzigjährige H. schließt mit dem ebenso alten J. einen einseitigen Erbvertrag, in dem er den J. zu seinem Erben einsetzt, während J. sich darauf beschränkt, diese Erbesetzung anzunehmen (1941). Nun setzt ein Erbvertrag voraus, daß der Erblasser 21 Jahre alt ist, während es bei einem Testament genügt, wenn er das 16. Lebensjahr vollendet hat (2275 I, 2229 II). Der Erbvertrag des H. ist also als solcher nichtig. Er kann aber durch Umdeutung als Testament aufrecht erhalten werden. Denn es ist anzunehmen, daß, wer jemanden vertraglich, d. h. unwiderruflich zum Erben einsetzen will, sicher, wenn eine derartige Einsetzung unmöglich ist, die Erbesetzung als eine testamentarische, d. h. frei widerrufliche gelten lassen wird. 2. Anders, wenn H. und J. einen Erbvertrag schließen, in dem sie sich beide gegenseitig zu Erben einsetzen (2278 I). Hier ist die Umdeutung des Erbvertrages in ein Testament im Zweifel unzulässig. Denn jeder Erblasser hat in diesem Fall seine Anordnungen mit Rücksicht auf die Anordnungen des andern und im Vertrauen darauf getroffen, daß die letztern unwiderruflich seien, und es ist möglich, aber durchaus nicht sicher, daß er, wenn dies Vertrauen hinfällig ist, seine eignen Anordnungen auch nur als widerrufliche aufrecht erhalten wird. IV. N. verspricht dem L. ein Darlehen mit 6% Zinseszinsen. Nun ist die Abrede von Zinseszinsen nichtig (248): also ist im Zweifel das ganze Darlehensversprechen nichtig. Nur wenn aus den Verhandlungen hervorgeht, daß der Gläubiger die Ungültigkeit der Zinseszinsabrede gekannt oder auf die Zinseszinsen gar keinen Wert gelegt hat, ist das Darlehensversprechen gültig.

2. Eine mildere Art der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts als die Nichtigkeit kraft Gesetzes ist die Nichtigkeit kraft Anfechtung.

a) Jedes kraft Anfechtung nichtige Rechtsgeschäft macht ein Vorstadium durch, indem es zwar „anfechtbar“, aber tatsächlich noch nicht „angefochten“ ist. In diesem Vorstadium ist das Geschäft im allgemeinen gerade so wirksam wie ein vollgültiges, unanfechtbares Rechtsgeschäft. Das Gesetz nimmt also grundsätzlich auf die Anfechtbarkeit als solche, d. h. auf die bloße Möglichkeit einer spätern Anfechtung des Geschäfts, keine Rücksicht.

b) Dies Vorstadium endigt entweder dadurch, daß die Anfechtung tatsächlich erfolgt oder dadurch, daß die Befugnis zur Anfechtung erlischt. Im ersteren Fall wird das anfechtbare Geschäft zu einem angefochtenen, im zweiten Fall wird es zu einem unanfechtbaren. Hierfür gelten die folgenden Regeln:

α) Die Anfechtung steht nicht jedermann zu. Anfechtungsberechtigt ist vielmehr nur die Partei, die das Rechtsgeschäft vorgenommen hat (119, 120 usw.).

β) Die Anfechtung ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Sie muß unbedingt und vorbehaltlos erfolgen.^{2a} Im übrigen unterliegt sie den für Rechtsgeschäfte im allgemeinen geltenden Vorschriften; demnach kann es geschehn, daß sie selber wieder angefochten wird.

γ) Die Anfechtung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (143 I) und zwar sogar dann, wenn das Rechtsgeschäft, gegen das sie sich richtet, selber nicht empfangsbedürftig war. Die Adresse, an die die Anfechtung zu richten ist — der sog. Anfechtungsgegner —, ist sehr verwickelt bestimmt (143 II—IV). Hauptfälle: Anfechtungsgegner ist regelmäßig, I. wenn ein Vertrag angefochten wird, die andre Vertragspartei; II. wenn eine einseitige empfangsbedürftige an eine Privatperson zu richtende Willenserklärung angefochten wird, eben diese Privatperson; III. wenn eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung oder eine stille Willensäußerung angefochten wird, jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat.

δ) Die Anfechtung ist eine einseitige Willenserklärung, bedarf also der Zustimmung irgend einer Gegenpartei nicht.

ε) Die Anfechtung kann sowohl gerichtlich wie außergerichtlich erfolgen und bedarf keiner Form, mag auch das Rechtsgeschäft, gegen das sie sich richtet, selber formbedürftig sein. Auch den Anfechtungsgrund braucht sie nicht anzugeben.^{2b}

ζ) Die Anfechtung muß entweder unverzüglich oder doch innerhalb einer gewissen Frist, die bald sechs Wochen, bald sechs Monate, bald ein Jahr, bald dreißig Jahre beträgt, erklärt werden (121 I, 1954 I, 1339 I, 124 I, 121 II usw.). Wird die Frist versäumt, so erlischt das Anfechtungsrecht.

η) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsberechtigte das Geschäft in Kenntnis seines Anfechtungsrechts bestätigt, d. h. als gültig anerkennt.^{2c} Und zwar geschieht die Bestätigung eines anfechtbaren Geschäfts anders

2a) RG. 66 S. 153.

2b) RG. 65 S. 88.

2c) RG. 60 S. 372.

als die eines nichtigen durch eine einseitige Willensäußerung des Anfechtungsberechtigten und bedarf keiner Form, selbst wenn das Geschäft selber formbedürftig ist (144). Ob sie empfangsbedürftig ist oder nicht, ist gesetzlich nicht bestimmt; doch ist wohl das erstere anzunehmen.³

9) Die einmal erklärte Anfechtung ist unwiderruflich: nicht einmal mit Zustimmung des Anfechtungsgegners kann sie rückgängig gemacht werden.⁴

e) Auch von den vorstehenden Regeln müssen manche sich Ausnahmen gefallen lassen. Hervorgehoben sei, daß bei anfechtbaren testamentarischen Anordnungen das Anfechtungsrecht nicht dem Erölasser, der die Anordnung getroffen hat, sondern dem zusteht, der von dem Fortfall der anzufechtenden Anordnung einen unmittelbaren Vorteil hat (2080), daß bei anfechtbaren Ehen die Anfechtung der Regel nach nur im Prozeßwege erfolgen und durch Zurücknahme der Klage widerrufen werden kann (1341), usw.

c) Ist die Anfechtung tatsächlich erfolgt, so wird das vormalig anfechtbare, nunmehr wirklich angefochtene Geschäft so angesehen, als sei es von Anfang an kraft Gesetzes nichtig gewesen. Die Anfechtung hat also rückwirkende Kraft (142 I). Damit hängt folgende Regel eng zusammen: wer weiß oder wissen muß, daß ein Geschäft zwar noch nicht angefochten, aber anfechtbar ist, wird, wenn die Anfechtung später erfolgt, so behandelt, als habe er die Nichtigkeit des Geschäftes schon damals gekannt oder kennen müssen (142 II).

Beispiele. I. 1. A. wünscht ein dem B. gehöriges altes Gemälde von sehr großem Wert, einen angeblichen Mantegna, zu kaufen und macht dem B. ein stattliches Gebot; B. schwankt, ob er ja oder nein sagen soll; schließlich wird er aber durch irgendwelche Drohungen, die C., ein etwas hystischer Freund des A., ohne Vorwissen des Letztern ihm zukommen läßt, zu einem ja bestimmt; doch wird ihm bald darauf seine Nachgiebigkeit leid, da er sich inzwischen überzeugt hat, daß er vor den Drohungen C.'s keine Angst zu haben brauchte. Hier kann B. den zwischen ihm und A. über den Mantegna abgeschlossenen Vertrag anfechten (123 I). Was dies zu bedeuten hat, lehrt die folgende Betrachtung. a) Erster Fall: der Mantegna ist dem A. von B. zwar verkauft, aber noch nicht übergeben; A. verlangt jetzt gegen Zahlung des bedungenen Kaufpreises die Übergabe; B. verweigert sie unter Berufung auf sein Anfechtungsrecht. α) Solange B. sich auf sein Anfechtungsrecht nur „beruft“, aber es unklar läßt, ob er die Anfechtung endgültig aussprechen will, ist seine Weigerung unbegründet. Denn solange ist der Verkauf des Bildes, obgleich anfechtbar, so doch rechtswirksam; B. muß also seine Verkäuferpflichten erfüllen, muß das Bild dem A. übergeben. Davon, daß er ein Recht hätte, das Bild solange zurückzubehalten, bis er sich über die Anfechtung endgültig schlüssig macht, ist keine Rede; vielmehr muß er in der Zwischenzeit, bis die Entscheidung fällt, den Besitz dem A. gönnen. β) Dagegen ist die Weigerung B.'s gerechtfertigt, sobald er den Verkauf des Bildes tatsächlich ansieht. Denn damit verwandelt er den Verkauf aus einem anfechtbaren in einen nichtigen Vertrag, der ihn zu nichts verpflichtet. b) Zweiter Fall: der Mantegna ist dem A. von B. nicht bloß verkauft, sondern auch sofort übergeben worden; B. verlangt jetzt die Rückgabe des Bildes unter Berufung auf sein Anfechtungsrecht; A. verweigert sie. α) Solange B. sich auf sein Anfechtungsrecht nur „beruft“, ist sein Verlangen unbegründet. Denn solange ist nicht bloß der Verkauf, sondern auch die in der Übergabe liegende Übereignung des Bildes (929), obgleich anfechtbar, so doch rechtswirksam; A. ist also sowohl als Käufer wie als Eigentümer berechtigt, das Bild zu behalten. β) Dagegen ist das Verlangen B.'s gerechtfertigt, sobald

3) Abw. Planck zu § 144.

4) Siehe aber oben zu 9.

er den Verkauf und die Übergabe tatsächlich ansieht. Denn damit entzieht er dem A. mit rückwirkender Kraft sowohl das Käuferrecht wie das Eigentum, und sein eignes bisheriges Eigentum lebt rückwirkend wieder auf. c) Dritter Fall: A. hat, bald nachdem ihm B. den Mantegna übergeben, erfahren, daß er seinen Erwerb nur den Drohungen des C. verdanke. Dadurch wird der ganze Handel ihm so verleidet, daß er zunächst bei B. anfragt, ob dieser den Mantegna nicht wiederhaben wolle, und, als er von B. keine Antwort bekommt, unter Mitteilung des ganzen Sachverhalts das Bild an D. weiterveräußert; nun verlangt plötzlich B. von D. unter Berufung auf sein Anfechtungsrecht die Herausgabe des Bildes; D. verweigert sie. α) Solange B. sich auf sein Anfechtungsrecht nur „beruft“, ist sein Verlangen selbstverständlich ebenso unbegründet wie in dem zu b besprochenen Fall. β) Dagegen ist sein Verlangen gerechtfertigt, wenn er den Verkauf und die Übereignung an A. tatsächlich ansieht. Denn da die Anfechtung rückwirkende Kraft hat, hat sie zur Folge, daß A. so behandelt wird, als sei er niemals Eigentümer des Bildes gewesen und habe also auch nie die Befugnis gehabt, das Bild an D. weiterzueräußern; mit dem Eigentum A.s bricht demnach auch das Eigentum D.s zusammen, und D. hat kein Recht, das Bild dem wahren Eigentümer B. vorzuenthalten. Anders wäre freilich zu entscheiden, wenn D. beim Erwerbe in gutem Glauben gewesen wäre (932). Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu; denn A. hat ja bei der Weiterveräußerung des Bildes dem D. den „ganzen Sachverhalt“ mitgeteilt; D. hat demnach, als er das Bild erwarb, gewußt oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht gewußt, daß A. zwar damals Eigentümer des Bildes war und also die Befugnis zur Weiterveräußerung des Bildes damals noch besaß, daß aber dem B. das Recht zustand, das Eigentum des A. und damit auch seine Befugnis zur Weiterveräußerung rückwirkend zu zerstören; er wird also, wenn B. von diesem Recht später tatsächlich Gebrauch macht, gerade so behandelt, wie wenn A. schon zur Zeit der Weiterveräußerung des Bildes sein Eigentum und damit die Befugnis zur Weiterveräußerung verloren gehabt hätte; er ist also damals im Sinn des Gesetzes schlechtgläubig gewesen! 2. In den drei Fällen zu 1 ist allein B. zur Anfechtung berechtigt: er kann den Verkauf und die Übereignung des Mantegna nach eigenem Belieben umstoßen, während A. und D. an beide Geschäfte gebunden sind. Die Folge davon ist, daß B. auf Kosten des A. ohne eignes Risiko frei spekulieren kann, obschon doch A. in der ganzen Angelegenheit für seine Person außer Schuld ist; B. kann nämlich in aller Ruhe nach andern Käufern für den Mantegna suchen; bietet keiner mehr als A., so beläßt B. es bei dem Verkauf an diesen; gibt jemand ein höheres Gebot ab, so nimmt B. das Bild einfach dem A. oder dem D. fort und gibt es dem neuen Bieter; eben dadurch erklärt es sich auch, daß B., wie in den drei Fällen zu 1 als möglich angenommen, sich über die Anfechtung nicht sofort schlüssig macht und sogar im dritten Fall das Angebot A.s, das Bild zurückzugeben, unbeantwortet läßt. Und diese Unsicherheit der Lage A.s dauert ein volles Jahr, von dem Tage ab gerechnet, an dem B. sich von seiner Angst vor dem Hitzkopf C. frei gemacht hat (124)! Ein Mittel, die Frist zu kürzen, steht dem A. oder dem D. nicht zur Verfügung. 3. Denkbar wäre es nun, daß A., um aus der Unsicherheit herauszukommen, dem B. auf Umwegen fiktive überaus günstige Gebote auf den Mantegna zukommen läßt und daß A. nur hierdurch bestimmt wird, den Verkauf und die Übereignung des Bildes an A. anzufechten. Alsdann ist A., wenn er diese Hinterlist erfährt, zur Anfechtung der Anfechtung befugt. Das würde in dem Fall zu 1 c bedeuten, daß das Eigentum des Bildes, nachdem es bereits einmal auf D. übergegangen und ihm dann wieder entrispen ist, dem D. von neuem zufällt. 4. a) In den drei Fällen zu 1 muß B. die Anfechtung, da sie einen zwischen ihm und A. abgeschlossenen Vertrag betrifft, gegenüber A. als der andern Vertragspartei erklären, und nicht etwa gegenüber dem Urheber der Drohungen C. So auch in dem Fall zu 1 c, obschon man denken könnte, die Anfechtung wäre hier an die Adresse des neuen Erwerbers D. zu richten. Denn auch in diesem Fall ist Gegenstand der Anfechtung der erste zwischen B. und A. und nicht der zweite zwischen A. und D. abgeschlossene Vertrag. Freilich wird, wenn B. den erstern Vertrag ansieht, auch der zweite Vertrag insoweit unwirksam, als D. das durch den zweiten Vertrag gewonnene Eigentum nunmehr wieder einbüßt. Das beruht aber nicht darauf, daß der zweite Vertrag gleichfalls angefochten, sondern daß ihm durch die Anfechtung des ersten Vertrags eine der Grundlagen seiner Wirksamkeit entzogen wird. Es kann also geschehen, daß D. sein Eigentum an dem Bilde ver-

liert, ohne etwas davon zu erfahren. b) In dem Fall zu 3 (Anfechtung der Anfechtung) geht die Anfechtung, da sie eine einseitige gegenüber A. abzugebende Erklärung betrifft, gleichfalls an die Adresse des A. II. 1. E. hat bei der Ausschreibung einer Preisaufgabe durch einen bloßen Schreibfehler die Aufgabe falsch bestimmt. Hier kann er anfechten (119). Die Anfechtung richtet sich gegen eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung (657, 661), ist also gegenüber jedem zu erklären, der aus der Ausschreibung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt, d. h. gegenüber jedem, der den Preis verdient hat. 2. F. entdeckt in seinem Portemonnaie eine außer Kurs gezeigte Münze und will sie fortwerfen; er vergreift sich aber und wirft eine in Kurs befindliche Münze fort; G. läuft hinter der fortgeworfenen Münze her und nimmt sie in Besitz. Hier kann F. die Preisgabe der Münze anfechten (959, 119). Die Anfechtung ist gegen G. zu richten, obgleich dieser die Münze strenggenommen nicht unmittelbar durch die Preisgabe des F., sondern erst durch seine eigne Besignahme gewonnen hat (958 I).⁵ III. 1. H. hat durch eine arglistige Täuschung seinen Bruder J. bestimmt, ihm in notarieller Urkunde eine lebenslängliche Rente von 1000 Mk. jährlich schenkungsweise zu versprechen. Hier kann J. anfechten (123 I). Und zwar bedarf es dazu nicht etwa gleichfalls einer notariellen Erklärung des J., sondern auch eine privatschriftliche und sogar eine mündliche Erklärung J.'s genügt. Ja die Erklärung braucht nicht einmal ausdrücklich zu sein⁶, sondern es reicht aus, wenn J. dem H. seine Verlogenheit vorwirft und hinzufügt: „mit der Rente ist es jetzt natürlich vorbei“. 2. Gerade umgekehrt steht es, wenn J. dem H., nachdem er ihn gehörig abgefanzelt, sagt: „auf die Rente hat das aber keinen Einfluß“. Denn darin liegt nicht nur nicht eine Anfechtung, sondern im Gegenteil sogar eine Bestätigung der Schenkung; J. büßt also, da diese Bestätigung gleichfalls formfrei ist, dadurch sein Anfechtungsrecht ein. So selbst dann, wenn H. die Bestätigung zurückweist und erklärt: „von dir will ich fortan keinen Pfennig mehr nehmen“. Denn die Bestätigung ist ein einseitiger Akt. Wenn also nachträglich H. über seinen Stolz und J. über seine Großmut Reue empfinden und demgemäß H. die Rente einfordert, J. sie dagegen verweigert, so ist H. im Recht. 3. Ganz anders liegt der Fall, wenn J., nachdem er den H. ausgescholten, zuerst sagt: „mit der Rente ist es jetzt natürlich vorbei“, eine Minute später aber auf das flehentliche Bitten H.'s zufügt: „nun, so schlimm war es nicht gemeint, die Rente sollst du behalten“. Denn hier ist die Schenkung durch die erste Äußerung J.'s bereits angefochten und damit nichtig geworden. Es ist also für eine formlose Bestätigung kein Raum mehr. Demnach muß, da auch ein Widerruf der einmal erfolgten Anfechtung unmöglich ist, H., wenn er die Schenkung aufrechterhalten will, sie in einer neuen notariellen Urkunde wiederholen (oben S. 166 a). 4. a) Ohne Belang ist es, wenn J., nachdem er sein Anfechtungsrecht erfahren, trotzdem die Rente vorbehaltlos an H. weiterzahlt. Denn aus der Weiterzahlung einiger Raten der Rente läßt sich nicht folgern, daß J. die Schenkung wirklich in vollem Umfang bestätigen und nicht vielmehr bloß das weitere Verhalten seines Bruders abwarten wolle. b) Ebenso belanglos ist es, wenn J. einem Freunde des H., mit dem er den Vorfall bespricht, ausdrücklich sagt, er halte die Schenkung aufrecht. Denn die Bestätigung der Schenkung kann gültig nur gegenüber dem H. selbst erklärt werden.

Daraus, daß das anfechtbare, aber noch nicht angefochtene Geschäft grundsätzlich als rechtswirksam behandelt wird, folgt nicht, daß der Anfechtungsberechtigte so lange, als er die Anfechtung nicht erklärt, rechtlich ganz schutzlos wäre. Vielmehr steht nichts im Wege, daß er bei Gericht z. B. eine einstweilige Verfügung zu seinen Gunsten erwirkt (ZPO. 935 ff.). Denn sein Anfechtungsrecht als solches ist schutzfähig und schutzwürdig auch dann, wenn er noch nicht endgültig entschlossen ist, es auszuüben.

3. Eine dritte Art der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, die gleichfalls milder ist als die Nichtigkeit kraft Gesetzes, ist die nachträglich eintretende Unwirksamkeit, deren Geltung nicht auf die Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückdatiert wird. Doch sind die hierher gehörigen Fälle unter

5) Enneccerus S. 475^o. Abw. Hölder Ann. 2 c zu § 143.

6) RG. 57 S. 362, 63 S. 412.

sich zu verschieden, als daß sich für sie gemeinsame Vorschriften aufstellen ließen.

Hierher gehörige Fälle sind: ein Erblasser widerruft ein von ihm errichtetes Testament; der im Testament eingesezte Erbe stirbt vor dem Erblasser usw.

4. Zu 1—3 sei noch bemerkt, daß die Terminologie der neuern Gesetze in Ansehung der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte mehr als verworren ist. So wird ohne jeden erkennbaren Grund der Ausdruck „Nichtigkeit“ im bürgerlichen Gesetzbuch nur auf einen Teil der Fälle angewendet, in denen Rechtsgeschäfte von Anfang an der rechtsgeschäftlichen Wirkung entbehren, und in den übrigen Fällen der farblose Ausdruck „Unwirksamkeit“ gebraucht (vgl. 105 I mit 111 a). Und schlimmer noch, der Ausdruck „Anfechtbarkeit“ hat in der Konkursordnung eine ganz andre Bedeutung als die, die, wie oben dargelegt, für das bürgerliche Gesetzbuch maßgebend ist: sie bedeutet hier nicht, daß das angefochtene Geschäft mit rückwirkender Kraft nichtig wird, sondern daß die Gegenpartei obligatorisch verpflichtet ist, es in gewisser Art rückgängig zu machen (KonkOrdn. 37).⁷

IV. Eine Mittelstellung zwischen den wirksamen und den unwirksamen Geschäften nehmen die relativ unwirksamen Geschäfte ein.

1. Daß ein Rechtsgeschäft relativ unwirksam ist, bedeutet, daß es von Anfang an gegenüber bestimmten Personen keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkung hat: diese Personen gewinnen und verlieren rechtsgeschäftlich kein Recht durch das Geschäft; eben sie werden dadurch rechtsgeschäftlich weder mit Pflichten belastet noch von Pflichten befreit. Dagegen ist das Geschäft gegenüber allen andern Personen wirksam wie ein vollgültiges Geschäft; doch ist es natürlich nicht ausgeschlossen, daß die Unwirksamkeit des Geschäfts gegenüber den erstgenannten Personen wenigstens mittelbar auch andre Personen in Mitleidenschaft zieht.

2. Die relative Unwirksamkeit eines Geschäfts kann dadurch geheilt werden, daß die Personen, gegenüber denen die Unwirksamkeit besteht, das Geschäft genehmigen. Die Genehmigung ist eine rechtsgeschäftliche, empfangsbedürftige, einseitige, formlose Erklärung und hat rückwirkende Kraft (s. 182 ff.).

3. Im übrigen wird die relative Unwirksamkeit ebenso behandelt wie die Nichtigkeit kraft Gesetzes. Man könnte sie deshalb ebensogut relative „Nichtigkeit“ nennen.

Beispiel. A. hat eine ihm gegen B. zustehende fällige Forderung eine Stunde, nachdem über sein Vermögen Konkurs eröffnet worden war, dem C. verkauft und abgetreten. Hier ist der Verkauf und die Abtretung gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam (KonkOrdn. 7). I. Demnach kann der Konkursverwalter D. als Verteter der Interessen der Konkursgläubiger den Verkauf und die Abtretung der Forderung einfach ignorieren. Insbesondere kann er den B. auf Bezahlung der Forderung belangen; er kann, wenn A. dem C. den Schuldschein über die Forderung ausgehändigt hat, dessen Herausgabe von C. beanspruchen;

⁷) Endemann 1 S. 1251⁴. Abw. z. B. Crome 1 S. 353; Hellwig, Ztschr. f. Civ. Proz. 26 S. 474.

er kann die Forderung an einen Dritten veräußern usw. II. Ebenfogut kann aber auch C. als Gläubiger der Forderung auftreten, vorausgesetzt, daß er dadurch nicht in Widerspruch mit den Regeln zu I gerät. C. kann also zwar nicht verlangen, daß B. an ihn zahlt, da dieser sonst der Gefahr der Doppelzahlung ausgesetzt ist, und kann auch nicht fordern, daß B. wenigstens die Zahlung an die Masse unterläßt; wohl aber kann er beanspruchen, daß B., wenn er nicht an die Masse zahlt, den Schuldbetrag wenigstens hinterlegt, da er damit den Rechten der Konkursgläubiger keinen Eintrag tut; ebenso kann er Arreſte und einstweilige Verfügungen gegen B. beantragen, er kann die Forderung vorbehaltlich der bessern Rechte der Konkursgläubiger gleichfalls weiter veräußern usw. III. 1. Dies Zwitterverhältnis hört auf: a) wenn D. als Konkursverwalter über die Forderung eine Verfügung trifft, die eine Gläubigerschaft C.s für immer ausschließt, z. B. wenn er die Forderung an einen Dritten abtritt, wenn er sie einzieht, wenn er sie erläßt; b) wenn der Konkurs beendet wird, ohne daß eine derartige Verfügung getroffen ist; c) wenn der Konkursverwalter die Abtretung nachträglich genehmigt. 2. Im Fall 1 a kommt die relative Unwirksamkeit im Ergebnis der Nichtigkeit gleich. Dagegen wird in den Fällen 1 b und c die relative Unwirksamkeit vollkommen geheilt.

4. Echtheit der rechtsgeschäftlichen Willensäußerung.

§ 54.

I. Eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung ist nur vorhanden, wenn sie echt ist, d. h. wenn sie wirklich von der Person herrührt, die in der Äußerung als ihr Urheber genannt wird. Eine unechte Willensäußerung ist also rechtsgeschäftlich unwirksam, nicht weil sie ein nichtiges Rechtsgeschäft, sondern weil sie überhaupt kein Rechtsgeschäft ist.

II. 1. Demnach ist kein Rechtsgeschäft eine gefälschte Willensäußerung, bei deren Vornahme der angebliche Urheber überhaupt nicht beteiligt war.

2. Demnach ist ferner kein Rechtsgeschäft eine verfälschte Willensäußerung, soweit sie falsch ist, d. h. soweit ihr echter von dem angeblichen Urheber wirklich herrührender Kern durch Weglassung echter oder Zufügung unechter Stücke abgeändert ist. Doch gilt eine später zu besprechende Ausnahme für den Fall, daß die Verfälschung von der Mittelsperson ausgegangen ist, deren sich der Urheber der Äußerung zum Zweck ihrer Übermittlung an irgend eine Adresse bedient hat (s. 120).

3. Demnach ist endlich kein Rechtsgeschäft eine ihrem angeblichen Urheber gewaltsam abgezwungene Willensäußerung; denn auch sie rührt in Wahrheit nicht von dem Vergewaltigten, sondern von dem Vergewaltiger her.

Beispiele. I. A. macht, ohne dazu ermächtigt zu sein, namens des B. eine Bestellung, sei es durch einen Brief, den er mit B.s Namen unterschreibt, sei es telephonisch, indem er sich für B. ausgibt. II. C. macht namens des D., ohne dazu ermächtigt zu sein, eine Bestellung, indem er sie in einen ihm von D. diktierten und von D. unterschriebenen Brief in den Zwischenraum zwischen dem diktierten Text und der Unterschrift D.s einschaltet. III. C. unterschreibt eine von F. in seinem Namen gemachte schriftliche Bestellung so, daß F. ihm bei der Unterschrift gewaltsam die Hand führt.

5. Geschäftsfähigkeit.¹

a) Geschäftsunfähige Personen.

§ 55.

I. 1. Von der Vornahme eines Rechtsgeschäfts ist ausgeschlossen, wer geschäftsunfähig ist.

a) Geschäftsunfähig sind:

α) Kinder bis zum vollendeten 7. Lebensjahr (104 Nr. 1)²;

β) Personen, die wegen Geisteskrankheit entmündigt sind (104 Nr. 3)³;

γ) Personen, die, ohne wegen Geisteskrankheit entmündigt zu sein, doch tatsächlich geistig krank sind, vorausgesetzt, daß die Krankheit ihnen die sogenannte Willensfreiheit raubt und nicht ihrer Natur nach bloß vorübergehend ist (104 Nr. 2).⁴

b) Die Kinder sind während der ganzen sieben Jahre ihrer Kindheit gleichmäßig geschäftsunfähig ohne Rücksicht auf die langsame Zunahme ihrer Geisteskräfte. In derselben Art sind Menschen, die wegen Geisteskrankheit entmündigt sind, gleichmäßig geschäftsunfähig während der ganzen Dauer ihrer Entmündigung ohne Rücksicht darauf, daß sie sich vielleicht ab und zu eines lichten Zwischenaugenblicks (*lucidum intervallum*) erfreuen; ja sogar, daß sie dauernd gesund geworden, macht nichts aus, solange ihre Entmündigung formell fortbesteht. Dagegen gilt ein Mensch, der geistig gestört, aber nicht entmündigt ist, nur in dem Zeitraum als geschäftsunfähig, in dem er nachweislich „willensunfrei“ gewesen ist; seine Geschäftsunfähigkeit braucht also keineswegs während irgend einer Zeitperiode gleichmäßig fortzudauern, sondern gilt, wenn seine geistige Störung anfallsweise auftritt, gleichfalls nur anfallsweise.

Beispiele zu 1 siehe unten hinter 2c.

Wann eine geistige Krankheit die sogenannte Willensfreiheit ausschließt, ist eine schwierige Frage. Ich lasse sie trotzdem unerörtert, weil sie ganz gleichartig auch im Strafrecht wiederkehrt und dort tatsächlich eine viel größere Rolle spielt als im bürgerlichen Recht.

2. Alle Rechtsgeschäfte, die ein Geschäftsunfähiger tatsächlich vornimmt, sind nichtig (105 I), ohne daß es darauf ankommt, ob sie lästig für ihn sind oder ihm lediglich Gewinn bringen, ob er sie gegen den Willen seines Gewalthabers oder mit dessen Zustimmung vorgenommen hat, ob seine Geschäftsunfähigkeit bei Vornahme des Geschäfts der Gegenpartei bekannt oder unbekannt war.

a) Daß die Rechtsgeschäfte eines Geschäftsunfähigen nichtig sind, bedeutet, wie wir wissen, daß sie keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkung haben. Dagegen ist es sehr wohl möglich, daß ihnen eine sehr erhebliche nichtrechtsgeschäftliche

1) Brunswig, Handlungsfähigkeit der Geisteskranken (02); Breit, Geschäftsfähigkeit (03); Elpbacher, Handlungsfähigkeit (03); Dittenberger, Schutz des Kindes (03).

2) Siehe oben § 28 I. 3) Siehe oben § 29 I.

4) Siehe oben § 29 II u. unten § 56.

Wirkung zukommt. Namentlich ist dies der Fall, wenn der Geschäftsunfähige oder die Gegenpartei infolge des Geschäfts eine Bereicherung erlangt oder wenn einer von beiden sich dadurch, daß er sich auf das Rechtsgeschäft einläßt, eines Delikts schuldig macht.

b) Daraus, daß ein Geschäftsunfähiger von der Vornahme von Rechtsgeschäften ausgeschlossen ist, folgt nur, daß ihm die Vornahme von Rechtsgeschäften in Person, sei es auch unter Assistenz seines Gewalthabers, verwehrt ist. Dagegen steht nichts im Wege, daß der Gewalthaber Rechtsgeschäfte im Namen des Geschäftsunfähigen als dessen Vertreter vornimmt, daß er also für den Geschäftsunfähigen nicht neben ihm, sondern statt seiner rechtsgeschäftlich tätig wird. Nur in Fällen, in denen auch eine solche Stellvertretung unstatthaft ist, ist dem Geschäftsunfähigen der Segen wie der Unsegen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs wirklich ganz verschlossen.

c) Ein von einem Geschäftsunfähigen vorgenommenes Rechtsgeschäft bleibt auch dann nichtig, wenn er nachträglich die Geschäftsfähigkeit erlangt, insbesondere also auch dann, wenn die über ihn verhängte Entmündigung nachträglich wieder aufgehoben wird.⁵ So auch dann, wenn der vormals Geschäftsunfähige das Geschäft nunmehr aus freien Stücken bestätigt: will er das Geschäft wirklich zur Geltung bringen, so genügt es nicht, daß er es als gültig anerkennt, sondern er muß es von neuem vornehmen (141 I; Ausnahme bei der Eheschließung: 1325 II).

Beispiele. I. A. möchte seiner sechsjährigen Tochter zu Weihnacht ein goldnes Halskettchen schenken. Hier muß A., wenn er die Schenkung rechtswirksam vornehmen will, bei Gericht beantragen, daß ein Pfleger bestellt werde, der namens des Kindes die Annahme der Schenkung erklärt (1909); denn ohne Annahme kommt die Schenkung nicht zustande (516): das Kind selber kann aber nicht annehmen, und auch A. kann es in diesem Fall nicht vertreten (181). II. 1. a) B. in Münster ist wegen Geisteskrankheit entmündigt, da er periodisch an Wahnvorstellungen leidet; in einer Zeit, da er völlig klar und „willensfrei“ ist, verkauft er ein ihm gehöriges in Westpreußen gelegenes Grundstück, von dessen Dasein sein Vormund zufällig keine Kenntnis hatte, an C. in Königs, läßt es im Grundbuch auf den Namen C. umschreiben, nimmt den vereinbarten Kaufpreis in Empfang und gibt ihn einer Vertrauensperson zur Aufbewahrung; weder C. noch das Königsche Amtsgericht, vor dem die Verhandlungen zwischen B. und C. stattfanden, haben wissen können, daß B. damals entmündigt war; erst nach vielen Jahren kommt der Sachverhalt heraus. Hier ist das ganze Geschäft nichtig. Und zwar kann sich nicht bloß B.s Vormund, sondern auch C. hierauf berufen. Insbesondere kann sich C., wenn der Wert des Grundstücks seitdem gefallen ist und er den zur Zeit des Kaufs völlig angemessenen Kaufpreis nachträglich für zu hoch befindet, die Geschäftsunfähigkeit B.s zunutze machen und, natürlich gegen Rückgabe des Grundstücks, von B. die Zurückstattung des Kaufpreises fordern. b) Derselbe Fall; nur ist B. bald nach dem Verkauf des Grundstücks dauernd gesund geworden, und seine Entmündigung ist längst wieder aufgehoben. Hier ist die Entscheidung dieselbe wie zu 1; denn die Nichtigkeit des Verkaufs wird durch die Aufhebung der Entmündigung nicht geheilt. c) Derselbe Fall; nur hat B. nach Aufhebung seiner Entmündigung dem C. den Sachverhalt mitgeteilt, und beide haben das Geschäft schriftlich bestätigt; später aber, als das Grundstück im Wert sinkt, reut es den C., daß er so nachgiebig gewesen ist, und er widerruft die Bestätigung. Auch hier ist die Entscheidung keine andre als zu 1; denn die Nichtigkeit eines Grundstücksverkaufs kann

5) Siehe oben S. 93 I. Absatz und unter bei Anm. 6.

nur durch einen neuen Formalakt vor Notar oder Grundbuchamt (313, 925), nicht aber durch privatschriftliche Bestätigung geheilt werden. d) Derselbe Fall; nur haben der Vormund B. und das Münsterer Vormundschaftsgericht davon gewußt, daß das Grundstück dem B. gehöre, und haben ausdrücklich darein gewilligt, daß B. es zu dem vereinbarten Preise an C. veräußern solle. Hier ist die Entscheidung wiederum dieselbe; denn der Vormund hätte nicht bloß neben B. als dessen Beistand, sondern an Stelle B. als dessen Vertreter handeln müssen. e) Derselbe Fall; nur war dem C. von vornherein bekannt, daß B. wegen Geisteskrankheit entmündigt war. Auch hier ist zu entscheiden wie zu a: einem Geschäftsunfähigen braucht man sein Wort nicht zu halten, auch wenn man, als man es ihm gab, seine Rechtslage gekannt hat. 2. Der nämliche B. hat sich von C. ein Darlehn von 1000 Mk., rückzahlbar nach sechsmonatiger Kündigung und mit $3\frac{1}{2}\%$ verzinslich, geben lassen; kaum hat er die 1000 Mk. in Gestalt von neun Hundertmarkscheinen und fünf Goldstücken empfangen, werden ihm die neun Scheine von einem Unbekannten gestohlen. Hier ist das Darlehn selbstverständlich nichtig; B. braucht also die Darlehenssumme als solche weder zu verzinsen noch zurückzahlen. Im übrigen ist zu unterscheiden wie folgt. a) Wenn B. bei Empfang des angeblichen Darlehens klar und „willensfrei“ gewesen ist und seine Entmündigung dem C. arglistig verschwiegen hat, liegt in seinem Verhalten ein Betrug, für den er trotz seiner Geschäftsunfähigkeit voll verantwortlich ist. Daraus folgt, daß er dem C. zwar nicht als Darlehensschuldner auf Rückgewähr des ihm von C. gegebenen Darlehens, wohl aber als Deliktsschuldner auf Erstattung des von ihm dem C. zugefügten Schadens haftet (823, 826). Und zwar stimmt die deliktmäßige Haftung mit der Haftung aus dem Darlehn praktisch darin überein, daß sie, wie diese, auf eine Hauptsumme von 1000 Mk. geht. Sie unterscheidet sich aber von ihr dadurch, daß die vereinbarte sechsmonatige Kündigungsfrist keine Geltung für sie hat, daß B. kraft ihrer nicht, wie verabredet, $3\frac{1}{2}\%$, sondern 4% Zinsen zahlen muß, daß sie nicht, wie diese, in 30, sondern schon in 3 Jahren verjährt (271, 288, 852). b) War B. bei Empfang des Darlehens willensunfrei oder hat er in gutem Glauben gehandelt, so liegt ein Delikt des B., für das er haftbar gemacht werden könnte, nicht vor (827). Trotzdem ist er auch in diesem Fall nicht ganz haftfrei, sondern muß dem C. für die Darlehenssumme wenigstens insoweit aufkommen, als er sich sonst auf Kosten C. bereichern würde (812), d. h. in Höhe von 100 Mk. III. 1. Die Schwestern D., E. und F. leiden kraft erblicher Belastung sämtlich an der nämlichen Geisteskrankheit, haben aber längere Pausen geistiger Gesundheit; die D. ist wegen Geisteskrankheit entmündigt, die E. und die F. sind es nicht; ihre beiden Stiefbrüder G. und H. sind geistig gesund; G. ist ein braver Mensch, der seine zahlreiche Familie trotz ungünstiger Vermögensverhältnisse ehrenhaft erhält, F. ist dagegen ein verkommenes Subjekt. Nun vereinbaren die drei Schwestern, daß eine jede den G. testamentarisch zum Alleinerben ernennt, und führen die Vereinbarung auch in völlig gleichlautenden, sehr verständigen Testamenten aus. Nach ihrem Tode gelingt es dem F. festzustellen, daß die E. zur Zeit der Testamentserrichtung unter dem Einfluß der fixen Idee stand, ihr Bruder G. sei König von Polen; dagegen hat er über den damaligen Geisteszustand der D. und der F. nichts ermitteln können. Hier ist das Testament der D. und der E. nichtig, das der F. gültig. 2. Derselbe Fall; nur hat die D. für ihre Testamentserrichtung die Einwilligung ihres Vormundes J. erhalten und sich außerdem durch einen zuverlässigen Irrenarzt positiv bescheinigen lassen, daß sie zurzeit geistig gesund war. Hier ist ihr Testament trotzdem nichtig. Dasselbe wäre der Fall, wenn etwa der Vormund J. selber, als Stellvertreter der D., das Testament errichtet hätte; denn die Testamentserrichtung gestattet keine Stellvertretung (2064). Ebensowenig ist der Weg gangbar, daß die D. ihr Vermögen, mit Zustimmung des J. oder durch J. als ihren Vertreter, etwa schon bei Lebzeiten dem G. schenkt (s. 1804). Ergebnis: so angemessen es wäre, wenn die D. dem braven G. ihr ganzes Vermögen zuwendete, im Wege Rechts läßt es sich nur so bewerkstelligen, daß man ihre Entmündigung zeitweise aufhebt, auf die Gefahr hin, daß die D. dadurch in die größten Angelegenheiten kommen mag; kann man sich hierzu nicht entschließen, so verbleibt die eine Hälfte ihres Vermögens unweigerlich dem Taugenichts F.

Eine merkwürdige Besonderheit gilt, wenn die Entmündigung wegen Geisteskrankheit dadurch endigt, daß der Entmündigungsbeschluß auf Grund einer Anfechtungsklage auf-

gehoben wird (s. oben S. 94). Hier wird nämlich dem Aufhebungsbeschluß rückwirkende Kraft teilweise zugestanden, teilweise versagt: sie wird ihm zugestanden in Ansehung der Frage, ob der Entmündigte während der Dauer der Entmündigung geschäftsfähig, sie wird ihm versagt in Ansehung der Frage, ob der dem Entmündigten bestellte Gewalthaber ihn zu vertreten befähigt war. Demgemäß sind sowohl die Geschäfte, die der Entmündigte selber, wie die Geschäfte, die in seinem Namen sein Gewalthaber vorgenommen hat, vollgültig (115 I). Beispiel: die Mietwohnung des wegen Geisteskrankheit entmündigten A. ist ihm kurz vor der Entmündigung gekündigt worden, und er hat sich gleich nach der Entmündigung schleunigst eine neue sehr teure Wohnung gemietet; der ihm bestellte Vormund war aber damit nicht einverstanden, sondern mietete eine andre billigere Wohnung für ihn; nun wird der Entmündigungsbeschluß auf Grund einer Anfechtungsklage des A. wieder aufgehoben; die Folge ist, daß A. alle beide Wohnungen bezahlen muß.⁶

II. So wenig, wie eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung von einem Geschäftsunfähigen persönlich abgegeben werden kann, so wenig darf sie, wenn sie empfangsbedürftig ist, „gegenüber“ einem Geschäftsunfähigen abgegeben werden: diesem fehlt also nicht bloß die Fähigkeit zur aktiven Vornahme von Rechtsgeschäften, sondern er ist auch passiv geschäftsunfähig. Eine für einen Geschäftsunfähigen bestimmte empfangsbedürftige Willenserklärung ist demnach nur gültig, wenn sie nicht an seine eigne, sondern an seines Gewalthabers Adresse gerichtet wird, und wird nicht schon wirksam, wenn sie dem Geschäftsunfähigen selbst, sondern erst dann, wenn sie seinem Gewalthaber zugeht (s. 131 I).

Beispiele. I. A. hat seit dem 1. Jan. 06 von B. eine Wohnung gemietet; laut Vereinbarung gilt der Mietvertrag, wenn er nicht spätestens am 1. April eines Jahrs gekündigt wird, immer als bis zum Schluß des nächstfolgenden Jahrs verlängert; demgemäß kündigen A. und B., nachdem sie am 31. März 08 einen heftigen Wortwechsel miteinander hatten, am 1. April 08 ihren Vertrag gegenseitig schriftlich auf das Ende des Jahrs; am 30. März ist aber B. wegen Geisteskrankheit entmündigt worden, und C. ist ihm zum Vormunde bestellt; A. hat hiervon erst Mitte April Kenntniß erlangt. 1. Hier ist die Kündigung B.s an A. selbstverständlich nichtig. 2. a) Ebenso nichtig ist aber auch die Kündigung A.s an B., falls der Kündigungsbrief A.s dem Vormunde C. gar nicht oder erst nach dem 1. April 08 zugeht. b) Anders, wenn der Kündigungsbrief A.s noch am 1. April 08 an C. gelangt, sei es, daß die Post den Brief dem C. unmittelbar ausliefert, sei es, daß der Brief zunächst von dem kranken B. in Empfang genommen, dann aber sofort von ihm an den Vormund D. weitergegeben wird. Hier ist nämlich zu unterscheiden wie folgt. a) Ist, wie es regelmäßig zutreffen wird, anzunehmen, daß A. den Kündigungsbrief nicht ausschließlich dem B. persönlich zugehört hat, sondern eventuell damit einverstanden war, daß der Brief von einem Stellvertreter B.s in Empfang genommen wurde, so ist die Kündigung gültig.⁷ b) Ist umgekehrt ausnahmsweise anzunehmen, daß der Brief rein persönlich an B. gerichtet war, so ist die Kündigung, weil falsch adressiert, ungültig. II. Derselbe Fall; nur geschah die Kündigung A.s an B. mündlich. Hier ist die Kündigung gültig, wenn folgende drei Bedingungen erfüllt sind: 1. B. muß die Kündigung noch am 1. April dem C. mitgeteilt haben; 2. A. muß wenigstens eventuell damit einverstanden gewesen sein; 3. C. darf die Mitteilung B.s nicht unverzüglich zurückgewiesen haben.

6) Das Beispiel ist aus Lenels Praktikum, 3. Aufl. (07) Nr. 75 entnommen.

7) Pfand Anm. 2 b zu § 131.

b) Personen, die bewußtlos oder vorübergehend geistig gestört sind.

§ 56.

I. 1. Von der Vornahme eines Rechtsgeschäfts sind außer den Geschäftsunfähigen auch Personen ausgeschlossen, die bewußtlos oder vorübergehend geistig gestört sind, vorausgesetzt, daß die Störung ihnen die sogenannte Willensfreiheit raubt (s. 105 II und oben S. 36 oben).

Beispiele. I. 1. Hierher gehören schlafende, hypnotisierte, in Fieberphantasien befangene Personen. 2. Hierher gehören ferner Epileptiker, wenn die Anfälle von Geistesstörung, an denen sie leiden, rasch vorübergehen und durch lange Pausen geistiger Gesundheit getrennt sind. II. Nicht hergehörig sind dagegen; 1. Personen, die nur leicht berauscht sind, weil sie noch einige Willensfreiheit haben; 2. Personen, die nur aus Zerstreuung nicht wissen, was sie tun, weil das Bewußtsein ihnen nicht völlig mangelt.

2. Die Rechtsgeschäfte, die eine Person der zu 1 genannten Art tatsächlich vornimmt, sind gerade so nichtig, wie wenn sie von einer geschäftsunfähigen Person vorgenommen wären (105 II). Es liegt deshalb nahe, ihr das Epitheton „geschäftsunfähig“ gleichfalls zuzusprechen. Doch steht dem die Terminologie des bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt entgegen, die zwischen den geschäftsunfähigen Personen und den Personen, die nur bewußtlos oder nur vorübergehend geistig gestört sind, mit größter Kunst unterscheidet (s. 105, 1325).

Beispiel. A. entdeckt am Morgen nach einer Kneiperei an seinem Finger den Ring seines Freundes B.; er kann sich nicht darauf besinnen, wie er zu dem Ring gekommen ist, erfährt dann aber auf Nachfrage, daß B. ihm im Weinlaune den Ring geschenkt hat. Hier ist die Schenkung nichtig, nicht wegen der Weinlaune B.s, sondern wegen der offenbar sinnlosen Betrunkenheit A.s: die Schenkung war gültig angeboten, aber ungültig angenommen.

Daß die zu 1 genannten Personen im Sinn des B.G.B. nicht „geschäftsunfähig“ sind, ist wichtig, weil davon das Verständnis einer ganzen Reihe von Gesetzesstellen (131 I, 206 usw.) abhängt. Doch ist sehr bemerkenswert, daß das B.G.B. an seiner eignen gequälten Terminologie anscheinend selber nicht streng festhält (s. 8, 682 usw.). Wozu dann aber die Quälerei?

II. Während die Personen zu I in Ansehung der aktiven Geschäftsfähigkeit, wie wir gesehen haben, den Geschäftsunfähigen zwar nicht dem Namen, aber doch der Sache nach gleichgestellt sind, ist eine solche Gleichstellung in Ansehung der passiven Geschäftsfähigkeit nicht vorgeschrieben. Vielmehr ist die passive Geschäftsfähigkeit der Personen zu I im bürgerlichen Gesetzbuch schweigend übergangen. Dies Schweigen ist dahin zu verstehen, daß ihre passive Geschäftsfähigkeit nicht nach einer allgemeinen Norm, sondern nur unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalls entschieden wird wie folgt:

1. Man kann eine empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Willenserklärung gegenüber einer der Personen zu I dann gültig abgeben, wenn man nach Lage des Einzelfalls ohne Unbilligkeit die besondere Lage, in der jene Person sich befindet, unbeachtet lassen darf.

2. Ueberrnalls wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die gegen-

über einer der Personen zu I abgegeben ist, erst dann wirksam, wenn diese Person nachträglich das klare Bewußtsein wieder erlangt hat und nunmehr in der Lage ist, von der Willenserklärung Kenntnis zu nehmen.

Beispiele. A., der krank im Bett liegt, hat mit dem Hauslehrer seines Sohnes B. am Vormittag des 19. August 08 eine Auseinandersetzung, die damit schließt, daß der auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Dienstvertrag B.s für den 30. Sept. 08 gekündigt wird; während der ganzen Verhandlung hatte A. hohes Fieber und war nicht Herr seiner Sinne; erst am 21. August kommt er wieder zu sich und ist höchst erstaunt, als seine Frau, die den Vorfall vom Nebenzimmer aus unbemerkt beobachtet hat, ihm davon Mitteilung macht. 1. Hier ist die Kündigung, wenn sie von A. ausging, in jedem Fall ungültig (105 II). II. 1. Dagegen ist die Kündigung gültig, wenn sie von B. ausging und dieser nicht erkannte und nach Lage des Falls auch nicht zu erkennen brauchte, daß A. nicht bei Sinnen war. 2. Ebenso gültig ist die von B. ausgehende Kündigung, wenn er den Zustand A.s richtig erkannte und deshalb seine Kündigung sofort brieflich aufgesetzt und zur Post gegeben hat, vorausgesetzt, daß der Kündigungsbrief noch am nämlichen Tage in A.s Hause abgeliefert wurde. Denn nach der Verkehrsanschauung konnte B. bei einer brieflichen Mitteilung an A. dessen Krankheit unbeachtet lassen; er konnte erwarten, daß A. für derartige Fälle plötzlicher Behinderung irgendeinen Hausgenossen zum Empfang von Briefen ermächtigt haben würde. Deshalb ist B.s Brief dem A. schon am 19. August richtig zugegangen, obschon A., wie B. voraussehen mußte, an diesem Tage gar nicht in der Lage war, den Brief persönlich mit Verständnis zu lesen. 3. Anders, wenn B., obschon er den Zustand A.s erkannte oder hätte erkennen müssen, es bei einer mündlichen Kündigung an A. hat bewenden lassen. Denn bei mündlichen Erklärungen verlangt es die Verkehrssitte durchaus, daß der Urheber auf das mangelnde Verständnisvermögen des Empfängers, soweit es ihm erkennbar, peinliche Rücksicht nimmt. Demgemäß hätte B.s Kündigung in diesem Fall frühestens am 21. August wirksam werden können, als sie dem A. von seiner Frau mitgeteilt wurde, und das wäre zu spät gewesen (622). Aber auch dann, wenn A. schon am 19. August abends zu klarem Bewußtsein gekommen wäre und Frau A. ihm die Kündigung sofort mitgeteilt hätte, müßte die Entscheidung dieselbe sein; denn Frau A. war weder von A. zum Anhören noch von B. zum Weiterbestellen der Kündigung ermächtigt. Dagegen wäre die Kündigung am Abend des 19. gültig geworden, als Frau A. sie ihm mitteilte, A. selbst sich ihrer wieder bestimmt erinnert hätte (Analogie von 131 I).

c) Beschränkt geschäftsfähige Personen.

§ 57.

I. 1. Nur unter erheblichen Einschränkungen ist zur Vornahme von Rechtsgeschäften zugelassen, wer beschränkt geschäftsfähig ist.

a) Beschränkt geschäftsfähig sind:

α) Minderjährige, die das 7. Lebensjahr vollendet haben¹ (106);

β) Personen, die wegen Geisteschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind² (114);

γ) Personen, die unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind³ (114).

b) Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen gilt — wenn man davon absieht, daß sie nach vollendetem 16. Lebensjahr testamentsmündig werden (2229 II) — vom Beginn des 8. Lebensjahrs bis zum Volljährigkeitstermin unverändert fort: der zwanzigjährige ist, wenn er nicht etwa

1) Siehe oben § 28 II.

2) Siehe oben § 29 I, 1.

3) Siehe oben § 29 I, 2.

für volljährig erklärt wird, in der Geschäftsfähigkeit gerade ebenso beschränkt wie der achtjährige. Ingleichen dauert die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit derer, die entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind, bis zur Aufhebung der Entmündigung oder dem Ende der vorläufigen Vormundschaft unverändert fort ohne Rücksicht darauf, ob sie sich etwa gesunder Zwischenblicke erfreuen oder gar dauernd genesen sind.

Vergleicht man die drei Gruppen der beschränkt geschäftsfähigen mit den drei Gruppen der geschäftsunfähigen Personen, so zeigt sich, daß die Minderjährigen über sieben Jahr hier den Kindern unter sieben Jahr dort (§ 55 I, 1 α) und daß die wegen Geisteschwäche usw. entmündigten sowie die unter vorläufige Vormundschaft gestellten Personen hier den wegen Geisteskrankheit entmündigten Personen dort (§ 55 I, 1 β) entsprechen. Dagegen gibt es eine Gruppe, die den Geschäftsunfähigen, die das 7. Lebensjahr vollendet haben und wegen Geisteskrankheit nicht entmündigt sind, entsprechen (§ 55 I, 1 γ) bei den beschränkt geschäftsfähigen Personen nicht. Eine geistige Krankheit, die nicht die Weihe der Entmündigung oder der Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft erhalten hat, wird also sehr radikal behandelt: entweder macht sie völlig geschäftsunfähig (104 Nr. 2), oder sie läßt die Geschäftsunfähigkeit völlig unangetastet (114); der Mittelweg, daß sie die Geschäftsfähigkeit lediglich schmälerte, wird nie betreten. Die Folge ist z. B., daß ein Kretin, der mit 30 Jahren durch sorgfältige Pflege allmählich auf die geistige Höhe eines zehnjährigen Kindes gehoben ist, nach kindischem Ermessen frei eine Ehe eingehen kann, wenn man so unvorsichtig war, ihn nicht zu entmündigen.

2. Die Rechtsgeschäfte, die eine beschränkt geschäftsfähige Person tatsächlich vornimmt, werden nicht, wie die Rechtsgeschäfte der geschäftsunfähigen, der bewußtlosen und der von einer vorübergehenden Geistesflörung befallenen Personen, von einer einzigen einheitlichen Regel beherrscht. Vielmehr sind für sie die maßgebenden Regeln grundsätzlich verschieden, je nachdem es sich um rein gewinnbringende (lukrative) oder um lästige (onerose) Rechtsgeschäfte handelt und je nachdem die lästigen Rechtsgeschäfte Verträge oder einseitige Rechtsgeschäfte sind: hieraus allein folgt schon, daß wir es bei den Rechtsgeschäften der beschränkt geschäftsfähigen Personen mindestens mit drei Hauptregeln, einer ersten für die rein gewinnbringenden Rechtsgeschäfte (a), einer zweiten für die lästigen Verträge (b), einer dritten für die lästigen einseitigen Rechtsgeschäfte (c), zu tun haben werden. Dazu kommt dann eine vierte Hauptregel, die solchen Personen gilt, die zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts oder zum Eintritt in ein Arbeitsverhältnis ermächtigt sind (d). Schließlich gibt es noch für eine Reihe von besondern Rechtsgeschäften eine kaum übersehbare Menge von Spezialregeln (e).

a) Die erste Hauptregel lautet: ein rein gewinnbringendes Rechtsgeschäft kann eine beschränkt geschäftsfähige Person für sich allein, auch ohne Zustimmung ihres Gewalthabers und sogar gegen dessen Widerspruch, gültig vornehmen (107). Rein gewinnbringend ist aber ein Geschäft nur, wenn es seinem Urheber wirklich nichts als rechtsgeschäftlichen Vorteil bringt; dagegen gilt das Geschäft sofort als lästig, wenn mit dem Vorteil irgend ein rechtsgeschäftlicher Nachteil verbunden ist, mag er auch durch den Vorteil augenscheinlich weit überwogen werden.

Beispiele. I. 1. Der achtjährige A. überrascht seinen Vater mit der Mitteilung, daß sein Onkel B. ihm soeben vor dem Notar C. sein großes Miethaus in der Triumphgasse geschenkt und daß er, A., die Schenkung angenommen habe. Hier ist die Schenkung, auch wenn Vater A. außer sich über sie ist, ja sogar, wenn er sie sich im voraus wiederholt verbeten hatte, als B. sie ihm ankündigte, vollgültig. Denn sie ist ja „rein gewinnbringend“. Freilich bringt sie in Wahrheit beiden A.s, dem Vater wie dem Sohn, auch erhebliche Lasten durch die Sorge um die Grundsteuern, um die Mieter im Hause, um die Straßenreinigung, und gerade deshalb hat Vater A. vielleicht nichts von ihr wissen wollen. Diese Lasten kommen hier aber nicht in Betracht; denn daß sie nun auf A. jun. übergehen, ist nicht eine „rechtsgeschäftliche“ Folge der Schenkung. 2. Aus demselben Grunde ist es auch gültig, wenn der kleine A. sich von einem Nachbarn einen bissigen Köter schenken läßt, obschon er dadurch die Haftung für die Missetaten des Köters übernimmt (833). II. Gültig ist es ferner, wenn der kleine A. einen seiner Schuldner gegen seines Vaters Willen mahnt, nicht aber auch, wenn er ihm kündigt. Denn die Mahnung bringt rechtlich nur Vorteil, die Kündigung bringt rechtlich auch Nachteil. III. Ungültig ist es, wenn der kleine A. eine ihm angefallene Millionenerbschaft gegen seines Vaters Willen annimmt. Denn damit übernimmt er auch die Erbschaftslasten, und daß diese viel geringer sind als die Erbschaftsaktiva, macht nichts aus. Höchstens kann man bezweifeln, ob die Übernahme der Erbschaftslasten eine „rechtsgeschäftliche“ Folge der Erbschaftsannahme ist; wollte man diese Frage verneinen, so müßte man dem A. auch die Fähigkeit zusprechen, eine überschuldete Erbschaft anzunehmen. IV. Unzulässig ist es, wenn der kleine A. gegen seines Vaters Willen seine Schulden bezahlt oder seine Forderungen einzieht. Freilich erzielt er in beiden Fällen rechtsgeschäftlichen Gewinn: dort wird er von seinen Schulden frei, hier bekommt er Geld. Daneben erleidet er aber in beiden Fällen auch rechtsgeschäftliche Nachteile: dort büßt er sein Geld, hier büßt er seine Forderungen ein.

b) Die zweite Hauptregel lautet: einen lästigen Vertrag kann eine beschränkt geschäftsfähige Person nur mit Zustimmung des Gewalthabers, dessen Pflege sie unterstellt ist,⁴ gültig abschließen, ohne Rücksicht darauf, ob die Gegenpartei gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß sie es mit einer beschränkt geschäftsfähigen Person zu tun hatte;⁵ die Zustimmung kann entweder im voraus oder nachträglich erklärt werden (107, 108 I): ersterenfalls heißt sie „Einwilligung“, letzterenfalls „Genehmigung“ (183, 184).

α) Hat ein lästiger Vertrag, den eine beschränkt geschäftsfähige Person abgeschlossen hat, im voraus die Zustimmung des Gewalthabers erhalten, unter dessen Pflege jene Person steht, so ist er von Anfang an gültig, gerade so, wie wenn er von einer unbeschränkt geschäftsfähigen Person abgeschlossen wäre. Dagegen macht der Vertrag, wenn er einer solchen vorausgehenden Zustimmung darbt, einen Schwebezustand durch, ähnlich einem anfechtbaren, aber noch nicht angefochtenen Vertrage; nur ist seine Entwicklung der des letzteren Vertrages gerade entgegengesetzt; dieser ist anfangs gültig und wird erst nachträglich mit rückwirkender Kraft nichtig, wenn er angefochten wird (142 I); jener ist anfangs nichtig und wird erst nachträglich mit rückwirkender Kraft gültig, wenn der Gewalthaber ihn genehmigt (108 I, 184 I). Selbstverständlich ist übrigens, daß der Vertrag, auch solange er nichtig ist, und sogar dann, wenn er die Genehmigung des Gewalthabers niemals erhält und

4) Siehe oben § 28 II, 2 a, § 29 I, 1 b, 2 b.

5) Siehe aber unten bei ε.

also dauernd nichtig bleibt, zwar keine rechtsgeschäftlichen, wohl aber nicht-rechtsgeschäftliche Wirkungen haben kann; in dieser Beziehung steht er einem von einer geschäftsunfähigen Person abgeschlossenen Verträge durchaus gleich.⁶

β) Die Zustimmung des Gewalthabers zu einem lästigen Verträge, den sein beschränkt geschäftsfähiger Pflegebefohlener abgeschlossen hat, ist, mag sie im voraus oder nachträglich erteilt werden, ein einseitiges Hilfsrechtsgeschäft, das dem von dem Pflegebefohlenen selbst abgeschlossenen Verträge als dem Hauptgeschäft unterstützend zur Seite tritt. Der Gewalthaber kann also, wenn er sich im Interesse seines beschränkt geschäftsfähigen Pflegebefohlenen für den Abschluß eines lästigen Vertrages entschieden hat, den eigentlichen Vertragsschluß dem Pflegebefohlenen überlassen: er braucht nicht, wie der Gewalthaber eines Geschäftsunfähigen, als Vertreter seines Pflegebefohlenen an dessen Stelle zu handeln, sondern es genügt, wenn er als bloßer Beistand des Pflegebefohlenen neben ihm tätig wird.

γ) Ob der Gewalthaber einer beschränkt geschäftsfähigen Person den lästigen Verträgen seines Pflegebefohlenen zustimmt oder seine Zustimmung verweigert, steht in seinem Belieben; ja er kann sogar so lange, als der Vertrag, dem die Zustimmung gilt, noch nicht abgeschlossen ist, die bereits erteilte Zustimmung und ebenso ihre Verweigerung beliebig widerrufen (183); erst wenn der Vertragsschluß erfolgt ist, sind beide Erklärungen unwiderruflich. Beide Erklärungen bedürfen einer Form nicht, selbst wenn der Vertrag, dem die Zustimmung gilt, selber formbedürftig ist (182 II), und können sowohl gegenüber der Gegenpartei wie — freilich mit einer alsbald zu besprechenden wichtigen Ausnahme⁷ — auch gegenüber dem Pflegebefohlenen abgegeben werden (182 I). Das nämliche gilt für den Widerruf dieser Erklärungen; doch ist wohl anzunehmen, daß der Gewalthaber, der eine gegenüber der Gegenpartei erklärte Zustimmung gegenüber seinem Pflegebefohlenen widerruft, hiervon der Gegenpartei Anzeige machen muß (s. 170). Daß die Zustimmung immer nur auf einzelne konkrete Rechtsgeschäfte gerichtet werden dürfte, ist nicht vorgeschrieben; sie kann vielmehr auch generell ganze Gattungen von Geschäften umfassen; doch ist das sehr bestritten.⁸

δ) Ein fester Termin, bis zu dem ein Gewalthaber einem lästigen Verträge seines Pflegebefohlenen, dem er nicht im voraus zugestimmt hat, seine nachträgliche Zustimmung spätestens erteilen müßte, ist gesetzlich nicht bestimmt; es ist also denkbar, daß er die Zustimmung gültig noch nach Jahren erteilt. Doch kann die Gegenpartei ihn jederzeit zu einer Erklärung über seine nachträgliche Zustimmung auffordern. Eine solche Aufforderung hat eine doppelte Wirkung: erstens wird jede Erklärung über die Zustimmung, die der Gewalthaber etwa in der Zwischenzeit zwischen dem Abschluß des Vertrages und dem

6) Siehe oben § 55 I, 2 a. 7) Siehe unten zu δ.

8) Dafür z. B. Dernb., RR. I 120 Nr. 4. Dagegen z. B. v. Blume, Jahrb. f. Dogm. 48 S. 417. Siehe auch unten bei Ann. 13.

Empfang der Aufforderung seinem Pflegebefohlenen gegenüber abgegeben hat, unwirksam, und auch in der Folgezeit kann eine solche Erklärung nicht mehr gültig gegenüber dem Pflegebefohlenen, sondern nur noch gegenüber der Gegenpartei abgegeben werden; zweitens wird angenommen, daß der Gewalthaber, wenn er nicht binnen zwei Wochen nach Empfang der Aufforderung seine Zustimmung positiv erklärt, die Zustimmung verweigere (108 II).

e) In der Schwebezeit, während deren der Gewalthaber einer beschränkt geschäftsfähigen Person einen lästigen Vertrag, den sein Pflegebefohlener ohne seine vorausgehende Zustimmung abgeschlossen hat, durch seine nachträgliche Zustimmung gültig zu machen vermag, steht nicht nur er selber, sondern auch die Gegenpartei dem Vertrage frei gegenüber. Denn das Gesetz gibt ihr das Recht, während dieser Schwebezeit den Vertrag beliebig zu widerrufen (109 I). Doch soll eine Ausnahme gelten, wenn die Gegenpartei beim Abschluß des Vertrages nachweislich gewußt hat, daß sie es mit einer beschränkt geschäftsfähigen Person zu tun hatte (109 II); in diesem Fall hat sie nämlich das Widerrufsrecht nur unter der Voraussetzung, daß die beschränkt geschäftsfähige Person wahrheitswidrig behauptet hat, der Gewalthaber habe im voraus seine Zustimmung zu dem Vertrage gegeben, und daß sie selber die Unrichtigkeit dieser Behauptung beim Vertragsschluß nicht gekannt hat; ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so ist die Gegenpartei während der Schwebezeit an den Vertrag einseitig gebunden, und nur der Gewalthaber der beschränkt geschäftsfähigen Person, nicht diese selbst kann sie aus jener einseitigen Gebundenheit entlassen; der Vertrag „hinkt“ also (*negotium claudicans!*), indem er nur die eine Vertragspartei verpflichtet, die andre aber frei läßt.

ζ) Solange der Gewalthaber einer beschränkt geschäftsfähigen Person die lästigen Verträge, die sein Pflegebefohlener ohne seine vorausgehende Zustimmung abgeschlossen hat, durch seine nachträgliche Zustimmung gültig machen kann, solange kann auch der Pflegebefohlene selber diese Verträge vor der Nichtigkeit retten, nämlich einfach dadurch, daß er die ihm auf Grund des Vertrages obliegende Leistung tatsächlich bewirkt, sei es gleich bei Abschluß des Vertrages, sei es nachträglich. Doch ist dabei vorausgesetzt, daß dem Pflegebefohlenen die Mittel für jene Leistung gerade zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von seinem Gewalthaber oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind (110).

η) Bei gewissen Arten von lästigen Verträgen einer beschränkt geschäftsfähigen Person bedarf die Zustimmung des Gewalthabers, mag sie im voraus oder nachträglich erteilt werden, zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung eines dem Gewalthaber zur Seite gestellten Gegenvormundes oder Beistandes oder gar des Vormundschaftsgerichts. Welche Verträge dies sind, wird erst im Familienrecht mitzuteilen sein;⁹⁾ hier genüge die Bemerkung, daß die Genehmigung

9) Siehe unten §§ 318, 340.

des Vormundschaftsgerichts u. a. für den Verkauf und die Übereignung von Grundstücken, für die Aufnahme von Darlehen und für die Übernahme von Bürgschaften erforderlich ist (1821 Nr. 1, 3, 1822 Nr. 8, 10, 1643 I). Für die Genehmigung von Gegenvormund, Beistand und Vormundschaftsgericht gelten im allgemeinen analoge Vorschriften wie für die vom Gewalthaber selbst zu erteilende Zustimmung; eine Besonderheit ist, daß sie weder dem Pflegebefohlenen noch der Gegenpartei gegenüber, sondern einzig und allein gegenüber dem Gewalthaber erklärt werden kann (1828, 1832, 1690 I, 1643 III).¹⁰

9) Wird eine beschränkt geschäftsfähige Person unbeschränkt geschäftsfähig, so bleiben die lästigen Verträge, die sie in den Zeiten ihrer beschränkten Geschäftsfähigkeit ohne Zustimmung ihres Gewalthabers abgeschlossen hat, nach wie vor nichtig: davon, daß sie nunmehr von selbst gültig würden, ist also keine Rede! Wohl aber ist es möglich, daß die Nichtigkeit der Verträge noch jetzt durch eine nachträgliche Zustimmung geheilt wird. Für diese Zustimmung gelten die bisher entwickelten Regeln mit der Maßgabe, daß sie selbstverständlich von der vormalig beschränkt geschäftsfähigen Person selber und nicht mehr von ihrem Gewalthaber erteilt wird (108 III), daß sie der Genehmigung von Gegenvormund, Beistand oder Vormundschaftsgericht nicht bedarf (1829 III) und daß sie einzig und allein gegenüber der Gegenpartei zu erklären ist.

Beispiele. I. Der zwanzigjährige Hausdiener A. hat durch arglistige Täuschung den B. bestimmt, ihm ein Fahrrad, das er angeblich für seinen Dienst brauchte, zu schenken, hat es aber sofort ohne Wissen seines Vormundes C. dem mit dem Sachverhalt bekannten, also schlichtgläubigen D. verkauft und übereignet. Hier macht sowohl die Schenkung des Fahrrades von B. an A. wie der Verkauf des Fahrrades von A. an D. einen Schwebezustand durch, der erst endigt, wenn B. das erste Geschäft ansieht (123) und C. dem zweiten Geschäft nachträglich zustimmt (108 I). 1. Erster Fall: weder sieht B. an noch stimmt C. zu. Hier ist das erste Geschäft gültig, das zweite nichtig. Folge: das Rad gehört dem A. 2. Zweiter Fall: sowohl B. sieht an wie C. stimmt zu. Hier ist das erste Geschäft nichtig, das zweite gültig. Folge: das Rad gehört dem B. 3. Dritter Fall: B. sieht an, C. stimmt nicht zu. Hier sind beide Geschäfte nichtig. Folge: das Rad gehört, wie im zweiten Fall, dem A. 4. Vierter Fall: B. sieht nicht an, C. stimmt zu. Hier sind beide Geschäfte gültig. Folge: das Rad gehört dem D. II. 1. Der neunjährige E. erscheint eines Tages mit dem neunzigjährigen, geisteschwachen, aber nicht entmündigten F. auf dem Grundbuchamt, um ein ihm gehöriges Grundstück diesem aufzulassen und überreicht zu seiner Legitimation zwei öffentliche Urkunden, eine, in der sein Vormund der Auflassung zustimmt, eine andre, in der das Vormundschaftsgericht die Auflassung genehmigt. Hier muß das Grundbuchamt die Auflassung des Kindes an den Greis entgegennehmen und das Grundstück auf des letzteren Namen umschreiben: denn das Kind ist zwar bloß beschränkt geschäftsfähig, hat jedoch diesen Mangel durch die beiden von ihm überreichten Schriftstücke völlig ausgeglichen; der Greis aber ist, weil nur geisteschwach und nicht eigentlich geisteskrank, sogar unbeschränkt geschäftsfähig. 2. Wäre D. erst 6 Jahre alt und E. wegen seiner Geisteschwäche entmündigt, so müßte sich der Vormund auf das Grundbuchamt in Person bemühen oder wenigstens einen mehr als siebenjährigen Vertreter dorthin schicken (s. 165); dagegen wäre E., da es sich für ihn lediglich um einen rechtsgeschäftlichen Gewinn handelt, zur Entgegennahme der Auflassung wie zu 1 selbständig auch ohne Vormund befugt. III. 1. G. hat seinem reichen Mündel H., der mit achtzehn Jahren die Universität Marburg bezieht und dort vier Semester bleiben soll, mündlich erlaubt, sich dort eine dem G. bekannte

10) RG. 59 S. 279.

Villa für einen Jahresmietzins von 3000 Mk. auf zwei Jahre zu mieten und sich das erforderliche Mobilien bis zum Betrage von 8000 Mk. anzuschaffen. Diese Erlaubnis ist eine gültige Zustimmung zu den in ihren Rahmen fallenden lästigen Verträgen S. S., obgleich sie, was die Möbel angeht, sehr allgemein gefaßt ist und obgleich für einen zweijährigen Mietvertrag das Gesetz die Schriftform vorschreibt (566). 2. Derselbe Fall; S. hat bereits die Villa gemietet und auch einige Möbel angeschafft; da kommen dem G. Bedenken, ob er mit seiner Ermächtigung an S. nicht zu weit gegangen sei; er widerruft deshalb telegraphisch seine Erlaubnis; S. kehrt sich aber nicht daran, sondern setzt seine Möbelanschaffungen fort: u. a. kauft er für 2000 Mk. ein Buffet; als G. dies hört, verbietet er dem S. telegraphisch jeden weiteren Möbelkauf und widerspricht speziell der Anschaffung des Buffets. Hier ist zu unterscheiden: a) Die Mietung der Villa und die Möbelkäufe, die S. bereits vor Eingang des ersten Telegramms abgeschlossen, bleiben gültig. b) Die später abgeschlossenen Möbelkäufe sind nichtig, können aber dadurch gültig gemacht werden, daß G. sie nachträglich genehmigt; nur bei der Anschaffung des Buffets ist eine nachträgliche Genehmigung ausgeschlossen: denn S. hat ihr ja bereits widersprochen und kann diesen Widerspruch nicht zurücknehmen. 3. Derselbe Fall wie zu 2; nur hat G. dem Marburger Möbelhändler J. geschrieben, daß er dem S. die selbständige Anschaffung von Möbeln gestattet habe. Hier sind die Möbelkäufe, die S. gerade mit J. abgeschlossen hat, auch dann gültig, wenn der Abschluß erst nach Eingang der beiden Telegramme erfolgt ist. Denn G. hätte die Zurücknahme jener Erlaubnis nicht bloß gegenüber S. erklären, sondern auch dem J. anzeigen sollen. 4. Derselbe Fall wie zu 2; nur hat G. dem S. ein Taschengeld von 1000 Mk. mitgegeben; S. hat die noch nach Eingang des zweiten Telegramms gekauften Möbel mit diesem Gelde bar bezahlt und auch auf das zwischen dem Eingang des ersten und zweiten Telegramms angeschaffte Buffet eine Anzahlung von 100 Mk. geleistet; alle andern Möbel sind unbezahlt. Hier sind nicht bloß die vor Eingang des ersten, sondern auch die seit Eingang des zweiten Telegramms abgeschlossenen Möbelkäufe gültig. Dagegen sind die übrigen Möbelkäufe ungültig; insbesondere gilt dies auch für die Anschaffung des Buffets: denn dessen Nichtigkeit kann wohl durch Vollzahlung des Kaufpreises, nicht aber durch eine bloße Anzahlung geheilt werden. 5. Derselbe Fall wie zu 4. Nur hatte G. nach den schlechten Erfahrungen, die er mit S. gemacht, diesen auf einen Wechsel von 600 Mk. monatlich gesetzt und ihm genau vorgeschrieben, wie er die 600 Mk. zu verwenden habe; unter andern hatte er bestimmt, daß S. sein Mittagessen im „Ritter“ einnehmen solle; S. speist aber nicht im „Ritter“, sondern bei „Pfeifer“. Hier sind S. S. Verträge mit Pfeifer ungültig, auch wenn er bar zahlt: denn sein Wechsel war ihm nicht zur Bezahlung Pfeifers überlassen. 6. Derselbe Fall wie zu 1; nur hat G. dem S. erlaubt, die oben erwähnte Villa, die gerade sehr preiswert zu haben war, käuflich zu erwerben, und S. hat dies auch getan. Hier ist der Kauf ungültig, weil G. die Zustimmung zum Ankauf der Villa nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilen konnte (1821 Nr. 4). Und diese Ungültigkeit kann auch dadurch nicht geheilt werden, daß S. den bedungenen Kaufpreis für die Villa mit Mitteln bar bezahlt, die G. oder mit G. S. Zustimmung ein Onkel des S. ihm für diesen Zweck zur Verfügung gestellt hatte.¹² IV. 1. Der zwanzigjährige K. hat von L. ein Pferd für 1800 Mk. gekauft und übergeben erhalten; die Bezahlung des Kaufgeldes soll in sechs Wochen stattfinden; daß K. minderjährig war, hat L. gewußt; er hat aber als selbstverständlich angenommen, daß M., der Vormund K. S., mit dem Kauf einverstanden sei; erst einige Tage darauf hört er zu seinem Schrecken, daß K. häufig gegen das Verbot des M. Rechtsgeschäfte abgeschlossen und M. diese Geschäfte nicht genehmigt habe; die Unsicherheit, in die er dadurch gerät, ist ihm um so peinlicher, weil inzwischen M. ihm ein Angebot von 2000 Mk. auf das nämliche Pferd gemacht hat; er fordert deshalb den M. auf, sich schleunigst darüber zu erklären, ob er dem Kauf seines Mündels zustimme. Ist ihm hierdurch geholfen? Um diese Frage zu entscheiden, erwäge man folgendes: a) Zunächst ist mit der Aufforderung gar nichts erreicht, wenn M. dem Kauf seines Mündels im voraus zugestimmt hatte; denn alsdann braucht er dem L. überhaupt nicht zu antworten. Gesetzt also, daß M. einen vollen Monat nicht antwortet, ist L. immer noch nicht klüger als vorher: auch jetzt weiß er nicht, ob sein Verkauf an K. gültig ist oder ob er freie Hand hat, das Angebot K. S. anzunehmen! Denn er hat zwar den Verdacht-

daß M. in den Kauf nicht im voraus eingewilligt hat; möglich ist es aber auch, daß dieser Verdacht unbegründet ist und der Kauf K. S. zu Recht besteht. b) Aber auch dann, wenn L. feststellen kann, daß M. in den Kauf nicht im voraus eingewilligt hat, ist L. S. Lage immer noch unangenehm genug. Denn er muß auf die nachträgliche Zustimmung M. S. volle 14 Tage warten, und es ist mehr als fraglich, ob auch M. die Neigung haben wird, sein Gebot auf das Pferd so lange aufrecht zu halten. Ja es kann sogar sein, daß L. durch seine Aufforderung geradezu geschädigt wird. Denn vielleicht hat M. in der Zwischenzeit seinem Mündel erklärt, daß er den Kauf nachträglich genehmige. Diese Genehmigung wird nun durch die Aufforderung L. S. wirkungslos! Es ginge also dem L. sowohl das Gebot des K. wie das des M. verloren. 2. Weit besser ist die Rechtslage L. S., wenn er beim Abschluß des Kaufs den K. für volljährig gehalten oder wenn K. ihm damals positiv versichert hat, M. sei mit dem Kauf einverstanden. Hier kann nämlich L., wenn M. in Wirklichkeit seine Einwilligung in den Kauf nicht im voraus gegeben und wenn er auch seitdem nicht nachträglich zugestimmt hat, den Kauf sofort widerrufen und das Gebot des M. annehmen. Indes woher soll M. wissen, ob dem doppelten „wenn“, von dem sein Kündigungsrecht abhängt, genügt ist? Und solange er das nicht weiß, weiß er auch nicht, ob er den Verkauf an K. widerrufen, ob er den Verkauf an M. vornehmen darf. Unter allen Umständen ist es aber zweckmäßig, wenn er, ehe er den Verkauf an K. widerruft, den M. zunächst auffordert, sich über seine Zustimmung zu dem Kauf K. S. zu äußern; denn L. verliert dadurch keine Zeit, weil er ja nicht erst abzuwarten braucht, was M. auf die Aufforderung antworten wird, sondern, so seltsam das klingt, der Aufforderung den Widerruf auf dem Fuß folgen lassen kann; und er hat von der Aufforderung den großen Vorteil, daß er durch sie eine etwaige Zustimmung zu dem Kauf K. S., die M. in der Zwischenzeit zwischen dem Kaufabschluß des K. und dem Empfang der Aufforderung des L. vielleicht gegenüber seinem Mündel erklärt hat, entkräftet. 3. In beiden Fällen kann L. so lange, als M. nicht zugestimmt hat, verlangen, daß K. ihm das Pferd einstweilen wiedergibt; denn K. hat kein Recht darauf, während sein Kauf noch in der Schwebe ist, im Besitz des Pferdes zu sein. V. 1. a) C. verkauft seinem Bruder P., der wegen Verschwendung entmündigt ist, aber sich zweifellos gebessert hat, zwei Tage, bevor die Entmündigung aufgehoben wird, am 5. Mai 07, gewisse Aktien, die für C. bei dem Bankier D. lagern, und übereignet sie ihm durch Abtretung seines Herausgabeanspruches gegen D. (931); am 5. Dezember 07 erinnert er den P. an die Bezahlung des Kaufpreises und gibt ihm zugleich den Rat, die Aktien schnelligst zu verkaufen, da ihnen ein starker Kurssturz drohe; möglich sei es freilich auch, daß bei einer schnellen Änderung der Konjunktur der Kurs umgekehrt eine erhebliche Steigerung erfahren werde; darauf schreibt P., daß er beim Kauf der Aktien noch entmündigt gewesen sein und sich alle weitere Schritte vorbehalten müsse. Hier ist P., obgleich seit dem Kauf der Aktien mehr als ein halbes Jahr verfloßen und obgleich er bereits mehr als ein halbes Jahr wieder mündig ist, im Recht. Das will belegen: P. kann in aller Ruhe auf Kosten des C. spekulieren¹¹; steigen die Aktien, so genehmigt er den Kauf nachträglich, fallen sie, so verweigert er die Genehmigung; und zwar hat er zu dieser risikoreichen Spekulation 14 Tage Zeit, gerechnet von dem Tage ab, an dem C. ihn aufforderte, sich über seine nachträgliche Genehmigung zu äußern. b) Derselbe Fall; nur hat P. die fraglichen Aktien im Juli 07 von C. abgeholt und hat die im Oktober fällig gewordene Dividende der Aktien eingelöst, also den Aktienkauf zweifellos nach erreichter Mündigkeit bestätigt. Hier ist die Entscheidung keine andre als zu 1.; denn diese Bestätigung ist nicht gegenüber C. erklärt, geht ihn also nichts an. 2. Der nämliche P. hat am 15. April 07 ohne Zustimmung seines Vormundes N. von S. ein Haus gekauft; als S. hört, daß P. entmündigt ist, fordert er den N. am 5. Mai 07 auf, sich über seine Zustimmung zu dem Kauf zu erklären. Hier kann die Ungültigkeit des Kaufs dadurch geheilt werden, daß N. mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem Kauf bis zum 7. oder P. selber ohne gerichtliche Genehmigung ihm in der Zeit vom 7. bis zum 19. Mai zustimmt.

Die Zustimmung zu einem lästigen Vertrage einer beschränkt geschäftsfähigen Person kann von deren Gewalthaber auch unter einer Bedingung erteilt werden, vorausgesetzt, daß der

11) Siehe oben S. 171 zu 2.

Vertragschluß selbst unter einer Bedingung erfolgen kann; Beispiel: ein entmündigter Trinker verkauft ein Kalb; sein Vormund stimmt unter der Bedingung zu, daß N. den Erlös sofort auf die Sparkasse bringt. Ebenso gut kann die Zustimmung, solange sie überhaupt verweigert oder widerrufen werden kann, auch unter einer Bedingung verweigert oder widerrufen werden. Nur wenn die Gegenpartei den Gewalthaber aufgefordert hat, sich über seine nachträgliche Zustimmung zu dem Vertrage zu äußern, ist für derartige bedingte Erklärungen kein Raum mehr: fortan gilt nur, was unbedingt und ohne Vorbehalt erklärt ist.¹²

Oben¹³ haben wir uns der durch keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung sanktionierten und deshalb sehr umstrittenen Meinung angeschlossen, daß der Gewalthaber einer beschränkt geschäftsfähigen Person deren lästigen Verträgen im voraus generell zustimmen kann: ist diese Meinung richtig, so ist weiter anzunehmen, daß der Gewalthaber seine generelle Zustimmung auch stillschweigend erteilen kann; damit wird, so folgern wir, ein minderjähriger Student oder Offizier, der an einem andern Ort als dem des elterlichen Wohnsitzes studiert oder garnisoniert, von seinem Gewalthaber stillschweigend ermächtigt sein, alle lästigen Verträge abzuschließen, die das Universitätsstudium oder der Garnisondienst gewöhnlich mit sich bringt, es sei denn, daß sie die Genehmigung des Gegenvormunds, Beistandes oder Vormundschaftsgerichts erfordert oder daß der Gewalthaber das Gegenteil deutlich bestimmt hat. Andererseits haben wir, dem Gesetzeswortlaut folgend, festgestellt, daß lästige Verträge, die eine beschränkt geschäftsfähige Person ohne Zustimmung ihres Gewalthabers abschließt, gültig sind, wenn jene Person sie mit Mitteln erfüllt, die ihr vom Gewalthaber zur freien Verfügung überlassen sind.¹⁴ Nun stehen sich diese beiden Regeln, von denen wir die erste die Generalkonjensregel, die andre die Taschengeldregel nennen wollen, offenbar sehr nahe. Man könnte deshalb daran denken, daß eine jede die andre überflüssig mache. Daß dem nicht so ist, sei durch folgende Beispiele belegt. I. 1. Der minderjährige N. aus Husum ist mit Zustimmung seines Vormundes B. bei den ersten Mannen in Militisch eingetreten und nimmt als Leutnant Tag für Tag das übliche Mittagessen im Kasino ein. a) Hier ist nach der Generalkonjensregel nicht zu bezweifeln, daß die Bestellung des Essens durch N. gültig ist; denn B. hat den N., indem er ihn nach Militisch schickte, stillschweigend generell ermächtigt, seine Mahlzeiten im dortigen Kasino einzunehmen. b) Verwirft man dagegen die Generalkonjensregel, so muß man nach der Taschengeldregel annehmen, daß die Bestellung des Essens zunächst ungültig ist und erst nachträglich Tag für Tag dadurch Gültigkeit erlangt, daß N. am Ende seiner Mahlzeit anlangt und nunmehr ohne Rechtszwang, aus freien Stücken, Zahlung zu leisten so anständig ist. Oder sollen wir dem N. zumuten, daß er sein Essen schon bei der Bestellung im voraus bezahlt? 2. Derselbe N. mietet sich von C. eine Wohnung gegen einen seiner „Zulage“ entsprechenden monatlichen Mietzins von 50 Mk. mit der Klausel, daß die Miete stets auf einen weiteren Monat verlängert wird, wenn nicht eine Partei kündigt; C. weiß nicht, daß N. minderjährig ist. a) Daß dieser Vertrag gültig ist, ist nach der Generalkonjensregel zweifellos. b) Ebenso zweifellos ist, daß er, falls man die Generalkonjensregel verwirft und lediglich die Taschengeldregel anwendet, nicht früher gültig werden kann, als bis B. seinen Spezialkonsens dazu erteilt oder N. den Mietzins bar bezahlt; N. wird also, falls der Spezialkonsens der Eile wegen nicht beschafft werden kann, gut daran tun, den Mietzins pränumerando zu bezahlen, und zwar nicht erst, wenn er die Wohnung bezieht, sondern schon, wenn er sie mietet; denn andernfalls riskiert er, daß C., sobald er N.s Minderjährigkeit erfährt, den Mietvertrag plötzlich widerruft (109). Auch muß er den Mietzins gleich für längere Zeit im voraus entrichten. Denn wenn er nur einen Monatszins zahlt, deckt er damit die Ungültigkeit seines Vertrages höchstens für einen Monat. II. In dem oben S. 186 genannten Beispiel III, 4 ist erwähnt, daß gewisse Möbelanschaffungen, die der Minderjährige S. gegen das ausdrückliche Verbot seines Vormundes G. vorgenommen hat, nach der Taschengeldregel gültig sind, wenn G. die Möbel mit seinem Taschengelde bar bezahlt. Hätten wir nicht die Taschengeld-, sondern nur die Generalkonjensregel, so wären

12) Das Gesetz schweigt.

13) Siehe oben bei Anm. 8.

14) Siehe oben bei 5.

jene Möbelanschaffungen des G. trotz der Barzahlung ungültig; denn G. hat ihnen nicht zugestimmt.

Für den Fall, daß die Entmündigung wegen Geisteschwäche, Verschwendung oder Trunksucht auf Grund einer Anfechtungsklage aufgehoben wird, gilt dieselbe Vorschrift wie für den entsprechenden Fall bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit.¹⁵ Eine ähnliche Regel gilt bei der Beendigung einer vorläufigen Vormundschaft (115 II).

c) Die dritte Hauptregel lautet: ein lästiges einseitiges Rechtsgeschäft kann eine beschränkt geschäftsfähige Person nur mit Zustimmung ihres Gewalthabers gültig vornehmen, ohne Rücksicht darauf, ob die Gegenpartei gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß sie es mit einer beschränkt geschäftsfähigen Person zu tun hatte; die Zustimmung kann nur im voraus erklärt werden, ist also immer „Einwilligung“, nie „Genehmigung“ (111).

α) Für die Zustimmung des Gewalthabers zu einem einseitigen lästigen Rechtsgeschäft seines Pflegebefohlenen gelten im allgemeinen dieselben Regeln wie für die Zustimmung, die er den lästigen Verträgen seines Pflegebefohlenen im voraus erteilt, während alle Regeln, die nur für seine nachträgliche Zustimmung zu diesen Verträgen gelten, selbstverständlich unanwendbar sind.

β) Doch gilt eine wichtige Besonderheit: seine Zustimmung bedarf insofern einer Form, als sie, wenn das Hauptgeschäft empfangsbedürftig ist, entweder von dem Pflegebefohlenen vor oder bei Vornahme des Rechtsgeschäfts der Gegenpartei in schriftlicher Form vorgelegt oder vor Vornahme des Rechtsgeschäfts von dem Gewalthaber selbst der Gegenpartei angezeigt werden muß (111) ingleichen muß, wenn die Zustimmung des Gewalthabers eine Genehmigung von Gegenvormund, Beistand oder Vormundschaftsgericht bedarf, diese Genehmigung der Gegenpartei spätestens bei Vornahme des Rechtsgeschäfts in schriftlicher Form vorgelegt werden (§. 1831, 1832, 1690 I, 1643 III). Indes hat die Verletzung dieser Formvorschriften die Nichtigkeit der Zustimmung und damit auch des Hauptgeschäfts nur zur Folge, wenn die Gegenpartei das Hauptgeschäft wegen des Formverstoszes unverzüglich zurückweist (§. die obigen Gesetzesstellen).

Beispiele. I. Der geistesschwache A. ist von B. durch arglistige Täuschung bestimmt, ihm am 1. Okt. 07 ein Haus zu verkaufen; am 5. Okt. entdeckt A. den Betrug, ist aber zu indolent, um etwas gegen B. zu unternehmen; erst am 2. Okt. 08, als B. auf Erfüllung des Kaufvertrages drängt, erklärt ihm A., daß er den Kauf anfechte; inzwischen ist nun A. wegen seiner Geisteschwäche am 30. Sept. 08 entmündigt worden, und C. ist ihm zum Vormunde bestellt. Hier ist die Anfechtung A.'s ungültig und bleibt es auch dann, wenn C. ihr noch vor dem Ende der Anfechtungsfrist nachträglich zustimmt. Dem A. kann also nur geholfen werden, wenn er mit Zustimmung C.'s oder wenn C. für sich allein die Anfechtung bis zum 5. Okt. 08 wiederholt; in ersterem Fall muß aber A. so vorsichtig sein, sich die Zustimmung C.'s schriftlich geben zu lassen; denn sonst kann A. die Anfechtung als ungültig zurückweisen. II. Derselbe Fall; nur hat A. das Haus dem B. nicht verkauft, sondern geschenkt. Hier kann die Anfechtung auch nach der Entmündigung durch A. allein erfolgen, weil sie für ihn rein gewinnbringend ist.

15) Siehe oben S. 178 erster Absatz.

d) Die vierte Hauptregel lautet: eine beschränkt geschäftsfähige Person, die ermächtigt ist, ein Erwerbsgeschäft selbständig zu betreiben oder in ein Arbeitsverhältnis zu treten, wird in einem gewissen Bereich als unbeschränkt geschäftsfähig behandelt und kann demgemäß innerhalb dieses Bereichs auch lästige Rechtsgeschäfte, Verträge wie einseitige Geschäfte, ohne die Zustimmung ihres Gewalthabers und sogar gegen dessen Widerspruch gültig vornehmen (112, 113).¹⁶

α) Die Ermächtigung muß im voraus erteilt sein. Zuständig ist für die Ermächtigung zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts der Gewalthaber mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, zum Eintritt in ein Arbeitsverhältnis der Gewalthaber für sich allein; ist der Gewalthaber ein Vormund, so kann die Ermächtigung zum Eintritt in ein Arbeitsverhältnis, falls er selbst sie verweigert, auf Antrag durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden (112 I, 113 I, III).

β) Ist die Ermächtigung erteilt, so gilt die beschränkt geschäftsfähige Person als „unbeschränkt geschäftsfähig“:

beim Betriebe eines Erwerbsgeschäfts für alle Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt,

beim Eintritt in ein Arbeitsverhältnis für alle Rechtsgeschäfte, die die Eingehung oder Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen,

jedoch hier wie dort mit Ausnahme solcher Geschäfte, zu denen der Gewalthaber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (112 I, 113 I).

γ) Die Ermächtigung zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts gilt immer nur für einen konkreten Betrieb. Dagegen kann die Ermächtigung zum Eintritt in ein Arbeitsverhältnis auch generell gefaßt sein; ja es spricht sogar die Vermutung dafür, daß die Ermächtigung zum Eintritt in ein konkretes Arbeitsverhältnis die generelle Ermächtigung zum Eintritt in andre Arbeitsverhältnisse der nämlichen Art in sich schließt (113 IV).

δ) Die Ermächtigung zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts kann vom Gewalthaber unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die Ermächtigung zum Eintritt in ein Arbeitsverhältnis kann vom Gewalthaber allein zurückgenommen werden (112 II, 113 II). Letztere Ermächtigung kann vom Gewalthaber auch beliebig eingeschränkt werden (113 II), während erstere Ermächtigung eine Einschränkung nicht gestattet.

Beispiele. I. 1. Die neunzehnjährige A. wird von ihrem Vormunde B. mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ermächtigt, selbständig ein kleines Putzmachergeschäft zu betreiben. Hier kann sie sich ohne Zustimmung des B. einen Laden und Arbeitsräume mieten, Gehilfen anstellen, Arbeitsmaterial kaufen, Arbeitsbestellungen annehmen usw.; denn all das bringt der Geschäftsbetrieb ihrer Putzmacherei mit sich. Ebenso kann sie für geschäftliche Erfindungen, die sie gemacht zu haben glaubt, den Patent- oder Musterchutz

16) Pfäfflin bei Gruchot 48 S. 1.

nachsuchen, sich ein Warenzeichen zulegen, einen „Kunstmaler“ gegen ein extravagantes Honorar mit der Anfertigung von entsprechend extravaganten Reklamebildern betrauen usw.; denn auch all dies, obschon es recht ungewöhnlich sein mag, bringt der Betrieb des Geschäfts der A. mit sich. Ebenfogut kann sie sich endlich ohne Zustimmung des B. ihre Toilette beschaffen, eine Privatwohnung mieten, eine Köchin engagieren, einen Hausarzt annehmen, Theaterbillets kaufen usw.; denn der Geschäftsbetrieb bringt es auch mit sich, daß der Prinzipal sich anzieht, daß er wohnt, daß er ißt, daß er sich gesund erhält, daß er sich erholt. Dagegen kann sie ohne Zustimmung des B. nicht plötzlich in ihrem Geschäft den Großbetrieb einführen, während ihr eine allmähliche Erweiterung des Geschäfts freisteht; denn sie hat nur die Ermächtigung zu einem Kleinbetriebe bekommen, und dieser mag wohl eine allmähliche, nicht aber eine plötzliche Geschäftserweiterung mit sich bringen. Aus dem nämlichen Grunde wird sie auch nicht befugt sein, ohne B.s Zustimmung ihre Putzmacherei in eine Damenschneiderei zu verwandeln. Ebenowenig kann sie sich ohne Zustimmung des B. Geld borgen oder Wechsel akzeptieren; denn dazu wäre bei andern Minderjährigen außer der Zustimmung des Vormundes noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nötig (1822 Nr. 8, 9); die Selbständigkeit der A. erstreckt sich also auf diese Geschäfte nicht. Aus dem nämlichen Grunde kann sie zwar, wie schon erwähnt, für ihren Geschäftsbetrieb ein Haus mieten, aber nicht kaufen; anders, wenn B. nicht ihr Vormund, sondern ihr Vater wäre: denn der Hauskauf für einen Minderjährigen bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nur, wenn der Minderjährige unter Vormundschaft, nicht aber auch, wenn er unter elterlicher Gewalt steht (1821 Nr. 4 verglichen mit 1643 I). 2. Derselbe Fall: nur hat B. mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts der A. verboten, irgendwelches Arbeitsmaterial auf Kredit anzuschaffen und mehr als eine Gehilfin anzustellen. Dies Verbot hat nach außen hin keine Wirkung. Denn die Ermächtigung zum selbständigen Gewerbebetriebe kann von Vormund und Gericht nicht beschränkt werden (113 II verglichen mit 112). 3. Derselbe Fall: eines Tages revidiert B. das Geschäft seines Mündels und stellt fest, daß die von der A. angestellten Arbeiterinnen sich gegen ihre junge Prinzipalin die größten Ungezogenheiten erlauben, ohne daß diese den Mut hat, ihrem Personal zu kündigen; darauf kündigt B. selber; die Arbeiterinnen erklären nun, daß sie eine Kündigung von dem Vormunde der Prinzipalin nicht anzunehmen brauchen. Hier ist B. durchaus im Recht.¹⁷ Denn das Gesetz hat nirgends auch nur angedeutet, daß der Vormund, der seinem Mündel mit gerichtlicher Genehmigung den selbständigen Geschäftsbetrieb erlaubt, damit seine Gewalt zur Vertretung des Mündels innerhalb dieses Betriebes verlöre. Freilich ist bestimmt, daß ein derartiger Mündel in seinem Geschäftsbetriebe als unbeschränkt geschäftsfähig gelten solle. Allein hiermit ist eine konkurrierende Vertretungsgewalt des Vormundes sehr wohl vereinbar (s. 1910); und es ist sicher, daß sie im großen und ganzen dem Mündel eher nützen als schaden wird. II. 1. Der nämlichen A. ist von B., als sie fünfzehn Jahre alt wurde, gestattet worden, in das Putzmachergejchäft der C. als Arbeiterin einzutreten. Hier kann die A., wenn die C. ihr ohne zwingenden Grund eine Ohrfeige gibt, den Dienst eigenmächtig kündigen und bei einer andern Putzmacherin Stellung nehmen; sie kann auch bei dem neuen Engagement andre Bedingungen vereinbaren als die mit der C. stipulierten usw. Dagegen darf sie sich ohne Zustimmung B.s nicht als Fabrikarbeiterin oder Dienstmädchen verdingen. Sie darf ferner ohne Zustimmung B.s (die freilich auch Generalkonsens [oben S. 188] sein kann) sich keine Wohnung mieten, sich keine Kleider kaufen usw.; und selbst dadurch, daß sie den Zins für die Wohnung, den Preis für die Kleider mit ihrem Lohn bar bezahlt, macht sie die Wohnungsmiete und den Kleiderkauf, wenn es an B.s Zustimmung mangelt, nicht gültig; denn es steht durchaus nicht fest, daß B. ihr den Lohn zur freien Verfügung belassen hat. 2. Derselbe Fall; nur hat B. der A. untersagt, den Dienst bei der C. eigenmächtig zu kündigen. Hier ist dieses Verbot auch der C. gegenüber wirksam; diese braucht also trotz der Ohrfeige die Kündigung der A. nicht anzunehmen. 3. Derselbe Fall; B. ist, ohne der A. etwas zu sagen, bei der C. erschienen, hat sich von ihr den ganzen rückständigen Lohn der A. mit 250 Mk. auszahlen lassen und ist damit verschwunden. Hier braucht die C. den Lohn nicht noch einmal zu

17) Crome 1 S. 370; abw. Pland Anm. 1 zu § 112.

zahlen; denn sie war zur Zahlung des Lohns an die A. persönlich zwar befugt, aber nicht verpflichtet. III. Dieselbe A. ist von ihrem Vormunde B., als sie 14 Jahre alt wurde, der Putzmacherin C. in die Lehre gegeben. Hier ist sie gänzlich unselbständig; sie hat also ohne B.s Zustimmung weder das Recht zur Kündigung noch zum Lohnempfang noch zur Annahme einer neuen Lehr- oder Dienststelle. Denn ein Lehrverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis.

Die Ermächtigung zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts oder zum Eintritt in ein Arbeitsverhältnis ist von dem oben S. 188 besprochenen Generalkonsens zur Vornahme lästiger Rechtsgeschäfte grundsätzlich verschieden. Denn jene Ermächtigung verleiht ja der beschränkt geschäftsfähigen Person, der sie zuteil wird, in gewissem Umfang unbeschränkte Geschäftsfähigkeit; ein bloßer Generalkonsens läßt dagegen ihre beschränkte Geschäftsfähigkeit als solche fortbestehen. Praktisch tritt dieser Unterschied am deutlichsten in folgender Regel hervor: hat ein Minderjähriger auf Grund einer der beiden „Ermächtigungen“ einen lästigen Vertrag abgeschlossen, so kann er aus ihm, wie ein Volljähriger, selbständig auf Erfüllung klagen und verklagt werden; dagegen ist ihm, wenn der Vertrag auf Grund eines bloßen Generalkonsenses abgeschlossen ist, die selbständige Prozeßführung verjagt. Weiter: der Umfang der beiden Ermächtigungen ist gesetzlich einigermaßen festgelegt, während der Umfang eines Generalkonsenses völlig von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist. Endlich: die Zulässigkeit der beiden Ermächtigungen ist durch ihre Anerkennung im Gesetz jedem Zweifel entrückt, während die Zulässigkeit des Generalkonsenses, wie wir sahen, äußerst streitig ist.

e) Die Spezialregeln für besondere Rechtsgeschäfte können hier nicht einzeln aufgeführt werden. Nur zur allgemeinen Orientierung sei erwähnt:

α) daß die Gewährung von Geschenken, die nicht durch Anstand oder Sitte geboten sind, den beschränkt geschäftsfähigen Personen nicht einmal mit Zustimmung ihres Gewalthabers und des Vormundschaftsgerichts gestattet ist (S. 1641, 1804);

β) daß bei der Errichtung von Testamenten zwischen Minderjährigen über 16 Jahren einerseits und allen andern beschränkt geschäftsfähigen Personen andererseits unterschieden wird, indem die Fähigkeit zur Testamenterrichtung jenen auch ohne Zustimmung von Gewalthaber und Gericht zugestanden, diesen selbst mit Zustimmung von Gewalthaber und Gericht verjagt wird (2229);

γ) daß die Ehe, die eine beschränkt geschäftsfähige Person ohne Zustimmung ihres Gewalthabers abschließt, nicht heilbar nichtig, sondern anfechtbar ist (1304, 1331).

II. Wie nach den Regeln zu I die aktive, so wird bei den empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften auch die passive Geschäftsfähigkeit der beschränkt geschäftsfähigen Personen mehr oder minder eingeschränkt.

1. Eine empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Willenserklärung kann nämlich der Regel nach an die Adresse einer beschränkt geschäftsfähigen Person nur dann gerichtet werden,

a) wenn sie ihr einzig und allein rechtsgeschäftlichen Vorteil bringt (131 II b);

b) wenn der Gewalthaber im voraus seine Zustimmung dazu gegeben hat (131 II b);

c) wenn die beschränkt geschäftsfähige Person zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts oder zum Eintritt in ein Arbeitsverhältnis ermächtigt

ist und die Erklärung in den Bereich fällt, innerhalb dessen die Person als unbeschränkt geschäftsfähig gilt (§. 112 I, 113 I).

2. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so wird eine an die Adresse der beschränkt geschäftsfähigen Person gerichtete empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Willenserklärung nur in derselben Art wirksam, wie wenn sie an die Adresse einer geschäftsunfähigen Person gerichtet wäre (131 II a).¹⁸

Beispiele. I. 1. A., der Vormund des wegen Geisteschwäche entmündigten B., bittet den C., einen Gläubiger B.s, brieflich, daß er dem B. seine Schuld erlassen möge, und sendet einige Schmucksachen des B. an D. mit dem Antrage, sie dem B. für 200 Mk. abzukaufen; C. und D. antworten zusagend, aber nicht an die Adresse des A., sondern direkt an B.; B. wirft die Zusagebriefe fort, ohne sie dem A. mitzuteilen. Hier ist der Erlaßvertrag gültig zustande gekommen, der Kaufvertrag nicht; denn die Zusage C.s war für B. rein gewinnbringend, die D.s war zugleich lästig für ihn. 2. Derselbe Fall; nur sind die Schmucksachen dem D. mit Zustimmung des A. von B. persönlich zum Kauf angeboten worden. Hier ist auch der Kaufvertrag gültig zustande gekommen; denn indem A. darein willigte, daß B. das Kaufangebot persönlich stellte, hat er stillschweigend auch darein gewilligt, daß D. die Annahme des Gebots gegenüber B. persönlich erklärte. II. Der nämliche B. ist mit Einwilligung A.s als Gärtner bei E. beschäftigt; E. will ihm kündigen. Hier kann E. die Kündigung sowohl gegenüber B. wie gegenüber A. erklären.¹⁹

6. Verfügungsfähigkeit.

§ 58.

I. 1. Ist jemand nach den Regeln der drei vorhergehenden Paragraphen fähig, Rechtsgeschäfte einer bestimmten Kategorie vorzunehmen, so folgt daraus noch nicht, daß er jedes beliebige konkrete unter diese Kategorie fallende seinem Inhalt nach statthafte Rechtsgeschäft gültig vorzunehmen imstande sei. Vielmehr ist dazu außerdem erforderlich, daß er eine Rechtsmacht gerade zur Vornahme eben dieses konkreten Geschäfts besitzt. Besonders wichtig ist diese Rechtsmacht, wenn das vorzunehmende Geschäft eine Verfügung (oben S. 159) ist; man bezeichnet sie alsdann mit dem Namen **Verfügmacht** oder **Verfügungsfähigkeit**.

Beispiele. A. ist voll geschäftsfähig und kann demgemäß Verpflichtungen begründen, Grundstücke veräußern, ein Testament errichten. Indes: er ist durchaus nicht „fähig“, ohne weiteres eine Verpflichtung zu lasten eines beliebigen Dritten zu begründen, ein Grundstück seiner Frau zu veräußern, ein Testament über den Nachlaß seines Sohnes zu errichten; denn damit würde er zwar nicht die Grenzen seiner Geschäftsfähigkeit, wohl aber die seiner Rechtsmacht überschreiten.

2. a) **Verfügungsfähig** ist, wer die Rechtsmacht hat, in eigenem Namen und für sich allein über ein bestimmtes Recht zu verfügen, sei es in eigener Person, sei es durch einen Vertreter.

a) Um in Ansehung eines Rechts als verfügungsfähig zu gelten, muß man über das Recht in eigenem Namen verfügen können. Denn wenn jemand nur im Namen eines andern, als dessen Vertreter, eine Verfügung treffen kann,

18) Siehe oben S. 178.

19) Streitig. Siehe oben S. 191¹⁷.

ist verfügungsfähig nicht er selbst, sondern der andre. Daß gerade er es ist, der den andern zu vertreten vermag, beruht nicht darauf, daß er verfügungsfähig ist, sondern daß er Vertretungsmacht (s. unten § 67) für den andern hat.

β) Um in Ansehung eines Rechts als verfügungsfähig zu gelten, muß man über das Recht für sich allein verfügen können. Denn wenn eine Verfügung nur von mehreren in eigenem Namen auftretenden Personen gemeinsam getroffen werden kann, sind sie eben nur im Verein verfügungsfähig, und jeder einzelne von ihnen ist es nicht.

γ) Um in Ansehung eines Rechts als verfügungsfähig zu gelten, ist es nicht nötig, daß man über das Recht in eigener Person verfügen kann, sondern es genügt, wenn man die Verfügung durch einen Vertreter zu treffen vermag. Daraus folgt, daß nicht bloß eine voll geschäftsfähige Person zur Verfügung über ein bestimmtes Recht unfähig, sondern auch umgekehrt eine geschäftsunfähige Person dazu fähig sein kann.

Beispiele. Nach dem Tode des A. veräußert B. als Vormund der beiden noch nicht sieben Jahre alten Erben M., C. und D., einige zum Nachlaß gehörige Möbel. I. Hier ist über das Eigentum an den Möbeln gültig verfügt. Trotzdem ist B. in Ansehung dieses Eigentums nicht verfügungsfähig gewesen; denn er hat die Verfügung nicht im eignen Namen, sondern nur im Namen seiner Mündel C. und D. vornehmen können. II. Ebensovienig waren aber C. oder D., jeder für sich allein, verfügungsfähig; denn die Verfügung mußte im gemeinsamen Namen beider geschehen (2033 II). III. Verfügungsfähig waren vielmehr nur C. und D. im Verein. Daß sie beide geschäftsunfähig waren, minderte ihre Verfügungsfähigkeit nicht, sondern bewirkte nur, daß sie von dieser ihrer Fähigkeit nicht in Person Gebrauch machen konnten.

b) Die Verfügungsmacht in Ansehung eines bestimmten Rechts besitzt, vorbehaltlich der erst weiter unten zu besprechenden Verfügungsbeschränkungen:

α) der Inhaber dieses Rechts;

β) der Inhaber eines diesem Recht übergeordneten andern Rechts, das eben dahin abzielt, den Inhaber des übergeordneten Rechts mit Verfügungsmacht über das untergeordnete Recht auszustatten;

γ) der Inhaber eines den echten Rechten zu α) und β) entsprechenden Scheinrechts (s. oben S. 56, 2 a), dieser jedoch nur nach Maßgabe gewisser besondrer Regeln, die das Gesetz unter dem formelhaften Namen „Vorschriften zu gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“ zusammenfaßt;

δ) derjenige, der von einer der Personen zu α—γ oder von einer zuständigen Behörde ermächtigt ist, in eigenem Namen über das Recht zu verfügen.

Beispiele. I. A. hat sich von B. eine diesem gehörige Fahrnisache als Pfand geben lassen und hat das Recht zum Pfandverkauf erlangt. Hier kommt die Fähigkeit zur Veräußerung der Sache, also zu einer Verfügung über das Eigentum an der Sache, zu: 1. dem B., weil er Inhaber eben des Eigentumsrechts ist, über das verfügt werden soll; 2. dem A., weil er Inhaber eines diesem Eigentumsrecht übergeordneten andern Rechts, nämlich des Pfandrechts, ist und das Pfandrecht gerade darauf abzielt, dem Pfand-

gläubiger Verfügungsmacht über das Eigentum am Pfande zu verleihen (1242). II. C. hat sich von D. eine diesem gehörige Fahrnißsache geliehn. Hier kommt die Fähigkeit zur Veräußerung der Sache, also zu einer Verfügung über das Eigentum an der Sache, zu: 1. dem D., weil er Inhaber eben dieses Eigentumsrechts ist; 2. dem C., weil er als tatsächlicher Besitzer der Sache Inhaber eines diesem Eigentumsrecht entsprechenden Scheinrechts ist; die Verfügungsmacht des C. setzt aber nach den „Vorschriften zu gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“, voraus, daß der Dritte, an den C. die Sache veräußert, sich nicht in schlechtem Glauben befindet und daß C. die Sache ihm nicht bloß veräußert, sondern auch übergibt (932). III. E. hat ein ihm gehöriges Buch anstößigen Inhalts dem F. mit dem Auftrage gegeben, es zu veräußern; und zwar soll F. die Veräußerung in eigenem Namen vornehmen, weil E. nicht will, daß er als Besitzer des Buchs bekannt werde. Hier ist zur Verfügung über E.s Eigentum fähig: 1. E. selbst als Inhaber eben dieses Eigentums; 2. F. kraft Ermächtigung des Eigentümers. IV. G. will, daß ein seiner Frau gehöriges und von ihr in die Ehe eingebrachtes Grundstück an H. veräußert werden soll, während Frau G. es an den J. veräußern will. Hier ist G. zur Verfügung über das Eigentum seiner Frau fähig, wenn das Vormundschaftsgericht ihn dazu ermächtigt (1379); dagegen besitzt Frau G. selber diese Fähigkeit nicht, da ihr während der Ehe eine Verfügungsbeschränkung (unten zu 3) dahin auferlegt ist, daß sie über ihr eingebrachtes Gut grundsätzlich nur mit Einwilligung des Mannes verfügen kann (1395).

Aus der Ausführung zu β — δ geht hervor, wie falsch der oft vorgetragene Satz ist: *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*.

Daß ich die „Ermächtigung“ zur Verfügung über fremde Rechte zu δ und das „Recht“ zur Verfügung über fremde Rechte zu β scharf voneinander trenne, beruht darauf, daß ich eine auf einer Ermächtigung beruhende Befugnis nicht (oder doch nicht immer) als ein echtes „Recht“ ansehe. Denn die Ermächtigung ist grundsätzlich frei widerruflich (185 I, 183). Es ist also kein Verlaß auf sie (siehe oben S. 56 II).

c) Trifft jemand über ein Recht eine Verfügung, obschon ihm die Verfügungsmacht in Ansehung des Rechts mangelt, so ist die Verfügung nichtig. Doch kann die Nichtigkeit nachträglich mit rückwirkender Kraft geheilt werden. Man sagt alsdann, daß die Verfügung konvalesciere.

α) Die Nichtigkeit wird erstens geheilt, wenn die Person, der die Verfügungsmacht zusteht, die Verfügung nachträglich genehmigt (185 II). Eine Frist für die Erteilung dieser Genehmigung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben; selbst dadurch, daß der Verfügungsberechtigte von der Gegenpartei ausdrücklich aufgefordert wird, sich über seine Genehmigung zu erklären, wird ihm (anders als in dem verwandten Fall, wo der lästige Vertrag einer beschränkt geschäftsfähigen Person von deren Gewalthaber nachträglich zu genehmigen ist) eine feste Frist nicht gesetzt.

β) Die Nichtigkeit wird zweitens geheilt, wenn der Verfügende die Verfügungsmacht nachträglich erwirbt oder wenn er von der Person, der die Verfügungsmacht zusteht, beerbt wird und diese für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet; sind mehrere Verfügungen erfolgt, die miteinander nicht in Einklang stehen, so wird nur die frühere Verfügung wirksam (185 II).

Beispiele. I. A. hat eine Sache, die er dem Eigentümer B. gestohlen hatte, nacheinander durch Besitzkonstitut (930) an C. und D. veräußert. Hier hatte A. keine Verfügungsmacht über B.s Eigentum; denn auch die „Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“, gewähren ihm eine solche Verfügungsmacht, da es sich hier um eine gestohlene Sache handelt, nicht (935). Sonach sind beide Verfügungen A.s nichtig

Ergebnis: weder C. noch D. sind Eigentümer der Sache geworden; das Eigentum ist vielmehr bei B. verblieben. II. Derselbe Fall wie zu I; nur hat B. auf A.'s Bitten gegen Zahlung einer Abfindungssumme die Veräußerung an D. genehmigt. Hier konvalesciert diese Veräußerung, während die Veräußerung an C. nichtig bleibt. III. Derselbe Fall wie zu I; nur hat B. sich mit A. gegen Zahlung einer Abfindungssumme dahin geeinigt, daß A. selber die Sache behalten soll. Hier konvalesciert die Veräußerung an C., während die an D. nichtig bleibt. IV. Siehe ferner die Beispiele unten S. 198 d.

Das Genehmigungsrecht zu α gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes auch für einseitige Verfügungen einer Person ohne Verfügungsmacht; Beispiel: A. behauptet, der Rechtsnachfolger des B. in dem Mietsrecht auf eine bestimmte Wohnung zu sein, und kündigt dem Vermieter C. die Miete; C. widerspricht, weil A. in Wahrheit nur Altmieter B.'s war; nun genehmigt B. nach Ablauf der Kündigungsfrist die Kündigung; da die Genehmigung rückwirkende Kraft hat (184), wäre die Kündigung nunmehr gültig. Indes möchte ich dieser mißlichen Auslegung des Gesetzes dadurch vorbeugen, daß ich die Genehmigung bei einseitigen Rechtsgeschäften ausschließe (s. 180, 111).¹

3. a) In zahlreichen Fällen wird jemandem, der nach den Regeln zu 2 mit einer Verfügungsmacht ausgerüstet ist, eine Verfügungsbeschränkung auferlegt. Diese bedeutet, wie sich aus ihrem Namen deutlich ergibt, keine völlige Aufhebung der Verfügungsmacht, sondern muß irgendeinen Rest dieser Macht unzerstört übrig lassen. Doch ist der Rest sehr ungleich bestimmt: bald besteht er darin, daß die von der Verfügungsbeschränkung betroffene Person bei den Verfügungen, die sie vor Eintritt der Beschränkung allein vornehmen konnte, jetzt wenigstens zu einer Mitwirkung berufen ist, bald darin, daß Verfügungen, die sie unter Nichtachtung der ihr auferlegten Beschränkung vornimmt, nicht absolut nichtig, sondern nur relativ unwirksam sind usw. Allgemein-gültig aber und deshalb allein charakteristisch ist nur dieses: jede Verfügungsbeschränkung ist ihrer Natur nach bloß vorübergehend; fällt sie fort, so lebt die von ihr betroffene Verfügungsmacht mit ihrem ursprünglichen, normalen, unverkürzten Inhalt von selbst wieder auf. Hieraus folgt, daß man in allen Fällen, in denen die Vertretungsmacht einer Person nach irgendeiner Richtung für immer begrenzt ist, zwar sagen darf, diese Person sei beschränkt verfügungs-fähig, nicht aber, daß ihr eine echte „Verfügungsbeschränkung“ im Sinn des Gesetzes auferlegt sei: überschreitet also eine solche Person mit einer Verfügung die ihrer Verfügungsmacht gesteckte Grenze, so hat sie nicht kraft einer durch eine Verfügungsbeschränkung gesperrten Verfügungsmacht, sondern sie hat einfach ohne Verfügungsmacht gehandelt; und wie alsbald zu zeigen, gelten für jenen und für diesen Fall sehr verschiedene Regeln.

Beispiele. I. Die A. hat, nachdem sie von ihrem verstorbenen Vater ein Haus geerbt hatte, mancherlei durchgemacht: erst hat sie den B. geheiratet, dann ist sie in Konkurs geraten, schließlich ist in einem Strafprozeß, in den sie verwickelt war, ihr ganzes Vermögen mit Beschlag belegt; am Ende hat sie aber alle Fährlichkeiten überstanden: ihre Ehe ist geschieden, der Konkurs durch Akford beendet, die Beschlagnahme aufgehoben. Hier hat die A. in diesen drei Stadien jedesmal eine Verfügungsbeschränkung in Ansehung des Hauses erlitten: während der Ehe konnte sie nur mit Einwilligung ihres Mannes, während des

1) Abw. Rehbein 1 S. 288.

Konkurses konnte sie nur mit Einwilligung des Konkursverwalters, während der Beschlagnahme konnte sie überhaupt nicht über das Haus verfügen (1395, KonkOrdn. 6, 7, StrP.O. 332, 334). Daß nun in alledem wirklich bloß eine Verfügungsbeschränkung und nicht etwa eine Aufhebung der Verfügungsmacht der A. lag, geht daraus hervor, daß die Verfügungssperre in allen drei Fällen eine bloß vorübergehende war: sobald die Ehe der A. aufgelöst, ihr Konkurs beendet, die Beschlagnahme über ihr Vermögen aufgehoben war, war auch ihre Verfügungsmacht über das Haus in ihrem ursprünglichen Umfang von selbst wieder in Kraft getreten. Außerdem war während der Ehe und während des Konkurses noch ein weiterer Rest ihrer ursprünglichen Verfügungsmacht erhalten geblieben: während der Ehe dank der Regel, daß grundsätzlich zwar Frau A. nicht allein, aber auch kein anderer ohne sie über das Haus verfügen konnte (1375), während des Konkurses dank der Regel, daß eine von Frau A. über das Haus getroffene Verfügung nicht absolut nichtig, sondern nur gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam war (KonkOrdn. 7). II. Anders wäre die Rechtslage gewesen, wenn die A. bei Eingehung ihrer Ehe mit ihrem Mann vertragsmäßig Gütergemeinschaft ausgemacht hätte. Denn dann hätte sie das Recht, allein über ihr vormaliges Haus zu verfügen, für immer eingebüßt: selbst nach Auflösung der Ehe wäre das Recht nicht von selbst wieder in Kraft getreten (1442, 1443, 1471 II, 1478). III. Kann im Fall I die A. während der Dauer ihrer Ehe über ihr Haus nur mit Einwilligung ihres Mannes B. verfügen, so steht, wie schon angedeutet, auch umgekehrt dem B. die Verfügung über das Haus nur mit Einwilligung der A. zu (1375). Doch darf man deshalb nicht sagen, daß auch dem B. eine echte „Verfügungsbeschränkung“ im Sinn des Gesetzes auferlegt sei; denn daß B. bei seinen Verfügungen über das Haus an die Einwilligung der A. gebunden ist, gilt nicht bloß vorübergehend; freilich fällt diese Beschränkung fort, sobald die Ehe aufgelöst ist, aber nur deshalb, weil nunmehr die Verfügungsmacht des B. über das Haus überhaupt in Fortfall kommt.

b) Die meisten Verfügungsbeschränkungen gelten unmittelbar kraft Gesetzes. Doch gibt es auch einige wichtige Verfügungsbeschränkungen, die erst auf Grund einer für einen konkreten Fall erlassenen Anordnung einer zuständigen Behörde, insbesondere einer einstweiligen Verfügung des Gerichts, in Kraft treten.

Beispiele siehe zu a.

c) Trifft jemand eine Verfügung, die an und für sich unter seine Verfügungsmacht fällt, deren Vornahme ihm aber durch eine ihm auferlegte Verfügungsbeschränkung verwehrt ist, so ist die Verfügung grundsätzlich ebenso nichtig wie die Verfügung einer Person, die der Verfügungsmacht gänzlich darbt. Doch greifen zwei wichtige Ausnahmerevorschriften ein.

α) In einigen Fällen ist die Verfügung, wie schon erwähnt, nicht völlig nichtig, sondern nur gegenüber bestimmten Personen unwirksam.

β) In andern Fällen ist die Verfügung sogar in analoger Anwendung der Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, vollgültig. Doch ist der Kreis dieser Fälle auffälligerweise weit enger gezogen als bei den Verfügungen dessen, der der Verfügungsmacht gänzlich darbt.

Beispiele. I. Wenn eine Ehefrau A. über eine zu ihrem eingebrachten Gut gehörige Forderung ohne Einwilligung ihres Mannes verfügt, ist die Verfügung, weil im Widerspruch zu der mehrfach erwähnten der Ehefrau während der Ehe auferlegten Verfügungsbeschränkung stehend, gerade so nichtig, wie wenn die A. über eine irgendeinem Fremden gehörige Forderung verfügt hätte. II. Wenn B. eine ihm gehörige Forderung an den C. veräußert, obschon er durch einen früher abgeschlossenen Vertrag verpflichtet ist, diese Forderung an D. abzutreten, und auf Antrag des D. eine gerichtliche einstweilige Verfügung

ergangen ist, die dem B. eine Veräußerung der Forderung ausdrücklich verbietet, ist die Veräußerung der Forderung an C. nicht vollgültig; denn die einstweilige Verfügung des Gerichts hat dem B. eine Verfügungsbeschränkung in Ansehung der Forderung auferlegt; die Veräußerung ist aber nicht nichtig, sondern nur gegenüber D. unwirksam (136, 135). III. Wenn der Gemeinschuldner E. gleich nach der Konkursöffnung ein ihm gehöriges Haus samt Mobilien an F. veräußert, so widerspricht die Veräußerung der dem E. durch die Konkursöffnung auferlegten Verfügungsbeschränkung. Trotzdem ist sie in Ansehung des Hauses gültig, falls zu der Zeit, da sie geschah, die Konkursöffnung dem F. noch nicht bekannt geworden war. Dagegen ist sie in Ansehung des Mobilien unter allen Umständen ungültig (nämlich gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam), also selbst dann, wenn F. zur Zeit seines Erwerbes die Konkursöffnung noch nicht gekannt hat und auch nicht hat kennen können. Es finden also die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, in Ansehung des Hauses, nicht aber auch in Ansehung des Mobilien analoge Anwendung (s. KonkOrdn. 7 I).

d) Ist eine Verfügung, die an und für sich unter die Verfügungsmacht ihres Urhebers fällt, um deswillen nichtig, weil die Vornahme der Verfügung dem Verfügenden durch eine ihm auferlegte Verfügungsbeschränkung verwehrt war, so tritt eine nachträgliche Konvalescenz der Verfügung nur ein, wenn die Verfügungsbeschränkung im Interesse bestimmter anderer Personen angeordnet ist und diese Personen der Verfügung nachträglich zustimmen (s. oben S. 173, 2). Dagegen bleibt die Verfügung nichtig, auch wenn die Verfügungsbeschränkung nachträglich wegfällt oder wenn die Personen, in deren Interesse die Verfügungsbeschränkung angeordnet war, den Verfügenden beerben und für seine Schulden unbeschränkt haften. Von den oben zu 2c genannten Regeln ist also nur die erste (α), nicht auch die zweite (β) anwendbar.

Beispiele. I. Die A. hat ihrem Bräutigam B. einen Ring entwendet und an C. veräußert; später, als sie B.'s Ehefrau geworden war, hat sie ohne B.'s Einwilligung auf denselben C. auch eine ihr zustehende, zu ihrem eingebrachten Gut gehörige Hypothek übertragen. Hier sind beide Verfügungen nichtig, die erste, weil die A. in Ansehung des Rings der Verfügungsmacht darbt, die zweite, weil die Verfügungsmacht der A. in Ansehung der Hypothek während der Ehe durch eine Verfügungsbeschränkung gesperrt war. II. Derselbe Fall wie zu I; nur hat B. beide Verfügungen nachträglich genehmigt. Hier sind alle beide Verfügungen konvalesciert. III. Derselbe Fall wie zu I; nur ist B. gestorben und von der A. beerbt. Hier ist bloß die erste Verfügung konvalesciert, die zweite nicht. IV. Derselbe Fall wie zu I; nur ist die A. gestorben und von B. beerbt; B. haftet unbeschränkt für die Schulden der A. Hier ist dieselbe Entscheidung geboten wie zu III.

4. Eine kraft Gesetzes bestehende Verfügungsmacht kann durch Rechtsgeschäft weder beschränkt noch ganz ausgeschlossen werden. Dagegen sind vorbehaltlich gewisser später zu erörternder Ausnahmen Rechtsgeschäfte zulässig, durch die jemand obligatorisch verpflichtet wird, von einer ihm kraft Gesetzes zustehenden Verfügungsmacht keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch zu machen; nimmt er nach Abschluß eines solchen Rechtsgeschäfts eine Verfügung, die mit seiner rechtsgeschäftlichen Verpflichtung in Widerspruch steht, trotzdem vor, so ist die Verfügung gültig, er selber aber schadensersatzpflichtig.

Beispiele. I. A. hat bei einer Erbschaftsteilung mit seinen Geschwistern sämtliche Familienbilder übernommen und sich dabei verpflichtet, die Bilder zeit lebens nicht zu veräußern; trotzdem veräußert er eins dieser Bilder an den mit dem Sachverhalt bekannten B. Hier ist die Veräußerung gültig, aber A. seinen Geschwistern schadensersatzpflichtig;

letzteres will freilich nicht viel bedeuten, weil den Geschwistern ein Vermögensschaden nicht entstanden und der ideelle Schaden, den ihnen der Treubruch A.s zufügt, nicht erstattungsfähig ist (253). II. Derselbe Fall; nur haben die Geschwister A.s, als sie von dessen Veräußerungsabsichten erfuhren, ein gerichtliches Veräußerungsverbot gegen A. erwirkt. Hier ist die Rechtslage geändert, weil zwar nicht durch den Erbteilungsvertrag, wohl aber durch das gerichtliche Verbot dem A. eine Verfügungsbefchränkung auferlegt ist; demgemäß ist die Veräußerung an B. nunmehr ungültig (nämlich gegenüber A.s Geschwistern relativ unwirksam), vorausgesetzt daß B. bei seinem Erwerb das Veräußerungsverbot gekannt oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat (136, 135 II, 932).

II. So gut, wie bei jedem Rechtsgeschäft vorausgesetzt wird, daß die Person, die das Rechtsgeschäft vornimmt, die dazu erforderliche Rechtsmacht besitzt, so gut wird, wenn das Rechtsgeschäft empfangsbedürftig, vorausgesetzt, daß auch der Gegenpartei, der gegenüber das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, eine bestimmte Rechtsmacht zusteht. Besonders wichtig ist diese Rechtsmacht bei Verfügungen; man kann sie hier als passive Verfügungsmacht oder passive Verfügungsfähigkeit bezeichnen. Im allgemeinen gelten für sie analoge Regeln wie für die aktive Verfügungsmacht; insbesondere sind die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch auf sie analog anwendbar. Doch fehlt es auch nicht an einzelnen wichtigen Abweichungen.

Beispiele. I. 1. Bei einer Buchhypothek ist zur Kündigung der Gläubiger der Hypothek sowohl aktiv wie passiv Verfügungsfähig: aktiv, wenn die Kündigung von ihm, passiv, wenn die Kündigung vom Hypothekenschuldner ausgeht. 2. Ist die Hypothek im Grundbuch fälschlich auf den Namen eines Nichtgläubigers eingetragen, so ist nach Maßgabe der Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dieser Scheingläubiger sowohl aktiv wie passiv Verfügungsfähig: kennt der Hypothekenschuldner die Unrichtigkeit der Grundbucheintragung nicht, so kann nicht bloß der Scheingläubiger gegenüber ihm, sondern auch er selbst gegenüber dem Scheingläubiger gültig kündigen (892, 893). 3. Gerät der Hypothekengläubiger in Konkurs, so ist nicht bloß eine Kündigung, die er selbst gegenüber dem Hypothekenschuldner, sondern auch eine Kündigung, die der Hypothekenschuldner gegenüber ihm vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. II. Gehört die Hypothek zum eingebrachten Vermögen einer Ehefrau, so kann eine Kündigung von der Gläubigerseite durch den Ehemann nur mit Einwilligung der Frau, eine Kündigung von der Schuldnerseite kann dagegen gegenüber dem Ehemann allein erfolgen (1375, 1403 I).

7. Der Zugang empfangsbedürftiger Willenserklärungen an ihre Adresse.¹

§ 59.

I. 1. a) Der Zugang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung an deren Adresse, der eine wesentliche Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit der Erklärung bildet (s. oben S. 156), kann von dem Erklärenden formlos bewerkstelligt werden. Was hierzu gehört, ist gesetzlich nicht bestimmt (s. 130 I) und deshalb überaus bestritten. Dem Bedürfnis des Rechtslebens dürfte folgende

1) Gottschald, empfangsbedürftige Willenserklärungen (Diss. 03); Hellwig, jur. Wochenschrift 05 S. 356; Lipe, Jahrb. f. Dogm. 47 S. 379; Vetter ebenda 49 S. 39; v. Blume ebenda 51 S. 1; Jürges, Rtsch. f. Handelsrecht 56 S. 66.

Formel am meisten entsprechen: eine Erklärung ist ihrer Adresse zugegangen, wenn sie dem Adressaten in verkehrsbüblicher Art zu sofortiger Kenntnisnahme nahegebracht ist; nicht nötig ist, daß der Adressat von der ihm gebotenen Gelegenheit, die Erklärung kennen zu lernen, tatsächlich Gebrauch macht; ja es ist sogar unschädlich, wenn er — vielleicht ohne sein Verschulden — gar nicht dazu imstande gewesen ist.²

Beispiele. I. 1. A. will seinem ihm bis dahin persönlich unbekanntem Vermieter B. kündigen; er besucht deshalb den B., und dieser läßt sich auch sprechen; im Lauf des Gesprächs bringt A. seine Kündigung im gewöhnlichen Sprechton vor; B. versteht sie aber nicht, sei es, weil er schwerhörig ist, sei es, weil er nicht ordentlich aufgepaßt hat. a) Hier ist die Kündigung ungültig, wenn A. die Schwerhörigkeit oder Unaufmerksamkeit B.'s erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Denn nach der Verkehrs-sitte hätte er alsdann seinen Sprechton über das gewöhnliche Maß steigern oder durch geeignete Gesten unterstützen sollen. b) Dagegen ist die Kündigung gültig, wenn A. die Schwerhörigkeit oder Unaufmerksamkeit B.'s nicht erkannt hat und nicht zu erkennen brauchte³; denn es ist durchaus verkehrsbüblich, daß A. in diesem Fall den B. so behandelt, als erfreue er sich des normalen Gehörs und wende die normale Aufmerksamkeit an. B. hat auch keinen Anlaß, sich darüber zu beklagen; denn wenn er schwerhörig war oder nicht aufpassen wollte, hätte er ja dem A. dies mitteilen oder von vornherein ein Gespräch mit ihm ablehnen können. 2. C. schreit seinem Vermieter D., als dieser in der Trambahn an ihm vorbeifährt, zu, daß er ihm hiermit kündige; D. tut so, als habe er die Kündigung nicht gehört, während er sie in Wirklichkeit ganz gut verstanden hat. Hier ist die Kündigung ungültig; denn es ist nicht üblich, geschäftliche Erklärungen durch Anschreien eines Vorüberfahrenden abzugeben. 3. E. ruft in der Geschäftszeit seinen Vermieter F. telephonisch an, um ihm zu kündigen; F. meldet sich am Telephon, entfernt sich aber, als er hört, daß E. mit ihm geschäftlich verhandeln will, stillschweigend; trotzdem gibt E. seine Kündigungserklärung ab und hört nicht einmal auf, als er merkt, daß F. gar nicht mehr am Telephon ist. a) Hier ist die Kündigung ungültig, wenn E. ein wesentliches Stück der Kündigungserklärung erst vorgebracht hat, nachdem er bemerkt hat oder hätte bemerken müssen, daß F. sich entfernt hatte; denn es war dem F. nach der Verkehrs-sitte nicht zuzumuten, ein telephonisches Gespräch, das ein anderer willkürlich mit ihm angefangen, beliebig fortzusetzen; es war also auch nicht verkehrsbüblich, daß E. in das unbesezte Telephon weiter sprach. b) Dagegen ist die Kündigung gültig, wenn E. mit ihr im wesentlichen fertig war, als er F.'s Fortgang bemerken mußte, und nachher nur offenbar unerhebliche Nachträge vorbrachte; denn mindestens das war dem F. zuzumuten, daß er dem E. das Ende des Gesprächs bemerklich machte. II. 1. G. schickt seine zwanzigjährige Tochter H. an seinen Vermieter J. mit der Botschaft, daß er kündige; die H. richtet die Botschaft auch ordentlich aus; J. antwortet aber, daß er eine Kündigung durch einen Boten nicht als gültig anerkenne. Hier ist die Kündigung ungültig; denn es ist nicht verkehrsbüblich, sie mündlich durch einen Boten bestellen zu lassen. 2. K. telephoniert seinem Vermieter L., daß er ihm kündige; am Telephon meldet sich nicht L. persönlich, sondern dessen Dienstmädchen M., nimmt die Kündigung entgegen, richtet sie aber dem L. nicht aus. Hier ist die Kündigung gleichfalls ungültig; denn es ist nicht verkehrsbüblich, sie mündlich an einen Diensthilfen des Adressaten auszurichten.⁴ Anders würde der Fall liegen, wenn es sich um eine geschäftliche Mitteilung an einen Kaufmann handelt und am Telephon ein Angestellter des Kaufmanns erschiene.⁵ III. 1. N. schickt seinem Vermieter O. eine Kündigung mittels gewöhnlichen Postbriefs zu; der Briefbote legt den Brief am 1. April um 5 Uhr nachmittags in den Privatbriefkasten O.'s. Hier wird die Kündigung sofort wirksam; denn das Einlegen eines Briefs in den Privatbriefkasten des Adressaten ist — von besondern Fällen abgesehen — die allgemein übliche Art der Ablieferung des Briefs zu so-

2) RG. 60 S. 338.

3) Abw. Pland Num. 2 zu § 130.

4) Vgl. RG. 60 S. 337.

5) Siehe RG. 61 S. 125.

fortiger Kenntnissnahme. So auch dann, wenn D. gerade ausgegangen ist und den Brief erst vorfindet, als er nachts um 2 Uhr heimkehrt. Ebenso auch dann, wenn D. schwer krank ist und Geschäftsbriefe erst lesen darf und auch tatsächlich erst liest, nachdem eine Woche später seine Krankheit nachgelassen hat (s. übrigens auch oben die Beispiele S. 178 II). So endlich auch dann, wenn der Brief N.s, gleich nachdem er in den Briefkasten D.s gelegt war, von einem Vorübergehenden gestohlen wird und dem D. nie zu Gesicht kommt. 2. Derselbe Fall wie zu 1; nur ist der Brief eingeschrieben; als der Briefbote ihn abliefern will, ist weder D. noch einer seiner erwachsenen Familienangehörigen zu Hause; der Bote ist also nach der Postordnung zur Ablieferung des Briefs nicht befugt, nimmt ihn demgemäß wieder mit und liefert ihn erst am folgenden Tage ab. Hier ist die Kündigung gleichfalls sofort (am 1. April 5 Uhr) wirksam geworden; denn die Kündigung durch Einschreibebrief ist durchaus verkehrsmäßig; jeder, der eine Kündigung zu gewärtigen hat, muß demnach auch auf den Eingang eines Einschreibebriefs gefaßt sein; es geht also auf Gefahr des D., wenn bei Eingang des Briefs während der üblichen Geschäftszeit weder er selbst noch einer seiner erwachsenen Familienangehörigen anwesend ist und der Brief deshalb nicht abgeliefert werden kann.⁶ 3. Derselbe Fall wie zu 1; nur findet die Einlegung des Briefs in den Kasten des D. durch einen Eilboten nachts um 3 Uhr statt. Hier wird die Kündigung nicht sofort, sondern erst am folgenden Morgen wirksam; denn es ist durchaus nicht verkehrsmäßig, geschäftliche Mitteilungen zu sofortiger Kenntnissnahme mitten in der Nacht abzuliefern. 4. Derselbe Fall wie zu 1; nur wird der Brief N.s in das Fach gelegt, das D. sich auf der Post hat einrichten lassen. Hier wird die Kündigung gleichfalls nicht sofort wirksam; denn auch die Einlegung eines Briefs in das Postfach des Empfängers dient verkehrsmäßig nicht zur sofortigen Kenntnissnahme; die Wirksamkeit beginnt vielmehr erst, wenn der Empfänger den Brief abholen läßt oder nach der Verkehrssitte hätte abholen sollen.⁷ 5. Derselbe Fall wie zu 1; nur hat der Postbote den Brief nicht in D.s Briefkasten gelegt, sondern der ihm auf der Straße begegnenden Ehefrau D.s ausgehändigt; diese hat den Brief geöffnet und gelesen, aber ihrem Mann nicht abgeliefert. Hier ist die Kündigung für immer unwirksam; denn die Ablieferung eines Briefs an die Ehefrau des Adressaten ist nur üblich, wenn sie in dessen Hause, nicht aber auch, wenn sie auf der Straße geschieht.

Wird eine Erklärung dem Adressaten in unüblicher Weise nahegebracht, so ist sie nichtig, und es braucht also nicht bloß der Adressat, sondern auch der Erklärende selbst die Erklärung nicht gelten zu lassen. Doch ist die Nichtigkeit heilbar; die Heilung geschieht dadurch, daß der Adressat die Erklärung als eine ihm zugegangene anerkennt. Es wird hierfür eine stille Willensäußerung des Adressaten innerhalb einer den Umständen angemessenen Frist genügen (nach Analogie von 151; siehe unten S. 206, 208). Freilich ist im Gesetz über dies schwierige Problem nichts bestimmt. — Beispiel. A. hat seinem Vermieter B., obgleich er wußte, daß dieser schwerhörig war, mit ganz leiser Stimme für sofort gekündigt; B. hat die Kündigung nicht verstanden, erfährt sie aber nachträglich von seiner Frau, die vom Nebenzimmer aus die Worte A.s gehört hat; er läßt darauf einen Zettel am Hause mit der Aufschrift anbringen: „Hier ist eine Wohnung auf sofort zu vermieten“. Damit hat er die nichtige Kündigung A.s gültig gemacht.

Bemerkenswert ist, daß das BGB. das Erfordernis des Zugangs der empfangsbedürftigen Willenserklärungen nur für Erklärungen aufstellt, die gegenüber einem Abwesenden abgegeben werden (130 I). Daraus folgern manche, daß bei einer Erklärung gegenüber einem Anwesenden der bloße Zugang nicht genüge, sondern daß hier die Erklärung zur Kenntnis des Adressaten gekommen sein muß!⁸

Die vom BGB. angenommene Theorie, daß eine empfangsbedürftige Willenserklärung schon dann wirksam wird, wenn sie dem Adressaten zugegangen ist, und nicht erst dann, wenn er Kenntnis von ihr erlangt hat, wird als Empfangstheorie bezeichnet.

6) Siehe einerseits RG. 58 S. 408, andererseits RG. 56 S. 264.

7) Siehe Mathenau, D. JurZtg. 02 S. 147.

8) Pland Ann. 2 zu § 130; Endemann 1 § 66²⁷.

b) Wenn der Erklärende will, kann er den Zugang der Erklärung an deren Adresse auch durch formelle Zustellung der Erklärung bewerkstelligen. Was hierzu erforderlich, ist im Gesetz genau vorgeschrieben: die Zustellung muß nämlich durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers geschehn und unterliegt denselben Normen wie eine Zustellung im Zivilprozeß (132 I); befindet sich der Erklärende in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis über die Person, an die er seine Erklärung zu richten hat, oder ist der Aufenthalt dieser Person unbekannt, so kann die Zustellung auf Grund einer Bewilligung des Amtsgerichts sogar nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung, d. h. durch Bekanntmachung in der Zeitung und Anheftung an der Gerichtstafel geschehn (132 II). Auch im Fall der Zustellung ist es gleichgültig, ob der Adressat von der Erklärung, die den Gegenstand der Zustellung bildet, tatsächlich Kenntnis erlangt oder nicht.

Beispiele. I. A. in Tilsit will dem B. in Offenburg möglichst schnell eine Erklärung zugehn lassen und sich den Beweis des Zugangs sichern. Hier genügt ein einfacher Brief des A. nicht; denn er kann leicht verloren gehn, und daß er wirklich angekommen, ist nicht immer sicher zu beweisen. Bedenklich ist aber auch ein eingeschriebener Brief; denn wenn der Briefbote weder den B. noch dessen Familienangehörige antrifft, darf er den Brief nicht abliefern, und meine oben S. 201 Abj. 1 vorgetragene Lehre, daß der Brief schon als zugegangen gilt, wenn der Briefbote ihn in der Wohnung B.'s vorzeigt, ist sehr bestritten. So ist es am sichersten, wenn A. den Brief dem B. durch den Gerichtsvollzieher zustellen läßt; denn alsdann wird dem A. eine Urkunde über den Zugang des Briefs an B. ausgestellt (ZPO. 190 ff.), und der Umstand, daß weder B. noch seine Familienangehörigen zu Hause sind, wenn der Gerichtsvollzieher (oder im Fall von ZPO. 193 ff. der Postbote) in B.'s Wohnung erscheint, macht gemäß ZPO. 181 keinerlei Schwierigkeit. II. 1. C. in Leipzig hat durch schriftlichen Vertrag sein Haus auf drei Jahre an D., der damals in Zwickau wohnte, vermietet; D. zieht aber nicht ein und zahlt auch keinen Mietzins; C. will ihm deshalb kündigen; doch ist D. seitdem von Zwickau verzogen, und sein Aufenthalt ist unbekannt. Hier kann C. mit Bewilligung des Zwickauer Amtsgerichts in der Art kündigen, daß der Gerichtsschreiber den Kündigungsbrief an die Gerichtstafel heftet und ihn außerdem auszugsweise einmal im Reichsanzeiger und zweimal in der vom Zwickauer Gericht amtlich benutzten Lokalzeitung veröffentlicht; die Kündigung gilt als erfolgt, wenn ein Monat seit der zweiten Zeitungsveröffentlichung verstrichen ist (ZPO. 204, 206). 2. Dasselbe ist der Fall, wenn C. die Wohnung an eine ihm nur dem Namen nach bekannte Person, die sich auf der Durchreise durch Leipzig befand und ihren Wohnsitz nicht genannt hat, vermietet hat und nun seinen Mietmann nicht ermitteln kann; denn hier ist C. in Unkenntnis über die Person dessen, an den er zu kündigen hat, und man wird diese Unkenntnis nicht auf eine Fahrlässigkeit C.'s, sondern eher auf eine Fahrlässigkeit des Unbekannten zurückführen müssen. 3. Anders wenn der Mietmann seine damalige Wohnung genannt, C. sie aber vergessen hat; denn alsdann liegt eine Fahrlässigkeit C.'s vor; C. kann hier also überhaupt nicht kündigen.

2. Der Zugang einer Erklärung an deren Adresse ist rechtswirksam nur, wenn er im wesentlichen so erfolgt, wie der Erklärende es bestimmt hat. Dagegen ist es unschädlich, wenn der Zugang von den Bestimmungen des Erklärenden nur unwesentlich abweicht.

Beispiele. I. Dem Erfordernis zu 2 ist nicht genügt, 1. wenn A. dem Boten B. einen Brief für C. mitgibt, B. den Brief verliert, aber den Inhalt, den er zufällig erfahren hat, dem C. mündlich berichtet; 2. wenn D. den C. mit einer mündlichen Bestellung

an F. schickt und E. aus Bequemlichkeit nicht selber zu F. geht, sondern die Bestellung durch den G. ausrichten läßt. II. Dagegen ist dem Erfordernis zu 2 genügt, weil die Abweichung zwischen den von dem Erklärenden bestimmten und den tatsächlich benutzten Zugangsmitteln nicht wesentlich ist, 1. wenn F. einen Brief an J. seinem Diener zur Ablieferung an die Post übergibt, während der Diener den Brief persönlich an J. abgeliefert, oder umgekehrt; 2. wenn der Postbote einen Postbrief R.s an L. auf der Straße verliert und ein Unbeteiligter ihn findet und dem L. abgeliefert.

3. Der Zugang der Erklärung an deren Adresse ist rechtswirksam nur, wenn die Adresse die gesetzlich vorgeschriebene ist.

Beispiel. A. hat eine fällige Forderung auf 1000 Mk. gegen den in Konkurs verfallenen B., B. eine fällige Forderung auf 920 Mk. gegen A.; demgemäß meldet A. in B.s Konkurs beim Konkursgericht nur eine Konkursforderung von 80 Mk. an, indem er in der Anmeldebeschriftung erklärt, daß er den Rest seiner Forderung wider B.s Gegenforderung aufrechne. Hier ist die Aufrechnung unwirksam; denn sie durfte nicht an die Adresse des Konkursgerichts, sondern mußte an die Adresse des Konkursverwalters gerichtet werden (388; KonkOrd. 6).⁹

II. Weil eine empfangsbedürftige Willenserklärung erst mit dem Zugange an ihre Adresse wirksam wird, kann sie von dem Erklärenden so lange, als der Zugang noch nicht erfolgt ist, beliebig widerrufen werden. Doch ist der Widerruf gleichfalls empfangsbedürftig und, falls das Gesetz nichts anderes bestimmt, nur gültig, wenn er dem Adressaten spätestens zugleich mit der widerrufenen Erklärung zugeht (130 I).

Beispiel. A. hat dem B. eine schriftliche Kündigung geschickt und sie gleich darauf ebenfalls schriftlich widerrufen. I. A. hat beide Briefe mit der Post geschickt; beide Briefe werden gleichzeitig ausgetragen und zusammen in den Privatbriefkasten B.s gelegt. Hier sind beide dem B. gleichzeitig zugegangen, auch wenn B. zufällig den Kündigungsbrief zuerst aus dem Kasten nimmt oder ihn zuerst liest; die Kündigung ist also gültig widerrufen. II. A. hat beide Briefe durch einen Privatboten geschickt; dieser hat den ersten Brief des Nachts um 11, den zweiten des Morgens um 6 Uhr in den Kasten B.s gesteckt; B. nimmt beide Briefe gleichzeitig um 8 Uhr morgens aus dem Kasten. Hier ist der Widerruf gleichfalls gültig; denn der erste Brief ist, obschon um 11 Uhr nachts bei B. „angekommen“, doch dem B. erst um 8 Uhr morgens „zugegangen“ (s. oben S. 201), also zur selben Zeit wie der zweite Brief. III. A. hat beide Briefe mit der Post geschickt; der Postbote steckt den ersten Brief um 8 Uhr, den zweiten um 11 Uhr vormittags in B.s Briefkasten; B. nimmt beide Briefe um 12 Uhr mittags aus dem Kasten und liest den zweiten Brief zuerst. Hier ist der Widerruf ungültig; denn der zweite Brief ist, obschon B. ihn früher gelesen hat als den ersten, ihm doch später „zugegangen“.

III. Daraus, daß eine empfangsbedürftige Willenserklärung erst mit dem Zugange an ihre Adresse wirksam wird, könnte man folgern, daß sie von selber hinfällig wird, wenn der Erklärende in der Zeit zwischen der Abgabe und dem Zugang der Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird. Doch hat das Gesetz das Gegenteil bestimmt (130 II).

Beispiel. Der schwerkranke A. erklärt trotz des dringenden Abratens seiner Frau brieflich seine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, das B., der minderjährige Sohn der beiden, mit C. abgeschlossen hat; noch bevor der Brief bei C. anlangt, ist A. gestorben. Hier ist die Zustimmung zu dem zwischen B. und C. abgeschlossenen Geschäft gültig erteilt, ob-

9) Abw. RG. 56 S. 364.

schon in dem Augenblick, in dem die Zustimmung wirksam wurde, u. s. Zustimmungsmacht bereits erloschen und statt seiner allein Frau A. zur Erteilung und Verweigerung der Zustimmung befugt war.

S. Der Abschluß von Verträgen.

§ 59 a.

I. Die beiden Willensäußerungen, die durch ihr inhaltliches Zusammenstimmen den Vertragsschluß bilden (oben S. 158, 2 a), werden meistens nicht zur gleichen Zeit, sondern hintereinander abgegeben. Alsdann heißt die zuerst abgegebene Willensäußerung Antrag (Offerte), die zuletzt abgegebene Annahme (Akzeption).

1. Antrag und Annahme müssen beide rechtsgeschäftlicher Natur sein; sie müssen demnach beide erkennbar in rechtsverbindlicher Absicht geäußert werden.

a) Der Antragsteller muß also seinen Antrag erkennbar in der Absicht stellen, den Vertrag durch eben diesen Antrag in Verbindung mit der von der Gegenpartei zu äußernden Annahme rechtswirksam zustande zu bringen, so daß es, sobald die Gegenpartei wirklich angenommen hat, einer Rückäußerung seitens des Antragstellers nicht mehr bedarf.

α) Demgemäß ist von dem echten „Antrage“ zum Vertragsschluß die bloße „Einladung“ zum Vertragsschluß zu unterscheiden, bei der der Einladende lediglich einen unverbindlichen Vorschlag zum Vertragsschluß macht. Denn hier kommt der Vertragsschluß nicht schon dadurch zustande, daß die Gegenpartei ihre Zustimmung zu dem Vorschlage äußert, obschon doch hierdurch festgestellt zu sein scheint, daß beide Parteien über den Vertragsschluß einig sind; sondern es ist von seiten des Einladenden noch eine Rückäußerung nötig, die dahin geht, daß er mit der Zustimmung der Gegenpartei einverstanden ist; unterbleibt diese Rückäußerung, so ist der Vertragsschluß, obschon der Eingeladene gerade das getan hat, wozu der andre ihn einlud, gescheitert. Anders ausgedrückt: bei der Einladung zum Vertragsschluß hat die Rolle des Antragstellers nicht der Einladende, sondern, sofern er der Einladung Folge leistet, der Eingeladene, und der Einladende, der tatsächlich den ersten Anstoß zum Vertragsschluß gegeben hat, nimmt juristisch die Stellung des Antragsempfängers ein.

β) Daß ein Vorschlag zum Vertragsschluß kein echter „Antrag“, sondern eine bloße „Einladung“ ist, kann der Vorschlagende durch die Klauseln „frei-bleibend“, „ohne Verbindlichkeit“ u. dgl. ausdrücklich erklären. Es kann aber auch im Einzelfall so selbstverständlich sein, daß eine derartige Klausel entbehrlich ist, insbesondre dann, wenn der Vorschlag erkennbar an eine so große Anzahl von Personen gerichtet wird, daß eine Annahme seitens sämtlicher Adressaten unmöglich dem Willen des Vorschlagenden entsprechen kann, oder wenn der Vorschlag so unbestimmt gehalten ist, daß der Vorschlagende sich offenbar noch eine spätere Ergänzung vorbehalten hat.

Beispiele. A. bietet dem B. „ein stark stockfleckiges Exemplar der ersten Auflage von Schillers Räubern“ zum Kauf in einer der vier folgenden Arten an. I. Entweder geschieht das Angebot durch Zusendung eines gedruckten Kataloges, in dem u. a. auch jenes Exemplar der Räuber unter Angabe des Preises enthalten ist. II. Oder es geschieht mittels geschriebener Postkarte ohne Preisangabe. III. Oder es geschieht mittels geschriebener Postkarte unter Preisangabe und mit der Klausel „ohne Obligo“. IV. Oder es geschieht mittels geschriebener Postkarte unter Preisangabe ohne die ebengenannte oder eine gleichbedeutende Klausel. Hier liegt ein rechtswirksamer Antrag bloß zu IV vor. Dagegen ist nur eine unverbindliche Einladung vorhanden: zu I, weil A. den gedruckten Katalog offenbar nicht bloß dem B., sondern noch vielen andern zugeschickt hat und unmöglich die Absicht gehabt haben kann, jenes eine zu seiner Verfügung stehende „stark stockfleckige“ Exemplar der Räuber sämtlichen Empfängern seines Kataloges rechtsverbindlich anzubieten; zu II, weil man einen Gegenstand, dessen Preis so schwer zu bestimmen ist, wie der eines defekten seltenen Buchs, niemals ohne eine ausdrückliche Vereinbarung des Preises verkauft; zu III, weil die Klausel „ohne Obligo“ soviel bedeutet wie „freibleibend“.

Das Angebot eines Vertragsschlusses an einen unbestimmten Personenkreis ist, wie das oben zu I genannte Beispiel zeigt, häufig nur eine unverbindliche Einladung. Es kann aber je nach Lage des Falls auch einen verbindlichen Antrag darstellen. Ein Beispiel hierfür bildet die Aufstellung eines Automaten, der gegen Einwurf eines Zehnpennstückes ein Päckchen Schokolade spendet; in dieser Aufstellung liegt nämlich ein verbindlicher Verkaufsantrag, gerichtet an jeden, der ein Zehnpennstück in den Automaten wirft, jedoch durch die Klausel „soweit der Vorrat reicht und der Automat funktioniert“ eingeschränkt (Automatenvertrag).

b) Ingleichen muß der Antragsempfänger seine Annahme erkennbar in der Absicht äußern, den Vertrag durch eben diese Annahme in Verbindung mit dem von der Gegenpartei gestellten Antrage rechtswirksam zustande zu bringen, so daß es einer weiteren Äußerung von keiner der beiden Parteien mehr bedarf. Demgemäß ist von der echten „Annahme“ des Vertragsantrages eine bloße unverbindliche Gutheißung des Antrages zu unterscheiden, die weiter nichts besagen soll, als daß sich der Antragsempfänger zu weiteren Verhandlungen auf der Grundlage des Antrages bereit erklärt.

Beispiele. I. A. bietet sein Haus unter genauer Angabe seiner Bedingungen dem B. brieflich zur Miete an; B., der die Wohnung schon früher mehrfach besichtigt hat, antwortet: „Ich danke Ihnen für Ihr Angebot und gehe gern darauf ein.“ Hier liegt eine echte Annahme des Angebots A.s vor. II. Derselbe Fall; nur hat B. seiner Antwort noch die Worte zugefügt: „Morgen komme ich zu Ihnen und sehe mir die Wohnung noch ein letztes Mal genau an.“ Hier ist eine echte Annahme nicht erklärt, sondern B. will sich den endgültigen Entscheid noch vorbehalten.

2. Antrag und Annahme müssen inhaltlich genau zueinander stimmen. Demnach darf die Annahme dem Antrage gegenüber keine Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen enthalten. Eine Annahme, die von dieser Regel abweicht, soll als Ablehnung des Antrages verbunden mit einem Gegenantrage gelten (150 II); es steht also im Belieben des Antragstellers, ob er die Vertragsverhandlungen als gescheitert ansehen oder ob er durch Zustimmung zu den Abänderungsvorschlägen des Antragsempfängers den Vertrag auf neuer Grundlage zustande bringen will.

Beispiele. I. A. bietet dem B. zum Kauf an 1. seinen Wagen und seine beiden Wagenpferde, jenen für 1000, diese für je 1500 Mk., oder 2. eines seiner beiden Wagenpferde für 1500 Mk. oder 3. sein Reitpferd für 2000 Mk.; B. antwortet sofort, daß er das Angebot an-

nehme, fügt jedoch hinzu, zu 1: „aber nur wegen des Wagens, die Pferde sind mir zu teuer“; zu 2: „und zwar wegen der beiden Pferde zusammen, jedes zu 1500 Mk.“; zu 3: „Sie müssen mir aber das Tier durch Ihren Reitknecht zuführen lassen“; nun hat inzwischen A. auf die Sachen von einem Dritten ein besseres Gebot erhalten; er erwidert deshalb dem B., daß er nicht bloß dessen Abänderungsvorschläge ablehne, sondern daß nunmehr aus dem ganzen Handel nichts würde. Hier ist A. im Recht; denn B. hat ja dadurch, daß er nur verklausuliert annahm, das Angebot A.s abgelehnt. II. C. bestellt bei dem Antiquar D. nach dessen gedrucktem Kataloge zehn verschiedene Bücher zu den im Kataloge genannten Preisen; D. erwidert sofort, daß er das Angebot annehme, fügt jedoch hinzu: entweder 1. „jedoch nur wegen der Nummern 1—6, 8—10 der Bestellung; Nummer 7 ist bereits anderweit verkauft“; oder 2. „zur besseren Ausnutzung des Portos füge ich noch als Nr. 11 Daudets Sappho, nach der Sie neulich fragten, elegant gebunden für nur 12 Mk. bei“; oder 3. „der Transport geschieht auf Ihre Gefahr und Kosten“. Hier liegt überall, obgleich der Sachverhalt anscheinend dem der drei Fälle zu I sehr ähnlich ist, eine gültige Annahme vor. Denn zu 1 ist nicht (wie zu I, 1) ein einheitlicher Antrag (gerichtet auf zehn Bücher), sondern es sind zehn getrennte Anträge (jeder auf je ein Buch gerichtet) gestellt; D. hat also nicht einen Antrag beschränkt, sondern er hat von zehn Anträgen neun unbeschränkt angenommen, was ihm freistand; wollte C. seine Bestellung der zehn Bücher nur als Einheit gelten lassen, so hätte er das dem D. bemerklich machen müssen, während sich in Fall I, 1 die Einheitlichkeit des Verkaufsangebots in Ansehung des Wagens und der beiden Pferde von selbst verstand. Zu 2 war D. sicher nicht der Meinung, daß er die Bestellung der zehn Bücher nur annehme, wenn C. sich auch noch die Zugabe des Daudet gefallen lasse; vielmehr hat er die Bestellung der zehn Bücher unbeschränkt angenommen und rein äußerlich damit einen neuen Antrag wegen des Daudet verbunden. Zu 3 ist der Zusatz anders als die Klausel zu I, 3 einfach selbstverständlich (s. 447, 448), bedeutet also gleichfalls keine Beschränkung der Annahme. III. E. bietet dem F. eine Buchhalterstelle in seinem Geschäft gegen ein Monatsgehalt von 200 Mk. an; F. erwidert, daß er sehr gern annehme, aber ein viel höheres Gehalt beanspruchen müsse; E. erklärt sich nunmehr sofort zur Verdopplung des Gehalts des F. bereit, worauf F. erklärt, daß dies Gehalt zwar seinen Ansprüchen vollauf genüge, er aber trotzdem das Angebot E.s ablehnen müsse, da er inzwischen bereits bei einem Konkurrenten E.s eine Stellung angenommen habe. Hier ist F. im Recht. Denn seine angebliche Annahme des Antrages des E. war wegen der von ihm zugefügten Klausel in Wahrheit eine Ablehnung. Und zwar war sie, anders als in den bisher behandelten Fällen, nicht mit einem Gegenantrage verbunden, so daß es im Belieben E.s gestanden hätte, durch sofortige Annahme dieses Gegenantrages den Vertrag mit F. doch noch zustande zu bringen; denn die Klausel, ich beanspruche ein höheres Gehalt, ist viel zu unbestimmt, um als Gegenantrag gelten zu können.

3. a) Antrag und Annahme sind empfangsbedürftige Willenserklärungen (s. 145, 146 und oben S. 156), werden also nur rechtswirksam, wenn sie ihrer Adresse tatsächlich zugehn. Der Antrag ist vom Antragsteller an die Adresse der Gegenpartei, die Annahme ist von der Gegenpartei an die Adresse des Antragstellers zu richten.

b) Doch erleidet die Regel zu a in Ansehung der Annahme eine wichtige Ausnahme, erstens wenn der Antragsteller auf eine Annahmeerklärung an seine Adresse Verzicht geleistet hat, zweitens wenn er eine solche Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte auch ohne einen derartigen Verzicht gar nicht erwarten kann (151). In diesen beiden Fällen ist es nämlich der Gegenpartei gestattet, die Annahme des Antrages auch „still“ zu äußern (s. oben S. 156). Das will folgendes besagen:

a) Die Gegenpartei muß die Annahme auch in diesen beiden Fällen

„äußern“: es muß also aus ihrem Verhalten hervorgehn, daß sie den ihr angetragenen Vertrag auch ihrerseits rechtsverbindlich zustande bringen will. Demgemäß genügt es durchaus nicht, daß sie sich dem Antrage gegenüber passiv verhält, also etwa den ihr brieflich mitgeteilten Antrag unbeantwortet läßt und auch im übrigen ignoriert; denn dies passive Verhalten kann ebenso gut bedeuten, daß der Antrag gar nicht zu ihrer Kenntnis gekommen ist oder daß sie ihn wieder vergessen hat oder daß sie ihn keiner Beachtung wert hält.

β) Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Äußerung der Annahme durch eine Willenserklärung (oben S. 156), geschieht geschweige denn, daß diese Erklärung gerade an den Antragsteller gerichtet ist und tatsächlich dem Antragsteller zugeht. Es ist also sehr wohl möglich, daß der Antragsteller nicht nur nichts von der Annahme erfährt, sondern daß die Gegenpartei ihm nicht einmal die Gelegenheit dazu bietet, die Annahme zu erfahren.

c) Eine fernere Ausnahme gilt in Ansehung der Annahme, wenn ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet wird, ohne daß beide Parteien gleichzeitig anwesend sind: hier wird, falls nichts anderes bestimmt ist, die Annahme sofort wirksam, sobald ihre Beurkundung vollzogen ist, während es darauf, ob und wann sie dem Antragsteller zugeht, nicht ankommt (152).¹

Beispiele. I. A. hat, um rasch zu Geld zu kommen, dem B. brieflich Wertpapiere zum Kauf weit unter ihrem wahren Wert angeboten; doch ist A.'s Brief bei B. nicht angekommen; indes hat B. durch einen gemeinsamen Bekannten von A.'s Antrag Kenntnis erlangt und sofort telegraphisch die Annahme erklärt; A. antwortet aber, daß er das nötige Geld inzwischen von anderer Seite erhalten habe und seinen Verkaufsantrag zurücknehme. Hier ist A. im Recht; denn ein Vertrag zwischen ihm und B. ist nicht zustande gekommen, da sein Antrag dem B. nie zugegangen und also auch nie rechtswirksam geworden ist. II. C. sendet dem D., ohne daß dieser es bestellt hatte, ein Los zum Ankauf zu, erhält aber wochenlang keine Antwort; es ist also unsicher, ob D. den Antrag angenommen hat oder nicht. 1. Der Regel nach ist diese Unsicherheit für C. juristisch ohne Belang; denn es steht ja fest, daß, wenn D. etwa angenommen haben sollte, diese Annahme unwirksam sein würde, da ja nur eine Annahme gilt, die dem C. zugegangen ist; C. hat also wegen des Loses freie Hand. 2. Ganz anders, wenn C. so unvorsichtig gewesen ist, seiner Sendung die Klausel beizufügen: „Antwort nur nötig, wenn Sie das Los nicht behalten wollen“; denn dann kann der Nichteingang einer Antwort des D. ebenfогut eine gültige Annahme wie eine Nichtannahme des Antrages bedeuten. Ob das eine oder das andre der Fall, hängt von Umständen ab, die dem C. zunächst gänzlich unbekannt sind, so daß er durchaus nicht weiß, ob er wegen des Loses gebunden ist oder nicht. a) Er ist z. B. gebunden, wenn D. ihm die Annahme des Loses brieflich mitgeteilt hat, der Brief aber auf der Post verloren gegangen ist oder wenn D. das Los in dem ordentlich geführten Verzeichnis seiner Wertpapiere eingetragen hat; denn in diesen Fällen hat D. seinen Annahmewillen, wenn schon nicht dem C. erklärt, so doch anderweit deutlich geäußert, und das genügt. b) Dagegen ist er nicht gebunden, wenn D. in Ansehung des Loses weiter nichts getan hat, als daß er es in Verwahrung nahm; denn die Verwahrung konnte ebenfогut in dem Interesse des C. wie in seinem eignen Interesse geschehn sein, enthielt also keine unzweideutige Äußerung des Annahmewillens. Dasselbe ist der Fall, wenn etwa D. seinem Bruder E. gesprächsweise von dem Lose erzählt und dabei gesagt hätte: „ich bin entschlossen, das Los zu behalten“; denn eine solche gelegentliche Bemerkung gegenüber einem Unbeteiligten genügt gleichfalls nicht um festzustellen, daß D.'s Entschluß ein endgültiger, rechtsgeschäftlicher gewesen ist.

1) Siehe RG. 49 S. 127.

III. F. schickt dem G. mit der Post eine Partie Bücher zum Einbinden zu, erhält aber von G. keine Antwort. Hier ist er, gerade wie G. im Fall II, 2, im unklaren, ob G. angenommen hat oder nicht; denn er kann nach der Verkehrssitte in einem Fall wie diesem eine Annahmeerklärung G.'s an seine Adresse nicht erwarten. 1. Beispielsweise ist der Antrag F.'s angenommen, wenn G. die Bücher sofort in Arbeit genommen hat. 2. Umgekehrt ist er nicht angenommen, wenn G., weil mit andern Arbeiten überhäuft, das Paket F.'s uneröffnet auf den Boden geschafft hat. IV. H. bietet sein Haus dem J. zum Kauf an, läßt das Angebot vom Notar K. beurkunden und sendet die Urkunde dem J. zu; J. begibt sich sofort zu dem Notar L., läßt von diesem beurkunden, daß er H.'s Antrag annimmt und schickt beide Urkunden an H.; die Urkunden gehn unterwegs verloren. Hier ist der Kaufvertrag zustande gekommen, obschon die Annahmeerklärung J.'s dem H. nie zugegangen ist.

4. a) Der Antragsempfänger muß die Annahme innerhalb bestimmter Frist äußern. Der Antragsteller kann diese Frist in seinem Antrage beliebig lang oder beliebig kurz festsetzen (148, 151). Fehlt eine solche Festsetzung, so ist zu unterscheiden wie folgt:

α) Die Annahme mittels empfangsbedürftiger Willenserklärung.

αα) Ist der Antrag einem Anwesenden gemacht, so muß die Annahme sofort geschehn; der anwesende Antragsempfänger soll also keine Zeit haben, sich seine Antwort erst zu überlegen. Als anwesend gilt der Antragsempfänger auch dann, wenn ihm der Antrag von Person zu Person durch den Fernsprecher zugeht (147 I).

ββ) Ist der Antrag einem Abwesenden gemacht, so muß die Annahme bis zu dem Zeitpunkt geschehn, in dem der Antragsteller den Eingang der Antwort unter regelmäßigen² Umständen erwarten darf (147 II). Es ist also weder erforderlich noch genügend, daß der Antragsempfänger die Annahmeerklärung an den Antragsteller „sogleich“ absendet. Es ist nicht erforderlich: denn zu den „regelmäßigen Umständen“, von denen das Gesetz spricht, gehört es, daß der Antragsempfänger den Antrag erst prüft, ehe er ihn annimmt; zwischen dem Empfang des Antrages und die Absendung der Annahmeerklärung ist also eine mäßige Überlegungsfrist einzuschieben. Es ist nicht genügend: denn nicht darauf, wann die Annahmeerklärung von dem Antragsempfänger abgesendet wird, sondern nur darauf, wann sie beim Antragsteller eintrifft, kommt es an, und auch eine sogleich abgesendete Annahmeerklärung kann beim Antragsteller verspätet eintreffen, sei es, daß die Annahmeerklärung auf der Reise zum Antragsteller eine Verzögerung erleidet, die den regelmäßigen Umständen nicht entspricht, sei es, daß die Annahmeerklärung selber ohne Verzug reist, aber bereits der Antrag auf der Reise zum Antragsempfänger eine außergewöhnliche Verzögerung erfahren hatte.

β) Die Annahme mittels stiller Willensäußerung muß binnen einer Frist erfolgen, die „nach den Umständen“ zu bestimmen ist (151). Darauf, ob der Antrag einem Anwesenden oder einem Abwesenden gemacht wurde, kommt es in diesem Fall nicht an.

Beispiele. I. 1. A. bietet seinem mit ihm im selben Hause wohnenden Mieter B. eine

2) R. 59 S. 299.

Verlängerung seines demnächst ablaufenden Mietvertrages um ein Jahr an. a) A. stellt den Antrag in Anwesenheit B.s, indem er den B. in dessen Wohnung aussucht; B. ist sichtlich erfreut über A.s Angebot; trotzdem holt er zunächst den alten Mietkontrakt, wirft einen Blick hinein und sagt erst nach einer Minute: „ich nehme an“; darauf erwidert aber A., der aus B.s Benehmen ersehen hat, wie viel diesem an der Verlängerung des Vertrages lag: „wir müssen aber an dem Vertrage einiges ändern; namentlich muß ich den Mietzins um 300 Mk. steigern.“ Hier ist A. zu dieser nachträglichen Abänderung seines Antrages wohl befugt; denn B. hat ja den ursprünglichen Antrag A.s nicht „sofort“ angenommen. b) A. stellt den Antrag in Abwesenheit B.s, indem er ihm den Antrag brieflich durch die Post zusendet; in dem Hause A.s werden Postbriefe täglich viermal bestellt, um 8 und 11 Uhr vor-, um 3 und 7 Uhr nachmittags; da der Brief von A. eines Samstags um 4 Uhr nachmittags abgeschickt ist, trifft er bei B. am selben Tage um 7 Uhr ein. Hier kann B. seine Antwort nach der Verkehrssitte gleichfalls mit der Post schicken und braucht den Brief nicht schon am nämlichen Tage, weil es dazu zu spät ist, und auch nicht am folgenden Tage, weil dieser ein Sonntag ist, sondern erst am folgenden Montag Vormittag derart abzusenden, daß er an diesem Tage um 3 Uhr nachmittags bei A. eintrifft; A. muß also auf die Antwort B.s fast 48 Stunden warten, und B. hat eine Überlegungsfrist von etwa 40 Stunden. d) Derselbe Fall wie zu b; nur ist durch ein Versähen des Postboten der Brief A.s bei B. erst am Montag um 11 Uhr abgeliefert. Hier wird die Annahmefrist für B., obschon er an der Verzögerung unschuldig, nicht verlängert, sondern B. muß dafür sorgen, daß A. die Antwort gerade zu derselben Zeit erhält wie zu b; er wird also gut daran tun, wenn er seinen Annahmefrist dem A. nicht mit der Post zuschickt, sondern ihn noch am Montage vor 3 Uhr nachmittags persönlich oder durch einen zuverlässigen Privatboten bei A. abliefern. e) Derselbe Fall wie zu b; nur erhält B. den Antrag A.s erst Montag um 7 Uhr abends. Hier ist dem B. eine rechtzeitige Annahme des Antrages von Anfang an unmöglich.

2. a) E. fragt bei D. an, ob dieser ihm nicht ein Bild, das er ihm seit einiger Zeit leihweise überlassen, verkaufen wolle; D. antwortet: „selbstverständlich; der Preis beträgt 300 Mk.; wenn Sie mir nicht abschreiben, nehme ich an, daß Sie hierauf eingehn.“ Hier kann E. die in diesem Fall zulässige „stille“ Annahme beliebig spät äußern; die Annahmefrist wird erst ablaufen, wenn D. ihn nachträglich zu einer Äußerung auffordert. b) Anders in dem oben S. 207 erwähnten Fall der Zusendung eines unbestellten Loses. Hier wird die Annahmefrist spätestens am Tage der Blehung des Loses ablaufen.³ II. E. bietet dem F. brieflich einen Schmuck für 8000 Mk. zum Ankauf an und fügt hinzu, entweder 1. „ich halte mich an dies Gebot sechs Wochen lang gebunden“, oder 2. „Drahtantwort erbeten“. Hier ist die Annahmefrist zu 1. auf sechs Wochen verlängert, zu 2. auf soviel Stunden verkürzt, als die Beförderung des Antragsbriefes von E. an F. und des Antworttelegramms von F. an E. regelmäßig in Anspruch nimmt.

b) Ist eine dem Antragsteller erst nach Ablauf der Annahmefrist zugegangene Annahmeerklärung von dem Antragsempfänger derart abgesendet worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung dem Antragsteller rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der Antragsteller dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Antragsempfänger spätestens unverzüglich nach dem Empfang der Erklärung anzuzeigen. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet. Die Annahmefrist wird also in diesem Fall nachträglich bis zum Eingang der Annahmeerklärung verlängert (149).

Beispiel siehe unten hinter c.

c) Hat der Antragsempfänger die Annahme des Antrages nicht binnen

3) Siehe RG. 50 S. 193, 59 S. 298.

der (ursprünglichen oder gemäß der Regel zu b nachträglich verlängerten) Annahmefrist rechtswirksam geäußert, so ist der Antrag erloschen, d. h. er hat seine Annahmefähigkeit verloren. Eine Annahme nach Ablauf der Annahmefrist bringt also den Vertrag nicht zustande. Auch ist der Antragsteller, wenn man von dem bereits zu b besprochenen Ausnahmefall absieht, keineswegs gehalten, die Verspätung dem Antragsempfänger mitzuteilen oder gar die verspätete Annahme ausdrücklich zurückzuweisen oder seinen Antrag zurückzunehmen, sondern er kann die verspätete Annahmeerklärung völlig ignorieren. Trotzdem ist diese Annahmeerklärung nicht gänzlich unwirksam, sondern gilt als ein neuer Antrag des Antragsempfängers an den Antragsteller. Es steht also im Belieben des letzteren, auf die verspätete Annahme einzugehen und damit den Vertrag zustande zu bringen.

Beispiel. A. in Bromberg trägt dem B. in Hof durch zwei Depeschen, die er Montag Vormittag bald hintereinander aufgibt, zwei verschiedene Spekulationsgeschäfte an und schreibt in beiden Depeschen umgehende Drahtantwort vor; B. antwortet auch auf beide Depeschen sofort nach Empfang telegraphisch, daß er annehme; trotzdem erhält A. die Antwortdepeschen B.'s erst Dienstag Nachmittag; der Grund ist, daß B. die Depesche I A.'s verspätet erst Dienstag Mittag erhielt, während ihm die Depesche II A.'s rechtzeitig Montag Mittag zuging, aber seine eigne Antwortdepesche in Bromberg verspätet eintraf; die Zeit, wann B. seine Antwortdepeschen in Hof aufgab, ist aus diesen Depeschen zu ersehen. Hier braucht A. keine dieser Annahmeerklärungen B.'s gelten zu lassen; denn verspätet sind sie alle beide. Wenn er will, kann er aber auch alle beide Annahmeerklärungen trotz ihrer Verspätung als rechtswirksam behandeln. A. muß aber, wenn er sich auf den ersten Standpunkt stellen will, die Verspätung der Annahme seiner Depesche II dem B. unverzüglich anzeigen; umgekehrt muß er, wenn er den zweiten Standpunkt einnehmen will, die Annahme seiner Depesche I binnen der hierfür laufenden neuen Annahmefrist positiv genehmigen. Tut er keins von beiden, so ist der Vertragschluß auf Grund der Depesche II zustande gekommen, auf Grund der Depesche I gescheitert.

5. In gewissen Fällen erlischt der Antrag schon vor Ablauf der Annahmefrist.

a) Der Hauptfall ist der, daß der Antragsempfänger den Antrag noch während des Laufs der Annahmefrist ablehnt: ein einmal abgelehnter Antrag kann nicht mehr rechtswirksam angenommen werden; die Ablehnung geschieht durch empfangsbedürftige Willenserklärung des Antragsempfängers an die Adresse des Antragstellers (146).

Beispiel. I. A. telegraphiert am 1. Oktober an B.: „offerierte 10000 Doppelzentner prima Weizenmehl 1% unter Börsenpreis, Antwort bis 5. Oktober“; B. depeschirt am 2. Oktober zurück: „nehme 1 1/2 % unter Börsenpreis an“; A. antwortet sofort: „Preisreduktion unmöglich“; darauf telegraphiert B. am 4. Oktober: „angenommen 1% unter Börsenpreis“; A. erwidert aber: „verkaufe jetzt nur zu Börsenpreis.“ Hier ist A. zu dieser nachträglichen Änderung seines Antrages vom 1. Oktober wohl befugt, obschon B. den Antrag noch innerhalb der Annahmefrist unbedingt angenommen hat; denn dadurch, daß B. der unbedingten Annahme eine bedingte hat vorausgehen lassen, hat er den Antrag A.'s abgelehnt (oben S. 205, 2) und damit das Recht auf die nachträgliche unbedingte Annahme verloren. II. Anders wäre zu entscheiden, wenn das erste Telegramm B.'s gelautet hätte: „möchte nicht mehr als 1 1/2 % unter Börsenpreis zahlen; Antwort bis 4. Oktober“; denn alsdann hätte B. den Antrag A.'s nicht bedingt angenommen, sondern sich unter Stellung eines Gegenantrages die Annahme oder Ablehnung vorbehalten.

b) Ein zweiter Fall ist der, daß der Antragsteller während des Laufs der Annahmefrist, aber noch vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird; doch erlischt der Antrag in diesem Fall nicht unbedingt, sondern nur wenn dies erkennbar dem Willen des Antragstellers entspricht (153). Daselbe wird gelten, wenn in dieser Zeit der Antragsempfänger stirbt oder geschäftsunfähig wird.⁴

Beispiele. I. 1. A., ein alter Theaterfreund, hat seit Jahren auf einen Eckplatz im Parkett des Stadttheaters abonniert; kurz vor Beginn der Saison 08 beantragt er die Erneuerung des Abonnements, stirbt aber, noch ehe das Theater die Annahme der Bestellung erklärt hat; sein Erbe ist ein entfernter Verwandter. Hier ist der Antrag A.s mit seinem Tode erloschen. 2. Derselbe Fall; nur wird das Abonnement nicht von A. beantragt, sondern ihm von dem Theater angeboten; vor oder gleich nach Eingang des Angebots stirbt A. Hier ist die Entscheidung dieselbe wie zu I. II. Kaufmann B. stirbt, während für einige von ihm gestellte und an ihn gerichtete geschäftliche Anträge die Annahmefrist noch läuft; sein Geschäft geht auf seinen Sohn über. Hier werden alle diese Anträge auch nach B.s Tode in Kraft bleiben.

6. a) Als empfangsbedürftige Willenserklärung kann der Antrag vom Antragsteller, die Ablehnung und regelmäßig auch die Annahme des Antrages vom Antragsempfänger so lange frei widerrufen werden, als sie der Gegenpartei noch nicht zugegangen sind, vorausgesetzt, daß es dem Widerrufenden gelingt, den Widerruf der Gegenpartei spätestens zugleich mit der widerrufenen Erklärung zugehen zu lassen (oben S. 203 II). Ein späterer Widerruf ist unzulässig, es sei denn, daß der Antragsteller das Recht eines solchen nachträglichen Widerrufs sich besonders vorbehalten oder dem Antragsempfänger besonders eingeräumt hat.

Beispiel. A. möchte einen Antrag, den er vor einer Viertelstunde telegraphisch an B. gestellt, widerrufen. Hier wird er den Widerruf dem B. durch dringendes Telegramm oder vielleicht auch telephonisch übermitteln müssen, wenn er irgendwie Aussicht haben will, daß der Widerruf wirksam sein soll.

Ein Antrag, den jemand unter Vorbehalt des Widerrufs stellt, steht einer unverbindlichen Einladung zum Vertragsschluß nahe. Der Unterschied ist aber, daß der widerrufliche Antrag so lange verbindlich ist, als der Antragsteller ihn nicht widerruft, während eine bloße Einladung zum Vertragsschluß erst dann verbindlich wird, wenn der Antragsteller sie nochmals positiv bestätigt. Auch erlischt das Widerrufsrecht im Zweifel, sobald die Gegenpartei ihre Annahmeerklärung abgesendet hat.

b) Anders steht es mit der durch stille Willensäußerung erfolgenden Annahme: sie ist, sobald sie einmal geschehn, sofort unwiderruflich, es sei denn, daß der Antragsteller dem Antragsempfänger ein Widerrufsrecht besonders zustanden hat.

Beispiel. A. hat dem B. eine Kiste Zigarren zum Preise von 12 Mk. unbestellt mit dem Bemerkn zugesandt, daß eine Antwort nur nötig sei, wenn B. die Kiste nicht behalten wolle; B. nimmt die Kiste „still“ an, indem er sie dem C. schenkt; nachträglich hört er, daß die Zigarren nicht preiswert seien, läßt sich die Kiste von C. zurückgeben und stellt sie dem A. zur Verfügung. Hier ist B. im Unrecht; er kann die einmal still erklärte Annahme nicht wieder rückgängig machen.

4) Abw. Pland Anm. 2 zu § 153, Örtmann Anm. 5 zu § 153.

7. Zwei Sonderregeln gelten, wenn ein Vertragsschluß im Wege der Versteigerung vonstatten gehn soll (156).

a) Darin, daß jemand eine Versteigerung veranstaltet, liegt eine unverbindliche Einladung an das die Versteigerung besuchende Publikum, gewisse Gebote zu machen. Dagegen liegt darin, daß jemand dieser Einladung Folge leistet und ein Gebot tatsächlich abgibt, ein rechtsverbindlicher Antrag zum Vertragsschluß, den der Unternehmer der Versteigerung nach Belieben durch Erteilung des Zuschlages annehmen oder durch Verweigerung des Zuschlages ablehnen kann. Sobald der Zuschlag erteilt ist, ist der Vertrag zustande gekommen.

b) Jedes in der Versteigerung abgegebene Gebot verliert seine verbindliche Kraft, sobald ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlages geschlossen wird.

Beispiel. Bei einer großen Auktion wird zuerst eine Jardiniere ausgebaut; es geben aber nur A. und B. Gebote ab: jener fängt mit 10 Mk. an; alsdann überbietet ihn B. mit 15 Mk.; schließlich bleibt A. mit 20 Mk. Höchstbietender. Hier ist B. endgültig befreit. Dagegen ist A. einstweilen gebunden. Der Auktionator kann diese einstweilige Bindung A.s zu einer endgültigen machen, indem er ihm den Zuschlag erteilt. Er kann aber auch nach Belieben die Bindung A.s aufheben, indem er sein Gebot zurückweist oder die Versteigerung ohne Zuschlag beendet, z. B. dadurch, daß er die Jardiniere aus der Auktion zurückzieht. Endlich kann er die Bindung A.s auch als eine einstweilige fort dauern lassen, indem er, ohne A. freizugeben, auf bessere Gebote wartet; doch muß er zu diesem Zweck die Versteigerung der Jardiniere ununterbrochen fortsetzen, d. h. sich fortgesetzt zur Annahme von Geboten auf die Jardiniere bereithalten; er darf also nicht einmal eine Mittagspause machen; denn sobald er die Versteigerung unterbricht, wird A. befreit.

II. Seltener als der Vertragsschluß durch aufeinanderfolgende Willensäußerungen der beiden Vertragsparteien ist der Vertragsschluß durch Willensäußerungen, die die beiden Vertragsparteien zur gleichen Zeit abgeben. Bei einem derartigen simultanen Vertragsschluß ist jede dieser Äußerungen sowohl als Antrag wie als Annahme des Gegenantrages aufzufassen.

Beispiel. A. und B. verhandeln durch den Makler C. miteinander über den Abschluß eines Mietvertrages; schließlich setzt C. einen schriftlichen Vertragsentwurf in zwei Exemplaren auf, ruft beide Parteien zusammen und läßt zur selben Zeit jede Partei je eines der Exemplare unterschreiben.

Daraus, daß bei gleichzeitiger Abgabe der beiderseitigen Willensäußerungen jede Äußerung als Antrag und als Annahme des Gegenantrages aufzufassen ist, folgt, daß, wenn zwei Personen zufällig zu gleicher Zeit einander übereinstimmende Vertragsanträge zusenden, ein Vertragsschluß erst dadurch zustande kommt, daß eine der Parteien den Antrag der andern Partei annimmt. Denn solange dies nicht geschieht, stehen die beiden Anträge nur äußerlich nebeneinander und greifen nicht, wie es für einen Vertragsschluß nötig, ineinander ein.⁵

⁵) Endemann 1 S. 319⁵; Örtmann, Vorbemerkung 2b vor § 145; abw. Crome 1 S. 396².

9. Formfreiheit und Formzwang.

a) Allgemeines.

§ 60.

I. 1. Leitender Grundsatz ist, daß die Rechtsgeschäfte, sie mögen noch so verwickelten Inhalts sein und noch so wichtige Rechtsfolgen haben, formfrei vorgenommen werden können. Das will besagen: die Parteien, die ein Rechtsgeschäft vornehmen, sind in der Wahl der Mittel, durch die sie ihren rechtsgeschäftlichen Willen äußern, frei. Es ist völlig genügend, wenn die Willensäußerung, die sie abgeben, deutlich ist; in welcher Art sie dies Ziel erreichen, steht in ihrem Belieben.

2. Demnach ist es zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts grundsätzlich nicht erforderlich, daß das Geschäft irgendwie beurkundet oder daß es vor Zeugen vorgenommen wird. Ebenjowenig ist es nötig, daß die Parteien, die das Geschäft vornehmen, sich bestimmter Formeln oder Ausdrücke bedienen. Ja die Parteien können ihren rechtsgeschäftlichen Willen sogar gänzlich ohne Worte äußern, sei es durch irgendeine Zeichensprache, sei es durch sogenannte konkludente Handlungen.

Beispiele. I. A. hat an den minderjährigen B. ein Rittergut verkauft und geht nun zu C., dem Vater B.s, um dessen Zustimmung zu erbitten; C. hört die Bitte A.s schweigend an und antwortet nur mit einem Kopfnicken. Hier ist die Einwilligung des C. gültig erteilt, auch wenn über den Kauf selbst zwischen A. und B. ein notarieller Vertrag mit dreißig weitläufigen und schwierigen Paragraphen aufgesetzt ist und der Kaufpreis, den B. zu entrichten hat, eine Million Mark beträgt. Denn die Einwilligung eines Vaters in die Verträge seines minderjährigen Kindes bedarf keiner Form (182 II). II. Der Zigarrenhändler D. sieht, während er sich mit seinem Kunden E. unterhält, wie ein anderer Kunde F. schweigend in seinen Laden tritt, aus einer auf dem Ladentisch stehenden Kiste 10 Zigarren entnimmt, ein Markstück danebenlegt und den Laden wieder verläßt, ohne daß D. deshalb seine Unterhaltung mit E. unterbricht. Hier ist ein gültiger Kaufvertrag zwischen D. und F. zustande gekommen, obschon die Parteien nicht nur keine Worte miteinander gesprochen, sondern sich nicht einmal Zeichen gegeben haben.

II. Der Grundsatz der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte erleidet aber sehr wesentliche Ausnahmen: zahlreiche Rechtsgeschäfte unterliegen einem mehr oder minder schweren gesetzlichen Formzwang.

1. a) Der gesetzliche Formzwang tritt der Regel nach mit allergrößter Strenge auf: ist für ein Rechtsgeschäft ein gesetzlicher Formzwang eingeführt, so ist das Geschäft, wenn es den vorgeschriebenen Formen nicht genügt, für immer nichtig (125 Satz 1). So selbst dann, wenn der Formfehler, um den es sich handelt, anscheinend keine erhebliche Bedeutung hat und es wider Treu und Glauben verstößt, daß eine Partei um eines solchen geringen Formfehlers willen das Geschäft nicht gelten lassen will: der Formalismus der Rechtsgeschäfte fragt nicht nach Treu und Glauben!

Beispiele. I. Der in Plön wohnhafte A. hat ebenda am 1. Mai 1908 ein Privat testament errichtet, das mit den lithographierten Worten: „Plön, den“ beginnt, im übrigen aber von A. eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist; eine andre Ortsangabe als das lithographierte „Plön“ ist in dem Testament nicht enthalten. Hier ist das Testament nichtig; denn das Gesetz schreibt vor, daß ein Privat testament „unter Angabe des Ortes und Tages“ eigenhändig geschrieben sein muß (2231 Nr. 2); es fordert also nicht bloß, daß das Testament den Ort und den Tag seiner Errichtung angibt, sondern auch, daß diese Angabe eigenhändig geschieht; demnach genügt die lithographierte Ortsangabe „Plön“ nicht, und die Folge dieses minimalen Formmangels ist die Nichtigkeit des ganzen Testaments. Und zwar ist die Nichtigkeit unheilbar. Wenn also A., auf seinen Formverstoß aufmerksam gemacht, am 1. Mai 1909 das lithographierte Wort „Plön“ austreicht und durch das eigenhändig geschriebene Wort „Plön“ ersetzt, so ist dies nicht als Verbesserung des alten, sondern als Errichtung eines neuen Testaments aufzufassen; daraus ergibt sich, daß nach der Praxis des Reichsgerichts¹ das Testament durch die nachträgliche Änderung nur gültig wird, wenn A. sich am 1. Mai 1909 wirklich noch in Plön befand und wenn er zugleich im Datum des Testaments die Jahreszahl 1908 in 1909 berichtigt. II. B. hat seiner Braut C. privatim zugesagt, daß sie als Ehefrau ihr Vermögen selbständig verwalten und nutzen solle, und dabei wiederholt erklärt, die entgegengesetzte Regel des BGB., die die Verwaltung und Nutzung des Frauenguts dem Manne zuspreche, sei eine Nothet gegen die Frau; kein anständiger Ehemann würde sich auf diese Regel berufen; kaum hat aber B. die C. geheiratet, so ist er roh genug, die Verwaltung und Nutzung des Vermögens der C. tatsächlich für sich in Anspruch zu nehmen. Hier ist B. vollkommen im Recht; freilich bricht er durch sein Verlangen die der C. gegebene Zusage; das macht aber nichts aus; denn seine Zusage hätte vor Gericht oder Notar abgegeben werden müssen (1434), ist also, da sie nur privatim abgegeben worden ist, nichtig.

b) Neben dem strengen Formzwang, wie er zu a) geschildert ist, gibt es aber auch einen gesetzlichen Formzwang milderer Art.

α) Es gibt Formvorschriften, die über ein ihrem Formalismus nicht genügendes Rechtsgeschäft nicht die Nichtigkeit für immer, sondern nur eine heilbare Nichtigkeit verhängen.

β) Es gibt Formvorschriften, die ein solches Rechtsgeschäft überhaupt nicht für nichtig erklären, sondern sich damit begnügen, seine Wirksamkeit irgendwie abzuschwächen.

γ) Es gibt Formvorschriften, die die Wirksamkeit eines solchen Rechtsgeschäfts gänzlich unangetastet lassen und sich in anderer Art, insbesondre durch Androhung von Strafen, Geltung zu schaffen suchen.

Beispiele. I. 1. Ein Schenkungsversprechen ist gerichtlich oder notariell zu beurkunden. Ein nicht in dieser Art beurkundetes Schenkungsversprechen ist aber nicht nichtig für immer, sondern seine Nichtigkeit wird geheilt, wenn der Schenker das Versprechen tatsächlich erfüllt (518). 2. Die Ehe ist vor einem Standesbeamten zu schließen. Eine in Abwesenheit des Standesbeamten geschlossene Ehe ist aber nicht nichtig für immer, sondern ihre Nichtigkeit wird geheilt, wenn die Ehe in das Heiratsregister eingetragen wird und die vermeintlichen Ehegatten 10 Jahre lang wie wirkliche Ehegatten miteinander leben (1324). II. Ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen ist, bedarf der schriftlichen Form. Ein mündlich abgeschlossener Mietvertrag dieser Art ist aber nicht nichtig, sondern gilt als für unbestimmte Zeit geschlossen mit der Maßgabe, daß die Kündigung für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres unzulässig ist (566). III. 1. Die Ehe ist in Gegenwart zweier Zeugen zu schließen. Eine ohne Zeugen geschlossene Ehe ist aber gerade so gültig wie eine vor Zeugen geschlossene; die Formvorschrift hat also

1) RG. 51 S. 167.

nur den Sinn, daß der Standesbeamte bei einer Eheschließung ohne Zeugen nicht mitwirken soll und, wenn er es doch tut, disziplinar bestraft wird (1318, 1323, 1324). 2. Gewisse Erklärungen eines Nacherben sind auf Verlangen des Vorerben öffentlich zu beglaubigen. Eine derartige Erklärung ist aber, wenn der Nacherbe sie trotz des Verlangens des Vorerben nicht beglaubigen läßt, gerade so gültig, wie wenn sie die Beglaubigung erhalten hat; die Formvorschrift hat also nur den Sinn, daß der Vorerbe den Nacherben im Prozeßwege zwingen kann, seine Erklärung beglaubigen zu lassen (§. 2120).

2. a) Ist die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts kraft Gesetzes von der Beobachtung einer Form abhängig, so erstreckt sich der Formzwang auf das Rechtsgeschäft als Ganzes. Es genügt also keineswegs, daß die Parteien, die das Geschäft vornehmen, nur irgendein einzelnes Stück ihrer darauf bezüglichen Willensäußerungen formalisieren. Der Formalismus muß vielmehr die Gesamtheit der für die Wirkung des Geschäfts maßgebenden Willensäußerungen der Parteien mit Einschluß selbst der unwichtigsten Nebenbestimmungen umfassen und muß eine jede dieser Äußerungen vollständig zum Ausdruck bringen.² Und zwar ist, wenn ein Rechtsgeschäft dieser Regel entgegen nur zu einem Teil formalisiert ist, einem schon früher erörterten Grundsatz (oben S. 167) zufolge nicht etwa bloß der formlose Teil, sondern das ganze Rechtsgeschäft unwirksam, es sei denn, daß anzunehmen ist, die Parteien würden das Geschäft auch ohne den unwirksamen Teil gewollt haben (139).³

Beispiele. I. A. verkauft sein Rittergut Maliau mündlich an B. zum Preise von 300 Mk. für den A. und übernimmt dabei die Gewähr dafür, daß das Gut mindestens 30 Hektar Rübenboden enthalte; auch gestattet er dem B., den Kaufpreis statt in bar in deutschen Staatspapieren zu entrichten; endlich macht er mit B. aus, daß dieser ihm auf Verlangen auch sein Reitpferd für 1000 Mk. abnehmen müsse; als der Kaufvertrag über das Grundstück später, wie das Gesetz (313) es vorschreibt, gerichtlich oder notariell beurkundet wird, wird eine dieser drei Abreden in die Urkunde nicht mit aufgenommen, weil die Parteien glauben, die Abrede bedürfe der Beurkundung nicht. 1. Erster Fall: die Abrede über die Größe des Rübenbodens ist nicht mit beurkundet. Hier ist diese Abrede wegen Formmangels nichtig; denn sie ist für den Umfang und Inhalt der Verpflichtungen des Verkäufers und der Rechte des Käufers offensichtlich sehr erheblich, bildet also ein wesentliches Stück des Kaufvertrages. Und die Nichtigkeit dieser einen Abrede macht den ganzen Kaufvertrag nichtig; denn es ist keineswegs sicher, daß B. das Gut ohne die Garantie A.s gekauft haben würde. 2. Zweiter Fall: die Abrede über die Entrichtung des Kaufpreises in Staatspapiere ist nicht mit beurkundet. Hier ist diese Abrede wegen Formmangels gleichfalls nichtig⁴; denn auch sie beeinflusst, wennschon in sehr geringem Maß, die Rechte und die Pflichten der Parteien aus dem Grundstückskauf; es ist eben nicht ganz dasselbe, ob A. sein Gut dem B. nur gegen Zahlung baren Geldes oder ob er es ihm auch gegen Hingabe von Staatspapieren lassen muß; auch sie war also mit zu beurkunden. Doch folgt aus der Nichtigkeit dieser Abrede, anders als zu 1., nicht die Nichtigkeit des ganzen Kaufvertrages; denn es ist anzunehmen, daß B. den Kauf auch dann abgeschlossen haben würde, wenn A. die Entrichtung des Kaufpreises in Staatspapieren von vornherein zurückgewiesen haben würde. 3. Dritter Fall: die Abrede über den Pferdekauf ist nicht mit beurkundet. Hier ist diese Abrede trotz des Mangels der Form gültig und demgemäß auch die Gültigkeit des Grundstückskaufs nicht in Frage gestellt. Denn man muß entweder von vornherein annehmen, daß die Rechte und die Pflichten der Parteien aus dem Grundstückskauf von ihren Rechten und Pflichten aus dem Pferdekauf völlig unabhängig sind, oder man muß, wenn man eine Ab-

2) RG. 52 S. 1; 57 S. 263; 56 S. 50; 62 S. 172, 382; 65 S. 48.

3) RG. 56 S. 50.

4) Abw. unsre 4. Aufl. S. 189.

hängigkeit des Grundstückskaufs von dem Pferdekauf annimmt, sie auf dem Umwege einer Umdeutung des kombinierten Grundstücks- und Pferdekaufs in zwei getrennte Geschäfte, von denen der eine nur dem Gut, der andre nur dem Pferde gilt (140), eliminieren. II. 1. E. hat mündlich die Bürgschaft für eine Darlehensschuld des D. gegenüber dem G. in Höhe von 3000 Mk. übernommen und, da das Gesetz hierfür die Schriftform vorschreibt (766), nachträglich einen Schein ausgestellt, dessen Text lautet: „Hiermit leiste ich für D. bis zum Betrage von 3000 Mk. Bürgschaft.“ Hier ist die Bürgschaft nichtig; denn der Bürgschaftsschein gibt die Bürgschaftserklärung E.s nur unvollständig wieder, weil er den Namen des Gläubigers nicht nennt. 2. F. hat einen ihm gehörigen Laden, der schon bisher vermietet war, nach Ablauf des letzten Mietverhältnisses schriftlich an seinen Bruder G. auf 10 Jahr neu vermietet; die Höhe des Mietzinses ist in dem Schriftstück in einer der folgenden Arten festgesetzt: a) „Mietzins wie mündlich vereinbart“; b) „Mietzins wie bisher“; c) „Mietzins ist vom Mieter selbst je nach dem Gange seines Geschäfts billig zu bestimmen“. Hier ist im Fall a der Mietvertrag nur auf unbestimmte Zeit gültig (i. oben S. 214); denn da das über den Mietvertrag aufgesetzte Schriftstück wegen des Mietzinses lediglich auf eine mündliche Vereinbarung der Parteien hinweist, gibt es die Willensäußerungen der Parteien, aus denen der Mietvertrag sich zusammensetzt, nur unvollständig wieder; der Mietvertrag kann also nicht als schriftlich abgeschlossen gelten. Anders in den Fällen b und c: auch hier enthält freilich der schriftliche Mietvertrag eine Lücke; die Lücke besteht aber nicht darin, daß das von den Parteien aufgesetzte Schriftstück ihre Vereinbarungen unvollständig wiedergibt, sondern daß diese Vereinbarungen selber unvollständig waren; eine solche materielle Unvollständigkeit des Schriftstücks ist aber unschädlich. In dieser Entscheidung ist im Fall b selbst dann festzuhalten, wenn der „bisherige“ Mietzins auch zwischen F. und dem früheren Mieter nur mündlich vereinbart und sogar dann, wenn der frühere Mieter kein anderer als G. selbst gewesen ist; denn auch hier muß es dabei bleiben, daß die Parteien für das neue zehnjährige Mietverhältnis keinen neuen Mietzins haben vereinbaren, sondern den bisherigen Mietzins haben beibehalten wollen, und eben dies gibt das von den Parteien aufgesetzte Schriftstück vollständig wieder. III. In dem oben zu I erwähnten Fall des Gutsverkaufs haben die Parteien, um Kosten und Stempel zu sparen, den Kaufpreis in der notariellen Kaufurkunde nur auf 250 Mk. für den A. angegeben. Hier ist der Kauf nichtig; denn der beurkundete Preis von 250 Mk. gilt nicht, weil er nicht im Ernst vereinbart ist (117); der nicht beurkundete Preis von 300 Mk. gilt nicht, weil er nicht formgerecht vereinbart ist.

Der Regel zu a entspricht es, daß, wenn das formbedürftige Rechtsgeschäft ein Vertrag ist, der Formzwang sich gleichmäßig sowohl auf den Antrag zum Vertragsschluß wie auf die Annahme des Antrages bezieht. — Beispiel. Ein Verein will im Frühjahr 09 an einer bestimmten Stelle einen Sportplatz anlegen, falls es gelingt, die dafür erforderlichen zwanzig kleinen Bodenparzellen zu erwerben; gelingt der Erwerb auch nur einer der Parzellen nicht, so muß der Sportplatz an einer ganz andern Stelle angelegt werden; demgemäß verhandelt der Vereinsvorstand mit jedem einzelnen der zwanzig Parzelleneigentümer in der Art, daß ein Eigentümer nach dem andern dem Verein für seine Parzelle einen Verkaufsantrag stellt und sich bis zum 1. Febr. 09 daran bindet; sind bis zu diesem Termin von sämtlichen Eigentümern angemessene Verkaufsangebote gestellt, so nimmt der Verein sie alle an; läßt auch nur ein einziger Eigentümer sich zur Stellung eines solchen Antrages nicht bestimmen, so lehnt der Verein alle Anträge ab. Hier muß der Verein darauf halten, daß die Verkaufsangebote sämtlich notariell oder gerichtlich beurkundet werden; denn sonst ist auf die Anträge kein Verlaß, da die für einen Grundstücksverkauf geltenden Formen auch für bloße Anträge zum Grundstücksverkauf gelten. Freilich macht das ansehnliche Kosten, und diese Kosten sind ganz vergeblich aufgewendet, wenn der Verein schließlich nicht in der Lage ist, die Anträge anzunehmen.

b) Auch hier fehlt es aber an Ausnahmen nicht. Am wichtigsten ist, daß bei gewissen Verträgen nur die Äußerungen derjenigen Partei formbedürftig sind, die unter dem Vertragsschluß zu leiden hat; und zwar ist anzunehmen, daß der Formzwang auch für die Äußerungen dieser Partei nur so weit gilt,

als sie ihr von Nachteil sind; Äußerungen, die sie lediglich zu ihren eignen Gunsten abgibt, sind also dem Formzwang nicht unterworfen.⁵

Beispiel. Bei Abschluß eines Bürgschaftsvertrages bedarf nur die Übernahme der Bürgschaft seitens des Bürgen, nicht auch die Annahme der Bürgschaft seitens des Gläubigers einer Form, nämlich, wie schon erwähnt, der Schriftlichkeit (766). Wenn nun ein Bürge dieser Form genügt, daneben aber mit dem Gläubiger mündlich vereinbart, daß seine Haftung eine selbstschuldnerische sein solle, aber unter keinen Umständen den Betrag von 3000 Mk. übersteigen dürfe, so ist von diesen beiden Nebenabreden die erste, weil dem Bürgen von Nachteil, nichtig, die zweite, weil dem Bürgen lediglich von Vorteil, gültig.

3. Ob der für ein bestimmtes Rechtsgeschäft eingeführte gesetzliche Formzwang auch für Geschäfte gilt, die jenes erste Rechtsgeschäft nachträglich abändern oder aufheben, läßt sich nicht allgemein entscheiden. Maßgebend ist dafür, welche Zwecke das Gesetz mit seinen Formvorschriften verfolgt.

Beispiele. I. Die nachträgliche Aufhebung eines Ehevertrages ist formbedürftig, die eines Grundstückskaufs⁶ ist es nicht. II. Die nachträgliche Änderung eines Schenkungsvertrages ist formbedürftig, wenn sie den Schenker belastet, formfrei, wenn sie ihn begünstigt.

4. Der gesetzliche Formzwang ist zwingenden Rechts, kann also von den Parteien nicht abgeändert oder gar gänzlich ausgeschlossen werden.

Ein Beispiel s. oben S. 31 am Ende von § 9 unter I.

5. Das Reichsgericht nimmt an, daß bei Rechtsgeschäften, die als Bestandteil eines gerichtlichen Vergleichs vorgenommen werden, stets die Form dieses gerichtlichen Vergleichs genüge, selbst wenn das Geschäft, getrennt für sich vorgenommen, einer andern Form bedürfte.⁷ Mir scheint diese Annahme unbegründet; insbesondere halte ich an dem Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit beider Parteien beim Abschluß eines Ehe- oder Erbvertrages (1434, 2276) auch dann fest, wenn der Vertrag Bestandteil eines gerichtlichen Vergleichs ist.

III. 1. Außer dem gesetzlichen gibt es bei vermögensrechtlichen Geschäften auch einen gewillkürten Formzwang, der lediglich auf einer rechtsgeschäftlichen Bestimmung der bei dem Geschäft beteiligten Parteien beruht. Es gelten für ihn im Zweifel dieselben Regeln wie für den gesetzlichen Formzwang. Insbesondere ist bestimmt, daß ein Rechtsgeschäft, das den gewillkürten Formvorschriften nicht entspricht, im Zweifel für immer nichtig sein soll (125 Satz 2, 154 II). Ingleichen ist im Zweifel anzunehmen, daß der für ein Rechtsgeschäft eingeführte gewillkürte Formzwang sich auf das Rechtsgeschäft als Ganzes erstreckt und demgemäß, gerade wie der gesetzliche Formzwang, auch für die geringfügigsten Nebenbestimmungen des Geschäfts gilt.

Beispiele. I. 1. A. hat dem B. seine Villa zur Miete auf ein Jahr angeboten und dabei gleich erklärt, der Mietvertrag müsse notariell gemacht werden; darauf einigen sich A. und B. über alle für den Vertrag erheblichen Punkte und konstatieren dies auch ausdrücklich; als sie aber später zum Notar gehn, fordert B. allerlei Abänderungen an der bisherigen Vereinbarung und bricht, als A. nicht zustimmt, die Verhandlung ab. Hier ist B. im Recht; denn nach der von A. selbst getroffenen Bestimmung waren die zwischen ihm und B. gepflogenen Mietverhandlungen so lange, als sie noch nicht notariell beurkundet waren, beiderseits unverbindlich. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß die Parteien ihre Einigung vor der Beurkundung ausdrücklich konstatiert haben; denn diese Konstatierung kann rein tatsächlicher Art gewesen sein und weist auf eine Absicht der Parteien, sich schon vor der Beurkundung bindend zu ver-

5) Siehe RG. 65 S. 48.

6) RG. 65 S. 392.

7) RG. 48 S. 183.

pfllichten, nicht notwendig hin. 2. E. als Bauherr und D. als Baumeister haben einen Bauvertrag mit der Klausel abgeschlossen, daß der Vertrag binnen vier Wochen gerichtlich beurkundet werden, D. aber mit dem Bau sofort beginnen solle. Hier ist der Vertrag auch ohne die gerichtliche Beurkundung beiderseits bindend. Denn es wäre doch gar zu unbillig, wenn D. sofort mit seiner Arbeit anzufangen hätte, ohne daß eine vertragsmäßige Grundlage für seine Ansprüche an Lohn und Auslagenerstattung vorhanden wäre. Der Sinn der Beurkundungsklausel ist vielmehr nur: jede Partei kann von der andern verlangen, daß sie den bereits gültig abgeschlossenen Vertrag nachträglich beurkunden läßt. II. E. verhandelt mit F., der sich bei ihm als Koch gemeldet hat; beide machen miteinander aus, daß der Dienstvertrag, den sie miteinander eingehen wollen, schriftlich abzufassen sei; sie setzen denn auch, nachdem sie sich zuvor über alle Vertragsbedingungen mündlich geeinigt haben, eine schriftliche Vertragsurkunde auf, vergessen aber, die Weihnachtsgratifikation von 100 Mk., die E. dem F. zusätzlich zu seinem Gehalt von 2000 Mk. versprochen hat, in die Urkunde mit aufzunehmen. Hier ist die Zusage der Weihnachtsgratifikation und also der ganze Dienstvertrag nichtig. Dabei muß es auch dann bleiben, wenn E. einräumt, daß die Nichterwähnung der Gratifikation in der Urkunde auf einem bloßen Versehen beruht, und wenn er sich bereit erklärt, die Gratifikation nachträglich in die Urkunde einzuschalten. III. G. und H. vereinbaren OS, daß der zwischen ihnen O7 mündlich auf 10 Jahr abgeschlossene Gesellschaftsvertrag zur Vermeidung von Streitigkeiten notariell beurkundet werden solle; es gelingt ihnen aber nicht, sich über die Fassung der Urkunde zu einigen; G. erklärt darauf den Vertrag mangels der gewillkürten Form für nichtig. Hier ist G. im Unrecht; denn eine gewillkürte Form kann wohl für einen erst abzuschließenden, nicht aber für einen bereits abgeschlossenen Vertrag eingeführt werden.⁸

2. a) Ein gewillkürter Formzwang liegt nur vor, wenn die Parteien die Beobachtung gewisser Formen bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts für notwendig erklären, nicht aber schon dann, wenn sie bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts gewisse Formen aus freien Stücken tatsächlich beobachten.

b) Die wichtige Folge ist, daß, wenn in letzterem Fall die Formen nur bei einem Teil des Rechtsgeschäfts eingehalten sind, der nicht formalisierte Teil des Geschäfts gerade ebenso gültig ist wie der formalisierte; insbesondere haben neben einem Vertrage, den die Parteien aus freien Stücken schriftlich aufgesetzt haben, auch mündliche Nebenabreden volle Gültigkeit. Doch ist dabei selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Parteien die Absicht hatten, neben den formalisierten auch die formlosen Bestimmungen aufrecht zu halten, und nicht etwa der Meinung waren, der formalisierte Teil des Rechtsgeschäfts sei das ganze Rechtsgeschäft; denn trifft letzteres zu, so haben die Parteien bewußt oder unbewußt die nicht formalisierten Bestimmungen fallen gelassen. Ob dieses oder jenes von den Parteien beabsichtigt war, läßt sich nur im Einzelfall feststellen⁹; wenn die Prüfung des Einzelfalles zu keinem klaren Ergebnis führt, wird man sich gegen die Aufrechterhaltung der formlosen Bestimmungen entscheiden müssen.

Beispiel. Kaufmann A. hat sich mit seinen beiden erst vor kurzem volljährig gewordenen Geschwistern dahin geeinigt, daß sie als Gesellschafter in sein Geschäft eintreten sollen, hat aber das Recht der Geschäftsführung sich allein vorbehalten; jeder einzelne Punkt, über den die Parteien sich geeinigt haben, ist alsbald schriftlich festgesetzt und das ganze Schriftstück am Ende von den drei Gesellschaftern unterschrieben; nur die Geschäftsführungs-

8) RG. 62 S. 78.

9) Stehe RG. 52 S. 24; 62 S. 50, 172, 382.

Klausel ist unbeurkundet geblieben. Hier ist die Klausel trotzdem gültig, wenn A. nachweist, daß ihre Nichterwähnung im Vertrage nur auf einem Versehen beruht oder wenn sie zwar absichtlich geschah, aber doch in der Meinung, daß sie neben dem schriftlichen Vertrage in Kraft bleiben sollte. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, so ist anzunehmen, daß A. schließlich auf die Klausel verzichtet hat.

3. Die nachträgliche Änderung oder Aufhebung eines Rechtsgeschäfts, für das ein gewillkürter Formzwang eingeführt ist, unterliegt diesem Formzwang nicht, selbst wenn die Parteien in dem Rechtsgeschäft ausdrücklich das Gegenteil bestimmt haben. Denn die Parteien sind ja stets in der Lage, den von ihnen willkürlich eingeführten Formzwang außer Geltung zu setzen.

Beispiel. Der Theaterbesitzer A. hat sein Theater durch notariellen Vertrag auf 5 Jahre an B. verpachtet; in dem Vertrage findet sich als § 20 die Klausel: „Abänderungen dieses Vertrages sind nur gültig, wenn sie notariell beurkundet sind“; nach Ablauf eines Jahres setzen A. und B. die Pachtsumme schriftlich um 10% herab. Hier ist die Herabsetzung gültig, mögen die Parteien, als sie sie vornahmen, den § 20 des Urvertrages vergessen oder ihn absichtlich unbeachtet gelassen haben; denn durch die bloße Tatsache, daß sie den Vertrag privatschriftlich geändert haben, haben sie den § 20 für diesen Fall außer Kraft gesetzt.

IV. Zu beachten ist, daß es Formvorschriften nicht bloß für Rechtsgeschäfte, sondern auch für Rechtshandlungen anderer Art, insbesondere für Anzeigen, die eine Partei der andern zu machen hat, gibt. Demgemäß unterscheidet das preußische Gesetz über freiwillige Gerichtsbarkeit Urkunden über Rechtsgeschäfte (Abschn. 4 Titel 2) und andre Urkunden (Abschn. 4 Titel 3). Doch ist im großen und ganzen anzunehmen, daß für gleichartige Formen bei Nichtrechtsgeschäften die nämlichen Regeln gelten sollen wie bei Rechtsgeschäften; verlangt also z. B. ein Gesetz eine „schriftliche“ Anzeige (§. 416 II), so ist zu fordern, daß die Anzeige von ihrem Urheber eigenhändig unterschrieben wird (§. 126).

b) Der gesetzliche Formzwang im einzelnen.

α) Schriftlichkeit.¹

§ 60 a.

I. 1. Die Vorschrift, daß die rechtsgeschäftliche Erklärung einer Partei schriftlich abzugeben ist, bedeutet regelmäßig: erstens, daß jemand den Text der Erklärung formlos aufzeichnen, zweitens, daß die Partei diese Aufzeichnung eigenhändig unterschreiben muß (126 I).

a) Aufzuzeichnen ist nur der Text der Erklärung, nicht auch der Name der Partei, der Ort und der Tag der Aufzeichnung usw. Gleichgültig ist es, ob die Aufzeichnung in deutscher oder in einer fremden Sprache geschieht. Gleichgültig ist es auch, ob die Aufzeichnung durch die Partei selbst oder die Gegenpartei oder einen Unbeteiligten, ob sie handschriftlich oder etwa durch Druck oder Lithographie erfolgt.

b) Dagegen muß die Unterschrift von der Partei selbst eigenhändig und zwar handschriftlich, also nicht etwa durch einen Faksimilestempel oder mit der Schreibmaschine, abgegeben werden. Erforderlich ist ferner, daß die Unter-

¹) Lehmann, Unterschrift im Tatbestande der schriftl. Willenserklärung (Diss. 04).

schrift mit dem Namen, den die Partei im Leben tatsächlich führt, — sei es mit dem Familiennamen, sei es mit dem Vornamen, sei es mit dem Pseudonym, sei es mit der kaufmännischen Firma der Partei — geschieht²; eine Unterzeichnung mit Handzeichen oder mit den Anfangsbuchstaben des Namens genügt also nicht. Erforderlich ist endlich, daß die Unterschrift den Text der Erklärung räumlich abschließt.³ Dagegen schadet es nichts, wenn die Abgabe der Unterschrift zeitlich vor der Herstellung des Textes der Erklärung erfolgt ist; vielmehr kann eine schriftliche Urkunde auch in der Weise gültig zustande kommen, daß jemand seinen Namen auf ein leeres Blatt Papier setzt („Unterschrift in blanco“) und erst nachträglich mit seinem Willen ein Text über seinen Namen niedergeschrieben wird⁴; ebendeshalb unterliegt es auch keinem Zweifel, daß die Partei, die ihre bereits unterschriebene Erklärung nachträglich korrigiert, nicht etwa ihre Unterschrift zu wiederholen braucht.

c) Weiterer Formalien, insbesondere des Vorlesens der Urkunde, der Beziehung von Zeugen, der Beifügung eines Siegels, bedarf es nicht. Auch die Verwendung von Stempelmarken ist — obschon sie in zahlreichen Fällen sowohl von Reichs- wie von Landesgesetzen unter Androhung von Strafen vorgeschrieben ist — für die privatrechtliche Wirkung der Erklärung unerheblich.

2. Bei den vorstehenden Regeln verbleibt es auch dann, wenn die Partei ihnen nur mangelhaft oder gar nicht nachzukommen vermag.

a) Demgemäß ist der Form der Schriftlichkeit genügt, wenn die Partei ihre Unterschrift unter der von fremder Hand geschriebenen Erklärung irgendwie zustande bringt, mag auch diese ihre Leistung äußerst unvollkommen sein.

Beispiele. I. 1. Die Partei hat das von ihr unterschriebene Schriftstück aus Bequemlichkeit gar nicht durchgelesen. 2. Sie ist der Sprache nicht mächtig, in der die Erklärung abgefaßt ist. 3. Sie ist blind oder hat nicht lesen gelernt. II. Die Partei kann nicht schreiben und hat ihre Unterschrift nur durch Nachmalen einer Vorlage vollzogen.

b) Umgekehrt: der Form der Schriftlichkeit kann unter keinen Umständen genügt werden, wenn die Partei ihre Unterschrift unter der Erklärung nicht einmal in mangelhafter Art leisten kann. Vielmehr ist in diesem Fall die Schriftlichkeit der Erklärung durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung oder durch öffentliche Beglaubigung zu ersetzen (126 I, III).

3. a) Besondere Regeln gelten, wenn die schriftlich abzugebende Erklärung empfangsbedürftig ist. Denn es ist, obschon das Gesetz die Frage schweigend übergeht, anzunehmen, daß eine derartige Erklärung erst dann vollendet ist, wenn sie in ihrer schriftlichen Gestalt mit dem Willen der Partei dem Empfänger vorgelegt oder ausgehändigt wird.⁵ Die Folge ist, daß der Schrift-

2) Hölder S. 282; Goldmann 1 S. 157¹⁰; Planck, Anm. 2 zu § 126; Endemann 1 § 65⁹. Abw. Lehmann a. a. O. S. 56.

3) Siehe RG. 61 S. 9.

4) RG. 57 S. 69; Rehbein 1 S. 156. Abw. Riezler, Arch. f. ziv. Pr. 95 S. 357.

5) Ebenso Bitelmann 1 S. 155 und (jedoch nur bei einseitigen Erklärungen) Goldmann 1 S. 159. Abw. Enneccerus S. 378; Hölder S. 283.

form durch ein Telegramm nicht genügt werden kann, mag auch die Urschrift des Telegramms von der Partei eigenhändig unterschrieben sein⁶; denn diese Urschrift bleibt ja im Besitz der Telegraphenanstalt.

Beispiele. I. A. hat die Bürgschaft für eine Schuld des B. gegenüber C. mündlich übernommen und setzt unter den Augen des C. einen formgerechten Bürgschaftsschein auf; gleich nachdem er den Schein unterschrieben, wird C. plötzlich abgerufen; als er zurückkehrt und die Auslieferung des Scheins fordert, erklärt A., er habe sich anders besonnen und lehne die Übernahme der Bürgschaft ab. Hier ist A. im Recht; denn er hatte ja den Schein dem C. noch nicht vorgelegt oder ausgehändigt, war also noch nicht rechtlich gebunden. II. Derselbe Fall; nur hatte A. den fertigen Schein dem C. vorgelegt; die Aushändigung des Scheins an B. hatte er dagegen unterlassen, weil er ihn erst noch für sich kopieren wollte. Hier ist A. gebunden. Denn daß der Schein dem Gläubiger nicht bloß vorgelegt, sondern auch ausgehändigt wird, ist nicht erforderlich. In vielen Fällen würde ja auch die Aushändigung des Scheins an den Gläubiger gar nicht angebracht sein, z. B. dann, wenn die Bürgschaftserklärung Bestandteil einer größeren Urkunde ist, auf deren Besitz der Gläubiger kein Recht hat.

b) Besondere Regeln gelten ferner, wenn bei dem Abschluß eines Vertrages die Erklärungen aller beiden Parteien schriftlich abgegeben werden müssen, eine Form übrigens, deren Beobachtung im bürgerlichen Gesetzbuch nur ein einziges Mal — bei der Miete oder Pacht eines Grundstücks für mehr als ein Jahr — vorgeschrieben ist (566). In diesem Fall sind nämlich die Erklärungen beider Parteien in der Art als formelle Einheit zu behandeln, daß ihr Text in einer einheitlichen Urkunde aufgezeichnet wird und jede Partei diese ganze Urkunde, also nicht etwa bloß den Teil, der ihre eigne Erklärung enthält, unterschreiben muß; doch brauchen die Unterschriften der beiden Parteien nicht neben- oder nacheinander auf demselben Schriftstück zu stehen, sondern es genügt, wenn die Vertragsurkunde in mehreren gleichlautenden Exemplaren ausgestellt wird und jede Partei das für die Gegenpartei bestimmte Exemplar unterschreibt (126 II). Die Folge ist, daß der Vertragschluß nicht nur nicht durch Telegramme, sondern auch nicht durch gewöhnlichen Briefwechsel vonstatten gehn kann; denn die Briefe, die die beiden Vertragsparteien auswechseln, pflegen ja nicht wörtlich gleichlautend zu sein.⁷

Beispiele. I. A. bietet dem B. brieflich eine Wohnung zur Miete auf 5 Jahr vom 1. Oktober 08 ab für jährlich 5000 Mk. an; B. antwortet unverzüglich brieflich, daß er den Antrag annehme. Hier gilt der Vertrag nicht auf 5 Jahr, sondern nur auf unbestimmte Zeit (566); denn er ist, da A. nur seinen Antrag, B. nur seine Annahme unterschrieben hat, nicht „schriftlich“ abgeschlossen. II. Derselbe Fall; nur hat B. seinen Annahmevermerk unmittelbar unter A.'s Antrag gesetzt und den Antrag dem A. in dieser Gestalt zurückgeschickt. Hier ist dieselbe Entscheidung geboten wie zu I; denn jetzt hat zwar B. den Antrag und die Annahme unterschrieben, A. dagegen bloß den Antrag. III. Derselbe Fall; nur hat A. seinen Namen auch unter B.'s Annahmevermerk gesetzt und den Brief in dieser Form dem B. nochmals zugesendet. Hier ist endlich die Form gewahrt.

Auß den vorstehenden Regeln folgt, daß A., wenn er dem B. eine Mietwohnung in der vorgenannten Art auf 5 Jahr brieflich zur Miete anbietet, an den Antrag nicht einmal einstweilen gebunden ist, sondern daß auch dieser Antrag nur für unbestimmte Zeit gilt; denn der Antrag zu einem formbedürftigen Vertragschluß unterliegt ja demselben Form-

6) Ortman Anm. 3b zu § 126. Abw. Hölder S. 283.

7) RÜ. 59 S. 245.

zwang wie die Erklärung des Antragstellers in dem fertigen Vertrage! Soll A. an den Antrag gebunden sein, so muß er in ihn die Worte einschalten: „ich, B., nehme den Antrag an.“ Das nimmt sich freilich ziemlich sinnlos aus. Man wird aber von einer so gekünstelten Regel wie der obigen keine sinnvollen Folgen erwarten dürfen.

Kleine formelle Unterschiede zwischen den beiden Vertragsexemplaren wird man wohl für unschädlich halten dürfen. Dagegen hat jeder wenn auch noch so geringfügige materielle Unterschied zur Folge, daß der davon betroffene Teil des Vertrages als nicht schriftlich anzusehen ist.

c) Von den Besonderheiten, die für schriftliche Verfügungen von Todes wegen gelten, soll erst im Erbrecht gehandelt werden.

4. Ist bei der Abgabe einer Erklärung eine einzige der soeben geschilderten Formvorschriften nicht beobachtet, so ist die Erklärung im Sinn des Gesetzes keine „schriftliche“.

Beispiele. I. A. gibt eine Bürgschaftserklärung für seinen Schwiegersohn B. gegenüber dem Gläubiger des B. dadurch ab, daß er unter den Schuldschein des B. eigenhändig folgenden Vermerk setzt: „für obige Schuld meines Schwiegersohns B. sage ich, der Bauergutsbesitzer Johann Georg A., gut.“ Diese Bürgschaftserklärung ist nicht schriftlich, weil die Worte „der Bauergutsbesitzer Johann Georg A.“ vor dem Wort „gut“ stehen, also keine „Unterschrift“ sind. Demnach ist sie ungültig (766, 126, 125). II. D. hat folgenden nicht datierten Bürgschaftsschein ausgestellt und dem F. übergeben: „Hiermit verbürge ich mich für die 1000 Mk., die sich meine Schwester E. von F. geliehen hat. D.“; daraufhin hat F. der E. im Jahr 06 1000 Mk. geliehen; die E. hat dies Geld 07 an F. zurückbezahlt, will aber 08 wiederum ein gleich hohes Darlehn von F. haben; F. ist bereit, es zu geben, falls D. von neuem die Bürgschaft übernimmt; D. sagt dies auch zu und übergibt dem F. den alten Bürgschaftsschein von 06, den F. ihm 07 zurückgegeben hat, von neuem. Hier ist D.'s Bürgschaft ungültig; D. hätte den Bürgschaftsschein von 06 nunmehr von neuem unterschreiben müssen.⁸

II. In allen Fällen, in denen ein Reichsgesetz die schriftliche Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung vorschreibt, kann die Schriftlichkeit durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt werden (126 III).

β) Gerichtliche und notarielle Beurkundung.¹

§ 60 b.

I. 1. Die Vorschrift, daß die rechtsgeschäftliche Erklärung einer Partei in gerichtlicher oder notarieller Urkunde abzugeben ist, bedeutet regelmäßig: erstens, daß jemand den Text der Erklärung unter Beobachtung gewisser Formalitäten in einem Protokoll aufzeichnen muß, zweitens, daß in Gegenwart des beurkundenden Richters oder Notars das Protokoll der Partei vorzulesen und von ihr zu genehmigen und eigenhändig zu unterzeichnen ist,

8) RG. 59 S. 42.

1) Josef, Lehrb. des Verfahrens der freiw. Gerichtsbarkeit (02); Kommentare zu dem RGes. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 98 („R. F.W.“) von Schulze-Görlitz, Schneider, Jastrow, Birkenbihl, Rausnitz u. a.; Kommentare zum preuß. Ges. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit vom 21. Sept. 99 („F.W. Preußen“) von Schulze-Görlitz u. Oberned, Wellstein u. a.; Dorst, die notarielle Urkunde (02).

brittens, daß der Richter oder Notar das Protokoll schließlich auch seinerseits eigenhändig zu unterschreiben hat (R. F. G. 175, 176 I, 177 I, 174, 177 III).

a) Die Aufzeichnung des Textes der Erklärung muß in einem „Protokoll“ geschehn, d. h. sie muß die Abgabe der Erklärung als einen vor dem Richter oder Notar sich abspielenden Vorgang schildern. Die Formalitäten des Protokolls sind: I. daß es den Namen der Partei und des Richters oder Notars sowie den Ort und den Tag der Verhandlung angeben muß, II. daß es in einem Schlußvermerk ausdrücklich feststellen muß, daß das Protokoll der Partei vorgelesen und von ihr genehmigt und unterschrieben ist; III. daß es von Anfang bis zu Ende in deutscher Sprache abgefaßt sein muß. Gleichgültig ist, ob die Aufzeichnung des Protokolls durch den Richter oder Notar oder durch die Partei oder Gegenpartei oder durch einen Unbeteiligten, ob sie handschriftlich oder etwa durch Druck oder Lithographie erfolgt. Ebenso ist gleichgültig, ob der im Protokoll angegebene Ort und Tag der Verhandlung der Wahrheit entspricht oder nicht.²

b) Das Vorlesen des fertigen Protokolls muß sich auch auf etwaige Anlagen des Protokolls erstrecken, sie mögen noch so weitläufig sein;³ daß die Partei das Protokoll oder seine Anlagen still durchliest, genügt nicht; bei Karten und sonstigen Zeichnungen im Protokoll tritt an die Stelle des Vorlesens das Vorzeigen. Doch kann das Vorlesen und Vorzeigen durch jede beliebige Person, also auch durch die Partei selbst geschehn (vgl. aber Ausf. Ges. Württemb. 112).

c) Die Genehmigung des Protokolls durch die Partei muß zwar im Schlußvermerk des Protokolls ausdrücklich konstatiert werden, braucht dagegen keine ausdrückliche zu sein. Der Urkundsbeamte kann demnach die Genehmigung auch dann gültig als erteilt konstatieren, wenn die Partei das ihr vorgelesene Protokoll unterschrieben und dann zwar kein Wort des Widerspruchs oder Vorbehalts, aber auch kein Wort der Billigung gesprochen hat.

d) Die Unterzeichnung des Protokolls seitens der Partei unterliegt denselben Regeln wie im Fall der Schriftlichkeit.

e) Die Vorlesung des Protokolls sowie seine Genehmigung und Unterzeichnung durch die Partei bezieht sich nur auf den eigentlichen Text des Protokolls, nicht aber auf den Schlußvermerk⁴: denn dieser konstatiert ja, daß die Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung bereits geschehn ist.

f) Die Anwesenheit des Urkundsbeamten bei dem Urkundsakte ist als Bedingung der Gültigkeit der Urkunde nicht für den ganzen Akt, sondern nur für die Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde vorgeschrieben. Und zwar bedeutet das Erfordernis der Anwesenheit, daß der Beamte in der Lage gewesen sein muß, jene Vorgänge zu beobachten; ob er sie auch wirklich beobachtet hat, ist für die Gültigkeit der Urkunde ohne Belang.⁵

g) Außerdem sind noch einige Ordnungsvorschriften zu beobachten. So soll der Richter oder Notar im Protokoll ausdrücklich angeben, ob er die Partei kennt oder, wenn dies nicht der Fall, in welcher Weise er sich Gewißheit über ihre Persönlichkeit verschafft hat (R. F. G. 176 III). So soll er ferner, sobald er Zweifel daran hat, ob das zu beurkundende Geschäft gültig ist, also z. B. ob die Partei die für ihre Erklärung erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzt, den Zweifel der Partei mitteilen und den Inhalt der Mitteilung sowie die von der Partei darauf abgegebene Erklärung im Protokoll feststellen; so soll er ferner im Protokoll nichts radieren oder unleserlich machen, jede Abkürzung vermeiden und alle etwa im Protokoll vorgenommenen erheblichen Änderungen am Rande besonders beurkunden; umfaßt das notarielle Protokoll mehrere Bogen, so soll der Notar entweder jeden Bogen fortlaufend numerieren und unterschreiben oder alle Bogen durch Schnur und Siegel

2) Abw. Rechtsprechung 2 S. 465.

3) R. G. 54 S. 197, 61 S. 146.

4) R. G. 62 S. 1. 5) Siehe R. G. 61 S. 95.

verbinden usw. (F. Pr. 40, 64, 63; bayr. Notariatsgef. v. 99 Art. 28, 36; sächs. Gef. v. 15. 6. 00 § 49; sächs. B. v. 16. 6. 00 § 21; württemb. Ausf. 109, 115 usw.)

2. Kann die Partei nach ihrer Angabe oder nach der Meinung des Richters oder Notars den vorstehenden Regeln nur mangelhaft oder gar nicht nachkommen, so gelten eine Reihe von Sondervorschriften. Der Richter oder Notar hat nämlich Hülfspersonen zuzuziehen, die anwesend sein müssen, wenn das Protokoll der Partei vorgelesen, von ihr genehmigt und — von dem Fall a abgesehen — unterschrieben wird; die Hülfspersonen sind im Protokoll namentlich aufzuführen — und zwar regelmäßig unter Angabe des Grundes, der ihre Zuziehung nötig machte, — und haben das Protokoll schließlich in Anwesenheit des Richters oder Notars mitzuunterschreiben (R. F. 177 II, III, 179, 169, 178, 174, 176 Nr. 2). Im übrigen ist zu unterscheiden wie folgt.

a) Erster Fall: die Partei behauptet mit Recht oder mit Unrecht, nicht schreiben zu können. Hier kann ihre Unterschrift einfach fortgelassen werden. Dafür ist aber als Hülfsperson ein Zeuge zuzuziehen (R. F. 177 II).

b) Zweiter Fall: die Partei behauptet mit Recht oder mit Unrecht, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein. Hier ist als Hülfsperson ein vereidigter Dolmetscher zuzuziehen, es sei denn, daß der Richter oder Notar der Sprache, in der die Partei sich erklärt, mächtig ist. Der Dolmetscher oder, wenn ein solcher nicht zugezogen ist, der Richter oder Notar muß der Partei das Protokoll in der fremden Sprache vortragen; daß dies geschehn, ist im Protokoll ausdrücklich zu vermerken (R. F. 179).

c) Dritter Fall: die Partei ist nach Überzeugung des Richters oder Notars taub oder blind. Hier bedarf es der Zuziehung eines Gerichtsschreibers im Fall der gerichtlichen, eines zweiten Notars im Fall der notariellen Beurkundung; statt des Gerichtsschreibers oder des zweiten Notars können auch zwei Zeugen zugezogen werden (R. F. 169).

d) Vierter Fall: die Partei ist nach der Überzeugung des Richters oder Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert. Hier bedarf es, wenn mit der Partei eine schriftliche Verständigung möglich ist, wie zu c, der Zuziehung eines Gerichtsschreibers oder eines zweiten Notars oder zweier Zeugen. Ist dagegen eine schriftliche Verständigung mit der Partei ausgeschlossen, so muß, wie zu b, ein vereidigter Dolmetscher zugezogen werden (R. F. 169, 178).

Im Falle b soll übrigens die Regel, daß ein Dolmetscher zuzuziehen ist, nur Ordnungsvorschrift sein (R. F. 179 V); siehe unten zu 4.

Für den Fall, daß die Partei taub ist, schreiben die meisten Landesgesetze ergänzend vor, daß ihr das Protokoll, auch wenn sie es nicht verlangt, zur Durchsicht vorzulegen ist. Ist die taube Partei nicht imstande, Geschriebenes zu lesen, so ist landesgesetzlich ferner angeordnet, daß eine Vertrauensperson zuzuziehen ist, die sich mit der Partei zu verständigen vermag: in dem Protokoll ist festzustellen, daß der Vertrauensperson die Verständigung mit der Partei nach der Überzeugung des Richters oder Notars tatsächlich gelungen ist. Doch sind auch diese Regeln nur Ordnungsvorschriften (C. 151; F. Pr. 41; bayr. Notariatsgesetz v. 99 Art. 29; sächs. Gef. v. 15. 6. 00 § 50; F. El.-Lothringen 49 usw.).

In einigen Staaten kann in den Fällen c, d statt des Gerichtsschreibers eine Ortsgerichtsperson als „Urkundsperson“ zugezogen werden (C. 149; R. F. 198; sächs. Gef. v. 15. 6. 00 § 51; F. G. Altenb. 35).

3. a) Ist eine gerichtlich oder notariell zu beurkundende Erklärung empfangsbedürftig, so ist sie — gerade wie eine schriftlich abzugebende empfangsbedürftige Erklärung — erst dann vollendet, wenn sie in ihrer urkundlichen Gestalt mit dem Willen der Partei dem Empfänger vorgelegt oder ausgehändigt wird (s. oben S. 220⁵).

Nicht entgegensteht die oben 207c besprochene Vorschrift von B. G. B. 152, weil es sich bei dieser um eine „stille“, also nicht empfangsbedürftige Annahmeerklärung handelt.

b) Sind bei einem Vertragsschluß die Erklärungen beider Parteien gerichtlich oder notariell zu beurkunden, so brauchen diese Erklärungen — anders als im Fall der Schriftlichkeit — nicht einheitlich in einer einzigen Urkunde zusammengefaßt zu werden, sondern jede Partei kann ihre Erklärung getrennt für sich abgeben und beurkunden lassen (128).

Beispiel. Wenn A. dem B. eine Mietwohnung auf fünf Jahr notariell zur Miete anbietet und B. ebenfalls notariell diesen Antrag annimmt, so gilt die Miete für die bedungenen fünf Jahre, während sie, wenn beide Erklärungen nur privatschriftlich abgegeben wären, bloß auf unbestimmte Zeit gegolten hätte. Der Grund ist nicht, daß für eine fünfjährige Miete ein privatschriftlicher Vertrag, sondern daß für einen privatschriftlichen Vertrag die getrennte Beurkundung von Antrag und Annahme nicht ausreicht.

Soll eine Versteigerung gerichtlich oder notariell beurkundet werden, so braucht das Protokoll nur solchen Bietern vorgelesen und auch nur von solchen Bietern genehmigt und unterschrieben zu werden, die an ihr Gebot gebunden bleiben; entfernt sich ein solcher Bieter vor dem Schluß der Verhandlung, so kann auch in Ansehung seiner die Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls unterbleiben, vorausgesetzt, daß der Grund davon im Protokoll vermerkt wird. (R. F. G. 181).

c) Von den Besonderheiten, die bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung der familienrechtlichen Rechtsgeschäfte und der Verfügungen von Todes wegen gelten, soll erst im Familien- und Erbrecht gehandelt werden.

4. Ist bei der Abgabe einer Erklärung eine einzige der soeben geschilderten Formvorschriften nicht beobachtet, so gilt die Erklärung im Sinn des Gesetzes nicht als gerichtlich oder notariell beurkundet.

Beispiel. Bei der notariellen Beurkundung eines zwischen A. und B. abgeschlossenen, 25 verschiedene kleine Grundstücksparzellen betreffenden Kaufvertrages übersieht der Notar, wie nachträglich durch einen entlassenen Schreiber verraten wird, beim Vorlesen eine Nummer, obschon sie im Text des Protokolls gerade so gut steht wie die Nummern der andern Parzellen. Hier ist der Kauf, soweit er jene Parzelle betrifft, nicht vorgelesen, also auch nicht notariell beurkundet; er ist demnach ungültig (313).

Anders natürlich, wenn die nicht beobachtete Formvorschrift eine bloße Ordnungsvorschrift ist. Beispiele. I. Eine notarielle Urkunde ist ungültig, wenn am Schluß der Bemerkung „vorgelesen, genehmigt, unterschrieben“ ganz fehlt; er ist gültig, wenn der Vermerk mit den Buchstaben „v. g. u.“ abgekürzt ist. Freilich ist das letztere ebenso vorschriftswidrig wie das erstere; jenes widerspricht aber einer *Muß-*, dieses nur einer *Soll-*vorschrift.⁶ II. Der Notar A. läßt sich zur Beurkundung eines zwischen B. und C. abgeschlossenen Grundstückskaufs herbei, obschon er nur einige Brocken polnisch versteht, während B. Pole ist und kein

6) R. G. 53 S. 152.

deutsch kann, und trägt das Protokoll dem B. in einem deutsch-polnischen Raubermwelsch vor, indem er sich einige ihm fehlende polnische Vokabeln von C. vorsagen läßt. Hier ist die Beurkundung des Kaufs gültig! Freilich ist vorgeschrieben, daß der Notar in einem solchen Fall einen Dolmetscher zuziehn soll; doch ist dies nur eine Ordnungsvorschrift.

5. Der Beurkundungsakt als solcher ist abgeschlossen, sobald der Richter oder Notar das formgerecht aufgenommene Protokoll unterschrieben hat. Doch folgt ihr regelmäßig noch ein Nachspiel. Der Partei ist nämlich, da das Protokoll selbst in der amtlichen Verwahrung des Gerichts oder Notars verbleibt, auf ihr Verlangen eine Ausfertigung des Protokolls zu erteilen, die im Fall der gerichtlichen Beurkundung vom Gerichtsschreiber, im Fall der notariellen Beurkundung vom Notar unterschrieben und mit dem Amtssiegel versehen sein muß (R. F.G. 182; F.G. Preußen 42 ff.; bayr. Notariatsgesetz v. 99 Art. 37 ff.; sächs. G. v. 15. 6. 00 §§ 63 ff.; württemb. AusfGes. 116 ff.). Und zwar kommt dieser Ausfertigung eine besondere Wichtigkeit zu: denn überall, wo das Gesetz nicht von einer gerichtlichen oder notariellen „Beurkundung“, sondern von einer gerichtlichen oder notariellen „Urkunde“ spricht, ist darunter ebendiese Ausfertigung zu verstehen.

Nicht selten genügt übrigens statt einer Ausfertigung des Protokolls eine beglaubigte Abschrift desselben; so kann sich z. B. der Erbe eines eingetragenen Eigentümers als solcher beim Grundbuchamt durch Vorlegung einer beglaubigten Abschrift des notariellen Testaments seines Erblassers legitimieren (RGrOrdn. 36, 29). Eine solche Abschrift ist einfacher als eine Ausfertigung, da sie nicht mit einem Amtssiegel, sondern nur mit einem amtlichen Stempel versehen zu sein braucht, und ist billiger.

II. 1. a) Die gerichtliche Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen ist für jeden Amtsgerichtsbezirk dem Amtsgericht dieses Bezirks übertragen (R. F.G. 167 Abs. 1), während die notarielle Beurkundung für jeden Notariatsbezirk jedem einzelnen Notar dieses Bezirks zusteht, so daß die Partei unter diesen Notaren die Auswahl hat (R. F.G. 167 I; F.G. Preußen 31, 80; bayr. Notariatsgef. v. 99 Art. 6; sächs. Gef. v. 15. 6. 00 § 72; württemb. AusfGes. 106). Innerhalb ihres Bezirks ist die Zuständigkeit der Amtsgerichte zur gerichtlichen, der Notare zur notariellen Beurkundung uneingeschränkt; insbesondere dürfen beide auch die Erklärungen einer Partei beurkunden, die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem andern Bezirk hat.

Eine Ausnahme von der unbeschränkten Zuständigkeit der Amtsgerichte und Notare gilt in Preußen für Versteigerungen von Grundstücken: Gericht und Notar sollen die Versteigerung nur beurkunden, wenn das Grundstück in ihrem Bezirk liegt (F.G. Preußen 33).

In den meisten Staaten ist übrigens bestimmt, daß die Beschränkung der Zuständigkeit von Gericht und Notar auf ihren Amtsbezirk nur Ordnungsvorschrift ist: ein insterburger Notar kann also auch in Sigmaringen eine gültige Notariatsurkunde aufnehmen (F.G. Preußen 39; bayr. Notariatsgef. v. 99 Art. 6; sächs. Gef. v. 15. 6. 00 § 43. Siehe auch R. F.G. 7; F.G. Preußen 1).

b) Außer den Amtsgerichten sind zur gerichtlichen Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen mit gewissen Vorbehalten zuständig (RGef. v. 28. 5. 01 § 1; R. F.G. 184; RSchutzgebietsgesetz v. 10. 9. 00 § 2; RGef. über die Konsulargerichtbarkeit v. 7. 4. 00 § 7):

- α) im Felde die Kriegsgerichts- und Oberkriegsgerichtsräte;
- β) auf Schiffen der deutschen Kriegsmarine, solange sie sich außerhalb der inländischen Häfen aufhalten, die Geschwaderauditeure;
- γ) in den deutschen Schutzgebieten die zur Ausübung der dortigen Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten;
- δ) in den deutschen Konsulargerichtsbezirken die deutschen Konsuln.

c) Eine gerichtliche Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen steht nach Landesrecht ausnahmsweise auch den Land- und den Oberlandesgerichten zu, z. B. in Preußen die Beurkundung von Familienschlüssen einer Familienstiftung (Preuß. AusfGes. 2 § 3; F.G. Preußen 37).

2. a) Ein Richter oder Notar ist zur Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung absolut unfähig, wenn er selber Partei oder der jetzige oder vormalige Ehegatte oder ein naher Angehöriger der Partei ist; als nahe Angehörige im Sinn dieser und der folgenden Regeln gelten die Verwandten und Verschwägerten der geraden Linie und des zweiten Grades der Seitenlinie. Wird die Beurkundung von einem solchen Richter oder Notar trotzdem vorgenommen, so ist sie in ihrem ganzen Umfang nichtig (R. F.G. 170 Nr. 1—3).

b) Ein Richter oder Notar ist zur Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung relativ unfähig, wenn die Erklärung eine Verfügung zu seinen eignen gunsten oder zu gunsten seines jetzigen oder vormaligen Ehegatten oder eines seiner nahen Angehörigen enthält. Wird die Beurkundung von einem solchen Richter oder Notar trotzdem vorgenommen, so ist sie insoweit nichtig, als sie jene Verfügung zum Gegenstande hat (R. F.G. 171).

3. Die beiden Regeln zu 2. gelten entsprechend auch für die von dem beurkundenden Richter oder Notar zuzuziehenden Zeugen, Dolmetscher und sonstigen Hülfspersonen (R. F.G. 170, 171, 180).

Außerdem sind ihretwegen noch zwei weitere Beschränkungen angeordnet.

a) Zur Mitwirkung als Hülfsperson ist absolut unfähig der jetzige oder vormalige Ehegatte sowie jeder nahe Angehörige des beurkundenden Richters oder Notars (R. F.G. 172, 180).

b) Zur Mitwirkung als Zeugen und Dolmetscher sind zwar fähig, sollen aber trotzdem nicht zugezogen werden: Minderjährige; Personen, denen die bürgerlichen Ehrenrechte abgesprochen sind, während der Dauer des Ehrverlusts; Personen, die infolge strafgerichtlicher Verurteilung unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden; Personen, die als Gesinde oder Gehülfen im Dienste des beurkundenden Richters oder Notars stehen (R. F.G. 173, 180).

Eine Modifikation erleiden die Regeln zu 2. und 3. im Fall einer gerichtlichen oder notariellen Versteigerung durch R. F.G. 181, 168.

4. Der Richter oder Notar hat auf den Inhalt und die Fassung der von ihm beurkundeten rechtsgeschäftlichen Erklärungen keinen entscheidenden Einfluß, sondern hat einfach das wiederzugeben, was die Parteien ihm sagen. Doch ist er kraft seines Amtes verpflichtet, die Parteien bei der zweckdienlichen Abfassung ihrer Erklärungen auf Verlangen zu beraten und sie auch ungefragt

auf eine Undeutlichkeit oder Unvollständigkeit ihrer Erklärungen aufmerksam zu machen (s. bayr. Notariatsgef. 27).

III. In allen Fällen, in denen die Reichsgesetze die gerichtliche oder notarielle Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung vorschreiben, behandeln sie beide Arten der Beurkundung als gleichwertig, so daß die Parteien die Wahl zwischen ihnen haben. Sie gestatten aber, daß die Landesgesetze nur die eine der beiden Arten zulassen und die andre ausschließen (EG. 141). Von dieser Ermächtigung haben Preußen, Sachsen, Württemberg, Hessen und die meisten andern Staaten keinen Gebrauch gemacht; sie lassen also sowohl die gerichtliche wie die notarielle Beurkundung zu. Dagegen haben sich Bayern, Baden, Elsaß-Lothringen, Hamburg und Bremen mit gewissen Ausnahmen ausschließlich für die notarielle, Rudolstadt, beide Lippe und Waldeck ausschließlich für die gerichtliche Beurkundung entschieden (AusfGes. Bayern 167 I, Bremen 6, Lippe 14; FG. Elsaß-Lothr. 44, Baden 34, 35, Hamburg 9, Rudolstadt 30, Schaumburg 27, Waldeck 23).

In einigen Fällen, in denen die Reichsgesetze die gerichtliche oder notarielle Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung vorschreiben, z. B. beim Verkauf von Grundstücken, gestatten sie es, daß die Landesgesetze noch eine andre Art der Beurkundung, z. B. durch Gemeindebeamte, für zulässig erklären (EG. 142). Die Landesgesetze haben von dieser Ermächtigung einen sehr verschiedenen Gebrauch gemacht. Hiervon wird aber erst später zu reden sein.

γ) Öffentliche Beglaubigung.¹

§ 60 c.

I. 1. Die Vorschrift, daß die rechtsgeschäftliche Erklärung einer Partei in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist, bedeutet: erstens, daß jemand den Text der Erklärung formlos aufzeichnen, zweitens daß die Partei diese Aufzeichnung eigenhändig unterschreiben oder mit einem Handzeichen versehen, drittens daß ein hierfür zuständiger Beamter der Vollziehung oder Anerkennung der Unterschrift oder Unterzeichnung von seiten der Partei beiwohnen und dies durch einen unter die Urkunde zu setzenden und von ihm selber eigenhändig zu unterschreibenden formellen „Beglaubigungsvermerk“ bescheinigen muß (129 I; R. FG. 183).

a) Die Aufzeichnung des Textes der Erklärung unterliegt den gleichen Regeln wie im Fall der Schriftlichkeit. Sie bedarf also nicht, wie bei einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, der Protokollform, sie kann auch in fremder Sprache erfolgen usw.

b) Auch für die Unterschrift der Partei gelten dieselben Regeln wie im Fall der Schriftlichkeit mit der einzigen Abweichung, daß die Partei nicht nur mit ihrem Namen, sondern auch mit einem beliebigen Handzeichen unterschreiben darf (s. 129 I).

c) Der Beglaubigungsvermerk wird auf Grund einer Verhandlung zwischen der Partei und dem beglaubigenden Beamten erteilt. Diese Verhandlung bezieht sich aber nicht auf den Text der Parteierklärung, sondern nur darauf, daß die Partei den Text vor den Augen des

1) Literatur s. oben § 60 b¹.

Beamten unterschreibt oder, falls sie bereits vorher unterschrieben hat, die Unterschrift als die ihrige anerkennt. Demgemäß beschränkt sich auch der Beglaubigungsvermerk auf die Feststellung dieser Tatsache. Doch muß er außerdem den Namen der Partei sowie den Ort und Tag der Ausstellung angeben und von dem beglaubigenden Beamten unter Beifügung seines amtlichen Siegels eigenhändig unterschrieben werden (R. F. G. 183).

d) Dazu kommen noch einige Ordnungsvorschriften. Sie stimmen zum Teil mit den bei einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung geltenden Ordnungsvorschriften überein (siehe F. G. Preußen 60 III, 64, 63; sächs. Ges. v. 15. 6. 00 § 60); doch ist nicht vorgeschrieben, daß der beglaubigende Beamte sich darüber äußert, wie er die Identität der Partei festgestellt hat.

2. Bei den vorstehenden Regeln verbleibt es, gerade wie im Fall der Schriftlichkeit, auch dann, wenn die Partei ihnen nur mangelhaft oder gar nicht nachzukommen im stande ist.

Dadurch wird die öffentliche Beglaubigung im Einzelfall völlig wertlos, z. B. wenn ein Blinder ein bereits mit seinem Namen unterschriebenes Schriftstück einem Notar vorlegt, die Unterschrift als die seinige anerkennt und dies von dem Notar beglaubigen läßt. Ob der Notar hier dadurch Abhilfe schaffen darf, daß er die Beglaubigung ablehnt, ist nicht zweifellos, da das Gesetz die Frage schweigend übergeht (s. sächs. B. v. 16. 6. 00 § 29).

3. Ist eine empfangsbedürftige Erklärung oder ein Vertragsschluß öffentlich zu beglaubigen, so gelten die gleichen Besonderheiten wie im Fall der Schriftlichkeit (s. oben S. 220⁵).

4. Ist bei Abgabe einer Erklärung eine einzige der soeben geschilderten Formvorschriften nicht beobachtet, so gilt die Erklärung im Sinn des Gesetzes nicht als öffentlich beglaubigt.

Beispiel. A., der nicht schreiben kann, bringt eine mit drei Kreuzen unterzeichnete Bürgschaftserklärung zum Notar, erkennt die Kreuze als sein Handzeichen an und läßt dies durch den Notar beglaubigen; nachträglich stellt sich heraus, daß er die Kreuze der größeren Sauberkeit wegen durch einen Schreibverständigen hat zeichnen lassen. Hier ist die Bürgschaftserklärung nicht eigenhändig unterzeichnet und also auch nicht öffentlich beglaubigt; sie ist demnach ungültig (s. 766, 126 I, 129, 125).

Eine Ausnahme gilt auch hier bei den Ordnungsvorschriften.

5. Eine „Ausfertigung“ der öffentlich beglaubigten Erklärungen ist nicht erforderlich, da die Partei den Text ihrer Erklärung samt Unterschrift und Beglaubigungsvermerk im Original zurückerhält.

II. 1. Zur öffentlichen Beglaubigung von Erklärungen, die nur mit einem Handzeichen der Partei versehen sind, sind einzig und allein dieselben Behörden zuständig wie bei einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, also in den meisten deutschen Staaten die Amtsgerichte und die Notare (126 I, 129 I; R. F. G. 167 I, 191 II), in Bayern der Regel nach nur die Notare (bahr. AusfGes. 167 I) usw.

2. Zur öffentlichen Beglaubigung von Erklärungen, die mit dem Namen der Partei unterschrieben sind, sind außerdem nach Landesrecht zuständig: in den Oberlandesgerichtsbezirken Frankfurt a. M. und Kassel sowie in Hessen die Ortsgerichtsvorsteher, in Sachsen und Hessen die Gerichtsschreiber, in Württemberg die Ortsvorsteher und die Ratschreiber, in Baden die Bürgermeister usw. (R. F. G. 191 I; F. G. Preußen 115 (111), 117, 122, 12; preuß.

B. v. 20. 12. 99; sächs. Ges. v. 15. 6. 00 § 41; württemb. AusfGes. 124; F.G. Baden 42, Hessen 65).

3. Daß ein zur Beglaubigung von Unterschriften zuständiger Beamter im Einzelfall zur Beglaubigung unfähig sei, ist nirgends vorgeschrieben. Danach ist eine notarielle Beglaubigung gültig, auch wenn sie die eigne Unterschrift des Notars oder die seiner Frau oder die einer Partei betrifft, die in der beglaubigten Erklärung eine Verfügung zu gunsten des Notars trifft. Doch ist es den Beamten selbstverständlich untersagt, in Fällen dieser Art von ihrer Zuständigkeit Gebrauch zu machen (R. F.G. 6, 7; F.G. Preußen 84 usw.).

4. Ein Beamter, der eine Erklärung beglaubigt, hat auf deren Inhalt noch weniger Einfluß als ein Beamter, der eine Erklärung beurkundet. Ja in Preußen darf er nicht einmal Kenntnis von diesem Inhalt nehmen, es sei denn, daß die Partei es ihm besonders gestattet, während in Bayern ihm die Einsicht in die Erklärung umgekehrt zur Pflicht gemacht wird (F.G. Preußen 60 I; bayr. Notariatsges. v. 99 Art. 35).

III. In allen Fällen, in denen ein Reichsgesetz die öffentliche Beglaubigung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung vorschreibt, kann sie durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt werden (129 II).

d) Sonstige gesetzliche Formvorschriften.

§ 60 d.

Außer der Form der Schriftlichkeit, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung und der öffentlichen Beglaubigung finden sich in den Reichsgesetzen namentlich folgende Formen vorgeschrieben:

I. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung kann außer durch Richter und Notar auch durch einen Standesbeamten beurkundet werden.

Beispiel. Die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft (R. F.G. 167 II, 191).

II. Eine Erklärung ist vor einem Beamten abzugeben; daß sie von ihm beurkundet wird, ist nur durch Ordnungsvorschrift bestimmt, gehört also nicht zu den wesentlichen Formalitäten.

Beispiel. Die Eheschließung (1317, 1318 III, 1323, 1324).

Zweifelhaft ist, ob nicht auch der Abschluß eines Ehevertrages hierher gehört; denn auch für ihn ist als wesentliche Formalität ausdrücklich nur die Vornahme vor Gericht oder Notar, nicht aber irgendwelche Beurkundung vorgeschrieben (1434).¹ Doch glaube ich, daß hier lediglich einer der vielen Redaktionsfehler des BGB. vorliegt. Denn es hätte doch gar zu wenig Sinn, einen mündlich abgeschlossenen unbeurkundeten Ehevertrag nur um deswillen für gültig zu erklären, weil ein Notar bei dem Abschluß zugegen war.

Das nämliche gilt bei der Auflassung, zu deren wesentlichen Formalitäten nach dem Wortlaut des Gesetzes bloß die Vornahme vor dem Grundbuchamt, nicht aber eine Beurkundung gehört (925).²

1) Bland-Unzner Num. 1 zu § 1434.

2) Biermann Num. 1e zu § 925.

III. Eine Erklärung ist vor drei Zeugen abzugeben und von ihnen schriftlich zu beurkunden.

Beispiel. Daß auf einem deutschen Rauffahrteischiff im Auslande errichtete Testament (2251).

c) Der gewillkürte Formzwang im einzelnen.

§ 60e.

Ist als gewillkürte Form einer rechtsgeschäftlichen Erklärung die Schriftlichkeit, die gerichtliche oder notarielle Beurkundung oder die öffentliche Beglaubigung bestimmt, so werden im Zweifel dieselben Formalitäten anzuwenden sein, wie wenn die Beobachtung einer dieser Formen kraft Gesetzes vorgeschrieben wäre (§. 127 Satz 1). Doch gilt, falls die gewillkürte Form die Schriftlichkeit ist, die Milderung, daß, soweit nicht ein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist, die schriftlichen Erklärungen auch telegraphisch übermittelt und bei einem Vertragschluß auch durch Briefwechsel abgegeben werden können (127 Satz 2). Es ist also nicht nötig: im Fall der telegraphischen Übermittlung einer empfangsbedürftigen Erklärung, daß diese Erklärung in der ihr von der Partei gegebenen schriftlichen Gestalt dem Empfänger vorgelegt oder ausgehändigt wird; im Falle des Vertragschlusses durch Briefwechsel, daß die beiderseitigen Erklärungen in einer einheitlichen Urkunde vereinigt werden. Im übrigen verbleibt es dagegen auch in den beiden ebengenannten Fällen bei den Formerfordernissen der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit; insbesondere muß in dem ersten Fall die Urschrift des Telegramms, im zweiten Fall jeder Brief von dem Absender eigenhändig unterschrieben werden; doch ist beides streitig.¹

Hat eine Partei von der nach obiger Regel statthafter Formerleichterung Gebrauch gemacht, so kann jede Partei nachträglich doch noch die Beurkundung in der schwereren, im Fall der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftlichkeit bestimmten Form verlangen (127 am Ende).

10. Inhalt der Rechtsgeschäfte.

a) Allgemeines.

§ 60f.

I. 1. a) Jede rechtsgeschäftliche Willensäußerung muß einen bestimmten Mindestinhalt haben, d. h. die Partei, die die Äußerung abgibt, muß einen Willensentschluß über eine bestimmte Mindestzahl von Punkten äußern: tut sie das nicht, so ist ihre Äußerung unfertig und bleibt ohne rechtsgeschäftliche Wirkung. Dagegen schadet es nichts, wenn die Partei andre, nicht zu diesem

1) Abw. Crome 1 § 87³⁰; Goldmann 1 S. 161; Riezler S. 377. Dagegen sind für den Fall des Briefwechsels unsrer Meinung Hölder 1 S. 284; Endemann 1 § 65^{28, 29}.

Mindestinhalt des Geschäfts gehörige Punkte mit Schweigen übergeht, sie mögen im Einzelfall noch so wichtig sein; vielmehr wird die Lücke, die durch eine solche Auslassung in dem Rechtsgeschäft entsteht, im Fall des Bedürfnisses anderweit ausgefüllt, sei es durch Auslegung des Geschäfts (unten § 63), sei es durch Anwendung gewisser gerade für Fälle dieser Art bestimmter „nachgiebiger“ Gesetzesvorschriften.

b) Der Mindestinhalt eines Geschäfts wird teils durch gesetzliche Regeln, teils durch das Belieben der Partei bestimmt, die das Geschäft vornimmt. Letzteres kommt namentlich in der Form vor, daß die Partei bei Abgabe ihrer rechtsgeschäftlichen Äußerung sich eine Bestimmung über irgendeinen mit dem Geschäft zusammenhängenden Punkt besonders vorbehält; denn solch ein Vorbehalt wird häufig die Bedeutung haben, daß das Rechtsgeschäft nach dem Willen der Partei erst dann fertig sein soll, wenn es durch die vorbehaltene Bestimmung ergänzt ist.

Beispiel. A. hat in der Zeitung einen Preis von 1000 M. für eine neue gute „Vertonung“ von Heines Lorelei ausgesetzt und die drei Musiker B., C. und D. zu Preisrichtern bestellt; C. kommt der Bekanntmachung nach, und seine Komposition wird von den Preisrichtern als des Preises würdig befunden; A. ist aber keineswegs entzückt von ihr und sucht nach einem Vorwande, um sich der Pflicht, den Preis an C. auszuführen, zu entziehen; er behauptet deshalb, sein Preisausschreiben habe nicht den erforderlichen Mindestinhalt gehabt und sei demnach ungültig gewesen; als Lücken des Ausschreibens führt er folgende drei an: a) er habe keine Frist festgesetzt, binnen deren die Preisarbeiten einzureichen seien; b) er habe nicht bestimmt, ob die drei Richter ihr Urteil einstimmig oder mit Stimmenmehrheit zu fällen hätten und wie es zu halten sei, wenn einer von ihnen sein Urteil verweigert oder verzögert oder vor Abgabe des Urteils stirbt; c) er habe am Schluß des Ausschreibens gesagt: die näheren Bestimmungen über die Bedingungen der Preisbewerbung seien in der Musikalienhandlung von F. einzusehen; in Wirklichkeit habe er es aber ganz vergessen, solche Bestimmungen zu treffen. I. Hier ist A. im Recht, wenn seine Angabe zu a) zutreffend ist. Denn die Festsetzung einer Frist für die Preisbewerbung gehört tatsächlich kraft Gesetzes (§ 661 I) zum Mindestinhalt eines Preisausschreibens. II. Nicht minder ist aber A. auch dann im Recht, wenn sich lediglich seine Angaben zu c) bewahrheiten. Allerdings wird der „Erlaß näherer Bestimmungen über die Bedingungen der Preisbewerbung“ vom Gesetz nicht zum Mindestinhalt eines Preisausschreibens gerechnet. Wohl aber A. hat ihn rechtsgeschäftlich dazu erhoben; denn daß er in seiner Bekanntmachung ausdrücklich auf diese Bestimmungen verwiesen hat, soll offenbar bedeuten, daß die Bekanntmachung nur in Verbindungen mit ihnen Geltung haben solle. III. Dagegen ist A. im Unrecht, wenn sich bloß seine Angaben zu b) bestätigen. Denn die Bestimmungen, die er hier vermißt, sind weder kraft Gesetzes Mindestinhalt des Preisausschreibens, noch hat A. selber sie rechtsgeschäftlich dazu gemacht. Die Lücke, die sich als Folge der Fortlassung dieser Bestimmungen in A.s Preisausschreiben bemerklich macht, bewirkt also nicht, daß das Ausschreiben als unfertig anzusehen ist, sondern ist im Fall des Bedürfnisses anderweit auszufüllen; bedauerlich ist freilich, daß über die Art der Ausfüllung unter den Gelehrten Streit herrscht.

2. Die zu a) entwickelten Regeln gelten gleichmäßig für einseitige Rechtsgeschäfte wie für Verträge. Über ihre Anwendung auf letztere ist noch folgendes zu bemerken.

a) Verbindet man die Regel zu 1, nach der jede Partei, die ein Rechtsgeschäft vornimmt, ihren Willensentschluß über den Mindestinhalt dieses Geschäfts äußern muß, mit dem früher behandelten Grundsatz, daß bei einem

Vertragschluß die Willensäußerungen beider Parteien miteinander übereinstimmen müssen, so gelangt man zu dem Ergebnis: wollen zwei Parteien einen Vertrag schließen, so müssen beide über den Mindestinhalt des Vertrages übereinstimmende Äußerungen abgeben, oder kürzer, sie müssen sich über den Mindestinhalt des Vertrages einigen. Dagegen schadet es nichts, wenn sie über andre mit ihrem Vertrage zusammenhängende, aber nicht zu dessen Mindestinhalt gehörige Punkte zu einer Einigung nicht gelangen.

Beispiele. I. Referendar A. schreibt an seinen Freund und Kollegen B.: „willst Du mir meinen Dernburg abkaufen? letzte Auflage, wie neu; halber Ladenpreis“; B. schreibt zurück: „ich nehme dein Anerbieten gern an, schicke mir den Dernburg recht bald“; nachträglich stellt sich heraus, daß A. Dernburgs Pandekten, B. Dernburgs bürgerliches Recht gemeint hat. Hier ist ein Vertrag nicht zustande gekommen; denn zum Mindestinhalt eines Kaufvertrages gehört nach Gesetzesvorschrift die Einigung über die verkaufte Sache; und diese Einigung ist hier nicht erzielt. II. Der Engländer C. will von D. eine Wohnung mieten; die Wohnung ist aber in übelstem Zustande, und C. verlangt deshalb, daß D. sie zunächst gründlich instand setze, während D. umgekehrt mit Rücksicht auf den billigen Preis die Wohnung so vermieten will, wie sie ist, und etwaige Reparaturen dem Mieter überläßt; nun kann aber C. kein deutsch und D. nur ganz wenig englisch; sie beschließen deshalb gemeinsam, den im Hause D.s wohnenden E., der angeblich gut englisch spricht, als Dolmetscher zuzuziehen; E. tritt denn auch in Tätigkeit, jedoch lediglich mit dem Erfolge, daß C. und D. sich gründlich mißverstehen; jeder nimmt an, der Gegner habe in der streitigen Frage nachgegeben und schließen in diesem Sinn den Vertrag ab. Hier ist der Vertrag gleichfalls nicht zustande gekommen. Denn eine Vereinbarung darüber, ob der Vermieter oder der Mieter die Wohnung instand zu setzen habe, gehörte zwar nicht nach Gesetzesvorschrift, wohl aber nach dem übereinstimmenden Belieben beider Parteien zu dem Mindestinhalt des Mietvertrages; und diese Einigung ist hier nicht erzielt. III. F. will sich von seinem Freunde G. 1000 M. borgen und erhält auch das Geld tatsächlich von ihm; G. hat aber das Geld nur gegeben, weil er es als selbstverständlich ansah, daß F. es mit den üblichen 4% verzinsen müsse und daß er es mit einmonatiger Kündigungsfrist zurückfordern könne; dagegen hat F. es umgekehrt für selbstverständlich gehalten, daß er dem Freunde keine Zinsen zu zahlen brauche und daß ihm eine sechsmonatige Kündigungsfrist zustehen; doch haben F. und G. sich über beide Punkte nicht ausgesprochen; denn ein jeder erachtete ja seine eigne Annahme als „selbstverständlich“ und deshalb eine Verhandlung darüber für unnütz. Hier ist ein gültiger Vertrag zwischen F. und G. zustande gekommen. Freilich ist auch hier die Einigung der Parteien, gerade wie zu I und II, eine unvollständige. Doch gehören die Differenzpunkte nicht zum Mindestinhalt des Darlehnsvertrages, weder nach Gesetzesvorschrift noch — da ja die Parteien eine Vereinbarung über jene Punkte beide für überflüssig hielten! — nach dem Belieben der Parteien. Die Lücke, die der Darlehnsvertrag in Ansehung beider Punkte aufweist, ist kraft Gesetzes dahin auszufüllen, daß F. keine Zinsen zu zahlen hat und daß die dem F. zustehende Kündigungsfrist weder einen noch sechs, sondern drei Monate beträgt (609).

b) Daß irgendein mit dem Vertrage zusammenhängender Punkt kraft Beliebens der Parteien zum Mindestinhalt des Vertrages zu rechnen ist und deshalb die Parteien sich über diesen Punkt einigen müssen, ist im Zweifel schon dann anzunehmen, wenn auch nur eine der Parteien im Lauf der Verhandlungen eine Vereinbarung über diesen Punkt gefordert hat (154 I Satz 1).

Beispiel. A. will sein Landgut an B. verpachten, aber nur, wenn B. seinen alten auf Lebenszeit angestellten Inspektor C. mit übernimmt; er erklärt dies denn auch dem B. gleich bei Beginn der Verhandlung, worauf dieser erwidert: „darüber können wir ja am Schluß sprechen“; nunmehr werden A. und B. über die sonstigen Pachtbedingungen einig,

unterzeichnen eine darüber schriftlich aufgesetzte Urkunde und gehen zu Tisch; als A. nach der Mahlzeit auf C. zurückkommen will, erwidert B.: „unser Vertrag ist vor Tisch abgeschlossen; ich lasse mich auf keine Nachträge dazu ein; den C. übernehme ich nicht.“ Hier ist der ganze Pachtvertrag ungültig. Denn wenigstens eine Partei, A., hat als Pachtbedingung eine Vereinbarung bezüglich des C. gefordert, und es ist nicht anzunehmen, daß sie durch Unterzeichnung des Pachtvertrages dies Verlangen fallen gelassen hat. Also ist eine Einigung über den Mindestinhalt des Pachtvertrages nicht zustande gekommen.

c) Nicht selten verhandeln die Parteien über die einzelnen Punkte, die den Mindestinhalt des Vertrages bilden, getrennt und stellen, wenn sie sich über einen dieser Punkte geeinigt haben, dies Ergebnis durch eine Punktation schriftlich fest. Doch ist eine derartige Stückeinigung nicht rechtsverbindlich: jede Partei kann also nach Belieben von ihr abgehen, solange nicht auch über den letzten Punkt eine Einigung erzielt ist (154 I Satz 2).

Beispiel. A. will sein Warenlager im ganzen an B. verkaufen; beide stellen deshalb ein Inventar des Lagers auf, vereinbaren für jeden Posten des Inventars der Reihe nach den Preis und schreiben die Vereinbarung nieder; als eben der Preis des letzten Postens festgestellt werden soll, verlangt A. nachträglich eine Preiserhöhung für einige bereits erledigte Posten, was B. als verspätet zurückweist. Hier ist der Verkauf nicht zustande gekommen. Denn solange nicht auch der letzte Inventarposten erledigt ist, stellt die Vereinbarung zwischen A. und B. eine bloße Punktation dar, die für beide Parteien unverbindlich ist. A. kann demnach die bereits mit B. vereinbarten Preiskäufe solange beliebig wieder umstoßen, und der Vertrag bleibt, wenn B. sich hierauf nicht einläßt, unfertig.

d) Es kommt vor, daß die Parteien sich über irgendeinen Punkt, über den nach einer von ihnen selbst getroffenen Bestimmung eine Vereinbarung getroffen werden sollte und der deshalb kraft Beliebens der Parteien zum Mindestinhalt des Vertrages zu rechnen ist, in Wirklichkeit nicht geeinigt haben und daß sie trotzdem beide irrtümlich annehmen, der Vertrag sei zustande gekommen. Alsdann soll trotz der fehlenden Einigung der Parteien der Vertrag Geltung haben, sofern anzunehmen ist, daß er auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde (155). Der Punkt wird also in diesem Fall aus dem Mindestinhalt des Vertrages nachträglich ausgeschlossen.

Beispiele. I. Die Schreiner A. und B. wollen eine gemeinsame Schreinerei gründen; ein jeder setzt seine Bedingungen schriftlich auf; dann treffen sie sich, jeder liest die Bedingungen des andern durch und beide erklären schließlich: „also sind wir einig; die Sache ist abgemacht“; später stellt sich heraus, daß als Termin für die Gewinnverteilung in A.s Bedingungen der März, in B.s Bedingungen der Mai angegeben war. Hier ist der Vertrag zustande gekommen, obgleich die Parteien sich über einen Punkt, über den beide eine Vereinbarung treffen wollten, tatsächlich nicht geeinigt haben; denn beide haben diesen Differenzpunkt irrtümlich übersehen und angenommen, der Vertrag sei geschlossen; auch ist anzunehmen, daß sie den Vertrag am Ende auch ohne eine Vereinbarung über den Punkt abgeschlossen haben würden. Die Lücke ist dadurch auszufüllen, daß die Gewinnverteilung an dem früheren der von den Parteien vorgeschlagenen Termin, also im März, vorzunehmen ist; denn dieser Termin kommt dem vom Gesetz bestimmten (Gewinnverteilung gleich nach Schluß des Geschäftsjahrs [s. 721 II]) am nächsten. II. C. will den D. als Diener anstellen und verhandelt mit ihm mündlich; dabei mißversteht er den D. dahin, daß dieser ein Monatsgehalt von 50 Mk. fordere, und bewilligt es ihm; umgekehrt mißversteht D. den C. dahin, daß dieser ihm nur ein Gehalt von 40 Mk. biete, und akzeptiert dies Gebot; so glauben beide einig geworden zu sein, während sie sich in Wirklichkeit nicht geeinigt haben. Es liegt nahe, hier dieselbe Entscheidung zu fällen wie zu I und den Vertrag auf der Basis

des niedrigeren der von den beiden Parteien vorgeschlagenen Lohnsätze zustande kommen zu lassen. Doch wäre das irrig; denn daß der geringere Lohnsatz irgendeiner Gesetzesvorschrift mehr entspräche als der höhere, läßt sich nicht behaupten, und ebensowenig ist ein anderer Grund erfindlich, aus dem bei der Differenz zwischen C. und D. gerade der letztere nachzugeben hätte. Man erwidere nicht, daß in dem minus das plus stecke und daß also, wenn C. einen Lohnsatz von 50 Mk. bewilligte, er sich damit stillschweigend auch mit dem von D. geforderten Satz von 40 Mk. einverstanden erklärt habe; denn man kann ebensogut auch umgekehrt sagen: wenn D. einen Lohnsatz von 40 annahm, hat er damit stillschweigend auch den von C. angebotenen Satz von 50 angenommen. Das Ergebnis ist also überraschenderweise: der Vertragschluß zwischen C. und D. ist gescheitert.¹

e) Hat der Vertrag eine Zweckzuwendung zum Gegenstande (oben S. 162), so gehört der Zweck, dem die Zuwendung dient, zum Mindestinhalt des Vertrages; die Parteien müssen sich also auch über ihn einigen. Dagegen ist bei Verträgen, die auf eine abstrakte Zuwendung gehen, eine Einigung der Parteien über deren Zweck nicht erforderlich.

Beispiele. I. A. bittet seinen Schwiegervater B. brieflich um ein Geschenk von 1000 Mk.; dieser schickt ihm denn auch einen Tausendmarkschein mit der Post, schreibt aber dabei: „meine Mittel erlauben es mir nicht, Dir soviel Geld zu schenken; doch will ich Dir das Geld auf 5 Jahr zinslos leihen“; A. erwidert darauf: „leider erlauben es mir meine Grundsätze nicht, Geld zu borgen; ich nehme die 1000 Mk. deshalb, wie erbeten, als Geschenk an“; B. beantwortet diese Mitteilung mit den Worten: „es bleibt bei dem, was ich gesagt habe“. Hier ist es selbstverständlich, daß zwischen A. und B. mangels Einigung der Parteien weder ein Schenkungs- noch ein Darlehnsvertrag zustande gekommen ist. Fraglich ist dagegen, ob nicht trotzdem A. formell Eigentümer des ihm von B. gesendeten Tausendmarkscheins geworden ist; denn A. hätte das Eigentum des Scheins ebensogut erworben, wenn der von ihm vorgeschlagene Schenkungs-, wie dann, wenn der von B. vorgeschlagene Darlehnsvertrag zustande gekommen wäre; man könnte also denken, daß die Parteien zwar nicht über die Schenkung und auch nicht über das Darlehn, aber doch über das beiden gemeinsame Moment der Übereignung des Scheins von B. auf A. einig geworden seien. Indes ist zu bedenken, daß B. mitnichten die Absicht hatte, den A. schlechthin zum Eigentümer des Scheins zu machen, sondern daß er den Schein dem A. nur darlehnsweise, d. h. nur zu dem Zweck, den A. zu seinem Darlehnschuldner zu machen, übereignet hat. Sonach war die Übereignung des Scheins eine Zweckzuwendung und ist, da die Parteien sich über ihren Zweck nicht einigt haben, nicht zustande gekommen. B. ist also Eigentümer des Scheins geblieben.² II. C. hat in seinem Testament u. a. bestimmt: „D. erhält 10000 Mk.“; C.'s Testamentsvollstrecker E. will darauf nach C.'s Tode die 10000 Mk. an D. als ein Vermächtnis C.'s auszahlen; D. behauptet dagegen, C. sei ihm die 10000 Mk. infolge verschiedener Spekulationsgeschäfte schuldig geworden, und will die Zahlung, schon um nicht die hohe Vermächtnissteuer entrichten zu müssen, lediglich als Erfüllung dieser Schuld annehmen; schließlich einigen sich C. und D. dahin, daß D. jedenfalls das Geld nehmen und Eigentum daran erwerben solle; welchem Zweck die Zahlung diene, solle einstweilen dahingestellt bleiben. Hier ist der Übereignungsvertrag zustande gekommen; denn er ist in diesem Fall auf eine abstrakte Zuwendung gerichtet; es schadet also nichts, daß die Parteien sich über den Zweck der Zuwendung nicht einig geworden sind.

II. Unter den Rechtsgeschäften pflegt man eine große Anzahl von Geschäftstypen zu unterscheiden, die dadurch ausgezeichnet sind, daß für einen jeden von ihnen mehr oder minder wichtige gesetzliche Sondervorschriften gelten, und

1) Abw. Bland zu § 155.

2) Streitig. Siehe unten im Sachenrecht.

pflegt jedes konkrete Rechtsgeschäft einem derartigen Typ unterzuordnen.³ Hiermit hängt es zusammen, wenn man die einzelnen Bestandteile eines konkreten Rechtsgeschäfts in folgende drei Gruppen einteilt.

1. *Essentialia negotii* sind alle in dem Geschäft getroffenen Bestimmungen, die für den Typ, dem das Geschäft untergeordnet wird, wesentlich sind. Fehlen sie, so ist das Geschäft entweder ganz ungültig, oder es ist zwar gültig, gehört aber einem andern Typ an.

2. *Naturalia negotii* sind alle in dem Geschäft getroffenen Bestimmungen, die zwar für den Typ, dem das Geschäft untergeordnet wird, nicht wesentlich sind, die aber doch der vom Gesetz bevorzugten Musterform dieses Typs entsprechen. Fehlen sie, so bleibt dies ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Geschäfts; denn an ihre Stelle treten gesetzliche Regeln, die mit ihnen inhaltlich übereinstimmen; sie sind also, genau genommen, überflüssig.

3. *Accidentalia negotii* sind alle in dem Geschäft getroffenen Bestimmungen, die für den Typ, dem das Geschäft untergeordnet wird, nicht nur nicht wesentlich sind, sondern sogar von der gesetzlich bevorzugten Musterform des Typs abweichen, die aber doch mit dem Wesen des Typs verträglich sind. Fehlen sie, so treten an ihre Stelle gesetzliche Regeln, die nicht mit ihnen, sondern mit den *naturalia negotii* inhaltlich übereinstimmen.

Beispiele. I. A. hat eine Urkunde errichtet, in der es heißt: „nach meinem Tode fällt mein Vermögen an meine Freunde B. und C. zu gleichen Teilen; von meinem Nachlaß soll B. das Haus, C. die Hypotheken übernehmen.“ Hier ist diese Anordnung A.s dem Geschäftstyp „Erbeinsetzung“ zuzuordnen. Und zwar sind die ersten Worte bis „B. und C.“ *essentialia*, die Worte „zu gleichen Teilen“ *naturalia*, die Schlußworte *accidentalia negotii*. 1. Streicht man die ersten Worte, so stellt der Überrest, soweit er überhaupt noch verständlich ist, jedenfalls keine Erbeinsetzung, sondern höchstens ein Vermächtnis des Hauses an B., der Hypotheken an C. dar. 2. Streicht man die Worte „zu gleichen Teilen“, so ist das ohne Belang; denn der Überrest bleibt eine gültige Erbeinsetzung, und an die Stelle der gestrichenen Bestimmung treten gesetzliche Vorschriften, die mit ihr gleichen Inhalts sind (2091). 3. Streicht man die Schlußworte, so bleibt der Überrest wie zu 2 eine gültige Erbeinsetzung; an die Stelle der gestrichenen Worte treten aber gesetzliche Vorschriften andern Inhalts; das Haus und die Hypotheken fallen nämlich alsdann an B. und C. gemeinsam. II. Derselbe Fall; nur hat A. noch weiter bestimmt: „für die etwaigen Nachlassschulden ist einzig und allein B. haftbar.“ Diese Klausel ist, wenn man A.s Anordnung auch in diesem Fall dem Geschäftstyp „Erbeinsetzung“ unterstellen will, weder ein *essentiale* noch ein *naturale* noch ein *accidentale negotii*; denn sie ist mit dem Wesen einer Erbeinsetzung schlechthin unverträglich (1967). Es bleibt also nichts übrig, als entweder die Klausel, weil dem Wesen einer Erbeinsetzung widersprechend, für nichtig zu erklären (wobei dann weiter zu prüfen wäre, ob nicht aus der Nichtigkeit der einen Klausel die Nichtigkeit des ganzen Testaments des A., wenigstens soweit es den B. angeht, zu folgern ist [139]) oder aber die Voraussetzung, daß A.s Anordnung in Ansehung des B. dem Typ „Erbeinsetzung“ unterzuordnen sei, fallen zu lassen und nach einem Typ zu suchen, der sich für A.s Anordnung als passender erweist. Welche dieser beiden Methoden den Vorzug verdient, mag an dieser Stelle unentschieden bleiben.

3) Landsberg S. 182.

b) Bedingungen.¹

§ 61.

I. 1. Überaus häufig wird in Rechtsgeschäften angeordnet, daß die Rechtswirkung, auf die das Geschäft abzielt, nicht allein von der Erfüllung der dafür aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen, sondern außerdem von dem Eintritt oder Nichteintritt eines von den Parteien willkürlich bestimmten künftigen ungewissen Ereignisses ganz oder teilweise abhängig sein soll. Man bezeichnet alsdann den Eintritt oder Nichteintritt dieses Ereignisses als die **Bedingung** des Rechtsgeschäfts; ebenso häufig verwendet man aber den Ausdruck **Bedingung** auch für denjenigen Teil des Rechtsgeschäfts, in dem auf dies Ereignis Bezug genommen wird.

Beispiel. A. erklärt dem B.: „ich schenke dir 1000 M., wenn du dein Examen gut bestehst“. Hier kann man als die „Bedingung“ dieser Schenkung sowohl die Tatsache, daß B. sein Examen besteht, als auch den Nebensatz in dem Schenkungsversprechen u. s. auffassen. Demgemäß kann man, wenn A. wirklich im Examen gut durchkommt, sowohl sagen, die von A. gestellte Bedingung ist „eingetreten“, wie, die von B. gestellte Bedingung ist „erfüllt“.

2. a) Die Bedingungen sind entweder **aufschiebende** (suspensive) oder **auflösende** (resolutive). Jene besagen, daß die Rechtswirkung, auf die das Rechtsgeschäft abzielt, erst dann entstehen soll, wenn ein künftiges ungewisses Ereignis eintritt oder nicht eintritt; diese besagen umgekehrt, daß, wenn ein künftiges ungewisses Ereignis eintritt oder nicht eintritt, die Rechtswirkung, auf die das Geschäft abzielt, fortfallen soll.

Beispiel. A. hat gegen B. eine mit 5% verzinssliche 1909 fällige Forderung; 1907 erläßt er dem B. diese Forderung unter der Bedingung, daß B. binnen eines Jahres auswandert. Dies kann bedeuten: entweder, daß u. s. Forderung erst dann erlischt, wenn B. außer Landes geht, oder daß sie sofort erlischt, aber wieder auflebt, wenn B. noch ein volles Jahr im Lande bleibt. Im ersten Fall ist sie aufschiebend, im zweiten auflösend.

b) Die Bedingungen sind, vom Standpunkt eines der Beteiligten aus gesehen, entweder **potestativ** oder **kasuell** oder **gemischt**, je nachdem es in seinem freien Belieben steht, den Eintritt der Bedingung herbeizuführen oder zu verhindern, oder aber der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung von seinem Belieben völlig unabhängig ist oder endlich der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung zwar von ihm beliebig verhindert, nicht aber auch beliebig herbeigeführt werden kann.

Beispiele. Amtsrichter A. mietet auf den 1. April 09 von B. in Hirschberg eine Wohnung, die zurzeit an C. vermietet ist; der Mietvertrag soll aber nur gelten: I. wenn A. im Frühjahr 09 nach Hirschberg versetzt wird; II. wenn C. sich bereit erklärt, auf seine eignen Mieterrechte vom 1. April ab zu verzichten; III. wenn A. nicht binnen 3 Tagen den Rücktritt erklärt. Hier ist, vom Standpunkt u. s. aus gesehen, die erste Bedingung gemischt, die zweite kasuell, die dritte potestativ.

1) F. Leonhard, Jahrb. f. Dogm. 39 S. 174; A. Kohler, Arch. f. WR. 15 S. 1, 25 S. 164; Holz, Schwebezustand (04); Strohal, Grenzen d. Rechtskraft bei bedingten Rechtsverhältnissen (05); Schott, Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen (05).

3. Keine echten Bedingungen liegen vor:

a) wenn die Parteien die Wirkung eines Rechtsgeschäfts von dem Eintritt oder Nichteintritt eines zukünftigen gewissen oder eines zukünftigen unmöglichen oder eines vergangenen oder gegenwärtigen Ereignisses abhängig machen;

b) wenn die Parteien die Wirkung eines Rechtsgeschäfts von dem Eintritt oder Nichteintritt eines zukünftigen ungewissen Ereignisses abhängig machen, von dem diese Wirkung schon kraft Gesetzes abhängig ist (sog. *condicio juris*).

Beispiele unechter Bedingungen. I. Verpächter A. verspricht seinem Pächter B. die Erstattung gewisser Meliorationen, die er auf dem Pachtgut vorgenommen, jedoch nur, „wenn der Pachtvertrag dereinst abläuft“. II. E. verspricht dem D. „eine jährliche Zulage, wenn dieser die schwer franke E. heiratet“; die E. ist aber, ohne daß E. und D. es wissen, damals schon gestorben. III. E. kauft dem F. ein Möbel für 800 Mk. unter der Bedingung ab, daß F., als er das Stück erwarb, mindestens ebensoviel dafür bezahlt hat. IV. G. setzt den H. zu seinem Erben ein unter der Bedingung, daß dieser ihn überlebt (i. 1923 I).

4. Bei manchen Rechtsgeschäften ist die Zufügung einer Bedingung durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung ausgeschlossen, insbesondre bei der Aufrechnung, der Auflassung, der Eheschließung, der Erbschaftsannahme (388, 925, 1317, 1947). Doch folgt daraus nicht, daß die Zufügung von Bedingungen bei allen übrigen Geschäften unbeschränkt freigegeben wäre. Vielmehr ist namentlich bei gewissen einseitigen Rechtsgeschäften — Kündigung, Anfechtung usw. — genau zu prüfen, ob nicht bei ihnen die Unzulässigkeit von Bedingungen bereits aus ihrem Zweck, schwebende Rechtsverhältnisse endgültig zu regeln, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Sanktionierung mit Notwendigkeit zu folgern ist.²

Beispiele. Wichtig ist: I. eine Eheschließung unter der Bedingung nachfolgender kirchlicher Trauung; II. die Kündigung einer Wohnung durch den Mieter unter der Bedingung, daß dieser eine andre Wohnung findet.

Übrigens ist anzunehmen, daß bei einem Geschäft, das keine echten Bedingungen zuläßt, auch die oben zu 3 genannten Nebenbestimmungen, vorausgesetzt, daß sie ernstlich gemeint waren, unzulässig sind. So ist die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen Betruges, die A. gegenüber B. erklärt, ungültig, wenn sie von A. ernstlich verklausuliert wird wie folgt: „die Anfechtung soll nur gelten, wenn B. seinen Betrug wirklich eingestanden hat“ oder „ich fechte nur an, wenn ich dazu berechtigt bin; denn ich will in keinen Prozeß verwickelt werden“.

5. Die Rechtswirkung, die nach rechtsgeschäftlicher Bestimmung der Parteien von dem Eintritt einer Bedingung abhängen soll, kann in dem Erwerbe eines Rechts, in der Aufhebung einer Schuld usw. bestehen. Der Kürze wegen soll im folgenden nur von dem Fall des bedingten Rechtserwerbes gesprochen werden.

II. 1. a) Solange eine aufschiebende Bedingung noch nicht erfüllt, aber ihre Erfüllung noch möglich ist, besteht ein Schwebezustand. Währenddessen hat der bedingt Berechtigte das ihm bei Erfüllung der Bedingung zuge dachte Recht noch nicht erworben, kann es also auch noch nicht geltend machen. Doch hat er wenigstens eine feste Anwartschaft auf das Recht. Und diese Anwart-

2) Brudr, bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte (04); Biermann 1 S. 307.

schaft ist nicht bloß eine rein tatsächliche Hoffnung, wie sie etwa dem gesetzlichen Erben einer noch lebenden Person in Ansehung des dereinstigen Nachlasses dieser Person zusteht, sondern ist schon an sich ein Recht: sie ist gleichsam ein „Vor-Recht“, das als Vorbereitung für das dereinstige, unbedingte „Nach-Recht“ dient.³ Der Inhalt dieses Vor-Rechts ist der folgende.

α) Das Vor-Recht enthält stets eine Vertrauensmacht (oben S. 60): insbesondere kann der Vor-Berechtigte darauf vertrauen, daß er bei Eintritt der Bedingung das Nach-Recht erwirbt und daß ihm schon vorher gegebenenfalls ein Anspruch auf Sicherheitsleistung erwächst.

β) Das Vor-Recht enthält ferner oft eine Bestimmungsmacht (oben S. 60): insbesondere kann, wenn das Nach-Recht veräußerlich ist, auch der Vor-Berechtigte das Vor-Recht veräußern.

γ) Das Vor-Recht enthält endlich nicht selten auch eine Anspruchsmacht (oben S. 60): der Vor-Berechtigte kann nämlich unter gewissen Voraussetzungen von der Gegenpartei eine Sicherheitsleistung fordern; dieser Anspruch kommt zur Entstehung

αα) bei einer bedingten Forderung, wenn der Schuldner eine juristische Person ist und sein Vermögen auf andre Personen übertragen will (52 II);

ββ) bei einer bedingten Forderung, wenn der Schuldner in Konkurs verfällt und der Verwalter eine Verteilung vornehmen will; doch gilt, wenn die Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung eine so entfernte ist, daß die Anwartschaft des Gläubigers auf die Forderung keinen gegenwärtigen Vermögenswert hat, der Anspruch auf Sicherstellung nur bei den Abschlagsverteilungen, während bei der Schlußverteilung die Forderung unberücksichtigt bleibt (Konf-Ordn. 67, 154);

γγ) bei bedingten Rechten aller Art, wenn die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung eines Arrests oder zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung vorliegen; doch gilt auch hier eine Ausnahme, wenn die Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung eine sehr entfernte ist (ZPO. 916 II).

Beispiel. A. hat seine Gastwirtschaft einschließlich einer in dem Wirtschaftsbetriebe zu seinen Gunsten entstandenen fälligen Forderung wider C. unter der aufschiebenden Bedingung auf B. übertragen, daß dieser die vorgeschriebene Konzession zur Übernahme der Wirtschaft erhalten werde. Hier kann B. so lange, als er die Konzession nicht erhält, gegen den Schuldner C. nichts unternehmen und muß es sich sogar gefallen lassen, daß A. selber gegen C. vorgeht und die Forderung einzieht. Nur wenn ein Arrestgrund vorliegt, kann er gegenüber A. und gegebenenfalls auch gegenüber C. gerichtliche Sicherungsmaßnahmen beantragen.

b) Wenn die Bedingung erfüllt ist, ist aus dem bisherigen Vor-Recht das fertige Nach-Recht geworden. Dabei zeigt es sich nun aber als praktisch höchst erheblich, daß das Nach-Recht lediglich eine Fortsetzung oder Umbildung des Vor-Rechts darstellt.

α) Das Alter des Nach-Rechts wird nicht von dem Tage, an dem die

3) Enneccerus 1 S. 462.

Bedingung erfüllt, sondern von dem Tage, an dem das Vor-Recht entstanden ist, datiert.

Beispiel. A. hat am 1. Mai ein Lotterielos geschenkt bekommen, und es stand ihm demgemäß damals ein bedingtes Recht auf den Gewinn zu, der bei der demnächstigen Ziehung auf das Los entfallen würde; am 15. Mai hat nun die Ziehung stattgefunden und A.'s Los ist mit einem Gewinn von 50 000 Mk. gezogen; A. hat also nunmehr, am 15. Mai, ein unbedingtes Recht auf diese 50 000 Mk. erlangt; am 14. Mai ist aber über sein Vermögen Konkurs eröffnet. Hier fällt der Anspruch auf die 50 000 Mk. in die Konkursmasse. Freilich gehören zur Konkursmasse A.'s nur Forderungen, die ihm bereits am 14. Mai zustanden (KonkOrdn. 1). Doch ist diese Voraussetzung in unserm Fall erfüllt, da A. am 14. Mai zwar noch nicht die unbedingte Forderung auf den Gewinn, aber doch ein Vor-Recht darauf erworben hatte.

β) Hat eine Person, gegen die das Nach-Recht wirksam ist, dies Recht in der Schwebezeit schuldhaft beeinträchtigt, so ist sie nunmehr zum Schadensersatz verpflichtet. Das gleiche gilt, wenn sie in der Schwebezeit die Entstehung des Nach-Rechts ganz verhindert hat (160).

Beispiel. Mir sind Wertpapiere bedingt verpfändet und bei einem Bankier hinterlegt; noch vor Eintritt der Bedingung entsteht durch Fahrlässigkeit des Bankiers ein Brand, bei dem auch jene Papiere mitverbrennen. Hier ist der Bankier, wenn die Bedingung später eintritt, mir zum Schadensersatz verpflichtet. Ist der Brand nicht von dem Bankier selbst, sondern von einem Nachbarn verschuldet, so ist der Nachbar ersatzpflichtig.

γ) War das bedingte Rechtsgeschäft, auf dem das Vor-Recht beruhte, eine Verfügung und hat der Urheber dieser bedingten Verfügung über das von ihr betroffene Recht noch vor Eintritt der Bedingung nachträglich ein zweites Mal verfügt, so wird bei Eintritt der Bedingung die zweite Verfügung von selbst unwirksam, soweit sie die erste vormalig bedingte, nun aber unbedingt gewordene Verfügung beeinträchtigt; das nämliche gilt für Quasiverfügungen, die jenes Recht bis zum Eintritt der Bedingung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung treffen. Doch finden dabei einschränkend die Regeln zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung (161).

Beispiel. A. hat einen ihm gehörigen angeblichen Rembrandt an B. verkauft und durch Besitzkonstitut übereignet unter der Bedingung, daß der Sachverständige C. das Bild für echt erklären würde; gleich darauf bietet D. dem A. den unbedingten Kauf des Bildes an, und A. verkauft und übereignet das Bild wirklich unbedingt an D.; nun erklärt C. das Bild für echt. Hier ist die Übereignung an D. — sofern dieser nicht etwa durch seinen guten Glauben geschützt wird (932) — unwirksam; B. dagegen ist unbedingter Eigentümer des Bildes geworden.

δ) Ist in der Schwebezeit das maßgebende Gesetz geändert, so ist das Nach-Recht trotzdem nach dem bisherigen Gesetz zu beurteilen.⁴

ε) Schließlich kommt es vor, daß das Nach-Recht nach Eintritt der Bedingung, auch was seine übrigen Wirkungen angeht, so behandelt wird, als habe es dem Nach-Berechtigten bereits bei Begründung des Vor-Rechts zugestanden. Doch greift eine solche allgemeine Zurückbeziehung der Wirkungen des

4) Crome 1 § 24⁶; Endemann 1 § 77²⁴.

Nach-Rechts nur dann Platz, wenn sie dem erkennbaren Parteiwillen entspricht, und gilt auch nur in obligatorischer, nicht in dinglicher Beziehung (s. 159).⁵ Wichtig ist die Zurückbeziehung insbesondrer für die Frage, wem die Nutzungen gebühren, die ein Recht, das aufschiebend bedingt veräußert ist, in der Zwischenzeit bis zum Eintritt der Bedingung bringt.

Beispiel. A. verkauft und übereignet dem B. eine trächtige Kuh unter der Bedingung, daß sie die Beschwerden des Kalbens ohne Schaden übersteht; die Kuh wird dem B. sofort übergeben, kalbt bei ihm und bleibt gesund. Hier ist Rückbeziehung anzunehmen; dem B. gebührt also nicht bloß die Kuh, sondern auch das Kalb. Doch ist sein Recht auf das Kalb nur obligatorischer Natur: obschon das Kalb dem B. „gebührt“, „gehört“ es doch zunächst dem A.; denn zu der Zeit, da die Kuh kalbte, stand sie ja noch in A.'s Eigentum (953).

c) Wenn die Erfüllung der Bedingung unmöglich wird, fällt das bedingte Recht als solches, also die Anwartschaft auf das unbedingte Recht, fort. Alle etwa in der Schwebezeit getroffenen Sicherungsmaßregeln sind nunmehr aufzuheben.

2. Die für die aufschiebenden Bedingungen geltenden Regeln zu 1 sind analog auch auf die auflösenden Bedingungen anwendbar. Das hängt damit zusammen, daß mit einer auflösenden regelmäßig auch eine aufschiebende Bedingung verbunden ist: das Recht, das jemand unter einer auflösenden Bedingung erwirbt, soll nämlich bei Erfüllung der Bedingung zugunsten einer bestimmten Gegenpartei fortfallen, sei es, daß das Recht auf die Gegenpartei einfach übergeht, sei es, daß durch den Fortfall des Rechts die Gegenpartei von einer Last befreit wird. Die nämliche Bedingung, deren Erfüllung die eine Partei mit dem Verlust ihres Rechts bedroht, verheißt also der Gegenpartei einen Rechtsgewinn. So wirkt die auflösende Bedingung in der Tat gleichzeitig, vom Standpunkt der Gegenpartei aus gesehen, als aufschiebende Bedingung. Daraus ergeben sich die folgenden Regeln.

a) Solange die auflösende Bedingung nicht erfüllt ist, aber noch erfüllt werden kann, besteht ein Schwebezustand. Währenddessen hat der Inhaber des auflösend bedingten Rechts den Vollgenuß dieses Rechts, kann also das Recht in seinem ganzen Umfang geltend machen. Nur in einer Beziehung ist er schlechter gestellt als der Inhaber eines unbedingten Rechts: er muß dem Inhaber des entgegenstehenden aufschiebend bedingten Rechts Sicherheit leisten, wenn er durch Ausübung seines eignen Rechts das Gegenrecht gefährdet. Die näheren Bedingungen dieser Sicherheitspflicht sind oben zu 1 a γ genannt.

Beispiel. A. schenkt seinem Bruder B. eine Hypothek von 9000 Mk. unter der auflösenden Bedingung, daß dieser seinen Plan, nach Amerika auszuwandern, nicht ausführt. Hier steht dem auflösend bedingten Recht des B. an der Hypothek ein aufschiebend bedingtes Recht des A. an der nämlichen Hypothek gegenüber; jenes steht unter der Bedingung, daß B. nicht auswandert, dieses unter der Bedingung, daß B. auswandert; nun verfällt B. in Konkurs. Hier kann sein Konkursverwalter die Hypothek kündigen und einziehen, wie er will, muß aber dem A. gemäß der Regel 1 a γ Sicherheit dafür bestellen, daß, wenn B. schließlich doch auswandert, die Hypothek oder deren Wert an A. zurückfällt (s. KonkOrdn. 67, 66).

⁵) Enneccerus 1 S. 464; Leonhard S. 412; Rehbein 1 S. 237.

b) Wenn die Bedingung erfüllt wird, verliert der bedingt Berechtigte von nun ab sein bisheriges Recht. Dabei zeigt es sich nun aber als praktisch höchst erheblich, daß schon vorher, schon während des Schwebezustandes, die Gegenpartei ein aufschiebend bedingtes Gegenrecht besaß. Es kehren hier also die gleichen Regeln wieder wie bei der Erfüllung der aufschiebenden Bedingung, nur in umgekehrter Richtung (160 II, 161 II, 159).

α) Hat der Inhaber des auflösend bedingten Rechts während des Schwebezustandes schuldhaft das aufschiebend bedingte Recht der Gegenpartei beeinträchtigt oder geschmälert, so ist er ihr zu Schadensersatz verbunden.

β) Hat er während des Schwebezustandes über sein Recht verfügt oder ist in dieser Zeit eine Pfändung oder Beschlagnahme dieses Rechts erfolgt, so ist die Maßregel insoweit unwirksam, als sie das aufschiebend bedingte Recht der Gegenpartei beeinträchtigt oder vereitelt.

γ) Eine eigentliche Rückbeziehung des Rechtsverlusts tritt nur ein, wenn sie besonders vereinbart ist, und hat alsdann bloß obligatorische Wirkung.

c) Wird die Erfüllung der Bedingung unmöglich, so ist das Recht des bisher bedingt Berechtigten nunmehr unbedingt geworden.

III. In gewissen Fällen wird eine Bedingung gesetzlich als erfüllt behandelt, obschon sie in Wahrheit nicht erfüllt ist — dann nämlich, wenn die Erfüllung von der Partei, zu deren Nachteil sie gereicht, wider Treu und Glauben verhindert wird. Umgekehrt: in gewissen Fällen wird eine Bedingung gesetzlich als nicht erfüllt behandelt, obschon sie in Wahrheit erfüllt ist — dann nämlich, wenn die Erfüllung von der Partei, zu deren Vorteil sie gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt ist (162).

Beispiel. Ein Vermächtnis soll an A. fallen, wenn dieser die B. heiratet, andernfalls an C.; nun verhindert aber C. den A. an der Erfüllung der Bedingung, indem er selber die B. zur Frau nimmt. Hier verstößt C. wider Treu und Glauben, wenn er die B. nur heiratet, um dem A. das Vermächtnis abzugewinnen; die Bedingung ist deshalb als von A. erfüllt anzusehn, obschon sie in Wahrheit nicht erfüllt ist; A. bekommt also das Vermächtnis. Hat dagegen C. sich unabhängig von dem Vermächtnis um das Mädchen beworben, so liegt ein Verstoß wider Treu und Glauben nicht vor, wenn er seine Bemühungen jetzt fortsetzt und dabei erfolgreich ist; alsdann gilt also die dem A. auferlegte Bedingung als nicht erfüllt; das Vermächtnis fällt demnach an C.

Von dieser einen positiven Regel abgesehen kann die Frage, ob eine Bedingung als erfüllt gelten soll, lediglich nach Lage des Einzelfalles auf Grund freier Auslegung des Rechtsgeschäfts beantwortet werden. Zweifel entstehen namentlich, wenn die Bedingung auf eine Handlung des bedingt Berechtigten gestellt ist. — Beispiele. I. 1. Ein Pfarrer vermacht seiner früheren Magd, die liederlich geworden, eine Rente unter der Bedingung, daß ihr anstößiges Leben aufhöre; das Mädchen hat keine Lust dazu; da wird es geisteskrank und kommt in ein Irrenhaus, wo es zwangsweise chrsam lebt, ohne irgend welchen Anstoß zu geben. Hier wird man trotzdem im Sinn des Erblassers sagen, die Bedingung sei nicht erfüllt. 2. Nehmen wir den gleichen Fall, nur daß es sich um ein Vermächtnis des Erblassers an eine nahe Verwandte handelt, so wird die Entscheidung umgekehrt ausfallen. II. 1. A. schenkt dem B. seine Gemäldegalerie unter der Bedingung, daß B. ein Majorat errichte und diesem die Galerie einverleibe; B. ist auch dazu bereit; es wird ihm aber die erforderliche Bestätigung vom Oberlandesgericht verweigert. 2. C. schenkt dem D. eine Summe unter der Bedingung, daß dieser seine häßliche Klage wider seine Geschwister zurücknehme; D. erklärt auch wirklich

die Klagerücknahme, erhält aber nicht die erforderliche Einwilligung seiner Geschwister. Hier halte ich im erstern Fall die Bedingung für nicht erfüllt, im letztern für erfüllt; dort setze ich also die Bereitschaft zur Handlung der vollzogenen Handlung nicht gleich, hier setze ich sie gleich.

IV. Entsteht darüber ein Streit, ob ein bestimmtes Recht bedingt oder unbedingt sei, so trifft die Beweislast im Fall der aufschiebenden Bedingung den Inhaber des Rechts, im Fall der auflösenden Bedingung den Gegner.⁶

c) Befristungen.

§ 62.

I. 1. Ein Seitenstück zu den Bedingungen sind die Befristungen: sie bedeuten, daß die Wirkung eines Rechtsgeschäfts kraft einer in dem Geschäft getroffenen Bestimmung ganz oder teilweise von dem Herankommen eines zukünftigen Termins abhängig ist. Entweder ist die Befristung aufschiebend, oder sie ist auflösend; in ersterem Fall soll die Wirkung des Rechtsgeschäfts ganz oder teilweise eintreten, in letzterem Fall soll die Wirkung ganz oder teilweise aufhören, wenn der Termin herangekommen ist. Entweder ist es gewiß, daß der Termin irgend einmal herankommen wird, oder es ist dies ungewiß.

Beispiel. A. bestellt im Jahre 1901 an seinem Grundstück für seinen Nachbar B. ein Durchfahrtsrecht „vom Jahr 03 bis zur Eröffnung der Landstraße“. Hier ist das Recht des B. sowohl aufschiebend wie auflösend befristet; der aufschiebende Termin ist gewiß, der auflösende ungewiß.

2. Keine „Befristung“ im Rechtsfönn liegt vor, wenn jemand rechtsgeschäftlich eine Forderung begründet, die sofort entstehen, aber erst nach Ablauf einer bestimmten oder unbestimmten Zeit fällig werden soll. Eine derartige Forderung darf also nicht als „befristet“, sondern nur als „betagt“ bezeichnet werden.

Beispiel. A. verspricht im Jahre 1901 dem B. durch notariellen Vertrag schenkungsweise 100.000 Mk., zahlbar in 10 jährigen Raten, mit der Klausel: „diese Schenkung tritt mit dem 1. April 1903 in Kraft“. Hier ist die Forderung bis zum 1. April 1903 befristet; von da ab ist sie unbefristet, aber mit Ausnahme der ersten Rate betagt. Die Folge ist, daß, wenn A. geisteskrank wird und sein Vormund irrtümlich die ganze Schenkung schon 1902 erfüllt, die Zahlung zurückgefordert werden kann; denn die entgegenstehende Vorschrift von BGB. 813 II gilt nur für betagte, nicht für befristete Forderungen.¹

3. Rechtsgeschäfte die eine Bedingung nicht vertragen, lassen auch eine Befristung nicht zu (925, 1317 u. f. w.).

II. Die Befristung wird ebenso behandelt wie eine Bedingung. Bei der aufschiebenden Befristung hat also der Berechtigte, solange der Termin noch nicht herangekommen ist, das befristete Recht noch nicht erworben, sondern besitzt nur eine Anwartschaft auf dies Recht, die ihm im Fall der Gefahr

6) Rehbelt 1 S. 244. Abw. für die auflösende Bedingung Endemann 1 § 87e¹⁷, für die aufschiebende Staub Kommentar z. BGB. 6. Aufl. S. 24.

1) Abw. Biermann 1 S. 315.

möglicherweise einen Anspruch auf Sicherstellung gibt; erst wenn der Termin da ist, fällt das volle Recht ihm zu. Umgekehrt: bei der auflösenden Befristung hat der Berechtigte, solange der Termin noch nicht herangekommen ist, den Vollbesitz des befristeten Rechts; aber eine andre Partei steht ihm gegenüber, die schon jetzt die Anwartschaft darauf besitzt, daß mit der Herankunft des Termins jenes Recht zu ihren Gunsten erlösche, und die im Fall der Gefahr möglicherweise die Sicherstellung ihrer Anwartschaft begehren kann; und wenn der Termin gekommen ist, erlischt jenes Recht sofort, ohne daß es erst eines Verzichts des Berechtigten oder einer Übertragung auf die Gegenpartei bedürfte. Ebenso gelten, wenn der Inhaber eines aufschiebend befristeten Rechts vor Herankunft des Termins durch rechtliche Verfügungen des Begründers seines Rechts oder durch schuldhafte Handlungen tatsächlicher Art geschädigt wird, oder umgekehrt, wenn der Inhaber eines auflösend befristeten Rechts durch seine eignen rechtlichen Verfügungen oder seine eignen schuldhaften Handlungen die Gegenpartei schädigt, die gleichen Regeln, wie sie oben für die Inhaber aufschiebend oder auflösend bedingter Rechte entwickelt sind (163).

11. Verbotene Rechtsgeschäfte.

§ 62 a.

I. Zahlreiche Arten von Rechtsgeschäften sind gesetzlich verboten. Werden sie trotzdem vorgenommen, so sind sie, falls das Gesetz nicht ein andres bestimmt, nichtig (134).

Beispiele. I. 1. Reichsgesetzlich verboten ist es, daß ein Gastwirt in seinen dem Publikum zugänglichen Wirtschaftsräumen die Abhaltung von Glücksspielen gestattet (StrGB. 285). Demnach ist eine solche Gestattung, wenn sie dem Verbot zuwider tatsächlich erteilt wird, nichtig und für den Wirt nicht verbindlich. 2. Landesgesetzlich verboten ist in Preußen das Spielen in nicht genehmigten außerpreussischen Lotterien (preuß. Ges. v. 29. 7. 85). Demnach ist ein Spielvertrag, der in Preußen über nichtpreussische Lotterielose dem Verbot zuwider tatsächlich abgeschlossen wird, nichtig und für keine Partei verbindlich. Das Reichsgericht hat freilich die Nichtigkeit dieser Entscheidung nur mit großen Einschränkungen anerkannt.¹ II. Reichsgesetzlich verboten ist es, daß ein Mann heiratet, bevor er volljährig geworden ist (1303). Trotzdem ist, wenn ein Minderjähriger diesem Verbot zuwider eine Ehe tatsächlich eingeht, die Ehe nicht nichtig. Denn für diesen Fall hat das Gesetz ausdrücklich „ein anderes“ bestimmt (1323 [„nur“]).

Gleichgültig ist, ob das gesetzliche Verbot das Rechtsgeschäft im ganzen oder nur einen wesentlichen Teil des Rechtsgeschäfts trifft. Demnach sind z. B. in Preußen Verträge, laut deren die eine Partei die andre vom Mitbieten bei einer öffentlichen Versteigerung durch Gewährung eines Vorteils abhält, nichtig, obgleich das maßgebende Landesgesetz (preuß. StrGB. 270) nur das „Abhalten vom Bieten durch Gewährung“ und nicht auch „das sich vom Bieten Abhaltenlassen durch Annahme eines Vorteils“ verbietet. Doch hat das Reichsgericht in einer Plenarentscheidung das Gegenteil angenommen.²

1) RG. 18 S. 242, 58 S. 280.

2) RG. 60 S. 274. Abw. früher RG. 51 S. 401.

II. Unter den verschiedenen gesetzlichen Verboten von Rechtsgeschäften sind besonders hervorzuheben die folgenden.

1. Das Verbot der unsittlichen Rechtsgeschäfte (138 I).⁴

a) Das Verbot der unsittlichen Rechtsgeschäfte trifft bloß Rechtsgeschäfte, deren Inhalt unsittlich ist. Dagegen läßt es ein Rechtsgeschäft unberührt, das der Sittlichkeit nur durch die Zwecke, die die Parteien mit dem Geschäft verfolgen, oder durch die Art, in der die Parteien das Geschäft zustande bringen, widerspricht.

b) Ob der Inhalt eines Rechtsgeschäfts unsittlich ist, ist nicht nach den individuellen Anschauungen der einzelnen Personen, die zufällig darüber zu entscheiden haben, sondern lediglich nach den von der herrschenden Meinung anerkannten oftmals höchst willkürlichen Moralitätsgesetzen zu beurteilen.

Beispiele. I. Der Inhalt des Geschäfts verstößt gegen allgemein anerkannte Gebote der Sittlichkeit oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, gegen die „guten Sitten“, 1. wenn A. dem B. 100 Mk. unter der Bedingung verspricht, daß dieser dem C. eine Tracht Prügel gibt; 2. wenn der Diener des Arztes D. gegen ein Trinkgeld von 2 Mk. dem E. zusagt, ihn vor den andern schon länger wartenden Patienten bei seinem Herrn anzumelden; 3. wenn F. sich von dem Liebhaber seiner Ehefrau G. dafür bezahlen läßt, daß er deren Ehebruch verzeiht; 4. wenn der Lustspielschreiber H. seinem sehr begabten Mitarbeiter J. das Versprechen abnimmt, daß dieser bei Vermeidung einer hohen Vertragsstrafe niemals im Leben eigne Lustspiele veröffentlichen werde.⁵ II. Anders liegen folgende Fälle: 1. a) Der Arzt M. verkauft seine Praxis an den Arzt N. Hier kann der Verkauf im Einzelfall wider die guten Sitten verstoßen, z. B. wenn M. sich verpflichtet, den N. seinen Kunden zu empfehlen, obschon er ihn gar nicht näher kennt. Daß er aber ganz im allgemeinen unsittlich wäre, läßt sich vom Standpunkt der herrschenden, ängstlich auf Schonung des Egoismus bedachten Moral aus sicher nicht behaupten. In der Tat ist nicht einzusehn, warum es von diesem Standpunkt aus zu beanstanden sein soll, wenn ein Arzt sich für die finanziellen Chancen, die er durch Aufgabe seiner Praxis einbüßt, von dem, dem dieser Verlust zugute kommt, eine Entschädigung beansprucht. In Betracht kommt dabei noch, daß ein Arzt, der seine Praxis auf einen Nachfolger überträgt, diesen über alle seine Patienten informieren muß und sich damit, will er diese Pflicht gewissenhaft erfüllen, eine nicht geringe Arbeit aufladet, die einer Vergütung ebenso wert ist wie eine ärztliche Konsultation. Und weiter: wenn in einer kleinen Stadt ein alter Arzt seine Praxis aufgibt und sein seit Jahrzehnten als Sitz der Arztpraxis bekanntes Haus an einen jüngeren Arzt verkauft, so wäre er, vom Standpunkt der herrschenden Moral aus beurteilt, ein Narr, falls er bei der Bemessung des Kaufpreises den ärztlichen Nimbus dieses Hauses nicht mit berücksichtigte; er darf sich also in diesem Fall für die Abtretung seiner Praxis unbedenklich in Gestalt einer Erhöhung des Kaufpreises für das Haus eine Entschädigung ausbedingen; wie soll nun ein solcher Entschädigungsakt unsittlich sein, wenn die Praxis für sich allein, ohne Haus, abgetreten wird? Doch hat das Reichsgericht mehrfach das Gegenteil angenommen.⁶ b) Der Arzt D. zahlt dem Arzt P. eine Entschädigung dafür, daß dieser sich verpflichtet, sich bei Vermeidung einer Vertragsstrafe nicht an dem Wohnsitz des D. als Arzt zu etablieren. Auch hier wäre es irrig, wenn man den Vertrag, wie das Reichsgericht es tut,⁷ allgemein für unsittlich erklären wollte. Im Gegenteil, sobald D. und P. entdecken, daß sie nebeneinander in der kleinen Stadt keinen ausreichenden Verdienst haben, so handeln sie nur verständlich, wenn sie einen Vertrag

4) Lotmar, der unmoralische Vertrag (96); R. Leonhard, Verstoß gegen die guten Sitten (07).

5) Siehe RG. 53 S. 155; 62 S. 278; 63 S. 390.

6) RG. 66 S. 141, 148. 7) RG. 66 S. 144.

der genannten Art schließen. Oder sollen beide darum lösen, wer von ihnen weichen soll? 2. D. verkauft sein bisher ordentlich geführtes Wirtshaus an der russischen Grenze an R., obschon er weiß, daß dieser in dem Hause ein Asyl für Schmuggler und Widdiebe errichten will. Hier verstößt nicht der Inhalt des Geschäfts, sondern nur, was später dem Geschäft folgen wird, gegen die guten Sitten.⁸ Anders aber, wenn R. den von D. geforderten Kaufpreis nur mit Rücksicht auf den hohen Gewinn, den ihm sein Asyl in Aussicht stellt, bewilligt hat; denn alsdann ist auch der Inhalt des Geschäfts von den unsittlichen Zwecken, die R. mit dem Geschäftsabschluß verfolgt, infiziert; und zwar ist in diesem Fall das Geschäft selbst dann nichtig, wenn D. das unsittliche Kalkül des R. nicht gekannt hat; denn das Gesetz macht die Nichtigkeit eines unsittlichen Vertrages nicht davon abhängig, daß die Unsittlichkeit auf seiten beider Vertragsparteien vorliegt. 3. S. zwingt dem T. ein Schenkungsverprechen rechtswidrig durch Drohungen ab. Hier verstößt nicht der Inhalt des Schenkungsverprechens, sondern nur die Art, in der es zustande gekommen ist, gegen die guten Sitten; das Versprechen ist also nicht nichtig, sondern nur nach einer später zu besprechenden Regel (123) anfechtbar. 4. U. verspricht dem Dr. B., eine von diesem erfundene gefährliche Medizin gegen ein Honorar von 200 Mk. an sich probieren zu lassen. Hier verstößt das Versprechen U.s zweifellos gegen die guten Sitten, scheint also nichtig zu sein. Nun würde aber ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vorliegen und das Geschäft würde unbedenklich gültig sein, wenn B. dem U. ein Honorar von 200 Mk. für den Fall verspräche, daß dieser aus freien Stücken die Probe mit der Medizin an sich vollziehen läßt. Demgemäß wird es zulässig sein, die erste der oben genannten Vereinbarungen dadurch vor der Ungültigkeit zu retten, daß man sie in eine Vereinbarung der zweiten Art umdeutet (s. oben S. 167 d). Auf diese Art wird es möglich, daß, wenn U. die Probe tatsächlich an sich vollziehen läßt und dabei zugrunde geht, seine Erben den Dr. B. wenigstens auf das Honorar belangen können.

Weil ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist, kann es auch keine dinglichen Wirkungen hervorbringen. Wenn also U. der B. einen Schmuck unter der Bedingung schenkt, daß sie in einem gegen U. schwebenden Ehescheidungsprozeß, in dem sie als Belastungszeugin vorgeladen ist, ihr Zeugnis verweigert, so geht das Eigentum des Schmucks auf die B. nicht über.

Überraschend ist die Entsch. des RG.s Bd. 62 S. 266, in der das Reichsgericht gewisse von einer andern kaiserlichen Behörde abgeschlossene Verträge mit beachtenswerter Energie als unsittlich brandmarkt. Doch steht die Nichtigkeit dieser Entscheidung leider nicht auf der Höhe ihrer Energie; sie kann geradezu als Schulbeispiel verkehrter Judikatur benutzt werden.

Zweifelhaft ist, ob ein Geschäft gegen die guten Sitten verstößt, wenn sein Inhalt zwar nicht Gebote der Sittlichkeit, aber doch Gebote des Anstandes verlegt; Beispiel: ein Arzt macht mit seinem Diener aus, daß die Trinkgelder, die seine Patienten ihm geben, an ihn, den Herrn, abzuliefern seien. Man wird gut tun, die Frage zu verneinen; denn die herrschenden Anstandsregeln sind noch willkürlicher und zugleich noch unsicherer als die der herrschenden Moral; sie verdienen es also nicht, daß man ein Geschäft bloß deshalb für nichtig erklärt, weil es ihnen widerspricht. Höchstens könnte man bei ganz groben Verletzungen des Anstandes eine Ausnahme machen. Der Wortlaut des Gesetzes gestattet es aber nicht, zwischen groben und feinen Anstandsverletzungen zu unterscheiden.

2. Das Verbot der Wuchergeschäfte⁹ (138 II).

a) Das Verbot der Wuchergeschäfte trifft alle Rechtsgeschäfte, durch die jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines andern sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Um-

8) Siehe RG. 63 S. 346.

9) Kaiser, privatrechtl. Behandl. des Wuchers (98); Cohn bei Gruchot 41 S. 784.

ständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehn.

b) Für den Begriff des Wuchergeschäfts ist ein objektives und ein subjektives Moment charakteristisch. Ein objektives Moment: der Wert der Vermögensvorteile, die die eine Partei der andern Partei oder einem Dritten¹⁰ verspricht oder gewährt, muß den Wert der Gegenleistung, die jene Partei dafür empfangen soll oder empfangen hat, „auffällig“ übersteigen; und zwar ist bei dem Vergleich der beiden Werte nicht ein starrer Tarif — etwa der jeweilig herrschende Zinsfuß, der jeweilig herrschende Marktpreis — entscheidend, sondern es kommt lediglich auf die Umstände des Einzelfalles an. Ein subjektives Moment: die Partei, die sich oder einem Dritten übermäßige Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, muß ebendadurch die Notlage, den Leichtsinnsinn oder die Unerfahrenheit der andern Partei ausbeuten; wer also etwa aus Bequemlichkeit oder aus Großmut oder aus Prahlerei oder auf Grund einer Spekulation, die vielleicht unrichtig, aber doch nicht leichtsinnig ist, der Gegenpartei für eine geringe Leistung ein übertriebenes Entgelt gewährt, darf nicht sagen, daß er bewuchert sei.

c) Am häufigsten kommen wucherische Abreden bei Kreditgeschäften vor, indem der Kreditempfänger für den ihm gewährten Kredit dem Kreditgeber übermäßige Zinsen zahlen oder sonstige übermäßige Vermögensopfer bringen muß (Kreditwucher). Doch kommen auch Wuchergeschäfte ohne Kreditgewährung vor, namentlich Barverkäufe zu wucherisch hohen, Barkäufe zu wucherisch geringen Preisen (Sachwucher).

d) Wucher liegt nicht bloß vor, wenn der Wucherer sich die übermäßige Gegenleistung vertragsmäßig ausbedingt, sondern auch dann, wenn er sie als freiwillige Gabe der Gegenpartei annimmt. Doch muß der Empfänger wenigstens einen tatsächlichen Druck auf die Gegenpartei ausgeübt haben; denn nur dann hat er die Schwächen der Gegenpartei „ausgebeutet“.

Beispiele. I. 1. A. gibt dem B. gegen eine ausgezeichnete hypothekariſche Sicherheit ein Darlehn und benugt die kindliche Unerfahrenheit des B. dazu, sich eine Verzinsung von 6 % auszubedingen, während B. für diese Sicherheit überall ein Darlehn zu 4 % bekommen könnte. 2. C. leiht dem vermögenslosen D. ohne Sicherheit eine Geldsumme zu 12 %, weil dieser das Geld zu einer gewagten Spekulation braucht, die ihm, wenn sie glückt, 20 % Gewinn bringen würde. Hier ist das erste Darlehn zu 6 % wucherisch, das zweite zu 12 % ist es nicht; denn dort sind die 6 % eine übermäßige, hier sind die 12 % eine ganz angemessene Kreditvergütung. II. 1. Der Musiklehrer E. überläßt seiner eben volljährig gewordenen ausländischen Schülerin F. ein ihm geschenktes Billet zur Oper für 20 Mk., indem er so tut, als ob er der F. damit eine Gefälligkeit erweise, während die F. ein gleich gutes Billet an der Kasse für 10 Mk. bekommen kann. 2. Der Agent G. kauft die letzten 20 Billets zu einer Opernvorstellung an der Kasse für 120 Mk. und veräußert sie an einige Gasthausportiers für 360 Mk. Hier ist das erste Geschäft Wucher, das zweite ist es nicht; denn dort hat F. die Unerfahrenheit seiner Schülerin ausgebeutet, während hier G. weder mit notleidenden noch mit leichtsinnigen noch mit unerfahrenen Kunden zu tun hat. III. Es ist Wucher, wenn ein Wirt, dessen Gasthaus von andern Herbergen meilenweit entfernt liegt,

10) RG. 60 S. 11.

von einem Gast, der spät abends ankommt, dreifach höhere Preise fordert als von einem Gast, der am Nachmittage eintrifft; es ist Wucher, wenn ein Verlagsbuchhändler einem unerfahrenen Schriftsteller für das Verlagsrecht an einem billigen Lehrbuch ein Honorar bietet, mit dem nur ein Anfänger zufrieden sein kann, und sich das Verlagsrecht auch für alle späteren Auflagen des Buchs zu dem nämlichen Honorar sichert; es ist Wucher, wenn jemand sich von einem leichtsinnigen Freunde ein Darlehn zu 2% auf 20 Jahre unkündbar zusichern läßt, wenn der Darlehnsempfänger nüchtern ist, der Darlehnsgeber aber einen leichten Kaufsch hat (s. oben S. 179 I, 1). IV. Die Wucherer H. und J. stecken unter einer Decke; als der unerfahrene K. sich an H. wegen eines Darlehns wendet, verweist H. ihn an J. mit dem Bemerkten, J. verlange bloß 5% Zinsen, gebe aber das Geld nur, wenn seine Frau ihm zuredet, und diese rede nur zu, wenn man ihr eine „Aufmerksamkeit“ im Wert von 10% des Darlehns erweise; K. folgt dem Rat, schenkt der Frau J., obschon diese zunächst heuchlerisch ablehnt, einen Ring im Wert von 100 Mk., und erhält darauf von J. ein Darlehn von 1000 Mk. zu 5%. Hier liegt auf seiten des J. ein Wuchergeschäft vor, sofern ihm das Verhalten seiner Frau bekannt gewesen ist. IV. L. hat dem M. durch Wuchergeschäft ein Grundstück zu einem unverhältnismäßig hohen Preise verkauft; die Auflassung des Grundstücks verzögert sich aber, weil L. stirbt; seitdem ist durch ganz unvorhergesehene Umstände der Wert des Grundstücks so gestiegen, daß der Kauf für M. sehr vorteilhaft geworden ist, und M. verlangt deshalb von L.s Erben die Auflassung. Hier können die Erben die Auflassung verweigern. Denn das Wuchergeschäft ist ja nichtig! Und hierauf kann sich nicht bloß der Bewucherte, sondern auch der Wucherer berufen.

3. Die Veräußerungsverbote.¹¹

a) Eigentliche gesetzliche Veräußerungsverbote gibt es nicht, obschon das bürgerliche Gesetzbuch ihr Vorhandensein ausdrücklich voraussetzt (s. 135). Wohl aber kommen nicht selten Veräußerungsverbote vor, die eine zuständige Behörde für einen konkreten Fall erläßt, und das Gesetz hat bestimmt, daß derartige von einer Behörde erlassene Veräußerungsverbote dieselbe Kraft haben sollen wie jene als vorhanden angenommenen, aber tatsächlich gar nicht vorhandenen gesetzlichen Veräußerungsverbote (136).

Beispiele. I. Veräußerungsverbote auf Grund von Anordnungen einer Behörde sind vor allem die einstweiligen Verfügungen, die die Veräußerung eines streitigen Rechts bis zur Erledigung des Streits bestimmen (ZPO. 935), ferner das allgemeine Veräußerungsverbot, das das Konkursgericht an einen Schuldner erlassen kann, gegen den Konkursöffnung beantragt ist (KonkOrd. 106), endlich die Beschlagnahme des Vermögens eines abwesenden Angeschuldigten im Strafprozeß (StPO. 332 ff.). II. Als Beispiele gesetzlicher Veräußerungsverbote werden in der Literatur¹² genannt: die Unveräußerlichkeit des Nießbrauchs und gewisser Lohnforderungen; das Verbot des Vertriebes von Sprengstoffen ohne polizeiliche Erlaubnis; die Regel, daß eine Ehefrau ihr eingebrachtes Gut nur mit Einwilligung ihres Mannes, eine Innung Sachen von geschichtlichem oder künstlerischem Wert nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde veräußern kann; die Regel, daß Sachen außerhalb des Verkehrs oder verbotene Sachen (angeblich) nicht veräußert werden dürfen usw. Ich halte aber alle diese Beispiele für unpassend, kann jedoch einen Beweis für meine Ansicht an dieser Stelle nicht erbringen.

b) Die Veräußerungsverbote besagen zunächst lediglich, daß gewisse Rechte, die ihrer Art nach veräußerlich sind, ausnahmsweise nicht veräußert werden dürfen. Doch geht ihr Inhalt der Regel nach weiter.

11) Schott, Veräußerungsverbote (05); Raape, das gesetzl. Veräußerungsverbot des BGB. (08).

12) Siehe Rehbein 1 S. 171; Raape S. 99, 114 (in Einzelheiten abweichend).

α) Sie verbieten der Regel nach auch jede andre Verfügung über das Recht, insbesondere dessen Verpfändung und den Verzicht darauf.

β) Sie verbieten der Regel nach auch Geschäfte, durch die jemand zur Vornahme einer verbotenen Verfügung obligatorisch verpflichtet werden soll.

Beispiel. A., an den das Konkursgericht ein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen hat, hat gleich darauf zugunsten seines Nachbarn an seinem Hause eine Grunddienstbarkeit bestellt und sodann das Haus an C. verkauft, aber noch nicht aufgelassen. Hier sind diese beiden Geschäfte ungültig, obschon keines von ihnen eine „Veräußerung“ ist (s. oben S. 159).

c) Die Veräußerungsverbote sind entweder relative oder absolute. Jene untersagen die Veräußerung nur zum Schutz bestimmter Personen, diese untersagen sie im allgemeinen Interesse.

α) Die relativen Veräußerungsverbote sind durch folgende drei Regeln ausgezeichnet (135, 136): I. Eine Verfügung, die dem Verbot widerspricht, ist nicht nichtig, sondern bloß gegenüber den Personen unwirksam, zu deren Schutz das Verbot bestimmt ist. II. Das Verbot gilt nicht bloß für echte Verfügungen, die im Wege des privaten Rechtsgeschäfts, sondern auch für Quasiverfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung getroffen werden. III. Auf Rechtsgeschäfte, die gegen das Verbot verstoßen, finden die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, analoge Anwendung.

β) Für absolute Veräußerungsverbote ist keine der drei Regeln zu α aufgestellt.

Beispiele. I. 1. An A. ist vom Konkursgericht ein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen; trotzdem erwirkt ein Gläubiger A.s, B., zu seinen Gunsten im Wege der Zwangsvollstreckung die Eintragung einer Hypothek an einem Hause A.s; gleich darauf läßt A. selber rechtsgeschäftlich eine zweite Hypothek an dem nämlichen Hause zugunsten eines andern Gläubigers C. eintragen; als die Eintragung der Hypotheken beim Grundbuchamt beantragt wurde, hat B. den Erlaß des Veräußerungsverbots gekannt, während er dem C. unbekannt war; im Grundbuch ist das Verbot nicht eingetragen worden. Hier ist die erste Hypothek gegenüber den Konkursgläubigern A.s unwirksam; dagegen ist die zweite Hypothek mit Rücksicht auf die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (891), vollgültig. 2. Derselbe Fall; nur wird das Verbot nachträglich aufgehoben, ohne daß es zu einem Konkurse über A.s Vermögen kommt. Hier ist auch die erste Hypothek vollgültig; denn Konkursgläubiger, denen gegenüber sie unwirksam sein könnte, gibt es ja jetzt nicht. II. Dieselben beiden Fälle wie zu I; nur ist an die Stelle des allgemeinen Veräußerungsverbots eine strafprozessuale Beschlagnahme von A.s Vermögen zu setzen. Hier ist gerade umgekehrt die erste Hypothek vollgültig, die zweite ungültig, jene, weil sie nicht auf rechtsgeschäftlicher Verfügung beruht, diese, weil die „Vorschriften zugunsten derjenigen usw.“ nicht zur Anwendung kommen. Und hierbei verbleibt es, auch wenn die Beschlagnahme später aufgehoben wird; denn die Ungültigkeit der zweiten Hypothek ist dauernde absolute Nichtigkeit (134).

12. Auslegung der Rechtsgeschäfte.¹

§ 63.

Eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung auslegen bedeutet soviel als angeben: „Was wird durch diese Willensäußerung bestimmt?“

I. Jede rechtsgeschäftliche Willensäußerung ist zunächst nach Maßgabe des gewöhnlichen Äußerungsgebrauchs — insbesondre die „wörtliche“ Willensäußerung nach Maßgabe des gewöhnlichen „Sprachgebrauchs“ — auszulegen. Und zwar ist maßgebend der Gebrauch des Orts, an dem die Äußerung abgegeben, bei Erklärungen an einen Abwesenden der Gebrauch des Orts, von wo die Erklärung abgesendet wurde.²

Beispiele. I. 1. A. in Jülich richtet an B. einen geschäftlichen Antrag und fragt ihn nach längerem Verhandeln, ob er annehme; B. erwidert entweder mit einem bloßen Kopfschütteln oder mit einem „doch“. Hier hat B. den Antrag in ersterem Fall abgelehnt, in letzterem Fall angenommen. Denn nach allgemeinem Äußerungsgebrauch bedeutet ein Kopfschütteln in ganz Deutschland „nein“, ein „doch“ wenigstens in den Rheinlanden „ja“. 2. C. hat ein mehrere Seiten umfassendes gedrucktes Antragsformular, das ihm der in dem Formular als Antragsempfänger benannte D. überreicht hatte, unterschrieben und dem D. ausgehändigt. Hier hat C. nach allgemeinem Äußerungsgebrauch durch die Unterzeichnung und Aushändigung des Formulars kundgetan, daß der Inhalt des Formulars seinem Willen entspreche, und zwar nicht bloß der Inhalt der letzten Seite, auf der seine Unterschrift steht, sondern auch der Inhalt der vorhergehenden Seiten, soweit er mit dem Inhalt der letzten Seite einen fortlaufenden Text bildet. II. E. hat irgendwo in Deutschland ein Familienfideikommiß gestiftet und dabei bestimmt, daß nur Katholiken successionsfähig sein sollen. Hier ist nach dem gewöhnlichen deutschen Sprachgebrauch unter einem „Katholiken“ jeder zu verstehen, der der römisch-katholischen Kirche formell angehört. Es ist also einerseits ein Angehöriger dieser Kirche auch dann successionsfähig, wenn er ungläubig oder exkommuniziert ist. Es sind andererseits nicht successionsfähig Angehörige einer griechisch-katholischen oder altkatholischen Kirche. III. F. hat sich von G. 1000 Mk. zu 6% Zinsen auf zwei Jahre geborgt; während dieser zwei Jahre hat er an Kapital und Zins keine Zahlung an G. geleistet und will nun nach Ablauf der Frist seine Schuld auf einmal berichtigen; dabei berechnet er die Zinsschuld auf 6% von 1000 = 60 Mk. Hier ist F. im Unrecht; denn man versteht, wenn man von „Zinsen“ schlecht hin spricht, darunter nach allgemeinem Sprachgebrauch stets „Zinsen auf ein Jahr“; demnach muß F., da er das Kapital zwei Jahre genossen hat, zweimal 6% von 1000 = 120 Mk. an Zinsen zahlen. IV. Der dänische Schriftsteller H., der seinen ständigen Wohnsitz in Triest hat, aber gelegentlich sich auch in Dänemark und Deutschland aufhält, fordert brieflich von dem ihm bis dahin unbekanntem Verleger J. in Stuttgart ein Honorar von 200 Kronen für eine in deutscher Sprache abgefaßte Arbeit und erhält von J. eine Zusage. Hier sind unter „Kronen“ österreichische (zu 0,85 Mk.) zu verstehen, wenn der Brief von Triest, dänische (zu 1,12 Mk.), wenn der Brief von Kopenhagen aus datiert war; war der Brief aus Hamburg datiert, so ist das Wort „Kronen“ zweideutig, da man in Hamburg unter „Kronen“ ebensogut dänische wie österreichische versteht; die Auslegung nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch führt hier also nicht zum Ziel.

1) Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. (06); ders., Jahrb. f. Dogm. 38 S. 373, 46 S. 381; Hölder, z. L. v. d. Auslegung der Willenserklärungen (07).

2) Danz a. a. O. S. 178, 180.

II. 1. Diese allein den gewöhnlichen Sprachgebrauch berücksichtigende Art der Auslegung ist aber nur so lange anwendbar, als sich nicht Zweifel darüber aufdrängen, ob man durch sie den wirklichen Willen des Urhebers der Äußerung erfährt. Dagegen ist, sobald ein solcher Zweifel auftaucht, die Auslegung zu vertiefen und zu erweitern. Es ist nämlich alsdann die auszuliegende Willensäußerung zugleich im Zusammenhang mit den begleitenden Nebenumständen ins Auge zu fassen.³ Vor allem ist die Willensäußerung als ein Ganzes zu betrachten und danach jedes Stück der Äußerung mit zur Erläuterung der übrigen Stücke zu verwenden. Sodann ist die Verkehrssitte, die sich bei gleichartigen Geschäften entwickelt hat, aufs genaueste zu beachten, da man annehmen darf, daß jemand, der von der allgemeinen Sitte abweichen will, dies unzweideutig ausgesprochen haben würde, andernfalls aber sich stillschweigend dem zu fügen gedenkt, was Sitte ist. Ferner ist der Zweck, den das Rechtsgeschäft erkennbar verfolgt, es ist der besondere Sprach- oder sonstige Äußerungsgebrauch des Urhebers der Äußerung, es sind die Vorverhandlungen, die der Äußerung vorausgingen, zu berücksichtigen usw. Gibt man auf alle diese Nebenumstände acht, so kann man schließlich oft genug mit voller Sicherheit einen Sinn der Äußerung feststellen, der von dem Sinn weit abweicht, der bei ausschließlicher Berücksichtigung des gewöhnlichen Äußerungsgebrauchs jener Äußerung beigelegt werden müßte, und es ist alsdann lediglich dieser durch „freie“ Auslegung ermittelte Sinn der Äußerung maßgebend (§. 133, 157).

Beispiele. I. A., B. und C. haben einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wie folgt: „alle drei Gesellschafter schließen ein Kapital von je 20000 Mk. zwecks Betriebes einer Gastwirtschaft auf gemeinsame Rechnung ein; die Geschäftsführung steht nur dem A. und dem B. zu; von dem Gewinn erhalten A. und B. je 6000 Mk. vorweg; der Rest wird nach Köpfen verteilt“; ein Jahr später wird dieser Vertrag dahin geändert, daß A. alleiniger Geschäftsführer sein soll. Hier ist im ersten Vertrage die Klausel: „von dem Gewinn erhalten A. und B. je 6000 Mk. vorweg“ zwar nicht nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, aber doch wegen des Zusammenhangs mit dem übrigen Vertragsinhalt dahin auszulegen, daß dies Voraus beiden nur als Geschäftsführern der Gesellschaft gebührt. Ergebnis: B. büßt, sobald der zweite Vertrag in Kraft tritt, mit der Geschäftsführung zugleich das Recht auf den Voraus ein. II. C. hat den zu seinem Hause gehörigen Garten an D. verkauft, jedoch „sich und seinen Kindern“ den freien Durchgang durch den Garten vorbehalten; er hat aber keine leiblichen Kinder, sondern nur zwei Pflegeöhne. Hier ist die auf den Durchgang bezügliche Klausel, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entgegen, mit Rücksicht auf diesen Sachverhalt dahin auszulegen, daß unter den „Kindern“ C.s eben jene Pflegeöhne zu verstehen sind. III. E. gibt nach längern Verhandlungen, die er mit F. mündlich über einen Kauf gepflogen, auf einen Antrag F.s die Schlussklärung ab: „damit bin ich eventuell einverstanden“; wie F. weiß, ist „eventuell“ das Lieblingswort E.s und wird von ihm ohne besondern Sinn angewendet. Hier ist die Erklärung E.s, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entgegen, als eine unbeschränkte, vorbehaltlose Annahme des Antrages des F. anzusehen, und zwar selbst dann, wenn E. gerade in diesem Fall das Wort „eventuell“ ausnahmsweise nicht als Füllwort, sondern im Sinn irgend eines Vorbehalts angewendet haben sollte. IV. G. engagiert die H. als Köchin und sagt ihr dabei: „Ihr Lohn ist 30 Mk. monatlich und zu Weihnacht 15 Mk.; weiter haben Sie aber nichts zu beanspruchen; merken Sie sich das!“ Hier kann die H., dem klaren Wortlaut der Vereinbarung entgegen, der allgemeinen Ver-

3) RG. 66 S. 429.

Lehrsitte gemäß, außer den 30 und den 15 Mk. auch Wohnung und Verköstigung verlangen. V. Der Restaurateur J., der bei seinem Zigarrenlieferanten K. von jeder Zigarrensorte höchstens 4000 Stück zu bestellen pflegt, macht bei K. telephonisch eine Bestellung auf Flora modesta; als K. zurückfragt: „wieviel Mille“ antwortet er: „diesmal tausend“. Hier geht J.'s Bestellung im Gegensatz zu ihrem zweifellosen Wortsinn nicht auf 1000 Mille, sondern auf 1000 Stück.

2. a) Ist die auszuliegende Willensäußerung empfangsbedürftig und gegenüber der Gegenpartei abzugeben, so sind bei der Auslegung der Regel nach nur solche Nebenumstände zu berücksichtigen, die der Gegenpartei beim Zugang der Äußerung bekannt oder wenigstens erkennbar waren. Denn eine solche Äußerung ist ja für den Empfänger bestimmt; seinetwegen wird der Wille zwar nicht gefaßt, aber doch erklärt; eben deshalb muß die Äußerung auch seinem Verständnisvermögen angepaßt werden. Demnach ist der Empfänger in seinem Recht, wenn er den Urheber der Äußerung „beim Wort nimmt“ in dem Sinn, wie er, der Empfänger, dies Wort hat verstehen müssen, mag auch der Sinn, den der Urheber selbst dem Wort beigelegt hat, ein ganz anderer gewesen sein. Doch gibt es Ausnahmen von dieser Regel. Namentlich können Nebenumstände, die der Gegenpartei unerkennbar waren, zu einer bestimmten Auslegung einer Willensäußerung insoweit verwendet werden, als die Gegenpartei bei Abgabe der Äußerung an dieser Auslegung gar kein Interesse hatte; denn insoweit konnte der Urheber der Äußerung mit Recht davon absehen, die Gegenpartei auf diese Nebenumstände aufmerksam zu machen.

Beispiele: I. A. in M. ist zum Bürgermeister der Stadt N. gewählt und mietet von B. in N. sofort ein Haus im Glauben, daß es selbstverständlich sei, die Miete solle nur unter der Bedingung gelten, daß seine Wahl vom Könige bestätigt würde; B. ahnt aber von dieser Bedingung nichts, weil A. sie ihm nicht mitteilt und weil er glaubhaft gehört hat, A. wolle unter allen Umständen nach N. ziehen. Hier ist der Mietvertrag ohne die von A. vorausgesetzte Bedingung zustande gekommen, bleibt also auch dann wirksam, wenn A.'s Wahl nicht bestätigt wird. II. E. in D. schreibt die durch den Tod seines bisherigen Gärtners D. erledigte Gärtnerstelle aus; E. meldet sich, und E. engagiert ihn; da D. jahrelang bei E. der in D. herrschenden Sitte zuwider nebenbei auch alle mögliche Hausarbeit verrichtet hat, verlangt E. die nämliche Hausarbeit auch von E., während dieser nur den Garten E.'s versorgen will. Hier ist E. nur im Recht, wenn E. wissen mußte, in welcher Art sein Vorgänger bei E. beschäftigt war. III. F. verlangt von G. als Mietzins für seine Villa telephonisch 3000 Mk., was G. sofort akzeptiert; H., der beim Telephonieren neben F. stand, kann aber bezeugen, daß F. unmittelbar vorher zu ihm sagte: „der alte G. rechnet noch immer nach Talern; ich will ihm also statt 9000 Mk. 3000 Taler abverlangen“; tatsächlich ist auch ein Mietzins von 3000 Talern für die Villa ganz angemessen. Hier ist zu unterscheiden: 1. Mußte G. auf Grund der mit F. gepflogenen Vorverhandlungen annehmen, daß F. sich nur versprochen und mit den 3000 Mk. 3000 Taler gemeint hat, so ist ein Mietvertrag zwischen F. und G. über einen Mietzins von 9000 Mk. zustande gekommen; denn bei „freier“ Auslegung ist alsdann sowohl F.'s Angebot wie G.'s Annahme auf einen Mietzins in dieser Höhe zu beziehen. 2. War es dagegen möglich, daß G. ohne Fahrlässigkeit das Angebot F.'s wortgetreu verstand, so ist ein Mietvertrag zwischen F. und G. bei einem Mietzins von 3000 Mk. zustande gekommen; denn G. ist alsdann wohl befugt, den F. „beim Wort zu nehmen“. Übrigens werden wir im folgenden Paragraphen sehen, daß dem F. ein Mittel zu Gebot steht, sich von diejem seinem Wort doch noch zu lösen. 3. Mußte endlich G. erkennen, daß F. sich mit seinem Gebot nur versprochen hat, konnte er aber nicht wissen, daß F.'s Gebot gerade auf 3000 „Taler“ ging, so ist ein Mietvertrag

zwischen F. und G. überhaupt nicht zustande gekommen. IV. J. sagt bei einer Auktion zu seinem Nachbar: „aus Unsinn will ich auch mitbieten“ und macht wirklich auf die erste beste Sache, die der Auktionator ausbietet, ein Gebot, indem er es für selbstverständlich hält, daß er überboten wird; es erfolgt aber kein Übergebot, und die Sache wird ihm zugeschlagen. Hier muß J. die Sache nehmen, obschon er sie in Wirklichkeit gar nicht haben wollte, weil der Auktionator von den Neben Umständen, die auf G.'s wahren Willen schließen ließen, nichts wissen konnte. V. Siehe die Beispiele unten S. 275 bei β.

b) Ob eine Einschränkung der Auslegung wie die zu a analog auch für empfangsbedürftige Willensäußerungen, die gegenüber einer Behörde abzugeben sind, und für nicht empfangsbedürftige Willensäußerungen gilt, läßt sich nicht allgemein entscheiden.

Beispiele. I. A. hatte in jungen Jahren einen Freund, den er damals Bismarck zu nennen pflegte; seitdem hat er diese Benennung nicht mehr angewendet, sodaß B. sie völlig vergessen hat; A. selber hat sie aber noch in Erinnerung behalten und schreibt deshalb, als er in hohem Alter sein Testament macht und des B. gedenkt, die Bestimmung hinein: „alle meine schönen Bücher und Bilder soll mein Bismarck erhalten“; nach A.'s Tode bleibt diese Klausel anfangs als unverständlich unausgeführt, bis durch irgendeinen Zufall nachträglich ihr Sinn bekannt wird. Hier ist die Zuwendung A.'s an B. gültig. II. C. setzt in der Zeitung eine Belohnung für die Entdeckung des Urhebers eines in seinem Garten verübten Baumsfrevels aus; D. liest dies, legt sich aufs Espionieren und entdeckt wirklich mit vieler Mühe, daß ein gewisser E. in C.'s Garten vor kurzem einen Baumsfrevel verübt hat; es stellt sich aber heraus, daß E. in seiner Bekanntmachung gar nicht diesen von E. begangenen, sehr unbedeutenden Frevel, sondern einen andern schlimmern gemeint hat, an dem E. nicht beteiligt ist. Hier braucht D. diese Auslegung nur gegen sich gelten zu lassen, wenn der wirkliche Sinn von C.'s Auslegung ihm noch vor der Entdeckung des E. bekannt oder erkennbar geworden ist.

3. Die Zulässigkeit der freien, die begleitenden Neben Umstände mit berücksichtigenden Auslegung gilt auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften. Die wichtige Folge ist, daß formlose Willensäußerungen, die die Parteien bei Vornahme eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts mit Bezug auf das Geschäft abgeben, zwar der Regel nach nicht dazu tauglich sind, die formgerecht abgegebene Willensäußerung der Parteien abzuändern oder zu ergänzen, daß sie aber sehr wohl zur Auslegung dieser Äußerung verwendet werden können.⁴

Beispiele. I. A. hat sein „Haus samt Garten“ an B. zum Preise von 50 Mk. für den Quadratmeter mündlich verkauft; in der notariellen Urkunde, in der später der Kauf verbrieft wird, ist aber nur von dem „Hause“ die Rede. Hier kann man nicht sagen, daß neben dem notariellen Haus- auch der mündliche Gartenkauf aufrecht erhalten werden dürfe. Wohl aber geht es an, den mündlichen Gartenkauf in den notariellen Hauskauf hineinzuinterpretieren, indem man sagt, nach den mündlichen Vorverhandlungen der Parteien müsse man unter dem in der Notariatsurkunde erwähnten „Hause“ das „Haus samt Garten“ verstehen. II. A. verkauft an B. in derselben Art wie zu I 17 verschiedene Ackerparzellen; bei Aufnahme der Notariatsurkunde läßt der Notar eine der Parzellen versehentlich fort. Hier kann der Kauf der fortgelassenen Parzelle auch nicht im Wege der Auslegung des notariell beurkundeten Kaufs aufrecht erhalten werden, sondern ist und bleibt ungültig.

4. Dagegen erleidet die Zulässigkeit „freier“ Auslegung der Rechtsgeschäfte mitunter eine Ausnahme dadurch, daß das Gesetz eine rechtsgeschäftliche Bestimmung nur dann für gültig erklärt, wenn sie „ausdrücklich“ getroffen ist.

4) Danz a. a. O. S. 134.

Denn eine Bestimmung ist eine ausdrückliche nur, wenn sie sich aus den Willensäußerungen der Partei schon nach dem gewöhnlichen Äußerungsgebrauch und nicht erst bei Berücksichtigung der Nebenumstände ergibt.

Beispiel. Der italienische Maler A. hat in München sein neuestes auf einer dortigen Ausstellung befindliches Gemälde dem B. für 2000 Lire angeboten, und B. hat dies Angebot vorbehaltlos angenommen. Hier darf B. an A. die 2000 Lire zum Kurswert in deutschem Gelde entrichten, auch wenn er beim Abschluß des Kaufs aus den Umständen deutlich erkennen konnte, daß A., der noch am nämlichen Tage nach Italien zurückreisen wollte, die Auszahlung der Summe in italienischem Gelde beanspruchte. Denn das Gesetz bestimmt, daß, wenn eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldsumme im Inlande zu zahlen ist, die Zahlung stets in deutscher Reichswährung erfolgen kann, es sei denn, daß Zahlung in ausländischer Währung „ausdrücklich“ bedungen ist (244 I). Somit kann eine Verpflichtung B.s, dem A. italienisches Geld zu zahlen, nicht auf eine „freie“ Auslegung des zwischen A. und B. abgeschlossenen Kaufvertrages gegründet werden; A. hätte sich vielmehr „ausdrücklich“ Zahlung in italienischem Gelde ausbedingen müssen!

III. 1. Die beiden bisher zu I und II besprochenen Auslegungsmethoden befassen sich nur mit der Frage: was hat eine Partei durch die Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Willensäußerung in Wirklichkeit bestimmen wollen? Unser Recht begnügt sich nun aber mit der Beantwortung dieser Frage nicht, sondern verlangt, daß weiter festgestellt wird, was die Parteien in ihrem Rechtsgeschäft mutmaßlich bestimmt haben würden, wenn sie den oder jenen für ihre Rechtsverhältnisse erheblichen Umstand gekannt oder bedacht haben würden. Und solche Bestimmungen, die die Parteien zwar in Wirklichkeit nicht getroffen haben, aber doch bei besserer Kenntnis und Umsicht mutmaßlich getroffen haben würden, stellt unser Recht den von den Parteien wirklich getroffenen Bestimmungen gleich und bezeichnet ihre Ermittlung gleichfalls als „Auslegung“ des Rechtsgeschäfts.

2. Die auf die Feststellung des mutmaßlichen Willens der Parteien gerichtete Auslegung der Rechtsgeschäfte unterliegt denselben Regeln wie die Auslegung, die sich lediglich mit der Feststellung des wirklichen Parteiwillens abgibt. Doch ist sie dadurch beschränkt, daß sie nur insoweit zulässig ist, als es die Interessenlage der bei dem Geschäft beteiligten Parteien gestattet.⁵

Beispiele. I. A. hat dem B. in notarieller Urkunde 1000 Mk. Reisestipendium zugunsten desjenigen der beiden Söhne B.s versprochen, der zuerst sein Examen bestehen würde; nun machen beide Söhne ihr Examen am selben Tage. Hier läßt sich nicht ermitteln, wem von beiden A. die 1000 Mk. wirklich hat zuwenden wollen; denn A. hat an diesen Fall eben nicht gedacht. Es muß also, wenn die Schenkung nicht völlig wirkungslos sein soll, auf den mutmaßlichen Willen A.s zurückgegriffen werden. Der wird aber dahin gehen, daß beide das Stipendium teilen müssen. II. C. hat dem wohlhabenden D., mit dem er nur in rein geschäftlichen Beziehungen steht, ein auf zehn Jahre unkündbares Darlehn ohne jede Sicherheit gegeben; gleich darauf gerät D. durch unerwartete Verluste in Vermögensverfall. Hier ist kein Zweifel, daß C., falls er an diesen Fall gedacht haben würde, dem D. entweder das Darlehn nicht gegeben oder sich ein kurzfristiges Kündigungsrecht ausbedungen haben würde, und auch D. wird nicht bestreiten, daß ihm dieser mutmaßliche Wille C.s, hätte er sich die Möglichkeit seines Vermögensverfalls vergegenwärtigt, erkennbar

5) Siehe Müller-Erzbach, D. Jur. Ztg. 1906 S. 1237.

gewesen wäre. Trotzdem kommt es auf C.'s mutmaßlichen Willen in diesem Fall nicht an; denn es lag bei der Hingabe des Darlehns in D.'s Interesse, daß C. ihm die lange Unkündbarkeit ohne Einschränkung zugestand, und er kann an diesem Zugeständnis, das dem damaligen wirklichen Willen C.'s entsprach, festhalten, auch wenn es dem Willen, den C. bei besserer Überlegung mutmaßlich gefaßt haben würde, durchaus zuwider war.

IV. Bleibt es bei Anwendung aller drei bisher besprochenen Auslegungsarten zweifelhaft, was eine Partei mit einer rechtsgeschäftlichen Willensäußerung wirklich oder mutmaßlich hat bestimmen wollen, so ist in letzter Reihe auf gewisse Sonderregeln zurückzugehen, die das Gesetz gerade für Fälle dieser Art aufgestellt hat. Fehlt es auch an einer solchen Sonderregel, so ist das Geschäft ganz oder teilweise unwirksam.

Beispiele. I. A. hat sein Gasthaus an B. verkauft, ohne dabei des Inventars zu gedenken. Hier ist zunächst auf alle Nebenumstände des Falls Rücksicht zu nehmen: Hat B. das Inventar mitbekaufen, als er sich das Gasthaus ansah? Ist der Preis, den B. zu zahlen hat, so hoch, daß er offenbar auch eine Vergütung für das Inventar darstellt, oder ist das Gegenteil der Fall? Hat A. gewußt, daß B. ein eignes vollständiges Inventar besaß, oder war es dem B. bekannt, daß A. ein neues Gasthaus eröffnen und sein altes Inventar in ihm verwenden wollte usw.? Ergibt die Prüfung aller dieser Umstände kein sicheres Ergebnis, so greift folgende gesetzliche Sonderregel ein: „im Zweifel“ gilt das Gasthausinventar als mitverkauft (314). II. C., der mehrere Hypotheken an den Grundstücken D.'s besitzt, will sie sämtlich kündigen, verschiebt sich aber bei der Kündigung und spricht nur von seiner Hypothek im Singular. Hier ist zunächst zuzusehen, ob D. nicht aus den mit C. geführten Vorverhandlungen erkennen konnte, wie C. die Kündigung verstanden hatte. Bleibt diese Prüfung ergebnislos, so ist C.'s Kündigung ohne alle Wirkung.

V. Alle Regeln, die wir über die Auslegung der Rechtsgeschäfte festgestellt haben, gelten aber nur für Rechtsgeschäfte und gewisse ihnen ähnliche Rechtshandlungen (oben S. 155⁶). Daraus wird von manchen der Satz abgeleitet, daß, wenn es zweifelhaft ist, ob ein gewisser Tatbestand ein Rechtsgeschäft oder eine rechtsgeschäftliche Rechtshandlung darstellt, diese Vorfrage unabhängig von jenen Regeln entschieden werden müsse.⁶ Doch ist dieser Schluß hinfällig. Denn recht verstanden setzt der Begriff „Rechtsgeschäft“ wieder die Anwendung der juristischen Auslegungsregeln voraus (s. oben S. 151, I, 1a). — Beispiel. A., der eben Mitglied eines eingetragenen Vereins geworden ist, wird ordnungsmäßig zu einer Mitgliederversammlung in den „Goldnen Stern“ eingeladen, will sich aber an der Versammlung nicht beteiligen; trotzdem gerät er durch einen Zufall hinein und zwar gerade in dem Augenblick, in dem der Vorsitzende B. erklärt: „wir schreiten zur Abstimmung: wer für den Antrag ist, stehe auf oder bleibe stehn“; A. hört diese Erklärung, läßt sie aber unbeachtet, weil er gar nicht daran denkt, daß es sich um eine Mitgliederversammlung und sogar eine solche seines eignen Vereins handelt, und tritt zu den abstimmenden Herrn, um sie zu begrüßen; B. zählt ihn deshalb als zustimmend. Hier ist B. im Recht. Denn er mußte nach allen Auslegungsregeln annehmen, daß A. dem Antrage zustimmen wollte, und das genügt. Die Folgen mag A. verantworten. Hätte er aufgepaßt, so hätte er keinen Zweifel darüber haben können, daß das, was ihm eine Handlung unjuristischer Art erschien, von andern als ein Rechtsgeschäft gedeutet werden würde.

6) Manigk S. 178.

13. Willensmängel.

a) Simulation. Irrtum. Unrichtige Übermittlung.

§ 64.

Aus den im vorigen Paragraphen entwickelten Auslegungsregeln ergibt sich, daß unser Gesetz nicht darauf ausgeht, den wahren und wirklichen Willen, der den rechtsgeschäftlichen Äußerungen der Parteien zugrunde liegt, zu ermitteln, um ihn dann zum Herrn des rechtsgeschäftlichen Lebens zu machen. Und zwar vermeidet das Gesetz dies Ziel nicht etwa ungern oder mit innerem Bedauern, weil es den wahren Parteiwillen als einen unsichtbaren, unhörbaren, rein seelischen Vorgang nicht zu erfassen vermag — in der Art, wie man es aufgibt, ein Ideal zu erreichen, weil man sich seiner eignen Unvollkommenheit gar zu sehr bewußt ist. Vielmehr verzichtet das Gesetz auf die Erforschung des inneren Parteiwillens auch in solchen Fällen, in denen es an Mitteln zu dessen Erkenntnis keineswegs gebricht; denn es verwirft ja bei der Auslegung einer empfangsbedürftigen Erklärung die Berücksichtigung aller Nebenumstände, die für den Empfänger der Erklärung nicht erkennbar waren, mögen sie auch durch Zeugnis dritter Personen aufs deutlichste festgestellt werden können. Das Gesetz ist eben unparteiisch; bei der Würdigung der rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen denkt es nicht bloß an den Urheber, sondern auch an die andern Personen, die durch die Äußerungen betroffen werden sollen, und bestimmt demgemäß: nicht was die Partei in ihrem Innern will, sondern nur, was aus ihrem äußeren Verhalten, für die andern Beteiligten erkennbar, als ihr Wille hervortritt, soll Geltung haben. So kann es geschehn, daß eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung ohne alle Wirkung bleibt, weil sie den Willen des Urhebers gar nicht oder nur undeutlich erkennbar macht, oder daß sie eine Wirkung allerdings ausübt, aber eine ganz andre, als ihr Urheber wollte, indem seine Äußerung in einem andern Sinn verstanden wird, als er selber sie gemeint hat; hier führt also die dem Gesetz entsprechende Auslegung der Willensäußerung absichtlich und bewußt zu einer Änderung oder, wenn man es noch schroffer ausdrücken will, zu einer Fälschung ihres Inhalts. Das Gesetz stellt als leitende Regel auf: „nicht ein Mann, ein Wille“, sondern „ein Mann, ein Wort“. Jeder mag sein Wort so einrichten, daß es seinen wahren Willen kundtut; versäumt er dies, so muß er eben wider Willen beim Worte bleiben. Doch führt unser Gesetz diese seine Regel nicht in ihrer vollen Reinheit durch; vielmehr erklärt es in gewissen alsbald näher zu besprechenden Fällen ein Rechtsgechäft wegen mangelnden Willens einer Partei entweder

1) Mustat bei Gruchot 42 S. 769; Türck, ebenda 43 S. 549; Gradenwitz, Unsechtung u. Neurecht beim Irrtum (02); Leist, Arch. f. ziv. Pr. 102 S. 215; Rippmann, ebenda S. 283; Leonhard, Irrtum als Ursache nichtiger Verträge 2. Aufl. (07); Melliger, culpa in contrahendo (98); Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften (03).

für nichtig kraft Gesetzes oder für anfechtbar. Indes wäre es verkehrt, hierin geradezu eine Preisgabe jener leitenden Regel zu sehn. Denn es sind ja eben nur „gewisse Fälle“, in denen das Gesetz auf den mangelnden Willen einer Partei Rücksicht nimmt; dagegen wird die Partei im übrigen trotz allen Willensmangels beim Wort festgehalten. Und weiter: auch dann, wenn wegen mangelnden Willens der Rücktritt vom Wort statthaft oder das Geschäft nichtig ist, muß der Urheber der „willenlosen Willensäußerung“ doch insofern bei seinem Wort bleiben, als er der gutgläubigen Gegenpartei den Schaden ersetzen muß, der ihr dadurch entstanden ist, daß sie der Gültigkeit seines Wortes getraut hat.

I. Nichtig kraft Gesetzes sind gewisse rechtsgeschäftliche Willensäußerungen, die nur zum Schein abgegeben sind.^{1a}

1. Eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung ist als ein bloßes Scheingeschäft wegen „Simulation“ nichtig in den folgenden drei Fällen.

a) Erstlich: der Äußernde war mit der Gegenpartei darüber im Einverständnis, daß die Äußerung nicht im Ernst erfolge (117); er hat also im Einverständnis mit der Gegenpartei absichtlich einen Willen geäußert, den er in Wahrheit nicht hatte.

b) Zweitens: er war zwar nicht mit der Gegenpartei im Einverständnis hierüber, gab sich aber einseitig der Erwartung hin, alle Beteiligten würden erkennen, daß er sich nicht im Ernst geäußert habe (118).

c) Drittens: er hat darauf, ob die Gegenpartei den Mangel an Ernst auf seiner Seite erkennen würde, gar keine Rücksicht genommen; vielleicht hat er sogar erwartet, die Gegenpartei würde den Mangel nicht erkennen: er hat sie täuschen wollen; tatsächlich hat aber die Gegenpartei den Mangel trotzdem erkannt (116 Satz 2).

Beispiele ungültiger Scheingeschäfte. I. A. veräußert sein Geschäft an B., verabredet aber mit ihm, es solle nur zum Schein geschehn, um die Gläubiger des A. zu hindern, die Zwangsvollstreckung in das Geschäftsvermögen zu betreiben. II. Leutnant E. bestellt in einem Ton, von dem er meint, man müsse ihn sofort als scherzhaft erkennen, bei dem Juwelier D. den teuersten Schmuck aus dem Laden; D. nimmt die Bestellung ernst, legt dem E. einen Schmuck, der 80000 Mk. kosten soll, vor und fordert dessen käufliche Abnahme. III. E. bietet dem F. eine unglaubliche Erfindung, die jährlich eine Million Gewinn abwerfen soll, zum Kauf an, in der Meinung, F. werde den Scherz nicht merken und sich lächerlich machen; F. merkt aber den Scherz doch und will nun den E., indem er seinerseits auf den Kauf zum Schein eingeht, in Verlegenheit bringen.

2. a) Da die nur zum Schein abgegebene rechtsgeschäftliche Willensäußerung in den drei Fällen zu 1 kraft Gesetzes nichtig ist, kann weder ihr eigner Urheber noch die Gegenpartei noch irgend ein Dritter ein Recht aus ihr herleiten (s. oben S. 166).

b) Nur wenn zwischen zwei Personen in beiderseitigem Einverständnis ein Scheingeschäft geschlossen wird, das ein anderes Rechtsgeschäft, dessen Ab-

1a) Siehe RG. 60 S. 21.

schluß die Parteien im Ernst beabsichtigen, verdecken soll, ist das vorgeschützte Geschäft bloß als solches nichtig, dagegen das dadurch verdeckte Geschäft gültig, vorausgesetzt natürlich, daß dessen besondern gesetzlichen Erfordernissen Genüge getan ist (117 II).

Beispiel. A. will dem B. ein Haus schenken, läßt es ihm auch auf, gibt aber zur Vermeidung des hohen Schenkungsstempels im Einverständnis mit B. vor, er verkaufe diesem das Haus zu einem bestimmten geringen Preise. Hier ist der Kauf als solcher nichtig: weder kann A. von B. die Zahlung des angeblichen Kaufpreises fordern, noch kann B. den A. als Verkäufer haftbar machen, wenn das Haus sich etwa kaufällig zeigt. Dagegen ist das Geschäft als Schenkung gültig.

3. Das Recht, die Nichtigkeit eines Scheingeschäfts geltend zu machen, ist zeitlich nicht begrenzt.

4. Die Nichtigkeit des Geschäfts greift auch dann Platz, wenn der Urheber der Scheinäußerung schuldhaft gehandelt hatte. Insbesondere ist in dem zweiten oben zu 1 genannten Fall das Geschäft selbst dann nichtig, wenn die Erwartung des Urhebers der Scheinäußerung, die Gegenpartei werde den Scherz merken, völlig willkürlich war und die Gegenpartei auch tatsächlich den Scherz nicht gemerkt hat.

5. a) Doch läßt es das Gesetz in ebendiesem Fall dabei nicht bewenden, daß es das Geschäft für nichtig erklärt, sondern verpflichtet zugleich den Urheber der Scheinäußerung zum Schadensersatz gegenüber jedermann (122).

α) Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Urheber der Scheinäußerung außer Schuld war, also wenn er vernünftige Ursache hatte zu glauben, man würde seine Äußerung nicht für Ernst nehmen. Denn der Grund der Ersatzpflicht ist ja — wie bereits festgestellt — die Regel „ein Mann, ein Wort“, die Regel also, daß jeder, der eine Äußerung abgibt, der Gegenpartei für sein Wort einstehen muß. Nicht als ob das Gesetz verböte, Äußerungen zum Scherz abzugeben; aber wer Scherz treibt, tut es, falls die Gegenpartei den Scherz mißverstehet, auf seine Gefahr.

β) Dagegen versagt die Ersatzpflicht, wenn der Geschädigte den Mangel des Ernstes auf seiten des Äußernden erkannt oder nur aus Fahrlässigkeit verkannt hat; denn man darf einen andern nur dann beim Wort nehmen, wenn man seiner eignen Pflicht genügt und dem Wort die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt, in unserm Fall also das Wort auf seine Ernstlichkeit hin verständig geprüft hat.²

γ) Zu ersetzen ist das „negative Geschäftsinteresse“ des Geschädigten, d. h. aller Schaden, den dieser dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit der Äußerung vertraute, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, das er an der Gültigkeit der Äußerung hatte.

Beispiele. I. A. erklärt dem B., der ihm 20000 Mk. schuldet, an einem Fastnachts- tage im Scherz, daß er ihm diese Schuld erlasse, und B. nimmt den Erlaß mit gerührten Worten des Danks an; dabei war aber A. der Meinung, daß B. jene Erklärung unmög-

2) Siehe RG. 57 S. 89.

sich ernst nehmen könne, zumal seine dem B. bekannten Verhältnisse ihm eine derartige Freigebigkeit nicht gestatten und auch nicht der mindeste Anlaß für ihn vorhanden war, dem B. irgendein Geschenk zu machen; doch hat er die Erklärung in so feierlichem Ton vorgebracht, daß B. den Scherz nicht merkt und auch, einfältig wie er ist, nicht merken kann. Hier ist der Erlaß nichtig: B. bleibt also A.'s Schuldner. Fraglich ist nur, ob nicht A. den B. entschädigen muß. I. Die Frage ist zu verneinen, wenn A. sofort erkennt, daß sein Scherz falsch verstanden wird, und den B. alsbald aufklärt; denn alsdann hat B. durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Erlasses keinen Schaden erlitten. 2. a) Die Frage ist zu bejahen, wenn A. den B. nicht aufklärt und dieser nun im Bewußtsein eines Vermögenszuwachs von 20000 Mk. sofort eine Vergnügungsreise macht, die ihm 1000 Mk. kostet; denn hier ist B. wirklich durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Erlasses um 1000 Mk. geschädigt, und A. muß ihm diese 1000 Mk. erstatten. b) Doch kann A.'s Ersatzpflicht nie über das Interesse, das B. an der Gültigkeit des Erlasses hat, also nie über den Betrag von 20000 Mk. hinausgehen; wenn also B. dem A. auf seine Erläuterung erwidert, er werde die ihm soeben geschenkten 20000 Mk. dem Herz Jesu-Spital weiterschicken und noch 5000 Mk. von seinem eignen dazu legen, so muß A., falls er den B. auch jetzt nicht aufklärt und dieser seine Absicht tatsächlich ausführt, ihm auch hierfür Schadensersatz leisten, da B. ja auch diese Opfer nur im Vertrauen auf die Gültigkeit des von A. erklärten Schulderrlasses bringt, aber nicht über den Betrag von 20000 Mk. hinaus. II. Anders wäre zu entscheiden, wenn B. hätte erkennen müssen, daß A. nur scherzte; denn dann wäre A. ihm in keinem Fall zu Schadensersatz verbunden. III. Siehe auch die verwandten Beispiele unten S. 295 hinter *ββ*.

b) In den beiden andern zu 1 genannten Fällen ist eine Schadensersatzpflicht des Urhebers der Scheinäußerung nicht anerkannt. Das ist, soweit das Verhältnis des Urhebers zur Gegenpartei in Frage kommt, selbstverständlich, weil ja die Gegenpartei hier den Mangel an Ernst auf seiten des Urhebers gekannt hat. Dagegen hätte sich eine Ersatzpflicht gegenüber dritten Personen, an die die Scheinäußerung zwar nicht gerichtet war, die aber zufällig von ihr hörten und auf ihre Ernstlichkeit vertrauten, wohl rechtfertigen lassen; indes hat das Gesetz angenommen, daß, wer eine Erklärung an eine bestimmte Adresse abgibt, nur auf diese Adresse Rücksicht zu nehmen braucht, dagegen von einer dritten Person nicht „beim Wort“ genommen werden darf.

Beispiel. A. mietet für die Schauspielerin B. eine glänzende Einrichtung von Möbeln, verabredet aber mit der B. zum Schein, daß er ihr die Einrichtung schenke; C. hört von der Schenkung, hält sie für ernst und gewährt daraufhin der B. ein größeres Darlehen; später zeigt es sich, daß die B. zahlungsunfähig ist und C. sich auch an die Möbel, weil sie ja in Wirklichkeit nur Mietmöbel sind, nicht halten darf. Hier hat C. einen Anspruch auf Schadensersatz gegen A. nicht. — Anders im Fall arglistiger Täuschung; doch braucht eine solche nicht immer vorzuliegen; A. hat ja jene Scheinschenkung vielleicht nur aus Renommage vorgenommen.

6. Der Beweis, daß eine Willensäußerung nur zum Schein abgegeben, ist von dem zu führen, der dies behauptet.

Der Beweis kann unmittelbar auf den seelischen Vorgang bezogen werden, der sich bei Abgabe der Äußerung im Innern ihres Urhebers abspielt hat, z. B. indem die Gegenpartei ihm den Eid über seinen Mangel an Ernst zuschiebt; praktisch ist das freilich bedenklich; indes verbietet das Gesetz es nicht. Der Beweis kann aber auch auf die äußeren Nebenumstände, die den Abschluß des Geschäfts begleiteten, bezogen werden; und zwar können auch solche Nebenumstände, die bei der Auslegung des Rechtsgeschäfts nicht berücksichtigt werden dürfen, die also eine positive rechtsgeschäftliche Wirkung nicht haben können, hier, wo es sich um die Umstoßung eines Rechtsgeschäfts handelt, wo also die positiven

Wirkungen eines Rechtsgeschäfts nur ausgelöscht werden sollen, sehr wohl berücksichtigt werden. So kann z. B. ein Vertrag, der nach Gesetzesvorschrift gerichtlicher oder notarieller Form bedarf, auf Grund mündlicher Nebenabreden als Scheinvertrag charakterisiert werden; ebenso kann die scherzhafte Absicht einer Erklärung durch eine Bemerkung bewiesen werden, die der Urheber der Erklärung nicht gegenüber dem Empfänger, sondern gegenüber einem unbetheiligten Dritten abgegeben hat.

7. Eine Scheinäußerung, die von der Gegenpartei nach der Absicht des Äußernden ernst genommen werden sollte und auch wirklich ernst genommen worden ist, also nicht unter eine der drei oben zu 1 genannten Kategorieen fällt, ist vollgültig (116 Satz 1). Der Urheber kann sich somit in diesem Fall nicht darauf berufen, daß er sich durch eine „Mentalreservation“ vorbehalten habe, daß, was er geäußert, in Wahrheit nicht zu wollen; ebenso wenig kann aber auch die Gegenpartei, wenn sie später von dem Vorbehalt erfährt, das Rechtsgeschäft als nichtig verwerfen.

Beispiel. Als Beitrag für einen neuzugründenden Wohltätigkeitsverein zeichnet A. eine sehr große Summe und zahlt sie auch tatsächlich ein; dabei erzählt er aber seiner Frau, daß er das nur zum Schein tue; die für den Verein im ganzen erforderliche Summe käme doch nicht zusammen; so sei die Zeichnung eine ungefährliche Prahlerei; im schlimmsten Fall würde er schon einen Vorwand finden, um die Zeichnung zurückzuziehen. Hier muß A., wenn dank seinem guten Beispiel die erforderliche Summe schließlich doch aufgebracht wird, bei seiner Zeichnung bleiben.

8. a) Von den Scheingeschäften sind die fiduziarischen Verträge zu scheiden: Verträge, die die Parteien zwar ernstlich abschließen, jedoch mit der Abrede, daß die eine Partei (der „Fiduziar“)³ von den ihr vertragsmäßig verliehenen Rechten nur beschränkt oder gar nicht Gebrauch machen soll. Ein solcher Vertrag ist, weil ernstlich vorgenommen, vollgültig. Es ist auch keineswegs sinnlos, jemandem ein Recht zu geben und ihm doch zugleich zu verbieten, von dem Recht Gebrauch zu machen; denn, wenn die Verfügungen, die der Fiduziar tatsächlich trifft, letzteres Verbot verletzen, sind sie zwar dem Verleiher des Rechts gegenüber unerlaubt und verpflichten den Fiduziar zu Schadensersatz; dagegen sind sie dritten Personen gegenüber gültig. Und gerade auf diese Unterscheidung, also darauf, daß dritte Personen keinen Anlaß haben, das Recht des Fiduziars als beschränkt oder unvollkommen zu bemängeln, legen die Vertragsparteien oft großen Wert; gerade deshalb wird der Fiduziar mit größerer Rechtsmacht ausgestattet, als es eigentlich dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis entspricht, damit er Dritten gegenüber freier und sicherer auftreten kann.

b) Noch anders ist der „rechtsgeschäftliche Schleichweg“⁴: hier wollen die Parteien, weil das Gesetz ein bestimmtes Rechtsgeschäft für ungültig erklärt, dessen Wirkungen annähernd durch ein Rechtsgeschäft anderer Art, also auf einem Umwege, erreichen. Letzteres Geschäft ist durchaus ernstlich abgeschlossen;

3) Golz, das fiduziarische Rechtsgeschäft (O1).

4) Regelsberger in Endemanns Handb. d. Handelsrechts 2 S. 409; RG. 59 S. 146, 62 S. 128, 63 S. 145.

die Parteien wollen wirklich, was sie sagen; als Scheingeschäft läßt das Geschäft sich also für ungültig keineswegs erklären. Vielmehr ist das Geschäft vollgültig, es sei denn, daß jenes Verbotsgesetz auch derartige Umgehungen hat verbieten wollen.⁵

Beispiele. I. A. verlangt von seinem Schuldner B. ein Pfand; B. will ihm eine erst nach 5 Jahren kündbare, aber sichere und gut verzinsliche Forderung gegen C. verpfänden; A. stößt sich aber daran, daß er bei bloßer Verpfändung der Forderung dem C. gegenüber ungünstig gestellt sei (1281 ff.); deshalb muß B. die Forderung dem A. geradezu abtreten, aber nur fiduziarisch, so daß dem A. verboten wird, die Forderung an einen Dritten weiter zu veräußern. Hier ist die Abtretung ernstlich geschehn und vollgültig! II. A. wünscht von B. ein Darlehn von 1000 Mark; B. will es nur zu 8% Zinsen unkündbar auf 10 Jahre geben; da dies aber gesetzlich verboten ist (247), so vereinbaren A. und B., daß A. an Zinsen nur 6%, aber außerdem an Schreibgebühr 20 Mark jährlich zahlen solle. Hier ist die Abrede gleichfalls ernstlich geschehn, aber ungültig!

II. Unfechtbar sind gewisse rechtsgeschäftliche Willensäußerungen, die *irrtümlich* abgegeben sind.⁶

1. a) Eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung ist wegen Irrtums anfechtbar in den drei folgenden Fällen (119).

α) Erstens: der Äußernde war über die Form seiner Äußerung im Irrtum; er wollte also eine Äußerung von der Form, die er wirklich gebraucht hat, gar nicht abgeben.

β) Zweitens: er war über den Sinn seiner Äußerung im Irrtum; er wollte also die Äußerung zwar in der von ihm gewählten Form abgeben, war aber der Meinung, die Äußerung habe eine andre Bedeutung als die, die man ihr später nach den Regeln richtiger Auslegung beilegt.

γ) Drittens: er war über bestimmte Voraussetzungen seiner Äußerung, nämlich über wesentliche Eigenschaften der Personen oder der Sachen, auf die die Äußerung sich bezog, im Irrtum. Allerdings entspricht hier seine Äußerung, sowohl was ihre Form als was ihren Sinn anbetrifft, seinem wirklichen Willen. Aber der Inhalt oder der Wert der Äußerung ist anders als der Urheber es sich gedacht hat; insoweit geht also auch in diesem Fall Wille und Willensäußerung weit auseinander.⁷

Beispiele. I. A. will einige Geigen, eine Bratsche, eine Mandoline und eine Laute, die er von dem Musiker B. geerbt hat, veräußern; C., der persönlich von solchen Instrumenten nichts versteht, aber einem unbemittelten musikalischen Freunde ein Geschenk damit machen will, besichtigt die Sachen und schreibt dann an A.: „für die Laute biete ich 200 Mt.“, was A. dankend akzeptiert. Dabei hat sich aber C. wie folgt geirrt: 1. Er hat nicht die Laute, sondern die Mandoline kaufen wollen und hat sich in seinem Brief bloß verschrieben. 2. Er hat nicht die Laute, sondern die Mandoline kaufen wollen, hat aber geglaubt, die Mandoline hieße „Laute“, während er die wirkliche Laute für eine „Gitarre“ hielt, und hat deshalb absichtlich auf die „Laute“ geboten. 3. Er hat die Laute kaufen wollen, aber lediglich in der Annahme, sie sei ein Musikinstrument, auf dem man spielen könne, während die in B.'s Nachlaß befindliche Laute eine Utrappe war und nur als Wand schmuck gebraucht

5) RG. 56 S. 104.

6) Siehe RG. 61 S. 85, 62 S. 284, 66 S. 385.

7) Siehe RG. 55 S. 370.

werden konnte. Hier ist C.'s Kauf in allen drei Fällen anfechtbar. II. D. wird, gleich nachdem er seine Mietwohnung bezogen, von seinem Vermieter E. damit überrascht, daß er seine ganze Jahresmiete pränumerando zu zahlen habe, und sein Erstaunen wächst noch, als er findet, daß in dem von ihm unterschriebenen schriftlichen Mietvertrage tatsächlich eine Klausel steht, die das Verlangen C.'s rechtfertigt; denn er glaubt, mit E. nichts dergleichen vereinbart zu haben. 1. Erster Fall: E. hat die Klausel eigenmächtig in die Vertragsurkunde eingefügt, nachdem D. sie bereits unterschrieben hatte. Hier ist die Klausel gefälscht, also nichtig. 2. Zweiter Fall: E. hat die Klausel eigenmächtig in die Urkunde eingefügt, nachdem D. sie durchgelesen, aber bevor er sie unterschrieben hatte; D. hat die Einfügung nicht bemerkt, weil er in dem Augenblick nach seinem Federhalter suchte. Hier ist die Klausel zwar nicht nichtig, aber wegen Irrtums anfechtbar. 3. Dritter Fall: die Klausel stand schon in der Urkunde, als E. sie dem D. zum Durchlesen überreichte; D. hat die Urkunde samt der Klausel auch tatsächlich genau durchgelesen, dennoch aber den Sinn der Klausel falsch dahin verstanden, daß sie nur die Vorausbezahlung auf ein Vierteljahr bestimme, sei es, weil er seine Brille nicht bei sich hatte, sei es, weil die Klausel undeutlich geschrieben war, sei es, weil er, ohne sich dessen bewußt zu werden, nicht ordentlich aufpaßte. Hier ist die Klausel gleichfalls wegen Irrtums anfechtbar. Doch neigt die Praxis dazu, in diesen Fällen die Anfechtung auszuschließen; wie mir scheint, ohne zureichenden Grund.⁸ 4. Vierter Fall: die Sachlage liegt ebenso wie im dritten Fall; nur hat D. die Urkunde gar nicht oder bewußtlos nur flüchtig durchgelesen. Hier ist die Klausel unanfechtbar, wenn D. leichtsinnig genug war, sich über den Inhalt der Urkunde gar keine Vorstellungen zu machen, sondern im Vertrauen auf E.'s Rechtlichkeit blindlings unterschrieben hat; denn dann hat er zwar den Inhalt der Urkunde nicht gekannt, aber sich dennoch nicht in bezug auf ihn, sondern in bezug auf E.'s Rechtlichkeit geirrt.⁹ Dagegen ist die Anfechtung zulässig, wenn D., ob schon in Unkenntnis über den Inhalt der Urkunde, doch positiv annahm, jene Klausel sei nicht in ihr enthalten, z. B. weil E. ihm die Urkunde vorgelesen und dabei die Klausel weggelassen oder weil E. ihm erklärt hat, in der Urkunde stehe nichts anderes, als was mündlich vereinbart sei. Doch neigt die Praxis dazu, auch bei dieser Sachlage die Anfechtung auszuschließen.¹⁰

b) In allen drei Fällen zu a ist aber noch ein weiteres vorausgesetzt: der Irrtum muß „erheblich“ gewesen sein, d. h. es muß aus den Umständen hervorgehen, daß der Irrende, wenn er die Sachlage gekannt und zugleich den Fall verständig gewürdigt hätte, seine Äußerung gar nicht oder doch nicht in der Art, wie er es getan, abgegeben haben würde. Entscheidend ist also für die Erheblichkeit nicht das subjektive, vielleicht sehr unverständige Denken des Irrenden, sondern die verständige, objektive Anschauung, die durchschnittlich im Verkehr vorherrscht. Freilich ist dabei auch auf die persönlichen Verhältnisse des Irrenden Rücksicht zu nehmen, aber eben nur soweit, als auch ein verständiger Mensch, wenn er in diesen persönlichen Verhältnissen steckte, die angefochtene Willensäußerung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Abzulehnen ist dagegen die Ansicht, daß der Irrtum allerdings nach der objektiven verständigen Verkehrsanschauung, aber zugleich auch nach der subjektiven unverständigen Anschauung des Irrenden erheblich gewesen sein müsse¹¹; diese Anschauung widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes und wäre praktisch nicht unbedenklich.

8) Hierüber namentlich Leist a. a. O. S. 215.

9) RG. 62 S. 205.

10) Siehe Leist a. a. O. S. 242.

11) So Ed., Vorträge der Guttentagschen Samml. Heft 1 (96) S. 46; Gradewitz S. 51. Dagegen Hölder S. 260; Endemann 1 § 71¹⁰.

Beispiele. I. Erheblich ist der Irrtum in allen oben zu a genannten Fällen. II. Erheblich ist er auch im folgenden Fall: A. bestellt bei seinem alten, bewährten Weinlieferanten B. 30 Flaschen Sekt von Müller zum Preise von 120 Mark; er verschreibt sich aber und schiebt die Bestellung an C.; C. ist ebenso tüchtig wie B. und führt die Bestellung genau in gleicher Art aus, wie dies B. getan haben würde; trotzdem ist A.'s Bestellung wegen erheblichen Irrtums anfechtbar; denn ein verständiger Mensch geht nicht ohne Grund von seinem bisherigen bewährten Lieferanten ab; es ist also anzunehmen, daß auch A. bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falls seine Bestellung an C. nicht abgegeben haben würde. III. Ein Beispiel eines Irrtums, der bei objektiver Prüfung der Sachlage als unerheblich erscheint, bietet folgender Fall: D. fragt beim Tabakhändler E. nach Zigarren zu 80 Mark, probiert eine ihm vorgelegte Sorte und bestellt sofort „von dieser Sorte zu 80 Mark“ ein Kistchen zu 25 Stück; nachträglich belehrt ihn die Rechnung, daß jener Preis von 80 Mark sich nicht, wie er annahm, auf 100, sondern auf 1000 Stück bezog. Hier ist der Irrtum des D., der die Zigarren zehnmal billiger bekommt, als er dachte, offenbar unerheblich. Und er bleibt es selbst dann, wenn D. nachweist, daß er zu fein gewöhnt sei, um eine Zigarre, die nur 8 Pfennige koste, zu rauchen; bei verständiger Würdigung des Falls muß er die Zigarren, zumal er sie vorher probiert hatte, behalten. IV. Daß auch die subjektiven Verhältnisse des Irrtenden Berücksichtigung fordern, zeigt folgender Fall¹²: F. mietet eines von zwei benachbarten Häusern, verspricht sich aber dabei, indem er das „rechte“ sagt, während er das „linke“ meint: beide Häuser sind ganz gleich; nur ein Unterschied besteht: das rechte Haus hat die Hausnummer 13; nun ist F.'s Frau nervös und abergläubisch in solchem Maß, daß sie in einer Nr. 13 schwerkrank werden würde. Hier betrifft der Irrtum F.'s an und für sich eine Unvernunft; aber er ist trotzdem, wegen des Gesundheitszustandes der Frau, auch bei verständiger Würdigung des Falls erheblich. — Darf in letzterem Fall der Vermieter folgendes einwenden? F. behandle seine Frau schlecht; daß er jetzt auf den Aberglauben und die Nerven seiner Frau achte, sei nur ein Vorwand; der Irrtum F.'s möge also vielleicht bei verständiger Würdigung des Falls erheblich sein; von dem subjektiven Standpunkt F.'s aus betrachtet, sei er dagegen höchst unerheblich. Die oben bei Anm. 11 bekämpfte Anschauung müßte diesen Einwand zulassen, während ich ihn verwerfe.

c) In dem dritten Irrtumsfall zu a (Irrtum über Eigenschaften) muß endlich noch hinzukommen, daß der Irrtum nicht bloß in dem eben entwickelten Sinn erheblich gewesen ist, sondern außerdem eine „wesentliche“ Eigenschaft der Sache oder Person betroffen hat (119 II). Es fällt nämlich der „erhebliche Irrtum über Eigenschaften“ keineswegs mit dem „Irrtum über wesentliche Eigenschaften“ zusammen: insbesondere kann ein Irrtum über einen gewissen Grad von Brauchbarkeit einer Sache oder einer Person höchst erheblich sein, betrifft aber trotzdem keine wesentliche Eigenschaft. Wirklich wesentlich sind vielmehr nur Eigenschaften, die nach der Verkehrsanschauung für das vorliegende Rechtsgeschäft geradezu das „Wesen“ der Sache oder Person bestimmen.¹³

Beispiele. I. 1. In dem dritten der oben zu a genannten Fälle betraf der Irrtum über die Laute wirklich eine wesentliche Eigenschaft der gekauften Sache: denn eine Laute, die gespielt werden kann, und eine Laute, die nur als Wand schmuck dient, sind ebenso „wesentlich“ verschieden wie eine Zigarre aus Tabak und eine Zigarre aus Schokolade. 2. Dagegen wäre ein Irrtum, der nur den Wert oder nur die Herkunft der Laute oder nur den Stoff, aus dem sie gebaut ist, betrifft, nicht „wesentlich“. II. Mietet jemand eine Köchin

12) Zum Teil Hölder, Arch. f. ziv. Pr. 80 S. 38 entnommen.

13) Lenel, Jahrb. f. Dogm. 44 S. 1.

im Glauben, sie koche „perfekt“, so ist der Irrtum unwesentlich, wenn sie nur höchst imperfekt, wesentlich, wenn sie gar nicht kochen kann.

2. a) Das Recht, eine irrtümlich abgegebene rechtsgeschäftliche Willensäußerung anzufechten, steht nur dem Irrrenden zu (119). Die Gegenpartei muß also das Geschäft gelten lassen.

b) Wird die Anfechtung mit Recht erhoben, so vernichtet sie das angefochtene Rechtsgeschäft schlechthin. Dies gilt selbst dann, wenn die anfechtende Partei bei Vornahme des angefochtenen Geschäfts irrtümlich der Meinung war, mit der nämlichen Gegenpartei ein Geschäft anderer Art abzuschließen; die Gegenpartei ist also nicht befugt, nun, da die irrende Partei das von ihr vorgenommene, aber nicht gemeinte Geschäft ansieht, auf das von jener Partei gemeinte, aber nicht vorgenommene Geschäft zurückzugreifen, indem sie jenes in dieses konvertiert.

Beispiele. A. hat zu seinem Konversationslexikon von Meyer noch das von Brodhaus geschenkt bekommen und will nunmehr den Meyer an die Lesehalle in B. für 30 Mk. verkaufen; irrtümlich verkauft er aber den Brodhaus; als der Irrtum aufgeklärt ist, sicht A. den Verkauf an; die Lesehalle will nun aber wenigstens den Meyer haben; doch gibt A. auch den nicht heraus, da ihm inzwischen von C. 50 Mk. dafür geboten sind. Hier ist A., wie mir scheint, im Recht.¹⁴

3. a) Das Anfechtungsrecht ist zeitlich eng begrenzt. Der Anfechtungsberechtigte muß nämlich seine Anfechtung unverzüglich, nachdem er den Irrtum entdeckt hat, der Gegenpartei erklären; verzögert er die Anfechtung schuldhaft, so geht das Anfechtungsrecht verloren (121 I, Satz 1); der Anfechtungsgegner kann sich also aus der peinlichen Unsicherheit, mit der ihn das Anfechtungsrecht des Irrrenden bedroht, dadurch retten, daß er den Irrrenden über seinen Irrtum aufklärt und dadurch zu schleuniger Entscheidung nötigt. Doch genügt es zur Wahrung des Anfechtungsrechts, wenn der Irrrende die Anfechtungserklärung an die Gegenpartei unverzüglich absendet; daß die Erklärung unterwegs verschleppt wird oder verloren geht, schadet also dem Irrrenden nichts (121 I, Satz 2). Sobald der Irrrende der Meinung sein konnte, die Gegenpartei kenne seinen Irrtum, wird man ihm übrigens eine mäßige Verzögerung der Anfechtung nicht als Schuld zurechnen; er behält alsdann sein Anfechtungsrecht, auch wenn er die Anfechtung einige Tage, nachdem er den Irrtum bemerkt hat, verschiebt.

b) In jedem Fall erlischt das Anfechtungsrecht, wenn seit Abgabe der Willenserklärung 30 Jahre verflossen sind, mag der Anfechtungsberechtigte auch innerhalb dieser Frist seinen Irrtum nicht entdeckt haben und nicht haben entdecken können (121 II).

4. Gleichgültig ist es, ob der Irrrende an seinem Irrtum schuld war oder nicht; selbst ein frivoler Irrtum wird also, wenn er nur erheblich ist, berücksichtigt; ebenso ein bloßer Rechtsirrtum. Ebenso ist es auch umgekehrt

14) Abw. Gradenwitz a. a. O. S. 62.

gleichgültig, ob die Gegenpartei den Irrtum verursacht oder gekannt hat oder hätte bemerken müssen.^{14a}

5. Wer ein von ihm vorgenommenes Rechtsgeschäft wegen Irrtums ansieht, ist Schadensersatzpflichtig (122).

a) Ersatzberechtigt ist, wenn ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft angefochten wird, das gegenüber der Gegenpartei vorzunehmen ist, nur die Gegenpartei. Bei der Anfechtung aller andern Rechtsgeschäfte ist ersatzberechtigt jedermann.

b) Im übrigen kommen dieselben Regeln zur Anwendung wie bei Scheingeschäften. So gilt die Schadensersatzpflicht selbst dann, wenn der Irrtümliche schuldlos war, während sie fortfällt, wenn der Geschädigte den Irrtum und seine Erheblichkeit erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Letzteres gilt auch dann, wenn die Fahrlässigkeit dessen, der die irrige Erklärung abgab, weit größer war als die Fahrlässigkeit des Geschädigten, der den Irrtum des Erklärenden verkannt hat.¹⁵

6. Für den Beweis des Irrtums gelten dieselben Regeln wie für den Beweis der Simulation.

7. a) Ein Irrtum, der bei einer empfangsbedürftigen Erklärung nicht auf seiten des Urhebers, sondern auf seiten des Empfängers obwaltet, berechtigt zur Anfechtung der Erklärung nicht, obschon er oft genug ebenso schwer wiegt wie ein Irrtum auf seiten des Urhebers der Äußerung.

Beispiel. A. hat eine große Forderung, die ihm gegen B. zustand, diesem brieflich gekündigt; B. hat dies falsch verstanden, indem er die Kündigung auf eine zweite kleinere Forderung, die A. gegen ihn hatte, bezog; am Verfalltage der Forderung hat er die erforderlichen Geldmittel zur Bezahlung der großen Forderung nicht zur Hand, muß seine Zahlungen einstellen und verfällt in Konkurs. Hier ist für eine Anfechtung kein Raum.

b) Daraus folgt, daß, wenn das irrtümlich vorgenommene Rechtsgeschäft ein Vertrag ist, die Anfechtung wegen Irrtums nur Platz greift, wenn der Irrtum die eigne Erklärung des Irrtümlichen betraf, nicht dagegen, wenn der Irrtum in einem bloßen Mißverständnis der gegnerischen Erklärung bestand. Dabei ist nun aber die Lage des Antragsempfängers günstiger als die des Antragstellers. Denn ersterer nimmt in seine Annahmeerklärung notwendig die Erklärung des Antragstellers mit auf, weil ja seine Annahme überhaupt nur in Verbindung mit dem Antrage Sinn und Bedeutung hat; deshalb kann er den von ihm mißverstandenen Antrag mittelbar dadurch anfechten, daß er seine eigne Annahmeerklärung als irrig ansieht. Hat dagegen umgekehrt der Antragsteller die Annahmeerklärung des Antragsempfängers mißverstanden, so ist er zu einer Anfechtung dieser Erklärung nicht in der Lage.

Beispiele. I. A. bietet dem B. unverbindlich eine Ware zum Preise von x an; B. bestellt darauf von dieser Ware bei A. 6000 Zentner, was das Leistungsvermögen A.'s bei weitem übersteigt; trotzdem telegraphiert A.: „ich nehme an“, weil er in B.'s Bestellbrief fahrlässigerweise statt 6000 600 Zentner gelesen hat. Hier ist der Vertrag über 6000 Zentner

14a) Siehe aber unten zu 8a.

15) RG. 57 S. 89.

zustande gekommen; A. kann aber seine Annahmeerklärung und damit den ganzen Vertrag wegen Irrtums anfechten. II. A. bietet dem B. rechtsverbindlich eine Ware zum Preise von x an, und zwar nach Wahl B.s in Posten von 600—6000 Zentnern; B. nimmt darauf den Antrag in Höhe von 6000 Zentnern an; A. liest aber in B.s Annahmefrief fahrlässigerweise statt 6000 nur 600 Zentner und ist daher zur Zeit der bedungenen Lieferung auch nur zur Lieferung von 600 Zentnern imstande. Hier ist der Vertrag wie im Fall I über 6000 Zentner zustande gekommen; A. kann aber, anders als im Fall I, trotz seines Irrtums seinen Antrag und also auch den ganzen Vertrag nicht anfechten.

8. a) Besteht der Irrtum bei einem Vertragsschluß in einer unrichtigen Auslegung des Antrages, so kann, wie soeben erwähnt, die Anfechtung entweder vom Antragsteller oder auch vom Antragsempfänger ausgehen. Von diesen beiden Parteien ist anfechtungsberechtigt die, deren Auslegung des Antrages unrichtig ist, d. h. den richtigen Auslegungsregeln widerspricht. Denkbar ist es, daß alle beide Parteien den Antrag falsch auslegen; dann sind sie beide anfechtungsberechtigt.

Beispiel. Das Haus A.s in M. besteht aus einem Keller-, einem Erd-, einem Mezzanin- und zwei höheren Geschossen; B. hat das zurzeit leer stehende Haus von oben bis unten besichtigt und sich die Preise aller Wohnungen sagen lassen; nun schreibt er an A., daß er das erste Stockwerk auf ein Jahr mieten wolle, und A. nimmt diesen Antrag an; später stellt sich heraus, daß unter dem „ersten“ Stockwerk B. das Mezzanin, A. die darüber befindliche „Beletage“ verstanden hat; besondere Momente, die zu gunsten der Auslegung des A. oder der des B. sprechen, sind nicht vorhanden; maßgebend für die Auslegung ist also lediglich der allgemeine Sprachgebrauch in M. I. Stimmt dieser Sprachgebrauch mit B.s Auslegung überein, so gilt das Mezzanin als vermietet; die Miete kann aber von A. angefochten werden. II. Stimmt der Sprachgebrauch mit A.s Auslegung überein, so gilt die Beletage als vermietet; die Miete kann aber von B. angefochten werden. III. Ist nach dem Sprachgebrauch von M. unter dem „ersten“ Stockwerk weder, wie B. will, das Mezzanin, noch wie A. will, die Beletage, sondern das Erdgeschoß zu verstehen, so gilt eben dies Erdgeschoß als vermietet; die Miete kann aber sowohl von A. wie von B. angefochten werden. IV. Ist endlich nach dem Sprachgebrauch von M. der Ausdruck „erstes Stockwerk“ mehrdeutig, so ist die Miete überhaupt nicht zustande gekommen; ein Anfechtungsrecht kommt also weder dem A. noch dem B. zu.

b) Der Irrtum beim Vertragsschluß kann auch darin bestehen, daß eine der Parteien geglaubt hat, der Vertrag sei zwischen ihnen zustande gekommen, während nach richtiger Auslegung der beiderseitigen Erklärungen die Parteien zu einer Einigung nicht gelangt sind („versteckter Dissens“).¹⁶ Dann kann die irrende Partei diesen ihren Irrtum zu einer Anfechtung nicht benutzen; denn die Anfechtung kann wohl einen gültigen Vertrag umstoßen, nicht aber einen ungültigen Vertrag zu Kräften bringen.

Beispiele. I. A. besichtigt im Laden des B. verschiedene Vasen; während er eine Vase in der linken Hand hält, deutet er mit der rechten deutlich auf eine andre vor ihm stehende Vase und erklärt, diese kaufen zu wollen; B. dagegen zeigt seinerseits deutlich auf die Vase, die A. in der Hand hält, und sagt: „das Stück da kostet 30 Mk.; ich schicke es Ihnen noch heute zu“, worauf A. sich schweigend entfernt; der Vorgang erklärt sich dadurch, daß sowohl A. wie B. zerstreut waren und deshalb keiner die Handbewegung des andern bemerkte. Hier nehmen beide Parteien irrtümlich an, ein Vertrag sei zwischen ihnen zustande gekommen, während bei richtiger Auslegung ihrer beiderseitigen Erklärungen anzunehmen ist, daß sie

16) RG. 58 S. 235, 66 S. 125.

sich über keine der Basen geeinigt haben. Trotz dieses Irrtums ist aber für eine Anfechtung kein Raum. 1. Zunächst ist klar, daß die Anfechtung höchstens die Erklärung des A. oder die des B. umstoßen, nicht aber sie dahin abändern könnte, daß sie zu der Erklärung der Gegenpartei paßt und mit ihr zusammen einen gültigen Vertrag bildet. Es kann also keine Rede davon sein, daß eine der Parteien den auf Grund des Doppelirrtums geschlossenen Vertragsschluß etwa auf dem Wege der Anfechtung schließlich doch zustande bringen wünte. 2. Ebenso klar ist aber, daß die Anfechtung auch untauglich ist, eine der beiden Erklärungen zu entkräften. Denn diese Erklärungen sind ja auch ohne Anfechtung kraftlos, weil sie nicht innerhalb der Annahmefrist von der Gegenpartei angenommen sind. II. Siehe auch das letzte Beispiel zu 8a.

In manchen Fällen kann ein versteckter Dissens der Parteien zwar nicht durch Anfechtung, aber doch in anderer Art unschädlich gemacht werden; es ist dies aber nur zulässig, wenn der Dissens einen Nebenpunkt betrifft. Siehe darüber oben S. 234 d.

9. Irrtümlich vorgenommene Rechtsgeschäfte, die den oben zu 1 entwickelten Voraussetzungen nicht genügen, sind wegen Irrtums nicht anfechtbar. Dies gilt namentlich, wenn der Irrtum unwesentliche Eigenschaften von Personen oder Sachen oder wenn er andre Voraussetzungen der Rechtsgeschäfte als Personen- und Sacheigenschaften betrifft. Man pflegt zu sagen, daß in diesen Fällen der Irrtum nicht das Geschäft selbst, sondern die Beweggründe, die die Partei zum Abschluß des Geschäfts bestimmt haben, betreffe; danach wird dann der „Geschäftsirrtum“ und der „Irrtum in den Beweggründen“ unterschieden.

Beispiele. I. A. kauft eine Ausstattung, die er seiner Nichte, die sich demnächst verheiraten will, zu schenken gedenkt; zur Zeit des Ankaufs ist aber die Nichte, ohne daß A. es wußte, plötzlich gestorben. Hier ist der Kauf wegen Irrtums nicht anfechtbar. II. Siehe unten bei III 1 a Beispiel II.

III. Anfechtbar sind ferner rechtsgeschäftliche Willensäußerungen, die durch die zur Übermittlung verwendete Person unrichtig übermittelt sind.

1. Eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung ist wegen unrichtiger Übermittlung anfechtbar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (§. 120):

a) Die Übermittlung muß durch eine von dem Urheber der Äußerung damit betraute Person, insbesondere durch einen Boten oder durch eine Telegraphenanstalt, bewirkt sein. Nicht hergehörig ist also der Fall, daß jemand sich bei Abgabe einer Äußerung durch einen Stellvertreter vertreten läßt; denn hier hat der Stellvertreter nicht die Äußerung eines andern als solche — d. h. als Äußerung eben dieses andern — zu „übermitteln“, sondern er hat die Äußerung als seine eigne, wennschon mit Wirkung für einen andern, selber „abzugeben“. Ebenso wenig gehört der Fall hierher, daß jemand eine Äußerung durch eine Person übermitteln läßt, die nicht er selbst, sondern die Gegenpartei, an deren Adresse die Äußerung gerichtet ist, bestellt hat.¹⁷

Beispiele. A. bietet einen Ochsen und ein Pferd für den nämlichen Preis zum Kauf aus; der Preis ist für den Ochsen ein mäßiger, für das Pferd dagegen, da es reichlich alt ist, offenbar viel zu hoch. I. Erster Fall: B. läßt dem A. durch seinen Boten C. sagen, daß er den Ochsen kaufen wolle; C. hat aber den B. mißverstanden und bestellt dem A.,

17) Roswinkel, Arch. f. RR. 32 S. 392.

B. wolle das Pferd kaufen; A. erklärt sofort die Annahme. Hier kann B. den Pferdekauf wegen unrichtiger Übermittlung seines Antrages anfechten. II. Zweiter Fall: B. trägt seinem Generalbevollmächtigten D. auf, von A. den Ochsen zu kaufen; D. hat aber den B. mißverstanden und kauft von A. das Pferd. Hier kann B., da D. nicht sein Bote, sondern sein Stellvertreter war, den Pferdekauf nicht wegen unrichtiger Übermittlung seines Antrages anfechten. Ebensovienig ist aber auch eine Anfechtung wegen Irrtums zulässig. Allerdings hat der Stellvertreter D. sich tatsächlich geirrt, da er ja den Auftrag B.s falsch verstanden hat. Es handelt sich hier aber nur um einen Irrtum im Beweggrunde: D. bot auf das Pferd, weil er glaubte, dazu beauftragt zu sein. III. Dritter Fall: A. bietet durch seinen Boten E. das Pferd dem B. zum Kauf an; der Bote soll gleich auf Antwort warten; B. erklärt darauf dem E., daß er zwar nicht das Pferd, aber den Ochsen kaufen wolle; E. bestellt aber dem A., daß B. auf den Kauf des Pferdes eingehe. Hier braucht B. den Pferdekauf nicht anzufechten; denn er hat ihn tatsächlich abgelehnt, und es macht nichts aus, daß E. diese Ablehnung in eine Annahme verwandelt hat, da E. nicht Bote B.s, sondern Bote A.s gewesen ist.

b) Die Unrichtigkeit der Übermittlung muß derart sein, daß die Äußerung, wenn sie in dieser Gestalt irrtümlich von ihrem Urheber in Person abgegeben worden wäre, nach den zu II, 1 entwickelten Regeln wegen Irrtums hätte angefochten werden können.

Beispiel. A. will ein Diner geben und läßt dafür durch seinen Diener B. bei E. für 60 Mk. Langusten bestellen; B. bestellt aber für 60 Mk. Hummern, weil er in dem Wahn lebt, Hummern und Langusten seien dasselbe; und dies Mißverständnis ist sogar ein glückliches; denn die Hummern E.s waren an dem Tage besonders preiswert, seine Langusten dagegen gering; trotzdem will A. aus Eigensinn die Hummern nicht haben. Hier kann A. die Bestellung B.s nicht anfechten; denn es ist sehr wohl möglich, daß auch er persönlich „bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falls“ statt der Langusten Hummern bestellt haben würde; er würde also, wenn er die Krebse in Person bestellt und sich dabei in derselben Art wie sein Diener versprochen hätte, die Bestellung nach der oben zu II, 1 b genannten Regel nicht wegen Irrtums anfechten können.

c) Die Person, die die Übermittlung besorgt, darf die Äußerung nicht absichtlich entstellt haben, sondern die Entstellung muß auf einem bloßen Versehen ihrerseits oder auf einem reinen Zufall beruhen. Im Gesetz ist das freilich nicht ausgesprochen. Doch ist diese Einschränkung notwendig. Denn wie wir sehen werden, wird der Urheber einer durch eine Mittelsperson übermittelten Äußerung schadenersatzpflichtig, wenn er die Äußerung wegen unrichtiger Übermittlung anfecht. Nun kann er sich so lange, als es sich nur um unabsichtliche Fehler der Übermittlung handelt, gegen das Risiko dieser Ersatzpflicht einigermaßen schützen, indem er die Mittelsperson klar und bestimmt instruiert. Dagegen ist er wehrlos, wenn er auch für die Bosheiten seines Mittelmanns zu haften hätte. Er muß deshalb mit dieser Haftung verschont werden. Das läßt sich aber, da die Haftung von der Anfechtung nicht getrennt werden kann, nur dadurch erreichen, daß man sich zu dem Satz entschließt: Äußerungen, die von der mit ihrer Übermittlung betrauten Person absichtlich entstellt werden, sind für ihren Urheber auch ohne Anfechtung unverbindlich.¹⁸

18) Abw. Biermann 1 S. 244.

Beispiele. I. Von dem Fall abgesehen, daß die Mittelsperson die zu übermittelnde Äußerung absichtlich falsch wiedergegeben hat, sind folgende Rechtsgeschäfte wegen unrichtiger Übermittlung anfechtbar. 1. A. telegraphiert an B. „verkaufe 1000 Kreditaktien“; das bei B. ankommende Telegramm lautet „kaufe 10000 Kreditaktien“. 2. C. läßt seinem Hauswirt D. durch einen Boten sagen, daß er den Mietvertrag auf ein Jahr verlängere; der Bote bestellt, daß C. kündige. 3. a) E. schickt durch einen Boten einen Brief an F., in dem er diesem einen sehr riskanten Kauf anbietet; auf einem dem Brief beigelegten Zettelchen findet sich aber die Notiz: „mein Antrag ist vorläufig unverbindlich“; der Bote öffnet den Brief und liest ihn; dabei geht das Zettelchen verloren, so daß F. nur den eigentlichen Brief ohne jene einschränkende Klausel erhält. b) G. schickt durch einen Boten einen Brief an H., in dem er diesem einen Kauf anbietet; zu diesem Brief hat er einen Nachtrag geschrieben, in dem er die Bedingungen seines Angebots ändert, hat aber die Änderungen später als unzweckmäßig erkannt und deshalb den Nachtrag dem Boten nicht mitgegeben; trotzdem nimmt der Bote auch den Nachtrag, der offen auf dem Tisch neben dem Brief lag, mit und liefert ihn zugleich mit dem Brief an H. ab. 4. J. bestellt durch sein Dienstmädchen bei dem soliden Weinhändler K., obschon er selber keine Alkoholika gebraucht, eine Flasche Rotwein, da er einen Gast erwartet, dem der Rotwein ärztlich vorgeschrieben ist. Das Mädchen macht aber eins der folgenden Mißverständnisse. a) Sie bestellt den Wein nicht bei K., sondern bei dem übel beleumundeten L.¹⁹ b) Sie bestellt nicht eine Flasche Rot-, sondern eine Flasche Weißwein. c) Sie bestellt 12 Flaschen Rotwein. d) Sie bestellt ein Faß Bier. II. Dagegen sind alle diese Rechtsgeschäfte nichtig, wenn kein Mißverständnis oder sonstiges Versehen, sondern eine Böshheit der Mittelsperson vorliegt.

Früher habe ich angenommen, daß, wenn der Mittelsmann statt der ihm aufgetragenen Äußerung eine ganz andre bestellt, die Bestellung nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig sei.²⁰ Doch lasse ich diese Annahme fallen, weil sie praktisch undurchführbar ist. Denn dann läge ja in dem soeben zu I, 1 genannten Beispiel kein anfechtbares, sondern ein nichtiges Geschäft vor, — Kauf ist etwas „ganz anderes“ als Verkauf! —, und doch ist es außer Streit, daß gerade dies Geschäft nicht nichtig, sondern anfechtbar ist.

2. Sind die Voraussetzungen zu 1 erfüllt, so gelten dieselben Regeln wie bei der Anfechtung wegen Irrtums. Mit gutem Grunde: der Urheber der Äußerung gebraucht die Person, die die Äußerung übermitteln soll, als Werkzeug seines Äußerungswillens gerade so, wie er seinen Mund gebraucht; eine unabsichtliche Verstümmelung der Äußerung durch die Mittelsperson ist also ebenso zu beurteilen wie die Verdrehung der Äußerung durch den eignen Mund. Hervorzuheben ist, daß die Anfechtung unverzüglich erfolgen muß und daß der Anfechtende der Gegenpartei schadenersatzpflichtig ist (121, 122).

3. Sind die Voraussetzungen zu 1 nicht erfüllt, so ist die Anfechtung wegen unrichtiger Übermittlung ausgeschlossen. Daraus folgt aber natürlich nicht, daß die unrichtig übermittelte Äußerung gültig ist. Vielmehr kann sie sehr wohl aus einem andern Grunde nichtig oder anfechtbar sein. Insbesondere ist eine von der Mittelsperson absichtlich entstellte Äußerung — sei es ganz, sei es, soweit die Entstellung reicht — als unecht nichtig (s. oben §. 174).

Demgemäß ist auf §. 174 Z. 13 v. u. statt „Verfälschung“ zu lesen „versehentliche Entstellung“.

19) Abw. für diesen Fall Biermann 1 §. 244²⁰.

20) Siehe die 4. Aufl. dieses Buchs 1 §. 226. Ebenso Crome 1 §. 94¹².

b) Täuschung. Bedrohung.¹

§ 65.

Das Gesetz durchbricht die Regel „ein Mann, ein Wort“ noch durch eine zweite Ausnahme. Es gestattet nämlich den Rücktritt vom Wort nicht bloß in den bisher dargestellten Fällen, in denen das Wort nach Form, Sinn oder Inhalt von dem wahren Willen des Sprechers wesentlich abwich, sondern auch dann, wenn sich Wort und Wille im wesentlichen decken, der Wille aber in einer vom Gesetz mißbilligten Weise durch Täuschung oder Bedrohung hervorgerufen ist. Anders ausgedrückt: in den bisher erörterten Fällen hat der Sprecher das, was er gesagt, nicht gewollt; er war allerdings nicht ohne allen Willen, aber das, was er wollte, war von dem, was er sagte, wesentlich verschieden; in den Fällen, die nunmehr zu erörtern sind, hat der Sprecher dagegen gerade das, was er sagte, gewollt, oder es sind doch nur unwesentliche Unterschiede zwischen seinem Wollen und seinem Sprechen; aber er würde das, was er gesagt hat, nicht gewollt haben, wenn er nicht getäuscht oder bedroht worden wäre.

I. Unsechtbar ist erstlich ein Rechtsgeschäft, wenn eine bei dem Geschäftsabschluß beteiligte Partei zur Abgabe ihrer Willensäußerung durch arglistige Täuschung bestimmt ist (123).

1. a) Die Partei muß „getäuscht“, d. h. in einen Irrtum versetzt sein. Somit nähert sich die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung der Anfechtung wegen Irrtums. Indes sind die Grenzen der ersteren Anfechtung weiter abgesteckt als die der letzteren. Freilich, daß der Irrtum der getäuschten Partei „erheblich“ gewesen ist, wird auch hier gefordert; denn der Irrrende muß ja durch die Täuschung zum Geschäftsabschluß „bestimmt“ worden sein; es muß also feststehen, daß der Irrrende bei richtiger Kenntnis der Sachlage das Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen haben würde. Über die Erheblichkeit des Irrtums wird hier nicht nach objektiver Verkehrsanschauung, sondern nach dem höchstpersönlichen, subjektiven Denken des Irrrenden bemessen. Deshalb reicht namentlich auch ein Irrtum über unwesentliche Eigenschaften von Sachen oder Personen oder auch ein Irrtum über sonstige Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts zur Anfechtung aus.

Beispiele. I. Ein Gärtner zeigt dem A. eine Rose mit dem Bemerken, man nenne die Rose „Madame Belladonna“; tatsächlich hat aber der Gärtner den Namen sich soeben selber ausgedacht; A. glaubt es und kauft die Rose. II. B. sieht sich eine Mietwohnung an; er hat nur das Bedenken, daß die Gegend der Wohnung unfein sei; da lügt ihm der Vermieter vor, in der Wohnung habe früher einmal ein Prinz gewohnt; B. glaubt es und mietet nunmehr. III. C. kauft von D. ein Fahrrad, weil D. behauptet, das Rad wiege nur

1) RG. 59 S. 92, 94, 351; 62 S. 185; 63 S. 269; 65 S. 89.

10 Kilo; das Rad wiegt aber 11 Kilo. IV. E. in M. verkauft dem F. in N. ein in M. belegenes Haus, indem er dem F. vorschwindelt, dieser sei nach M. versetzt. Hier ist der Irrtum im Fall I unerheblich, in den Fällen II—IV erheblich.

b) Der Irrtum muß durch „arglistige“ Täuschung hervorgerufen sein. Es genügt also nicht, daß der Urheber der Täuschung Angaben macht, deren Unrichtigkeit er bei einiger Überlegung hätte erkennen können, sondern er muß seine Angaben geradezu gegen besseres Wissen gemacht haben; ja selbst eine Angabe wider besseres Wissen genügt nicht, wenn sie harmlos abgegeben wurde.

Beispiel. Eine arglistige Täuschung liegt nicht vor, wenn ein Hausverkäufer die Größe seines Grundstücks statt wahrheitsgemäß auf 18 Ar auf 60 Ar angibt, weil er törichterweise selber glaubt, das Grundstück sei so groß; ebensowenig, wenn er die Größe wider besseres Wissen auf 20 Ar angibt, sofern er hierin lediglich eine statthafte Abrundung erblickt.

c) Der Irrtum muß durch die Täuschung „hervorgerufen“ sein; es genügt also nicht, daß eine Partei von selber auf ihre irriige Vorstellung gekommen ist und nun die Gegenpartei den Irrtum erkennt und zu ihrem Vorteil ausnutzt. Anders nur dann, wenn im Einzelfall die irrende Partei berechtigt ist, von der Gegenpartei eine Aufklärung ihres Irrtums zu erwarten; denn alsdann wird sie schon dadurch arglistig getäuscht, daß die Gegenpartei die Aufklärung des Irrtums wissentlich unterläßt.²

Beispiele. I. A. hat zu einem Festspiel ein teures Theaterbillet gekauft, weil er den Platz, auf den das Billet lautet, für sehr gut hielt; als er hört, daß der Platz in Wirklichkeit sehr schlecht ist, sucht er das Billet wieder los zu werden und verkauft es auch wirklich unter dem Vorwande, er müsse verreisen, an B.; B. sagt beim Kauf ausdrücklich: „das Billet nehme ich gern, es ist ja sehr gut“; A. hütet sich aber, etwas darauf zu entgegnen. II. In M. soll eine Markthalle gebaut werden; die Häuserpreise in der betreffenden Gegend gehen deshalb in die Höhe; auch C. kauft in der Gegend ein Haus zu sehr hohem Preise; sein Verkäufer D. ist, wie C. weiß, Vorsitzender des mit dem Markthallenbau betrauten Ausschusses; am Tage vor dem Kauf hat dieser Ausschuß plötzlich beschlossen, den Markthallenbau endgültig aufzugeben; D. verschweigt dies dem C. Hier ist zwar nicht zu I der Irrtum B.s, wohl aber zu II der Irrtum C.s durch eine Täuschung der Gegenpartei hervorgerufen.

d) Wenn die anzufechtende Willensäußerung empfangsbedürftig war und gegenüber der Gegenpartei abgegeben wurde, muß die Täuschung gerade von der Gegenpartei ausgegangen oder, falls sie von einem andern ausging, ihr wenigstens bekannt oder erkennbar gewesen sein; doch genügt es bei Rechtsgeschäften, aus denen ein Dritter unmittelbar ein Recht erwirbt, namentlich bei Verträgen zugunsten eines Dritten,³ wenn die Täuschung auch nur diesem Dritten zur Zeit seines Erwerbes bekannt oder erkennbar war. Bei empfangsbedürftigen Äußerungen, die gegenüber einer Behörde abgegeben werden, sowie bei nicht empfangsbedürftigen Äußerungen genügt jede Täuschung, mag sie auch von einem Unbeteiligten ausgegangen sein.

Beispiele. I. A. erläßt dem B. eine Darlehnschuld, weil ihm vorgelogen wird, B. sei erblindet. Hier ist der Erlaß unanfechtbar, wenn die Lüge von der Ehefrau des B. ohne dessen Vorwissen vorgebracht war. II. C. wirft eine Goldmünze fort, weil D. ihm vor-

2) Siehe Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht (08); RG. 62 S. 151.

3) Abw. Hellwig, Verträge S. 286.

spiegelt, die Münze sei unecht, und gibt damit sein Eigentum an ihr preis; E. nimmt sie an sich. Hier kann E. seine Preisgabe anfechten und die Münze dem E. abfordern, ohne Rücksicht darauf, ob dieser in gutem oder in schlechtem Glauben gehandelt hat.

2. Das Anfechtungsrecht steht nur dem Getäuschten zu.

3. Die Regel, daß die Anfechtung wegen Irrtums nicht später als 30 Jahre nach Abgabe der irrümlichen Äußerung erfolgen darf, selbst wenn in dieser Zeit der Irrtum unentdeckt geblieben ist, findet auch auf die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung Anwendung. Unanwendbar ist dagegen die Regel, daß die Anfechtung unverzüglich erfolgen muß, sobald der Irrtum entdeckt ist; vielmehr genügt es, wenn der Getäuschte sein Anfechtungsrecht binnen eines Jahres von dem Augenblick, da er die Täuschung erfährt, geltend macht (124).

4. Das Anfechtungsrecht gilt auch dann, wenn der Getäuschte die Täuschung bei einiger Aufmerksamkeit hätte durchschauen müssen.

5. Von einer Schadenersatzpflicht des Getäuschten ist keine Rede.

II. Anfechtbar ist ein Rechtsgeschäft ferner, wenn die ihm zugrunde liegende Willensäußerung durch Drohungen widerrechtlich erzwungen ist (123). Den Drohungen steht die Anwendung von Gewalt gleich.⁴

1. a) Die Drohung muß „erheblich“, d. h. für den Willensentschluß des Bedrohten bestimmend gewesen sein. Was hierzu gehört, hängt lediglich von der subjektiven Stimmung des Bedrohten, also namentlich von dem Grade seiner Ängstlichkeit, ab.

b) Die Beeinflussung des Bedrohten muß „widerrechtlich“ gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn der Urheber der Drohung auf die Abgabe der erzwungenen Äußerung kein Recht gehabt hat und die von ihm angewendete Drohung entweder wegen ihres Inhalts oder wegen ihres Zwecks verboten war oder gegen die guten Sitten verstieß. War der Urheber dagegen befugt, die Äußerung, die er dem Bedrohten abgezwungen hat, von ihm zu fordern, oder entbehrte er zwar dieser Befugnis, hat aber nur erlaubte, harmlose Drohmittel gebraucht, so kann von Widerrechtlichkeit des Zwangs nicht die Rede sein.⁵

Beispiel. I. A. hat von B. die sofortige Zahlung von 100 Mk. zu fordern und zwingt ihn durch Androhung von Prügelein, die Zahlung wirklich zu leisten. Unanfechtbar! Denn A. hat dem B. nur das abgezwungen, was er von ihm zu fordern befugt war. II. E. zwingt den Buchhändler D., bei dem er wissentlich die alte Auflage eines Lehrbuchs gekauft hat, zur Rücknahme des Buchs durch die Drohung, er würde, wenn die Rücknahme abgelehnt würde, niemals wieder ein Buch bei D. kaufen. Unanfechtbar! Allerdings konnte E. die Rücknahme von D. nicht fordern; er hat aber zu ihrer Erzwingung nur ein harmloses Drohmittel gebraucht. III. E. droht dem F., ein von diesem vormals begangenes Sittlichkeitsvergehen bekannt zu machen, falls er, F., nicht an ihn, E., und an die Armenkasse je 1000 Mk. zahle. Vielleicht unanfechtbar, soweit die Schenkung an die Armen, sicher anfechtbar, soweit die Schenkung an E. in Frage ist! Allerdings konnte E. weder die Schenkung

4) v. Blume, Jahrb. f. Dogm. 38 S. 224; Pland, Göttinger Festgaben für Regelsberger (01) S. 151. — RG. 60 S. 372.

5) v. Blume a. a. O. S. 255; Crome 1 S. 432. Abw. Pland zu § 123.

an die Armen noch die an sich selbst fordern; daß er aber zwecks Erzwingung beider Schenkungen den F. in der vorgedachten Weise bedrohte, war vielleicht harmlos, soweit die Drohung den Armen dienen sollte, verstieß dagegen sicher wider die guten Sitten, soweit sie dem eignen Vorteil des E. gewidmet war.

c) Die Drohung braucht — anders als die arglistige Täuschung — nicht von der Gegenpartei ausgegangen oder ihr bekannt oder erkennbar gewesen zu sein.

Beispiel. A. erläßt dem B. eine Darlehnsschuld, weil B.'s Ehefrau ihm gedroht hat, sie würde sich andernfalls das Leben nehmen. Anfechtbar, auch wenn B. von dieser Drohung nichts gewußt hat.

2. Das Anfechtungsrecht steht nur dem Bedrohten zu.

3. Es ist zeitlich ebenso begrenzt wie bei arglistiger Täuschung (124). Der Gegner muß also, auch wenn er von der Drohung erst nachträglich erfährt, ein volles Jahr auf die Entschlüsse des Anfechtungsberechtigten warten.

4. Es gilt auch bei Fahrlässigkeit des Bedrohten, also namentlich auch dann, wenn dieser die Ungefährlichkeit der Bedrohung leicht hätte bemerken können.

5. Daß der Bedrohte, wenn er ansieht, den Urheber der Drohungen nicht zu entschädigen braucht, ist selbstverständlich. Aber auch dann, wenn die Drohungen von einer andern Person als der Gegenpartei ausgegangen und der Gegenpartei nicht erkennbar gewesen sind, ist der Bedrohte zum Schadensersatz nicht verpflichtet; dies gilt sogar dann, wenn der Bedrohte den Drohungen sich nur aus übertriebener Ängstlichkeit gefügt hat!

c) Besondere Fälle.

§ 65 a.

I. Bei manchen Rechtsgeschäften ist der Einfluß eines Willensmangels der Partei im Gesetz abweichend von den Vorschriften der beiden vorhergehenden Paragraphen geregelt. Namentlich gilt dies für die Eheschließung und die Verfügungen von Todeswegen. Hiervon kann aber erst später die Rede sein.

II. Zweifelhaft ist, ob nicht auch bei gewissen andern Rechtsgeschäften, für die das Gesetz keine Sonderregeln aufstellt, Ausnahmen von den Vorschriften der beiden vorhergehenden Paragraphen geboten sind. Vor allem gilt dies für die Ausstellung von Inhaber- und Orderpapieren und für den Beitritt zu einem Verein. Auch hierüber kann erst später gesprochen werden.

14. Stellvertretung.

a) Allgemeines.¹

§ 66.

I. Stellvertretung liegt vor: aktiv, wenn jemand eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung als Vertreter eines andern abgibt; passiv, wenn eine rechtsgeschäftliche empfangsbedürftige Willensäußerung gegenüber jemandem als Vertreter eines andern abgegeben wird.

1. a) Die aktive Stellvertretung setzt ein Doppeltes voraus: der Vertreter gibt eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung in der Weise ab, daß er einerseits die Äußerung als seine eigne Äußerung vorbringt, andererseits den geäußerten Willen nicht als seinen eignen, sondern als den Willen eines andern gelten läßt. Durch das erste Erfordernis wird die Tätigkeit eines Vertreters von der eines Boten unterschieden: dieser gibt sich nur als Überbringer der Äußerung eines andern; was er vorbringt, ist nicht seine eigne Äußerung, sondern eine fremde. Durch das zweite Erfordernis wird die Tätigkeit eines Vertreters von der einer Selbstpartei unterschieden: diese äußert einen Willen, der nicht als eines andern, sondern als ihr eigener Wille gelten soll.

Beispiele. I. A. schreibt an B.: „ich möchte gern von der Zigarre, die ich neulich bei Dir geraucht, 1000 Stück haben, weiß aber nur, daß sie Figaro hieß, während mir der Name des Lieferanten entfallen ist; fülle also bitte auf beifolgender Bestellkarte die Adresse aus und schicke die Karte weiter“. Wenn B. dieser Bitte nachkommt, handelt er als Bote A.s. II. Derselbe Fall wie zu I; nur hat A. vergessen, die Bestellkarte beizufügen: B. schreibt deshalb selber eine Bestellkarte folgenden Wortlauts: „Im Auftrage meines Freundes A. bestelle ich hiermit in seinem Namen 1000 Stück Figaros. B.“ Hier handelt B. als Stellvertreter A.s. III. Derselbe Fall wie zu II; nur will gerade damals B. auch für sich selbst Zigarren bestellen und schreibt die 1000 Figaros einfach auf seine eigne Bestellkarte, ohne A.s Namen zu erwähnen: der Händler soll eben die Figaros zunächst ihm selber schicken, und er will sie dann an A. weiter liefern. Hier handelt B. als Selbstpartei.

Ein „Bote“ trägt eine Äußerung als eine fremde auch dann vor, wenn es erkennbar ist, daß er die Worte, in die er seine Äußerung kleidet, selber gewählt hat, vorausgesetzt nur, daß er die Worte erkennbar nicht als seine eignen, sondern als die Worte eines andern gewählt hat. Ja, er bleibt Bote auch dann, wenn er auch den Inhalt seiner Äußerung erkennbar selbst gebildet hat, vorausgesetzt nur, daß seine Äußerung, obschon ihr Inhalt und also auch ihre Form von ihm selbst herrührt, erkennbar eine fremde sein soll. Wenn beispielsweise der sechsjährige A. dem Delikatesenhändler B. bestellt: „meine Mutter läßt sagen, daß sie ein halb Kilo Schinken haben will; ich soll aussuchen, ob rohen oder gekochten; geben Sie rohen“, so überbringt er dem B. die mütterliche Bestellung nur als Bote; daß

1) Biermann, Gleßener Festgaben für Dernb. (00); Schloßmann, L. v. d. Stellv. (00, 02); Fleck, Arch. f. BR. 15 S. 337; Gupta, Vollmacht (00); Eccius bei Gruchot 47 S. 209; Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. 93 S. 131; Wieland, ebenda 95 S. 161; Riezler, ebenda 98 S. 372; Bekker, Jahrb. f. Dogm. 49 S. 1; Seeler, Arch. f. BR. 28 S. 1; Fay, Geschäftsführung (00); Müller-Erzbach, Grundsätze der mittelb. Stellvertretung (05); Ußmann, Rechtsstellung des Boten (06); Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß (08); v. Tuhr, unwiderrufl. Vollmacht, in der Straßburger Festschrift f. Laband (08).

er selbst die Auswahl zwischen rohem und gekochtem Schinken treffen soll, hat keine rechtsgeschäftliche, sondern nur tatsächliche Bedeutung, weshalb denn diese Wahl auch von einem noch nicht siebenjährigen Kinde gültig getroffen werden kann; ganz ebenso hätte ja Frau A. die Auswahl auch durch ihren Pudel treffen lassen können.

b) Ob jemand, der ein Rechtsgeschäft vornimmt, dies als Selbstpartei oder als Vertreter eines andern tut, ist zunächst nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu bestimmen. Es ist also nicht erforderlich, daß er sich ausdrücklich als Selbstpartei oder als Vertreter eines andern bezeichnet oder daß er die hierfür allgemein üblichen Formeln, „er handle im eignen Namen“, „er handle im Namen eines andern“, gebraucht, sondern es genügt, wenn aus den Umständen erkennbar — und zwar bei empfangsbedürftigen Geschäften gerade für die Gegenpartei erkennbar — hervortritt, ob er Selbstpartei oder ob er Vertreter eines andern sein will (164 I). Eine Schwierigkeit entsteht nur, wenn sich aus den Umständen weder das eine noch das andre ergibt.

α) Für diesen Fall stellt das Gesetz die Regel auf, daß „der Mangel des Willens, im eignen Namen zu handeln, nicht in Betracht komme“ (164 II). Das will besagen: wer ein Rechtsgeschäft in dieser zweideutigen Art vornimmt, soll stets als Selbstpartei angesehen werden.

β) Doch erleidet diese Regel eine im Gesetz nicht erwähnte, aber durch das Bedürfnis des Rechtslebens geforderte Ausnahme, wenn die Frage, ob er als Selbstpartei oder als Vertreter handelte, bei Vornahme des Geschäfts für eine der beteiligten Parteien erkennbar gleichgültig war, während die andre Partei ein Interesse an der Frage hatte. Alsdann ist die Frage nach der mutmaßlichen Ansicht der interessierten Partei zu entscheiden, auch wenn diese Ansicht für die nicht interessierte Partei unerkennbar war (s. oben S. 252).

Beispiele. I. Der Kellner A. weist in einem Gasthause einem ihm und dem Wirt B. unbekanntem Geschäftsreisenden C., der nur seinen eignen Namen genannt hat, ein Zimmer zu, und dieser nimmt das Zimmer an. Hier ist klar, daß A. nicht in eignem, sondern in B.'s Namen, dagegen C. in eignem Namen und nicht im Namen der Firma, für die er reist, gehandelt hat. II. 1. D., der Hotelchef des Gastwirts E. in M., will demnächst in M. ein eignes Gasthaus eröffnen und macht mit E.'s Erlaubnis durch dessen Telephon zahlreiche Bestellungen für dies sein Gasthaus; nun bestellt er auch bei F. die tägliche Lieferung von Spargel für den Monat Juni und bedingt dabei eine längere Zahlungsfrist aus; nach den Umständen ist es für F. schlechterdings nicht zu erkennen, ob D. diese Bestellung in eignem Namen oder im Namen E.'s gemacht hat. Wenn hier F. erwidert: ich nehme Ihre Bestellung als in Ihrem eignen Namen gemacht an, so ist ein Vertrag zwischen D. und F. gültig zustande gekommen, auch wenn D. tatsächlich die Spargel namens des E. bestellen wollte. Erwidert aber F.: ich nehme Ihre Bestellung als in E.'s Namen gemacht an, so ist dies eine Ablehnung von D.'s Antrag, verbunden mit einem Gegenantrage, den D. namens des E. annehmen oder ablehnen kann. Denn schon wegen der bedungenen Zahlungsfrist haben alle Beteiligten ein Interesse daran, daß die Frage, wie D.'s Bestellung zu verstehen ist, in einem bestimmten Sinn entschieden wird. Die Auslegung muß also in der gesetzlich bestimmten Weise geschehen, d. h. D. ist als Selbstpartei zu behandeln. 2. G., die Köchin des H., kauft in F.'s Geschäft, in dem weder sie noch H. bekannt ist, gegen Barzahlung Küchengerät; da sie wie eine Köchin angezogen ist, liegt der Gedanke nahe, daß sie

2) Siehe R. Leonhard S. 366; Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. 93 S. 218.

den Kauf für ihre Herrschaft abschließt; ebenso gut ist es aber auch möglich, daß sie die Sachen für ihre eigne Ausstattung kauft; ob das eine oder das andre der Fall, läßt sich aus den Umständen nicht erkennen und ist für J. bei Abschluß des Kaufs erkennbar gleichgültig, während die G. bzw. der hinter ihr stehende H. ein Interesse daran hat. Hier handelt die G. als Vertreterin des H., wenn sie — obschon unerkennbar für J.! — die Sachen für H., sie handelt als Selbstpartei, wenn sie — obschon für J. ebensowenig erkennbar! — die Sachen für sich selbst besorgen wollte.

Man halte fest, daß, wenn es ungewiß ist, ob jemand bei einem Geschäftsabschluß als Selbstpartei oder als Vertreter gehandelt hat, das Geschäft unter allen Umständen verfahren ist. Die Kunst des Juristen kann hier also die Rechtsverhältnisse unter keinen Umständen ganz befriedigend gestalten. Vielmehr muß man zufrieden sein, wenn das Ergebnis nur einigermaßen erträglich ist. Unsere beiden Regeln zu α und β bieten aber ein solches Ergebnis. Dagegen wäre, wenn man die zweite dieser Regeln ablehnte, das Ergebnis wirklich unerträglich. Man setze etwa in dem zuletzt genannten Beispiel den Fall, daß, nachdem die G. aus H.'s Dienst getreten ist, die von ihr für H. gekauften Sachen sich als mangelhaft erwiesen; dann wäre, wenn wir nur die Regel zu α und nicht auch die zu β hätten und also die G. als Selbstpartei behandeln müßten, zur Wandlung oder Preisminderung nur sie selbst befugt, und H. müßte, um gegen J. vorgehen zu können, erst der G. nachjagen, um sie dazu zu veranlassen, ihren Anspruch auf Wandlung oder Preisminderung an ihn abzutreten!

2. a) Die passive Stellvertretung setzt gleichfalls ein Doppeltes voraus: jemand gibt eine rechtsgeschäftliche empfangsbedürftige Willensäußerung gegenüber einem Vertreter in der Weise ab, daß er einerseits die Äußerung dem Vertreter selbst zu eigener Kenntnisaufnahme entgegenbringt, andererseits den geäußerten Willen nicht als gegen den Vertreter, sondern als gegen einen andern gerichtet gelten läßt. Durch das erste Erfordernis wird die Rechtsstellung eines passiven Stellvertreters auch hier von der eines Boten, durch das zweite Erfordernis von der einer Selbstpartei unterschieden.

Beispiel. Auf A.'s Grundstück ruhen drei Hypotheken, von denen die eine dem B., die zweite dem von B. bevormundeten minderjährigen C., die dritte der mit B. zusammenwohnenden Schwester B.'s, D., gehört; nun schreibt A. drei Briefe, in denen er die drei Hypotheken kündigt, adressiert jeden Brief an den betreffenden Gläubiger, liefert aber alle drei Briefe persönlich an B. ab. Hier ist B. beim Empfang des ersten Briefs Selbstpartei, beim Empfang des zweiten Vertreter, beim Empfang des dritten Bote.

b) Ob eine Partei, die ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft vornimmt, die Person, an die sie sich mit dem Geschäft wendet, als Selbstpartei oder als Vertreter eines andern anspricht, ist lediglich nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu bestimmen. Es ist also nicht erforderlich, daß sie den Angeredeten ausdrücklich als Selbstpartei oder als Vertreter bezeichnet, sondern es genügt, wenn nur aus den Umständen, für den Angeredeten erkennbar, hervorgeht, ob sie ihn als Selbstpartei oder als Vertreter eines andern hat anreden wollen. Läßt sich weder das eine noch das andre feststellen, so wird nicht etwa, wie bei der aktiven Stellvertretung, angenommen, daß der Angeredete als Selbstpartei anzusehn ist, sondern es ist folgende Unterscheidung zu machen.

α) Die Regel ist, daß das Geschäft seiner Mehrdeutigkeit wegen gar keine Rechtswirkung hat.

β) Eine Ausnahme greift Platz, wenn eine der Parteien an der Entscheidung der Frage ein Interesse hat, während die Frage für die andre Partei gleichgültig ist: die Frage ist alsdann im Sinn der interessierten Partei zu entscheiden, auch wenn deren Ansicht für die nicht interessierte Partei unerkennbar war.

Beispiele. Man wandle die oben S. 275 genannten Beispiele derart um, daß aus der aktiven eine passive Stellvertretung wird. I. Der Reisende C. ersucht den Kellner A. um Zuweisung eines Zimmers im Haupthause; dieser lehnt das ab, bietet dagegen dem C. ein Zimmer in der Dependance an. Hier ist klar, daß C. den A. als Vertreter des Gastwirts B., dagegen A. den Reisenden C. als Selbstpartei angeredet hat. II. 1. F. bietet dem Hotelchef E. & D. eine tägliche Spargellieferung mit geräumiger Zahlungsfrist an, ohne daß es erkennbar ist, ob das Gebot dem D. persönlich oder dem C. gilt; D. nimmt das Angebot an. Hier braucht F. die Annahme nicht gelten zu lassen, mag D. sie ausdrücklich im eignen Namen oder als Vertreter E. & D. erklären; ersternfalls kann er erwidern, er habe das Gebot dem C., letzternfalls kann er behaupten, er habe das Gebot ihm, dem D., persönlich zugebracht. Und da D., E. und F. schon wegen der Zahlungsfrist bei der Frage gleichmäßig interessiert sind, braucht keiner von ihnen seine eigne Auslegung des von F. gemachten Gebots preiszugeben. Ein Vertrag kommt also, da das Gesetz in diesem Fall keiner von beiden Auslegungen den Vorzug gibt, weder zwischen F. und D. noch zwischen F. und E. zustande. 2. Kaufmann J. offeriert der Köchin G. Küchengerät gegen Barzahlung, ohne daß es erkennbar ist, ob das Gebot der G. persönlich oder ihrer Herrschaft gilt; die G. nimmt das Gebot an. Hier muß J. die Annahme der G. gelten lassen, mag die G. sie in eignem Namen oder als Vertreterin H. & D. erklären. Denn J. hat in diesem Fall kein Interesse daran, falls er sein Gebot anders verstanden hat als die G., seine eigne Auslegung gegenüber der abweichenden Auslegung der G. durchzusetzen.

II. Die Stellvertretung ist grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften zugelassen. Doch gibt es zahlreiche Ausnahmen. So ist bei den meisten familienrechtlichen Geschäften, ferner bei der Errichtung eines Testaments und bei Abschluß eines Erbvertrages eine Vertretung nicht gestattet (1317, 1595 I, 1598 III, 2064, 2274 usw.).

b) Vertretung kraft Vertretungsmacht.

§ 67.

Eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung, die von einem Vertreter oder gegenüber einem Vertreter abgegeben wird, soll nach der Absicht ihres Urhebers nicht für den Vertreter, sondern für den Vertretenen Wirkung haben. Diese Absicht wird aber nur voll erreicht, wenn der Vertreter für den Vertretenen eine zureichende Vertretungsmacht besitzt.

I. 1. a) Die Vertretungsmacht kann zunächst durch ein Rechtsgeschäft des Vertretenen oder durch gewisse einem solchen Rechtsgeschäft gleichgestellte rechtsgeschäftsähnliche Akte geschaffen werden. Sie wird alsdann Vollmacht, der Vertretene wird Vollmachtgeber, der Vertreter wird Vollmachtnehmer oder Bevollmächtigter genannt (s. 166 II).

α) Das Rechtsgeschäft des Vollmachtgebers, das eine Vollmacht für ihn schafft, heißt Vollmachtserteilung. Sie besteht in einer rechtsgeschäft-

lichen Willenserklärung des Vollmachtgebers, die sowohl an die Adresse des Vollmachtnehmers wie an die irgend eines Dritten gerichtet werden kann (167 I).

αα) Die Vollmachtzerteilung wirkt, wenn sie durch Erklärung an die Adresse des Vollmachtnehmers geschieht, gegenüber jedermann. Wird sie dagegen durch Erklärung an die Adresse eines Dritten vollzogen, so ist sie nur diesem gegenüber wirksam (167 I).

ββ) Die Vollmachtzerteilung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie wird also erst wirksam, wenn sie tatsächlich an ihre Adresse gelangt, bedarf dagegen der Annahme seitens des Adressaten nicht.

γγ) Die Vollmachtzerteilung bedarf grundsätzlich einer Form nicht (167 II) und kann demnach auch stillschweigend vonstatten gehn.

δδ) Die Vollmachtzerteilung ist nur beschränkt wirksam, wenn sie namens einer nicht vollgeschäftsfähigen Person, sei es von ihrem gesetzlichen Vertreter, sei es mit dessen Einwilligung von ihr selbst, erteilt wird; die also erteilte Vollmacht gilt nämlich nur für solche Rechtsgeschäfte, für die der gesetzliche Vertreter selber zuständig ist.

Beispiele. I. 1. Frau A., die, wie stadtbekannt, mit ihren erwachsenen Kindern in größtem Unfrieden lebt, schreibt eines Tages dem B., bei dem ihre verwitwete Tochter C. zur Miete wohnt, daß sie namens der C. die Wohnung kündige; B. hält diese Kündigung für einen schlechten Scherz der A. und läßt sie um so mehr unbeachtet, als die C. ihm kurz vorher ihre volle Zufriedenheit mit der Wohnung ausgesprochen hatte; in Wirklichkeit hat sich aber die C. mit ihrer Mutter plötzlich versöhnt; dabei haben beide vereinbart, daß die A. im Namen der C. deren Wohnung bei B. kündigen und sodann eine neue gemeinsame Wohnung für sie beide mieten solle. Hier ist die Kündigung der A. für B. verbindlich; denn die A. hatte, ohne daß B. es wußte, von der C. Vollmacht dazu empfangen. 2. D. sucht bei dem Pferdehändler E. nach einem Reitpferde für seinen Sohn F., wird aber mit der Auswahl nicht fertig und erklärt schließlich dem E.: „mein Sohn soll das Pferd selbst wählen; ich erteile ihm hiermit Vollmacht dazu bis zum Preise von 2000 Mk.“; zufällig erscheint gleich darauf auch F. selbst bei E. und hat, obschon weder sein Vater ihm die Vollmachtzerteilung mitgeteilt hat noch E. ihn darüber informiert, die Dreistigkeit, in seines Vaters Namen dem E. wirklich ein Pferd für 2000 Mk. abzukaufen. Hier ist der Kauf des F. für D. verbindlich; denn F. hatte von E., ohne daß er selbst es wußte, Vollmacht dazu empfangen. 3. G. hat dem H. geschrieben, daß er ihm Vollmacht erteile, sein Haus zu verkaufen; außerdem hat er dem F. gesagt, daß er den H. bevollmächtige, das im Hause befindliche Mobiliar gleich mit zu veräußern. Hier kann H. mit Verbindlichkeit für G. das Haus an jedermann, das Mobiliar aber nur an F. verkaufen. Denn G.'s Vollmacht in Ansehung des Hauses ist gegenüber jedermann, die Vollmacht in Ansehung des Mobiliars ist nur gegenüber F. wirksam. II. M. hat an seinen Freund N. einen Brief abgeschickt, in dem er ihm zum Ankauf bestimmter Wertpapiere Vollmacht gibt; dieser Brief geht aber auf der Post verloren; doch erfährt N. zufällig durch die Frau des M. von der Vollmacht und schafft daraufhin die Papiere wirklich namens des M. an. Hier ist der Kauf für M. unverbindlich; denn N. hat eine Vollmacht von M. tatsächlich nicht erhalten. III. O. hat dem Rechtsanwalt P. Vollmacht zur Ordnung seiner Hypotheken erteilt; P. ist aber durchaus nicht gesonnen, die Vollmacht anzunehmen, da er weiß, daß O. ein Querulant ist; er will deshalb dem O. abschreiben; noch bevor er es tut, trifft aber ein Schreiben des O., eines Hypothekengläubigers des O., bei ihm ein, in dem dieser, der zufällig von der Bevollmächtigung P.'s erfahren hat, seine Hypothek kündigt. Hier ist die Kündigung O.'s für O. verbindlich; denn die von O. dem P. erteilte Vollmacht bestand, obschon P. sie nicht ange-

nommen, zu Recht. IV. 1. R. erteilt dem S. Vollmacht, dem T. ein Grundstück abzukufen. Hier muß, wie wir wissen, der Kauf selbst gerichtlich oder notariell beurkundet werden (313). Dagegen kann die Vollmacht von R. auch mündlich erteilt werden. 2. Wenn U. es wesentlich duldet, daß seine Frau sich in seinem Namen kleine Geldbeträge von dem Nachbar B. borgt, hat er sie damit stillschweigend bevollmächtigt, auch in Zukunft ähnliche Borggeschäfte mit B. abzuschließen. V. W., der Vormund des minderjährigen Kaufmanns X., erteilt namens des X. mit der gesetzlich vorgeschriebenen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem Y. jene eigentümliche Generalvollmacht, die das Handelsgesetzbuch Procura nennt (1822 Nr. 11). Hier wäre Y. kraft der Procura an und für sich befugt, namens des X. Grundstücke zu kaufen (§ 49). Nun ist aber W. selber zum Erwerb von Grundstücken namens des X. nur zuständig, wenn er dazu jedesmal eine spezielle Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erwirkt (1821 Nr. 4, 1825). Also bedarf auch Y. zu jedem Grundstückserwerb einer solchen Spezialgenehmigung.

β) Die rechtsgeschäftsähnlichen Akte, die der Vollmachtserteilung gesetzlich gleichgestellt sind, sind von mannigfacher Art. Doch können hier und im folgenden nur drei von ihnen, die wir unter dem Namen Vollmachtsanzeige zusammenfassen wollen, besprochen werden, weil nur sie von allgemeiner Bedeutung sind, nämlich: I. der Vollmachtgeber teilt einem Dritten mit, daß er dem Vollmachtnehmer Vollmacht erteilt habe; II. er macht öffentlich bekannt, daß er dem Vollmachtnehmer Vollmacht erteilt habe; III. er händigt dem Vollmachtnehmer eine auf ihn lautende Vollmachtsurkunde ein, und dieser legt die Urkunde einem Dritten vor¹ (171 I, 172 I).

αα) Die Vollmachtsanzeige wirkt gegenüber jedermann, wenn sie durch öffentliche Bekanntmachung geschah. Andernfalls ist sie nur gegenüber dem Dritten wirksam, dem der Vollmachtgeber die Vollmachtserteilung mitgeteilt oder der Vollmachtnehmer die Vollmachtsurkunde vorgelegt hat (171 I, 172 I).

ββ) Die Vollmachtsanzeige ist ebensosehr empfangs- und ebensowenig annahmebedürftig wie die Vollmachtserteilung. Auch ist sie gerade so formfrei und wirkt, wenn sie namens einer nicht vollgeschäftsfähigen Person erfolgt, ebenso beschränkt wie diese.

γγ) Die Vollmachtsanzeige ist nicht etwa bloß ein Beweismittel dafür, daß die Vollmacht, auf die sie hinweist, wirklich erteilt ist, sondern soll die Vollmachtserteilung ganz ersetzen. Demgemäß ist die Anzeige auch dann rechtswirksam, wenn sie nachweislich unrichtig ist: ist die Vollmacht, auf die die Anzeige verweist, in Wirklichkeit nicht erteilt, so wird sie eben durch die Anzeige neu geschaffen. Und zwar gilt diese Wirksamkeit der unrichtigen Vollmachtsanzeige nicht etwa bloß gegenüber Dritten, die sie irrtümlich für richtig gehalten, sondern auch gegenüber Dritten, die ihre Unrichtigkeit nachweislich gekannt haben.²

δδ) Die Vollmachtsanzeige ist nicht notwendig ein Rechtsgeschäft. Denn wenn der Vollmachtgeber die Erteilung der Vollmacht als eine bereits erfolgte Tatsache einem Dritten anzeigt oder wenn er dies öffentlich bekannt macht

1) RG. 56 S. 63.

2) Biermann a. a. O. S. 22.

oder wenn der Vollmachtnehmer die ihm vom Vollmachtgeber eingehändigte Vollmachtsurkunde einem Dritten vorlegt, braucht weder jener noch dieser damit irgend eine Rechtswirkung hervorbringen zu wollen; müßte man doch andernfalls auch darin ein Rechtsgeschäft sehen, daß jemand einem Dritten erzählt, er habe gestern ein Haus gekauft, oder daß er diesen Kauf öffentlich bekannt macht oder daß er das gekaufte Haus jemandem zeigt. Trotzdem ist die Vollmachtanzeige um ihrer Wirkungen willen fast in allen Stücken wie ein Rechtsgeschäft zu behandeln: sie ist nichtig, wenn sie nicht ernst gemeint ist und in der Erwartung vorgenommen wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, sie kann wegen Irrtums angefochten werden usw. (s. oben S. 154 2 b).

Beispiele. I. 1. a) A. hat dem Agenten B. Vollmacht erteilt, sein Grundstück x zu verkaufen; in der Zeitung hat er aber bekannt gemacht, daß er den B. zum Verkauf des Grundstücks y bevollmächtigt habe; endlich hat er dem C. brieflich mitgeteilt, er habe den B. mit Vollmacht zum Verkauf des Grundstücks z versehen; nun begibt sich C. zu B. und erbietet sich, alle drei Grundstücke zu kaufen; B. nimmt alle drei Gebote an. Hier ist der Verkauf der drei Grundstücke für A. verbindlich; denn B. hat von ihm dazu gültige Vollmacht empfangen, in Ansehung von x durch Vollmachtserteilung, in Ansehung von y und z durch Vollmachtanzeige. b) Bei dieser Entscheidung muß es auch dann bleiben, wenn B. dem C. auf dessen Angebot ausdrücklich erklärt hat, A. habe ihm Vollmacht nur zum Verkauf von x erteilt, die öffentliche Bekanntmachung A.s und A.s Brief an C. müsse auf einem Irrtum beruhen. C. kann also auch in diesem Fall sein Angebot an B. als den Vertreter A.s mit Bezug auf alle drei Grundstücke aufrecht halten, und B. kann es im Namen A.s rechtsgültig annehmen. Und zwar darf man deshalb weder den B. noch den C. der Arglist zeihen. Denn es ist immerhin möglich, daß A. die dem B. wegen x erteilte Verkaufsvollmacht durch die öffentliche Bekanntmachung und den Brief an C. absichtlich auf die Grundstücke y und z ausgedehnt und es nur aus Versehen unterlassen hat, dem B. davon Anzeige zu machen. c) Stellt sich später heraus, daß B.s anfängliche Auffassung der Sachlage begründet war und die Bezugnahme der öffentlichen Bekanntmachung A.s auf y nur einen Druck-, die Bezugnahme des Briefs an C. auf z nur einen Schreibfehler darstellte, so bleibt der Verkauf auch jetzt noch in vollem Umfang gültig; A. kann aber seine Vollmachtanzeige wegen unrichtlicher Übermittlung bzw. wegen Irrtums anfechten; tut er das, so wird der Verkauf von y und z (und im Hinblick auf BGB. 139 vielleicht auch der Verkauf von x) für ihn unverbindlich; ob er in diesem Fall dem C. Schadensersatz leisten muß, hängt von den oben S. 265, 258 entwickelten Regeln ab. 2. Derselbe Fall wie zu 1; nur ist als Käufer der drei Grundstücke nicht C., sondern D. aufgetreten, dem C. den an ihn gerichteten Brief A.s gezeigt hatte. Hier ist der Verkauf von z für A. von vornherein unverbindlich. Dagegen ist die Entscheidung in Ansehung von x und y dieselbe wie zu 1, es sei denn, daß die Ungültigkeit des Verkaufs von z im Hinblick auf BGB. 139 auch den Verkauf von x und y entkräftet. II. F. borgt namens des G. von H. eine Geldsumme unter Vorlegung einer Urkunde, laut deren G. ihn zu der Aufnahme des Darlehns bevollmächtigt; nachträglich stellt sich aber heraus, daß F. die Urkunde gefälscht oder dem G. entwendet hat oder daß G. sich im Zustande von Bewußtlosigkeit befand, als er sie dem F. eingehändigte. Hier ist das Darlehn für G. unverbindlich, selbst wenn H. von der Fälschung oder dem Diebstahl F.s oder der Bewußtlosigkeit G.s nichts gewußt hat und nichts hat wissen können.

Außer den drei eben besprochenen Vollmachtanzeigen steht einer Vollmachtserteilung u. a. gleich die Vorlegung einer von dem Vollmachtgeber ausgestellten Quittung (370). Doch gilt hier die Besonderheit, daß diese Quittung auch dann als Vollmacht gilt, wenn der Vollmachtgeber sie dem Vollmachtnehmer nicht eingehändigt, sondern dieser sie gestohlen hat.

b) Die Vollmacht ist entweder kausal oder abstrakt, je nachdem sie von einem zwischen dem Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer bestehenden anderweitigen Rechtsverhältnis, dem Grundverhältnis der Vollmacht, rechtlich abhängig ist oder aber selbständig auf eigenen Füßen steht. Ob das eine oder das andre der Fall, hängt von dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers bei Begründung der Vollmacht ab.

Beispiel. Tischlermeister A. hat sowohl seinem Gesellen B. wie seinem Freunde C. Vollmacht gegeben, gewisse ihm zustehende Geschäftsforderungen einzuziehen. Hier ist die erstere Vollmacht kausal, weil sie davon abhängig ist, daß B. im Dienst A.'s steht; letztere Vollmacht ist dagegen abstrakt.

c) Der Umfang der Vollmacht ist nur für einige Vollmachtsarten, die überwiegend dem Handelsrecht angehören, von Gesetzes wegen bestimmt. Bei den übrigen Vollmachten kommt es dagegen lediglich auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers bei Begründung der Vollmacht an: der Vollmachtgeber kann den Umfang der Vollmacht beliebig eng, er kann ihn beliebig weit bemessen.

Beispiele f. unten bei h.

d) Auch die Frage, ob ein Vollmachtnehmer seine Vollmacht ganz oder teilweise auf andre Personen übertragen kann (Substitutionsbefugnis), ist nur für einige wenige Arten der Vollmacht gesetzlich entschieden. Bei allen andern Vollmachten ist lediglich der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Vollmachtgebers maßgebend.

Beispiel. Wenn A. seinen Freund B. bevollmächtigt, ein Haus für ihn zu kaufen, und wenn er dem Bankier C. Vollmacht gibt, gewisse ihm von D. zu liefernde Wertpapiere in Empfang zu nehmen, so hat B. keine Substitutionsbefugnis, während C. seine Vollmacht wenigstens auf seine eignen Angestellten gültig übertragen kann.

e) Je nach dem Umfang, den der Vollmachtgeber der Vollmacht gegeben, geht diese ebensogut auf einseitige Rechtsgeschäfte wie auf Verträge. Doch gilt für die einseitigen Rechtsgeschäfte eines Bevollmächtigten eine ähnliche Besonderheit wie für einseitige Rechtsgeschäfte, die ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung seines Gewalthabers vornimmt (s. oben S. 189): sie sind nämlich, falls sie gegenüber der Gegenpartei vorzunehmen sind, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und die Gegenpartei das Geschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist; die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber der Gegenpartei die Vollmacht mitgeteilt hatte (174).

Beispiele. I. Der Wittwer A., der bei B. zur Miete wohnt, aber fast stets auf Reisen ist, hat seine Tochter C. mündlich bevollmächtigt, entweder, falls B. den Mietzins etwas herabsetzt, mit ihm eine Verlängerung des Mietvertrages auf drei Jahre zu vereinbaren oder aber die Miete auf den 1. April zu kündigen; die C. tritt demgemäß mit B. in Verhandlung, und B. bietet ihr wirklich die Verlängerung des Mietvertrages auf drei Jahre unter einer kleinen Herabsetzung des Mietzinses an. Hier ist die C. in der Lage, namens ihres Vaters den Antrag B.'s sofort bindend anzunehmen, und B. kann diese Annahme nicht zurückweisen, auch wenn ihm alsbald Bedenken darüber kommen, ob die C. zu ihrer Er-

klärung in Wahrheit bevollmächtigt war; denn es handelt sich hier um einen Vertragsschluß mit der C. Wenn die C. dagegen die Verabsetzung des Mietzinses, die B. anbietet, nicht für ausreichend hält und deshalb unter Ablehnung des Antrages des B. die Wohnung kündigt, kann B. diese Kündigung mangels einer von A. auf seine Tochter ausgestellten Vollmachtserkunde als unwirksam zurückweisen; denn es handelt sich hier um ein einseitiges Rechtsgeschäft der C. II. D. macht dem E. irgendeinen Vertragsantrag, und F. nimmt kraft einer ihm von E. mündlich erteilten Vollmacht den Antrag an. Hier kann D. diese Annahme als unwirksam zurückweisen; denn sie ist, obgleich zu einem Vertragsschluß gehörig, für sich genommen geradezu ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft wie etwa eine Kündigung: einseitig drängt F. dem D. seine Annahmeerklärung auf! Ganz anders war die Rechtslage im Fall I, in dem schon der Vertragsantrag B.s an die C. als Vertreterin ihres Vaters gerichtet war und die Vertreterschaft der C. sich also nicht bloß einseitig auf die Abgabe der Annahmeerklärung, sondern zweiseitig auf den ganzen Vertrag bezog.

Ihrem gesetzlichen Wortlaut nach gilt die Regel zu e (gerade wie die analoge Regel oben S. 189) nur für empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte, die „gegenüber einem andern“, d. h. gegenüber der Gegenpartei abzugeben sind. Wie steht es aber mit Rechtsgeschäften, die gegenüber einer Behörde vorgenommen werden müssen? Hat hier auch die Behörde ein Zurückweisungsrecht? Oder ist das Rechtsgeschäft von selbst unwirksam, ohne daß es einer Zurückweisung seitens der Behörde bedarf? Oder ist es wirksam schlechthin?

f) Die Vollmacht erlischt in folgender Art.

α) Die kausalen Vollmachten erlöschen, wenn das Grundverhältnis, von dem sie abhängig sind, endigt (168 Satz 1).

β) Die abstrakten und die kausalen Vollmachten erlöschen, wenn der Vollmachtgeber sie widerruft; der Widerruf ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges, formfreies Rechtsgeschäft und kann sowohl an die Adresse des Vollmachtnehmers wie an die Adresse des Dritten gerichtet werden, demgegenüber die Vollmacht wirksam sein soll (168 Satz 3). Grundsätzlich steht der Widerruf dem Vollmachtgeber zu jeder Zeit frei und bedarf keiner Begründung. Doch kann sich bei den kausalen Vollmachten aus dem Grundverhältnis ergeben, daß der Vollmachtgeber zum Widerruf der Vollmacht gar nicht oder nur beschränkt berechtigt sein soll (168 Satz 2). Dies wird namentlich dann der Fall sein, wenn der Vollmachtnehmer selber ein eignes auch vom Vollmachtgeber zu berücksichtigendes rechtliches Interesse an der Fortdauer der Vollmacht hat.³

γ) Die abstrakten und die kausalen Vollmachten erlöschen, wenn eine Tatsache eintritt, die nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers bei Begründung der Vollmacht diese aufhebt; hierher kann im Einzelfall gehören, daß der Vollmachtnehmer stirbt oder geschäftsunfähig wird, daß die Zeit abläuft, für die allein die Vollmacht gelten soll, usw.

Beispiele. I. Wenn A. den Wirt seines Hauses B. bevollmächtigt hat, von den Mietern des Hauses die Mietzinsen einzuziehen, so ist diese Vollmacht offenbar kausal gedacht, d. h. sie ist abhängig davon, daß B. die Stelle als Wirt inne hat. Hier geht also B.s Vollmacht, wenn er die Wirtenschaft durch eine Mitteilung an A. rechtmäßig niederlegt, in dem Augenblick unter, in dem diese Mitteilung dem A. zugeht. II. 1. Fabrikant C. hat den D. auf fünf Jahre als Fabrikdirektor angestellt und ihm dabei Vollmacht gegeben, während der Dauer seiner Direktion die Fabrikarbeiter selbständig anzustellen und zu ent-

3) v. Tuhr a. a. O. S. 50.

lassen. Hier kann E. dem D. vor Ablauf der fünf Jahre die Direktorstelle nur aus wichtigen Gründen kündigen (626); dagegen kann er ihm die Vollmacht zur Anstellung und Entlassung der Arbeiter auch aus einem ganz geringfügigen Grunde oder gar ohne Grund sofort wieder entziehen, da er das etwaige persönliche Interesse, das D. an der Fortdauer der Vollmacht hat, nicht zu beachten braucht. 2. E. hat mit F. einen Gesellschaftsvertrag auf fünf Jahre abgeschlossen und ihm dabei Vollmacht gegeben, Rechtsgeschäfte, die der Betrieb des Gesellschaftsunternehmens mit sich bringt, mit in seinem Namen selbständig abzuschließen. Hier kann E. dem F. vor Ablauf der fünf Jahre die Gesellschaft nur aus wichtigen Gründen kündigen (723) und kann auch seine Vollmacht zum Abschluß der Gesellschaftsgeschäfte während dieser Zeit nur aus wichtigen Gründen widerrufen, da das eigne Interesse, das F. an der Fortdauer der Vollmacht haben muß, auch von E. nicht außer acht gelassen werden darf (715). 3. G. hat von der Stadt H. deren Theater auf fünf Jahre gepachtet und dabei Vollmacht empfangen, Namens der Stadt geeignete Nebenräume zur Unterbringung der Dekorationen und Requisiten zu mieten. Hier kann die Stadt den Pachtvertrag vor Ablauf der fünf Jahre nur aus bestimmten teils im Gesetz, teils im Vertrage genannten Gründen kündigen; ob sie dem G. auch die Vollmacht zum Abschluß jenes Mietsvertrages während der ganzen fünf Jahre lassen muß, hängt davon ab, ob sie dem G. die Vollmacht zugleich in dessen eignem Interesse — nämlich um ihm die Beschaffung geeigneter Nebenräume unter allen Umständen zu sichern — oder nur im Interesse der Stadt — nämlich um ihr die Beschaffung geeigneter Nebenräume zu erleichtern — zugestanden hat; im Zweifel ist das letztere anzunehmen. 4. J. besorgt mit Recht, daß seine Schwester K. ihr Vermögen schlecht verwalten und schließlich, völlig verarmt, ihm zur Last fallen wird, und bestimmt sie deshalb dazu, die Verwaltung ihres Vermögens ganz auf ihn zu übertragen und ihm zugleich unwiderrufliche Generalvollmacht zu gewähren. Hier kann die K. diese Vollmacht trotzdem zu jeder Zeit widerrufen, obschon J. zweifellos ein Interesse an der Fortdauer der Vollmacht hat. Denn mit dem zwischen J. und der K. bestehenden Grundverhältnis — Auftrag zur Vermögensverwaltung — ist die Unwiderruflichkeit der Vollmacht nicht vereinbar. Auch ist zu erwägen, ob nicht die Erteilung einer unwiderruflichen Generalvollmacht überhaupt gegen die guten Sitten ist.⁴ III. Major M. hat seinem Freunde und Regimentkameraden Rittmeister N. Generalvollmacht zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten erteilt, weil er wiederholt an Anfällen von Nervenabspannung gelitten hat und während eines solchen Anfalls für alle Geschäfte unbrauchbar ist. Hier endigt die Vollmacht N.s nach dem mutmaßlichen Willen des M., wenn N. stirbt oder geschäftsunfähig wird, während der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit M.s ihr nichts anhat. Sie endigt ferner, wenn N. sie kündigt; freilich bedarf, wie wir sahen, die Vollmacht einer positiven Annahme von Seiten des Vollmachtnehmers nicht; andererseits ist aber in unserm Fall nicht glaubhaft, daß M. sie auch dann fortbestehn lassen will, wenn N. sie geradezu ablehnt. Sie endigt ferner, wenn die Freundschaft zwischen M. und N. sich in Feindschaft verwandelt, während das Aufhören der Regimentkameradschaft — N. wird z. B. in ein andres Regiment versetzt oder M. nimmt den Abschied — unerheblich ist. Sie endigt endlich, wenn M. dauernd gesund wird und die Vollmacht N.s deshalb so lange unbenutzt bleibt, daß sie in Vergessenheit gerät.

Daraus, daß eine kausale Vollmacht erlischt, wenn das Grundverhältnis, von dem sie abhängt, endigt, scheint zu folgen, daß die Vollmacht überhaupt nicht in Kraft tritt, wenn dies Grundverhältnis schon bei ihrer Begründung nicht bestand, sei es, daß es damals noch nicht wirksam geworden, sei es, daß es damals schon aufgehoben war. Doch ist diese Folgerung nur bei Vollmachten zutreffend, die auf Vollmachtserteilung an die Adresse des Vollmachtnehmers beruhen. Dagegen ist sie wenigstens der Regel nach hinfällig bei Vollmachten, die auf Vollmachtserteilung an die Adresse eines Dritten oder auf Vollmachtsanzeige beruhen. Denn wenn jemand eine kausale Vollmacht in dieser Art begründet, erklärt er damit der Regel nach zugleich stillschweigend, daß wenigstens im Augenblick das Grundverhältnis, von dem die Vollmacht abhängt, zu Recht besteht, und hierauf muß sich jeder

4) v. Tuhr a. a. O. S. 55.

Dritte, dem gegenüber die Vollmacht wirksam sein soll, verlassen können. Dagegen erklärt der Vollmachtgeber selbstverständlich nicht, daß das Grundverhältnis auch in Zukunft fortbestehen werde; demnach muß sich der Dritte die Behauptung einer spätern Endigung des Grundverhältnisses widerspruchslös gefallen lassen.

Hellwig und andre leugnen die Unwiderruflichkeit der Vollmacht ganz: ein vertragsmäßiger Verzicht des Vollmachtgebers auf das Widerrufsrecht habe nur obligatorische Wirkung unter den Parteien.⁵

Selbstverständlich ist, daß der Vollmachtnehmer, sobald seine Vollmacht erloschen ist, die ihm etwa eingehändigte Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgeben muß. Ja sogar dann, wenn der Vollmachtgeber ihm die etwa versprochene Vergütung oder Auslagenersatzung noch nicht gewährt hat, darf er die Urkunde nicht zurückbehalten (175).

g) Ist eine Vollmacht erloschen, so verliert sie ihre Wirksamkeit grundsätzlich sofort, ohne daß es darauf ankommt, ob der Dritte, dem gegenüber die Vollmacht wirksam sein soll, das Erlöschen erfahren hat oder auch nur hat erfahren können.

α) Doch wird dieser Grundsatz nur bei Vollmachten, die auf einer Vollmachtserteilung an die Adresse des Vollmachtnehmers beruhen, streng durchgeführt, erleidet dagegen bei allen andern Vollmachten weitgehende Ausnahmen.

αα) Eine Vollmacht, die auf einer Vollmachtserteilung oder Vollmachtsanzeige an die Adresse eines Dritten beruht, verliert ihre Wirkung gegenüber diesem Dritten erst dann, wenn der Vollmachtgeber ihm das Erlöschen der Vollmacht anzeigt oder die Anzeige ihm gegenüber zurücknimmt (s. 170, 171 II).

ββ) Eine Vollmacht, die auf einer öffentlich bekanntgemachten Vollmachtsanzeige beruht, verliert ihre Wirkung gegenüber jedermann erst dann, wenn der Vollmachtgeber die öffentliche Bekanntmachung öffentlich zurücknimmt (171 II).

γγ) Eine Vollmacht, die auf Vorlegung einer Vollmachtsurkunde seitens des Vollmachtnehmers beruht, verliert ihre Wirksamkeit gegenüber denen, denen die Urkunde vorgezeigt ist, erst dann, wenn die Urkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt ist. Die Kraftloserklärung geschieht durch eine öffentliche Bekanntmachung des Vollmachtgebers; die Bekanntmachung bedarf gerichtlicher Bewilligung, ist nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung zu bewerkstelligen, die für die öffentliche Zustellung einer Ladung gelten, und wird mit dem Ablauf eines Monats nach dem letzten Einrücken in die Zeitungen wirksam; unzulässig ist sie, wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht nicht widerrufen kann (172 II, 176).

β) Die Ausnahmen zu α finden keine Anwendung, wenn der Dritte das Erlöschen der Vollmacht bei Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte oder kennen mußte (173).

Beispiele. I. 1. A. hat den B. durch schriftliche Urkunde bevollmächtigt, in seinem Namen gewisse ihm gegen C., D. und E. zustehende Forderungen einzuziehen; B. hat die drei Forderungen auch wirklich eingezogen, obschon A. in der Zwischenzeit durch einen Brief an ihn die Vollmacht widerrufen und die Rückgabe der Urkunde gefordert hat; und zwar

5) Hellwig, Verträge S. 97²⁰⁶; gegen ihn v. Tuhr a. a. O., S. 49.

hat C. an B. gezahlt, ohne sich die Vollmachtsurkunde zeigen zu lassen; D. hat sich die Vollmachtsurkunde zeigen lassen, hat aber nicht sofort, sondern erst drei Tage später gezahlt, ohne daß ihm die Urkunde bei der Zahlung von neuem vorgelegt wurde; E. endlich hat sich die Urkunde zeigen lassen und hat sofort gezahlt; keiner von den drei Schuldnern hat irgend einen Anlaß anzunehmen, daß A. die Vollmacht widerrufen hat; B. hat das an ihn gezahlte Geld unterschlagen. Hier sind D. und E. durch die Zahlung an B. befreit; dagegen ist C. Schuldner A.'s geblieben. 2. Derselbe Fall; nur hat A. den drei Schuldnern einen Tag, bevor sie an B. zahlten, den Widerruf der Vollmacht angezeigt. Hier ist außer E. auch D. Schuldner A.'s geblieben; denn D. hat zur Zeit der Zahlung gewußt oder hätte wissen müssen, daß B.'s Vollmacht erloschen war. Dagegen ist E. auch in diesem Fall befreit; denn A.'s Widerruf bezog sich auf eine bereits begründete, nicht aber auf eine erst in Zukunft zu begründende Vollmacht; die Vollmacht B.'s ist aber gegenüber E. erst durch die Vorlegung der Urkunde, also erst einen Tag nach dem Widerruf, begründet worden; E. kann sich also dabei beruhigen, daß A. seinen Widerruf möglicherweise zurückgenommen und dem B. die von diesem vielleicht sofort nach dem Widerruf zurückgereichte Vollmacht von neuem eingehändigt hat! II. F. hat den G. durch notarielle Urkunde bevollmächtigt, sein in Barmen belegenes Haus an H. zu verkaufen und aufzulassen, und hat von dieser Vollmacht auch dem H. brieflich Nachricht gegeben; nun werden G. und H. einig und begeben sich am 25. November 1908 vorm. 11 Uhr zu Notar J., um vor ihm Kauf und Auflassung vorzunehmen; einige Minuten, bevor sie die von J. aufgenommene Kauf- und Auflassungsurkunde unterzeichnen, geht bei H. in dessen Wohnung ein Telegramm ein, in dem F. die Vollmacht G.'s widerruft. 1. Dieser Widerruf ist wirkungslos, wenn G. dem H. seine Vollmachtsurkunde vorgelegt hat. 2. Er ist wirksam, wenn G. seine Vollmachtsurkunde nur dem Notar J. vorgelegt hatte, während H., im Vertrauen darauf, daß F. ihm G.'s Vollmacht brieflich mitgeteilt hatte, sich die Urkunde nicht hat zeigen lassen; Kauf und Auflassung sind hier also mangels einer Vollmacht G.'s für F. unverbindlich, obgleich weder G. noch H. haben wissen können, daß bei der Vornahme von Kauf und Auflassung G.'s Vollmacht nicht mehr zu Recht bestand.⁶

h) Überall, wo es gilt, den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers bei der Vollmachtbegründung — sei es über die kausale oder abstrakte Natur, sei es über den Umfang, sei es über die Dauer der Vollmacht — zu ermitteln, sind die allgemeinen Auslegungsregeln maßgebend. Es kommt also nicht bloß darauf an, was der Vollmachtgeber bei Begründung der Vollmacht ausdrücklich erklärt hat, sondern es sind auch die begleitenden Nebenumstände, es ist vor allem die Verkehrssitte mit zu berücksichtigen. Dabei ist aber das folgende zu beachten:

a) Die Erklärungen des Vollmachtgebers sind stets maßgeblich, wenn sie gerade an die Adresse des Dritten gerichtet sind, dem gegenüber die Vollmacht wirksam sein soll; ihnen gleich stehen bei Vollmachten, die auf öffentlicher Bekanntmachung oder auf Vorlegung einer Vollmachtsurkunde beruhen, alle Erklärungen des Vollmachtgebers, die in die öffentliche Bekanntmachung oder in die Vollmachtsurkunde mit aufgenommen sind. Dagegen sind Erklärungen, die der Vollmachtgeber nur gegenüber dem Vollmachtnehmer abgegeben hat, bloß dann maßgebend, wenn auch die Vollmacht selbst nur auf einer Vollmachtserteilung an des Vollmachtnehmers Adresse beruht.

β) Die begleitenden Nebenumstände sind stets zu berücksichtigen, wenn sie gerade für den Dritten erkennbar waren, dem gegenüber die Vollmacht wirksam

6) Siehe aber auch RG. 61 S. 125.

sein soll; ihnen gleich stehn bei Vollmachten, die auf öffentlicher Bekanntmachung beruhen, alle Nebenumstände, die, wenn schon zufällig gerade dem Dritten nicht erkennbar, doch im übrigen offenkundig sind. Dagegen sind Nebenumstände, die nur dem Vollmachtnehmer erkennbar sind, bloß bei Vollmachten erheblich, die nur auf einer Vollmachtserteilung an des Vollmachtnehmers Adresse beruhen.

Beispiele. I. Frau A. hat ihre neu engagierte und ihr bis dahin völlig unbekannte Gesellschafterin B. mündlich bevollmächtigt, ihre Lauraaktien zu verkaufen und hat ihr die Aktien samt Dividendenbogen und Talons auch eingehändigt. 1. Hier kann die B. nicht bloß die Lauraaktien selbst, wie Frau A. ausdrücklich gesagt hatte, verkaufen, sondern auch die zugehörigen Dividendenbogen und Talons; denn das ergibt die Verkehrssitte und der Umstand, daß Frau A. diese Papiere der B. zugleich mit den Aktien eingehändigt hatte. 2. Die B. darf die Papiere aber nur zu dem jeweiligen Tageskurse oder darüber und nur gegen sofortige Barzahlung verkaufen; denn das ergibt die Verkehrssitte. 3. Die B. darf die Papiere nicht bloß verkaufen, sondern auch dem Käufer gegen Barzahlung übereignen; denn das ergibt die Verkehrssitte und der Umstand, daß Frau A. die Papiere der B. ausgehändigt hatte. 4. Die Vollmacht der B. ist kausal, nämlich abhängig davon, daß die B. Gesellschafterin bei der A. ist; das ergibt der Umstand, daß Frau A. zu der B. gar keine andern Beziehungen hat. II. 1. Die E. hat ihre Freundin D. mündlich bevollmächtigt, bei E. eine Nähmaschine zu kaufen, falls E. die Garantie für guten Gang der Maschine auf dreißig Jahre übernehme; trotzdem hat die D. namens der E. dem E. eine Nähmaschine abgekauft, für die E. nur auf drei Jahre garantierte, und E. hat sich hierauf eingelassen, weil weder die E. noch die D. ihm etwas von der dreißigjährigen Garantie mitgeteilt hatte. Hier ist der Kauf für die E. unverbindlich; denn ihre Vollmacht ging nun einmal nur auf einen Kauf mit dreißigjähriger Garantie. Freilich ist eine derartige Beschränkung der Vollmacht sehr ungewöhnlich und widerspricht der Verkehrssitte durchaus. Doch kommt die Verkehrssitte bei der Bestimmung des Umfangs einer Vollmacht nur ergänzend in Betracht, wenn die Bestimmungen des Vollmachtgebers eine Lücke oder Unklarheit aufweisen. Hier hat aber die D. jene Beschränkung auf das deutlichste angeordnet. Es muß also dabei sein Bewenden behalten. Und auch das macht nichts aus, daß E. von der sonderbaren Bestimmung der E. keine Kenntnis haben konnte; denn bei einer Vollmacht, die die E. nur gegenüber der D. erklärt hat, brauchte sie auch die etwaigen Beschränkungen der Vollmacht nur gegenüber der D. zu erklären.⁷ 2. a) Rentner F. hat seinem Sohn G. in notarieller Urkunde „Generalvollmacht“ gegeben, ohne in der Urkunde den Umfang der Vollmacht näher anzugeben; G. verkauft darauf kraft dieser Generalvollmacht ein Haus seines Vaters an H. Hier ist der Verkauf für F. unverbindlich; denn der Ausdruck „Generalvollmacht“ hat im gewöhnlichen Sprachgebrauch den unbestimmten Sinn einer sehr umfassenden Vollmacht; er bedarf deshalb einer Ergänzung durch die Verkehrssitte.⁸ Die Verkehrssitte aber erstreckt eine Generalvollmacht nur auf Geschäfte, die eine Vermögensverwaltung gewöhnlich mit sich bringt, und dazu gehört der Verkauf eines Hauses von seiten eines „Rentners“ regelmäßig nicht. b) Anders wäre zu entscheiden, wenn F. gewerbmäßiger Grundstückspekulant wäre: die Generalvollmacht eines solchen Spekulanten schließt nach der Verkehrssitte auch den Verkauf von Häusern regelmäßig in sich ein. III. F. gibt dem K. Vollmacht, Darlehne bis zu 10 000 Mk. mit höchstens fünfprozentiger Verzinsung und unter Festsetzung einer Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten bei L. aufzunehmen; gleichzeitig macht er von der Erteilung dieser Vollmacht dem L. Anzeige; in der Anzeige ist aber die Verzinsung auf höchstens 6% und die Kündigungsfrist auf mindestens sechs Monate angegeben. Hier kann K. von L. auf Grund der ersten Vollmacht Darlehne zu 5% Zinsen mit dreimonatiger Kündigungsfrist, auf Grund der zweiten Vollmacht Darlehne zu 6% Zinsen mit sechsmonatiger Kündigungsfrist,

7) Zum Teil anders die 4. Aufl. dieses Buchs 1 S. 234⁷.

8) Siehe RG. 52 S. 100.

nicht aber kann er auch Darlehne zu 6% Zinsen mit dreimonatiger Kündigungsfrist aufnehmen. Und zwar kann L. sich von R. auch dann 6% Zinsen versprechen lassen, wenn R. ihm mitteilt, daß F. ihm in der ersten Vollmacht nur die Bewilligung eines Zinssatzes von höchstens 5% gestattet hatte; denn diese Beschränkung ging eben nur die erste, nicht auch die zweite Vollmacht an.

Daraus, daß der Umfang der Vollmacht im Wege freier Auslegung zu bestimmen ist, folgt, daß ein Vollmachtnehmer selbst zu den ungewöhnlichsten Geschäften keiner ausdrücklichen „Spezialvollmacht“ bedarf, sondern daß es genügt, wenn sich nur aus den begleitenden Neben Umständen ergibt, daß seine Vollmacht sich auch auf diese Geschäfte erstrecken soll.

i) Die bisher erörterten Regeln betrafen nur das sog. Außenverhältnis der Vollmacht, galten also nur der Frage, ob jemand eine Vollmacht für einen andern gegenüber dritten Personen hat und wie weit diese Vollmacht gegenüber dritten Personen geht. Dagegen haben wir das sog. Innenverhältnis der Vollmacht unerörtert gelassen, haben uns also mit der Frage, ob der Vollmachtnehmer von seiner Vollmacht tatsächlich Gebrauch machen darf oder ob er gar von ihr Gebrauch machen muß, nicht beschäftigt, werden dies vielmehr erst an späteren Stellen dieses Werks, namentlich in der Lehre vom Dienstvertrage und Auftrage, tun. Hier genüge folgende Bemerkung: es ist keineswegs sinnlos, wenn das Gesetz bestimmt, jemandem stehe im Außenverhältnis eine gewisse Vollmacht zu, und dann hinzufügt, daß er im Innenverhältnis keinen Gebrauch von dieser Vollmacht machen dürfe; vielmehr ist der Sinn einer solchen Doppelregel dieser: wenn der Vollmachtnehmer ein Rechtsgeschäft vornimmt, das im Außenverhältnis unter seine Vollmacht fällt, dessen Vornahme ihm aber im Innenverhältnis untersagt ist, so ist das Rechtsgeschäft dem Dritten gegenüber gültig, der Vollmachtnehmer aber, falls ihm ein Verschulden zur Last fällt, dem Vollmachtgeber persönlich zu Schadenersatz verpflichtet.⁹

Beispiel. A. gibt dem Agenten B. mündlich Vollmacht, einen alten Kunstschrank für 500 Mk. zu verkaufen, setzt aber gleich hinzu: „geben Sie sich Mühe, mehr zu erzielen“; B. sagt dies auch zu, gibt sich aber tatsächlich keine Mühe, sondern verkauft den Schrank sofort für 500 Mk. an C., obschon dieser, wie er nachträglich selbst einräumt, ohne Bedenken das Doppelte gegeben haben würde. Hier ist der Verkauf des Schrankes für A. verbindlich; B. muß ihm aber 500 Mk. Schadenersatz zahlen. Denn B. hat mit dem Verkauf seine Vollmacht nicht überschritten; er hat aber von ihr in schuldhaft pflichtwidriger Art Gebrauch gemacht.

2. Außer durch Rechtsgeschäft und rechtsgeschäftsähnliche Akte kann eine Vertretungsmacht auch kraft Gesetzes oder durch Akt der Obrigkeit geschaffen werden. Sie wird alsdann gesetzliche Vertretungsmacht, der Vertreter wird gesetzlicher Vertreter genannt, während es an einem gemeinsamen Namen für den Vertretenen in diesem Fall fehlt.

a) Die Art der Begründung der gesetzlichen Vertretungsmacht ist sehr verschieden. So erlangt eine gesetzliche Vertretungsmacht die Ehefrau gegenüber dem Ehemann mit der Eheschließung (sog. Schlüsselgewalt), die Eltern

9) Siehe oben S. 260, 8a.

gegenüber ihren ehelichen Kindern mit deren Geburt, ein Vormund oder Pfleger gegenüber seinen Pflegebefohlenen mit ihrer amtlichen Bestellung.

b) Die gesetzliche Vertretungsmacht ist immer kausal: sie hängt stets davon ab, daß dem gesetzlichen Vertreter das Recht und die Pflicht der Sorge für gewisse Angelegenheiten des Vertretenen übertragen ist.

c) Der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht ist stets gesetzlich mehr oder minder genau bestimmt. Die Einzelheiten sind erst später darzustellen.

d) Der gesetzliche Vertreter kann seine gesetzliche Vertretungsmacht weder ganz noch teilweise auf einen andern übertragen. Dagegen steht es ihm frei, rechtsgeschäftlich für die von ihm gesetzlich vertretene Person einen Bevollmächtigten zu bestellen.

e) Daß bei Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte durch den gesetzlichen Vertreter die Gegenpartei die Vorlegung einer Urkunde über seine Vertretungsmacht verlangen könne, ist nicht vorgeschrieben. Das ist auffällig. Denn wenigstens einige Arten der gesetzlichen Vertreter sollen im Besitz einer solchen Urkunde, der sog. Bestallung, sein (1791, 1915).

f) Die gesetzliche Vertretungsmacht erlischt stets, wenn das Grundverhältnis aufhört, von dem sie abhängt. Daneben finden sich bei den verschiedenen Arten der gesetzlichen Vertretungsmacht noch andere Erlösungsgründe. Daß der Vertretene seinerseits dem Vertreter die Vertretungsmacht willkürlich entziehen könnte, wie ein Vollmachtgeber, ist nur selten und, wo es vorkommt, nur unter gewissen Einschränkungen bestimmt (1357 II, 1920).

g) Das Erlöschen der gesetzlichen Vertretungsmacht wirkt Dritten gegenüber sofort: selbst daß ein des Amtes entlassener Vormund noch seine Bestallung in Händen hat und sie beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts der gutgläubigen Gegenpartei vorlegt, macht das Geschäft nicht gültig! Der Grund dieser Verschiedenheit von rechtsgeschäftlicher Vollmacht und gesetzlicher Vertretungsmacht liegt auf der Hand: der Vollmachtgeber muß, wenn sein Bevollmächtigter nach Erlöschen der Vollmacht mit gutgläubigen Dritten Rechtsgeschäfte abschließt, den Schaden tragen, weil er den Bevollmächtigten selber willkürlich bestellt hat; der Mündel hingegen bekommt seinen Vormund ohne sein Zutun, muß also in jedem Fall haftfrei sein, sobald der Vormund seiner Machtstellung entsetzt wird. Eine Ausnahme gilt für die gesetzliche Vertretungsmacht der Ehefrau (1357 II).

h) Besondere Auslegungsregeln wie bei der Vollmacht gibt es bei der Vertretungsmacht nicht.

i) Dagegen ist ein Außen- und ein Innenverhältnis auch bei ihr gerade so zu unterscheiden wie bei der Vollmacht.

Beispiel. Wenn ein Vater namens seines minderjährigen Kindes ein Grundstück kauft und dabei schuldhafterweise einen zu hohen Kaufpreis bewilligt, so ist das Geschäft im Außenverhältnis gültig; im Innenverhältnis ist aber der Vater verpflichtet, seinem Kinde Schadensersatz zu leisten.

Die oben gegebene Bestimmung des Begriffs „gesetzlicher Vertreter“ gilt nur für das

BBB. (278 usw.). Ob sie auch für andre Gesetze, insbesondere für die ZPO., gilt, sei hier dahingestellt.

3. Eigenartig ist die Vertretungsmacht des Vorstandes einer juristischen Person und die eines Testamentvollstreckers. Von beiden wird erst später die Rede sein.

II. 1. Das kraft Vertretungsmacht vorgenommene Rechtsgeschäft soll nicht für den Vertreter, sondern für den Vertretenen wirksam werden; insofern liegt sein Schwerpunkt in der Person des Vertretenen. Andererseits wird es aktiv vorgenommen nicht vom Vertretenen, sondern vom Vertreter; insofern liegt sein Schwerpunkt in der Person des Vertreters; nur wenn der Vertretene die Vertretungsmacht durch ein Rechtsgeschäft oder einen rechtsgeschäftsähnlichen Akt geschaffen hat und den Vertreter wegen des Geschäftsabchlusses mit Aufträgen oder Anweisungen versieht, ist auch er — zusammen mit dem Vertreter — bei der aktiven Vornahme des Rechtsgeschäfts beteiligt. Hiernach hat das kraft Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft einen zwiespältigen Charakter, und es ist begreiflich, daß das Gesetz da, wo es auf die Eigenschaften oder das Verhalten der bei dem Geschäft beteiligten Personen ankommt, bald allein auf die Person des Vertretenen sehn wird, bald allein auf die Person des Vertreters, bald auf alle beide Personen.

a) Geschäftsfähigkeit wird nur auf seiten des Vertreters, nicht auch auf seiten des Vertretenen gefordert. Doch genügt es, wenn der Vertreter nicht ganz geschäftsunfähig ist; daß seine Geschäftsfähigkeit eine beschränkte ist, schadet nichts.

Beispiele. I. A. und B., die beide geisteschwach, aber nicht entmündigt sind, haben sich gegenseitig Generalvollmacht gegeben, und zwar mit Einschluß der Veräußerung und Belastung von Grundstücken; nun steigert sich aber A.'s Geisteschwäche zur Geisteskrankheit, die jede sog. Willensfreiheit ausschließt; trotzdem belastet A. das Haus des B., B. das Haus des A. mit einer Hypothek. Hier ist die erste Hypothek nichtig, die zweite vollgültig; der Vormund des A. mag sich also beeilen, die Vollmacht B.'s baldmöglichst zu widerrufen. Anders wäre natürlich zu entscheiden, wenn die von A. erteilte Vollmacht durch dessen nachträglich auftretende Geisteskrankheit von selbst hinfällig würde; das ist aber im Zweifel nicht anzunehmen (s. oben S. 282). II. Derselbe Fall; nur war B., als A. ihm die Vollmacht gab, bereits wegen Geisteschwäche entmündigt. Hier ist dieselbe Entscheidung geboten wie zu I; denn eine Vollmacht, die ein nicht entmündigter Geisteschwacher einem entmündigten Geisteschwachen erteilt, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Tragweite der Regel zu 1 wird übrigens erheblich abgeschwächt, wenn es sich um einen Fall gesetzlicher Vertretungsmacht handelt; denn diese ruht oder erlischt, wenn der gesetzliche Vertreter beschränkt geschäftsfähig ist; eine Ausnahme gilt z. B., wenn das Vormundschaftsgericht versehentlich einen Minderjährigen zum Vormunde oder Pfleger bestellt hat (j. 1676 II, 1686, 1780, 1781, 1885, 1886 usw.).

b) Verfügungsfähigkeit wird nur auf seiten des Vertretenen gefordert.

c) Ob besondere Eigenschaften einer Partei, die nach irgendeiner Rechtsregel zum gesetzlichen Tatbestande einer Rechtswirkung gehören, in der Person des Vertretenen oder des Vertreters oder beider vorhanden sein müssen, läßt sich nur für jede dieser Regeln speziell entscheiden.

Beispiel. Das HGB. schreibt zahlreiche Besonderheiten für Handelsgeschäfte vor und bestimmt, daß als Handelsgeschäfte alle Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns gelten sollen, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören (HGB. 343). Hier ist anzunehmen, daß bei Geschäften, die ein Vertreter abschließt, die Kaufmannseigenschaft des Vertretenen erforderlich und genügend ist, während es auf die Kaufmannseigenschaft des Vertreters nicht ankommt. Das ist namentlich bei der Auslegung von HGB. 366 zu beachten.

d) Wird für irgendeine Rechtswirkung die Anwesenheit der Partei vorgeschrieben, so ist es erforderlich und genügend, wenn der Vertreter anwesend ist. Auf die Anwesenheit des Vertretenen kommt nichts an.

Beispiele. I. A. ruft den Kaufmann B. telephonisch an und erklärt, als B. sich persönlich am Telephon meldet: „Ihr Prokurist C. bietet mir eben brieflich Eisen an; sagen Sie ihm, daß ich auf den Antrag nur eingehe, wenn er mir 3 % Skonto bewilligt“; B. erwidert: „ich werde es ausrichten“. Hier ist A.s Gegenantrag nicht etwa erloschen, weil B. ihn nicht „sofort“ angenommen hat (147 I); denn der Antrag war trotz B.s Anwesenheit einem Abwesenden gemacht. II. D. schickt seinen Diener E. mit einem brieflichen Antrage an F.; am Schluß des Briefes heißt es: „Sie können Ihre Antwort gleich dem E. mündlich mitteilen“. Hier ist, da E. bei der Stellung des Antrages nicht als Vertreter, sondern nur als Bote D.s auftritt, der Antrag einem Abwesenden gemacht; es schadet also nichts, wenn F. seine Antwort nicht sofort abgibt, zumal ja auch D. die Antwort an den Boten E. nicht gefordert, sondern nur gestattet hat.

e) Die Formen des Rechtsgeschäfts muß der Vertreter beobachten, nicht der Vertretene. So genügt es, wenn einen Vertrag, für den Schriftlichkeit vorgeschrieben ist, der Vertreter mit seinem Namen unterschreibt, sofern nur aus dem Text des Vertrages erkennbar ist, daß er im Namen eines andern handelt. Der Vertreter darf aber den Vertrag auch mit des Vertretenen Namen unterschreiben, wenn seine Vertretungsmacht dazu ausreicht.

Letzteres wird häufig bestritten¹⁰, weil das Gesetz die „eigenhändige“ Namensunterschrift dessen, der die Erklärung abgibt, fordert. Das Gesetz sagt aber nicht, daß die Unterschrift mit dem eignen Namen des Erklärenden geschehn soll; daß es die „Eigenhändigkeit“ der Unterschrift besonders betont, soll nicht die Unterschrift durch einen Vertreter, sondern die Unterzeichnung durch einen Stempel ausschließen.

Siehe ferner R. F. W. 168, 170 ff. und R. G. 49 S. 129.

f) In den vielen Fällen, in denen die Wirkung eines Rechtsgeschäfts davon abhängt, ob eine Partei einen bestimmten Umstand gekannt hat oder hat kennen müssen, ist das Kennen oder Kennenmüssen nur des Vertreters entscheidend. Bloß insoweit, als die Vertretungsmacht eine Vollmacht ist und der Vertretene an dem Geschäftsabschluß tätig teilnahm, indem er den Vertreter mit Aufträgen versah, kommt auch das Kennen oder Kennenmüssen des Vertretenen, gleichwertig mit dem des Vertreters, in Betracht (166).

Beispiele. I. A. bevollmächtigt den B., irgendeine Majolikavase für etwa 30 Mk. zu kaufen; B. kauft eine Vase, die einen Sprung hat. Hier darf A., wenn B. den Sprung beim Kaufabschluß hätte bemerken müssen, die Vase nicht zurückweisen, auch wenn er selber von dem Sprung erst nach dem Kaufabschluß Kenntnis hat gewinnen können; dagegen kann er die Vase wohl zurückweisen, wenn der Sprung für B. nicht erkennbar war, mag er auch

10) Dafür Staub Num. 46 zu HGB. 350; R. G. 50 S. 51 (s. aber auch R. G. 58 S. 388). Abw. Goldmann 1 S. 158¹⁷; Örtmann Num. 4 a zu § 126; Wieland, Ztschr. f. schweizer. Recht 24 S. 264.

selber früher einmal jene Vase gesehen und dabei ihre Schadhastigkeit bemerkt haben. II. A. bevollmächtigt den B., eine individuell bestimmte Vase zu kaufen; B. kauft sie wirklich, obgleich sie einen Sprung hat. Hier muß A. die Vase behalten, nicht bloß, wenn der Sprung dem B., sondern auch dann, wenn er ihm selbst erkennbar war; dies gilt sogar dann, wenn A. den Sprung erst hat bemerken können, nachdem er seine Vollmacht bereits erteilt hatte, sofern nur noch Zeit genug ist, die Vollmacht zu widerrufen. III. Der minderjährige C. weiß, daß sein Freund D. Wertpapiere gestohlen hat, aber nicht zu verkaufen wagt; er bittet nun seinen Vormund E., die Papiere für ihn zu erwerben, natürlich ohne zu erwähnen, daß sie gestohlen sind; E. tut dies auch wirklich. Hier wird C. Eigentümer der Papiere (932, 935 II); denn seine eigene Unredlichkeit schadet ihm nichts, da hier nicht eine Vertretung kraft Vollmacht, sondern kraft gesetzlicher Vertretungsmacht vorliegt.

g) Ob eine rechtsgeschäftliche Äußerung ohne ernstliche Absicht oder irrtümlich oder erzwungen abgegeben ist oder sonst an einem Willensmangel leidet, muß ausschließlich aus der Person des Vertreters beurteilt werden. Doch ist der Irrtum des Vertreters dann unerheblich, wenn der Vertretene die Tatsachen, auf die des Vertreters Irrtum sich bezog, seinerseits richtig erkannt hat, vorausgesetzt, daß die Vertretungsmacht des Vertreters eine Vollmacht war und jene vom Vertreter verkannten, vom Vertretenen erkannten Tatsachen in den Rahmen der vom Vertretenen dem Vertreter gegebenen Weisungen fielen.

Beispiele. A. gibt dem B. ernstlich Auftrag und Vollmacht, ein bestimmtes Bild zu kaufen. I. B. findet das Bild so häßlich, daß er nur zum Scherz ein Kaufgebot macht. Hier ist sein Gebot nichtig. II. B. will auf das Bild ernstlich bieten, aber nur 2000 Francs, während A. ihm aufgetragen hat, 2000 Mk. zu bieten; er verspricht sich aber und sagt auftragsgemäß „2000 Mk.“ Hier ist sein Gebot anfechtbar. III. A. weiß, daß das Bild kein Original ist; B. weiß es nicht. Hier ist, wenn A. dem B. genau den Kaufpreis vorgeschrieben hat, der Irrtum B.s gleichgültig; hat B. dagegen freie Hand und bietet im Glauben, ein Original vor sich zu haben, unverhältnismäßig viel, so ist der Irrtum B.s erheblich.

2. Nach ähnlichen Regeln ist ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft zu beurteilen, das gegenüber einem Vertreter vorgenommen wird.

III. Ein Rechtsgeschäft, das der Vertreter als solcher im Rahmen seiner Vertretungsmacht vorgenommen hat oder das in eben diesem Rahmen ihm gegenüber vorgenommen ist, hat Rechtswirkung nicht für den Vertreter persönlich, sondern nur für den Vertretenen (164 I, III). Es wachsen also die Rechte, die durch das Geschäft begründet werden, nicht dem Vertreter an; somit kann dieser die durch seine eigne Tat erworbenen Rechte selber nicht geltend machen, es sei denn, daß seine Vertretungsmacht sich auch hierauf erstreckt. Wohl aber fallen die Rechte dem Vertretenen zu, und zwar sofort, also oft genug, ohne daß er von seinem Rechtsserwerbe etwas erfährt. Ebenso wird durch die Pflichten, die das Rechtsgeschäft begründet, nicht der Vertreter persönlich belastet; Schuldner ist vielmehr allein der Vertretene.

Beispiele. I. 1. A., der dem Kürschner B. 1000 Mk. schuldig ist, verkauft dem B. im Namen und kraft Vollmacht des C. einen Pelz für 2000 Mk. Hier kann B. nicht etwa auf seine Schuld von 2000 Mk. die Forderung gegen A. in Höhe von 1000 Mk. aufrechnen. Denn die Forderung auf die 2000 Mk. steht nicht dem A., sondern dem C. zu. 2. Ebensovienig ist, wenn B. die Bezahlung der 2000 Mk. verweigert, A. befugt, den B. auf Zahlung zu verklagen. Denn die Forderung auf die 2000 Mk. ist ja nicht seine eigne. Er könnte also den Prozeß höchstens im Namen C.s führen. Dazu reicht aber seine Voll-

macht nicht aus. 3. Will B. die 2000 Mk. aus freien Stücken an A. zahlen, so ist zu unterscheiden: a) Ging A.s Vollmacht auf Verkauf des Pelzes gegen bar und war er im Besitz des Pelzes, so ist er ebendamit auch zum Empfang der 2000 Mk. ermächtigt. b) Ging seine Vollmacht auf Verkauf des Pelzes unter Stundung des Kaufpreises und hat er dem B. tatsächlich ein Ziel von drei Monaten gewährt, so ist er zum Empfang der 2000 Mk. nicht befugt, sondern B. muß direkt an C. zahlen. II. D. hat im Namen und kraft Vollmacht des im Auslande weilenden E. von F. eine Wohnung gemietet; das Mietverhältnis soll am 1. Oktober beginnen, der Mietpreis pränumerando halbjährlich mit 1800 Mk. bezahlt werden; da E.s Rückkehr sich verzögert, schickt er die 1800 Mk. an D., damit dieser sie an F. abführe; D. behält aber das Geld für sich. Hier kann F. den D. nicht auf Bezahlung der 1800 Mk. belangen. Denn sein Schuldner ist nicht D., sondern E. III. G. hat eine Wohnung an H. und J. gemeinsam vermietet; später wird J. entmündigt und H. zu seinem Vormunde bestellt; nun kündigt G. die Wohnung in einem Brief, der lautet: „Hiermit kündige ich Herrn H. als dem Vormunde J.s die Wohnung“. Hier ist es wohl möglich, kraft freier Auslegung die Kündigung so zu verstehen, daß sie nicht bloß an H. als Vormund J.s, sondern zugleich an H. als Selbstpartei gerichtet ist. Will man sich zu dieser freien Auslegung nicht entschließen, so muß man die ganze Kündigung für ungültig erklären; denn sie war an beide Mieter gemeinsam zu richten; die an H. als Vormund J.s gerichtete Kündigung ging aber nur den J. und nicht den H. an.

Fortsetzung. Vornahme von Rechtsgeschäften gegenüber sich selbst.

§ 68.

I. 1. Jede Vertretungsmacht zum Abschluß eines Vertrages erleidet eine wichtige Beschränkung: der Vertreter darf den Vertrag grundsätzlich weder mit sich selbst als Selbstpartei noch mit sich selbst als Vertreter eines Dritten abschließen (181).

a) Doch gilt kraft Gesetzes eine Ausnahme, wenn der Vertrag lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (181), mag der Vertreter hierbei den Gläubiger oder mag er den Schuldner oder mag er alle beide vertreten.

b) Andre Ausnahmen gelten nur, wenn dem Vertreter der Vertragschluß mit sich selbst besonders gestattet ist (181), sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend. Zur Gestattung ist bei Bevollmächtigten der Vollmachtgeber, bei gesetzlichen Vertretern wohl meist das Vormundschaftsgericht zuständig.

Beispiel. I. Der Fabrikant A. will wegen Kränklichkeit sein Fabrikunternehmen liquidieren und hat den Agenten B. zum Liquidator bestellt; B. soll bevollmächtigt sein, alle Rechtsgeschäfte namens des A. vorzunehmen, die die Liquidation mit sich bringt. Hier kann B. kraft seiner Liquidationsvollmacht die zur Liquidationsmasse gehörigen Waren namens des A. verkaufen. 1. Er darf sie aber nicht etwa an sich selber verkaufen, auch wenn er einen höheren Preis zu zahlen bereit ist als jeder andre Kauftebhaber, es sei denn, daß er von A. dazu besonders ermächtigt ist. Auch kann er dies Verbot nicht etwa dadurch umgehen, daß er einen Unterbevollmächtigten zum Verkauf der Waren bestellt und diesem die Waren abkauft; denn solch ein Unterbevollmächtigter hat keine größere Vertretungsmacht als er.¹ 2. Ebensowenig kann B. die Waren an sich selber als den Vertreter des A., der ihm zum Ankauf derartiger Waren Vollmacht gegeben, ver-

1) Endemann 1 S. 400³¹. Siehe auch RG. 56 S. 104. Abw. Biermann 1 S. 286¹².

laufen. Ja es genügt in diesem Fall zur Beseitigung des Verbots nicht einmal, daß A. ihn zu dem Verkauf an sich selbst besonders ermächtigt hat, sondern es muß ihm außerdem auch C. den Ankauf von sich selbst besonders gestattet haben. 3. Dagegen steht nichts im Wege, wenn B. die Waren an seinen großjährigen Sohn C. oder an seinen Kompagnon D. verkauft, obschon in diesem Fall die Unparteilichkeit B.'s auf eine ähnlich harte Probe gestellt wird wie im Fall 1 und 2. II. Der nämliche B. kann kraft seiner Liquidationsvollmacht im Namen A.'s dessen Geschäftsforderungen einziehen und dessen Geschäftsschulden bezahlen. Hier gilt die Beschränkung zu I nicht. B. kann also auch die Forderungen, die dem A. gegen ihn selbst zustehn, an sich selbst als den Vertreter A.'s bezahlen und ebenso seine eignen Forderungen gegen A. als Vertreter A.'s an sich selbst berichtigen, dort, indem er Gelder aus seiner Privatkasse in die Geschäftskasse A.'s, hier, indem er Gelder aus der Geschäftskasse A.'s in seine Privatkasse überführt. III. Der nämliche B. kann kraft seiner Liquidationsvollmacht im Namen A.'s Banknoten aus dessen Geschäftskasse gegen kleines Geld einwechseln. Auch hier gilt die Beschränkung zu I nicht, so daß B. die Noten A.'s auch gegen sein eignes kleines Geld einwechseln kann. Das ist freilich keine Erfüllung einer Verbindlichkeit, bedarf also einer besondern Gestattung A.'s. Diese Gestattung ist ihm aber — der Verkehrssitte gemäß — bereits im voraus erteilt: sie ist in der Liquidationsvollmacht stillschweigend mit inbegriffen.

2. Will der Vertreter einen Vertrag mit sich selbst als Selbstpartei oder als Vertreter eines Dritten schließen, so muß er diesen Willen rechtsgeschäftlich äußern. Diese Äußerung ist aber nicht, wie das sonst bei Vertragsschlüssen die Regel, eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern eine stille Willensäußerung.²

Beispiele. I. Will in dem zu 1, III genannten Fall B. eine Banknote A.'s gegen sein eignes Kleingeld wechseln, so geschieht es durch den tatsächlichen Wechselakt, auch wenn niemand diesen Akt bemerkt. Freilich können hier für B. Beweischwierigkeiten entstehen. Diese Schwierigkeiten sind aber genau dieselben, wie wenn B. einen Zeugen zugezogen hätte und dieser gestorben wäre. II. Ist der Wechselakt einmal vorgenommen, so ist er sofort unwiderruflich. Doch steht natürlich nichts im Wege, daß B. ihn durch einen entgegengesetzten Wechselakt wieder ausgleicht. III. Hat C. seinen Hausaufseher D. ermächtigt, die Parterwohnung des Hauses auf fünf Jahre an sich selbst zu vermieten, so muß D. diesen seinen Willen schriftlich äußern (s. 566).

3. Hat ein Vertreter einen Vertrag mit sich selbst abgeschlossen, ohne daß der Abschluß ihm nach den Regeln zu 1 gestattet war, so hat er eben ohne Vertretungsmacht gehandelt. Der Vertrag ist also nicht schlechthin nichtig, sondern seine Gültigkeit hängt von der nachträglichen Genehmigung des Vertretenen ab.³

II. Analoge Regeln gelten für einseitige Rechtshandlungen, die eine Selbstpartei gegenüber sich selbst als Vertreter eines andern oder die ein Vertreter gegenüber sich selbst als Selbstpartei oder als Vertreter eines Dritten vornimmt.

Beispiel. In dem oben zu I, 1 genannten Fall kann B. kraft seiner Liquidationsvollmacht namens des A. dessen Geschäftsforderungen und Geschäftsschulden kündigen, so gut wie A. selbst es tun könnte. Doch erstreckt sich diese Kündigungsmacht B.'s auf die Forderungen A.'s gegen ihn selbst und auf seine eignen Forderungen gegen A. nur, wenn A. sie auf diese besonders ausgedehnt hat.

2) RÖ. 63 S. 17.

3) RÖ. 56 S. 104. Abw. Bland zu § 181 u. die 4. Aufl. d. Buchs 1 S. 242.

c) Vertretung ohne Vertretungsmacht.¹

§ 69.

I. 1. Hat jemand als Vertreter eines andern einen Vertrag abgeschlossen, ohne eine zureichende Vertretungsmacht für ihn zu besitzen, so macht der Vertrag zunächst einen Schwebezustand durch: es kann nämlich einerseits der Vertreter den Vertrag nachträglich genehmigen (177); andererseits kann die Gegenpartei solange, als die nachträgliche Genehmigung nicht erfolgt ist, den Vertrag widerrufen, es sei denn, daß ihr beim Abschluß des Vertrages der Mangel der Vertretungsmacht nachweislich bekannt gewesen ist (178). Für die nachträgliche Genehmigung des Vertretenen sind analoge Regeln maßgebend wie die, die bei einem Vertrage, den ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung seines Gewalthabers abgeschlossen hat, für die nachträgliche Genehmigung des Gewalthabers gelten (177; s. oben S. 183 d). Hervorgehoben sei, daß die Gegenpartei den Vertretenen zur Erklärung über seine Genehmigung auffordern kann und daß diese Aufforderung eine zwiefache Wirkung hat:

a) Erstens kann der Vertretene, während er vorher seine Genehmigung sowohl gegenüber dem Vertreter wie gegenüber der Gegenpartei erteilen oder verweigern konnte, fortan beide Erklärungen nur noch gegenüber der Gegenpartei abgeben. Ja es werden sogar etwaige Erklärungen, die er vorher gegenüber dem Vertreter abgegeben hat, nunmehr wirkungslos.

b) Zweitens wird das Genehmigungsrecht des Vertretenen nunmehr zeitlich begrenzt: der Vertretene kann die Genehmigung nur binnen vierzehn Tagen seit Empfang der Aufforderung erklären; läßt er die Frist verstreichen, so gilt die Genehmigung als verweigert.

Beispiel. A. verkauft, während sein Vater B. verreist ist, den Siegelring des B. in dessen Namen an seinen Freund C.; beide wissen, daß A. zu dem Verkauf keine Vollmacht hat, sind aber dennoch in gutem Glauben; denn B. hat wiederholt ausgesprochen, daß er den Ring gern verkaufen wolle, wenn jemand ihm 60 Mk. dafür bieten würde; C. hat aber — und zwar lediglich aus persönlicher Freundschaft für A. — sogar 80 Mk. dafür bezahlt; nachträglich bekommt jedoch A. Angst, sein Vater werde über seine Eigenmächtigkeit erzürnt sein; er vereinbart deshalb mit C., daß der ganze Handel wieder rückgängig gemacht werde und sein Vater nichts davon erfahren solle. Hier ist C. trotzdem an den Kauf gebunden. Denn nur der Vater B., nicht sein Sohn A. konnte dem C. die Haftung aus dem in B.'s Namen geschlossenen Vertrage erlassen. Erfährt also B. den Ringverkauf, so kann er ihn noch nach Jahren genehmigen und den C. auf Abnahme des Ringes und Zahlung von 80 Mk. verklagen.

2. Solange der Schwebezustand zu 1 währt, hat der Vertrag andre Wirkungen als die zu 1 genannten — das Genehmigungsrecht des Vertretenen und das Widerrufsrecht der Gegenpartei — nicht. Insbesondere kann sowohl der Vertretene wie der Vertreter weder die Erfüllung des Vertrages fordern noch zur Erfüllung des Vertrages gezwungen werden: der Vertretene nicht, weil

1) Supfa, Vertretung ohne Vertretungsmacht (03).

der Vertreter zum Abschluß des Vertrages für ihn keine Vertretungsmacht besaß, der Vertreter nicht, weil er den Vertrag nicht in eigenem Namen abgeschlossen hat.

3. Anders, wenn der Schwebezustand sein Ende erreicht hat. Es sind alsdann drei Fälle zu unterscheiden.

a) Erster Fall: der Vertretene hat den Vertrag nachträglich gültig genehmigt. Alsdann wird der Vertrag so behandelt, als ob der Vertreter von Anfang an mit zureichender Vertretungsmacht ausgerüstet gewesen wäre (184). Der Vertrag ist also für und gegen den Vertretenen voll wirksam, für und gegen den Vertreter unwirksam (164 I).

b) Zweiter Fall: die Gegenpartei hat den Vertrag, bevor der Vertretene ihn genehmigt hat, gültig widerrufen. Alsdann ist der Vertrag gänzlich wirkungslos: er ist sowohl für und gegen den Vertretenen wie für und gegen den Vertreter unwirksam.

c) Dritter Fall: der Vertretene hat es abgelehnt, den Vertrag nachträglich zu genehmigen, ohne daß zuvor die Gegenpartei ihn widerrufen hat. Hier ist der Vertrag für und gegen den Vertretenen und für den Vertreter wirkungslos. Wohl aber kann er gegen den Vertreter wirksam sein.

α) Ohne Wirkung gegen den Vertreter ist der Vertrag auch hier, wenn die Gegenpartei beim Abschluß des Vertrages nachweislich den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat oder hätte kennen müssen oder wenn der Vertreter nur beschränkt geschäftsfähig war und ohne die Zustimmung seines Gewalthabers gehandelt hat (179 III).

β) Hiervon abgesehen ist der Vertreter der Gegenpartei aus dem Vertrage persönlich haftbar. Er muß eben der Gegenpartei dafür aufkommen, daß die Vertretungsmacht, die er für sich in Anspruch genommen, auch wirklich nachweisbar zu Recht besteht.

αα) Und zwar haftet er regelmäßig der Gegenpartei nach deren Wahl entweder auf Erfüllung des Vertrages, gerade so wie wenn er den Vertrag im eignen Namen geschlossen hätte, oder auf Ersatz des Schadens, den die Gegenpartei dadurch erlitten hat, daß der Vertrag nicht gültig zustande gekommen ist (179 I).

ββ) Nur wenn er beweisen kann, daß er selber den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, wird seine Haftung ermäßigt. Sie geht nämlich alsdann nicht auf Erfüllung oder Schadenersatz, sondern nur auf Schadenersatz. Außerdem umfaßt sie lediglich das negative Geschäftsinteresse der Gegenpartei, d. h. den Schaden, den diese dadurch erlitten hat, daß sie auf die Gültigkeit des Vertrages vertraute, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, das sie an der Gültigkeit des Vertrages hatte (179 II).

Beispiele. I. A. hat seine Villa, die von Sachverständigen auf 58 000 Mk. geschätzt wird, an den Agenten B. als den Vertreter des C. für 80 000 Mk. verkauft; gleich darauf wird ihm von D. 75 000 Mk. für die Villa geboten; er lehnt aber dies Gebot ab, weil er

sich gegenüber C. gebunden glaubt; später stellt sich heraus, daß C. die dem B. erteilte Vollmacht zum Kauf der Villa noch vor dem Kaufabschluß gültig widerrufen hatte und daß er sich weigert, den Kauf nachträglich zu genehmigen. 1. Hier kann A. keinerlei Ansprüche gegen C. erheben. 2. a) Ebenjowenig stehn ihm Ansprüche gegen B. zu, wenn er den Widerruf der Vollmacht B.s gekannt hat oder hätte kennen müssen. b) Undernfalls kann er der Regel nach von B. verlangen, daß dieser ihm die Villa selber abnimmt und ihm 80 000 Mk. dafür bezahlt; er kann aber auch die Villa an C. für den Tagwert von 58 000 Mk. veräußern und von B. Schadensersatz in Höhe von 22 000 Mk. fordern. c) Anders, wenn auch B. den Widerruf der Vollmacht nicht gekannt hat. Alsdann kann A. von ihm nicht die Abnahme und Bezahlung der Villa mit 80 000 Mk. fordern. Ebenjowenig kann er Erstattung der 22 000 Mk. verlangen, die er dadurch einbüßt, daß er die Villa statt für 80 000 Mk. an C. für nur 58 000 Mk. an C. verkauft hat; denn dieser Anspruch wäre nur begründet, wenn A. befugt wäre, an dem durch den Verkauf an C. erzielten Kaufpreise von 80 000 Mk. positiv festzuhalten, und das ist hier, wo B. ebenso schuldlos ist wie A., nicht der Fall. Wohl aber kann er beanspruchen, daß er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Verkaufs an C. nicht schlechter gestellt wird, als wenn dieser Verkauf ganz unterblieben wäre; er kann demgemäß verlangen, daß B. ihm die Differenz zwischen dem von D. gebotenen und nur im Vertrauen auf die Gültigkeit des Verkaufs an C. abgelehnten und dem später von C. gezahlten Kaufpreise, also $75\,000 - 58\,000 = 17\,000$ Mk., erstatte. II. Derselbe Fall wie zu I, 2c; nur hat D. dem A. für die Villa nicht 75 000, sondern 83 000 Mk. geboten, so daß der Schaden, den A. durch sein Vertrauen in die Gültigkeit des Verkaufs an C. erlitten hat, $83\,000 - 58\,000 = 25\,000$ Mk. beträgt. Hier kann A. nicht die Erstattung dieser vollen 25 000 Mk. fordern; denn wenn der Vertrag mit C. gültig zustande gekommen wäre, hätte A. ja nur $80\,000 - 58\,000 = 22\,000$ Mk. verdient, und über diesen Betrag, der das Interesse darstellt, das A. an der Gültigkeit des Verkaufs an C. hatte, geht die Ersatzpflicht B.s nicht hinaus; die von B. zu zahlende Ersatzsumme ist also in diesem Fall genau ebensogroß wie im Fall I, 2b, nämlich 22 000 Mk.

Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, wie sie zu c entwickelt ist, beruht selbstverständlich nicht auf zwingendem Recht: der Vertreter kann sie also bei Abschluß des Vertrages im voraus ablehnen. Und zwar braucht die Ablehnung nicht ausdrücklich zu geschehn, sondern kann im Einzelfall schon dadurch erklärt werden, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht gegenüber der Gegenpartei für zweifelhaft erklärt; dagegen genügt es nicht, wenn er der Gegenpartei einfach alles berichtet, was er selber über seine Vertretungsmacht weiß, so daß diese über die Gültigkeit der Vertretungsmacht geradejogut urteilen kann wie er; denn auch dann muß es nach Wortlaut und Sinn der gesetzlichen Vorschriften dabei bleiben, daß er es ist, der die Verantwortung für die Gültigkeit der Vertretungsmacht übernimmt. — Beispiel. A. kauft dem B. namens des C. ein Pferd ab, indem er sich durch ein ihm zugegangenes Telegramm C.s legitimiert; nachträglich stellt sich heraus, daß das Telegramm gefälscht war, ohne daß A. oder B. es wissen konnte. Hier ist A. dem B. ersatzpflichtig.

II. 1. Die Regeln zu I finden auch auf einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, die gegenüber einem andern vorzunehmen sind, analoge Anwendung, vorausgesetzt, daß

a) bei einseitigen Rechtsgeschäften, die der Vertreter ohne Vertretungsmacht aktiv vorgenommen hat, die Gegenpartei die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei oder unverzüglich nach der Vornahme des Rechtsgeschäfts³ nicht beanstandet hat oder damit einverstanden war, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte (180 Satz 2);⁴

b) bei einseitigen Rechtsgeschäften, die gegenüber dem Vertreter ohne Ver-

2) Abw. Supra a. a. O. S. 192.

3) Siehe oben S. 35.

4) RG. 66 S. 432.

vertretungsmacht vorgenommen sind, der Vertreter mit der Vornahme einverstanden war (180 Satz 3).⁵

2. Hiervon abgesehen sind die Regeln zu I auf einseitige Rechtsgeschäfte, die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht oder gegenüber ihm vorgenommen werden, nicht anwendbar. Der Vertretene kann sie also nicht durch nachträgliche Genehmigung gültig machen, und der Vertreter ist aus ihnen (vom Fall eines Delikts abgesehen) nicht persönlich haftbar (180 Satz 1).

Beispiele. I. A. kündigt namens des Vermieters B., aber ohne Vertretungsmacht, dem Mieter C. dessen Wohnung. 1. C. schweigt auf die Kündigung, weil er in entschuldbarem Irrtum glaubt, B. habe den A. zu der Kündigung bevollmächtigt. a) Hier kann B. die Kündigung nachträglich genehmigen, und zwar auch nach Ablauf der Kündigungsfrist. Dann wird die Kündigung gültig. b) Solange B. nicht genehmigt, kann C. die Kündigung nachträglich als ungültig zurückweisen, und zwar auch dann, wenn er sich dem A. gegenüber mit der Kündigung positiv einverstanden erklärt hat. c) Geschieht weder das eine noch das andre, so ist die Kündigung ungültig; A. ist aber dem C. schadensersatzpflichtig; insbesondere muß er, wenn C. sich inzwischen eine andre Wohnung gemietet hat, ihm deren Mietzins vergüten. 2. C. hat die Kündigung sofort zurückgewiesen, weil A. ihm keine Vollmachtsurkunde vorgelegt hat oder weil die von A. vorgelegte Urkunde ihm verdächtig erschien. Hier darf B. nicht nachträglich genehmigen, und A. ist, wenn B. sich schließlich doch eine andre Wohnung nimmt, nur im Fall eines Delikts schadensersatzpflichtig. II. 1. D. hat eine Hypothek, die ihm an dem Grundstück des E. zusteht, durch Brief an die Adresse von Frau E. als der Vertreterin E.s gekündigt; Frau E. hat für E. keine Vertretungsmacht; trotzdem schreibt sie dem D., daß sie die Kündigung annehme; dem E. macht sie aber erst nach Ablauf der Kündigungsfrist von der Kündigung Mitteilung. Hier gelten die drei im Beispiel I, 1 genannten Sätze analog. 2. Derselbe Fall; nur hat Frau E. den Brief D.s unbeantwortet gelassen. Hier ist die Kündigung nichtig, auch wenn E. sie nachträglich genehmigt; von einer Ersatzpflicht der Frau E. ist keine Rede.

Übrigens ist es zweifelhaft, ob nicht entgegen dem Wortlaut des Gesetzes die Regeln zu I doch auch auf nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte analog anwendbar sind, z. B. auf Auslobungen.

III. Eine besondere im einzelnen abweichende Regelung hat der Fall erfahren, daß der Gewalthaber einer geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Person ohne die erforderliche Genehmigung des Gegenvormundes oder Vormundschaftsgerichts ein Rechtsgeschäft abschließt (s. 1829—1832, 1643 III).

d) Indirekte Stellvertretung.

§ 69 a.

Überaus häufig kommt es vor, daß jemand von einem andern ermächtigt wird, ein Rechtsgeschäft zwar in eigenem Namen, aber im Interesse oder, wie man sich ausdrückt, für Rechnung des andern als dessen Fiduziar vorzunehmen. Er pflegt alsdann als mittelbarer oder indirekter Stellvertreter bezeichnet zu werden.

I. Leitender Grundsatz ist, daß der mittelbare Stellvertreter Dritten gegenüber durchaus wie eine Selbstpartei behandelt wird und das Innen-

5) Hellwig, Jur. Wochenschrift 05 S. 357.

verhältnis zwischen ihm und dem andern, in dessen Interesse er auftritt, nach außen hin ohne jede Bedeutung ist: allein auf seine Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit kommt es bei Vornahme des Rechtsgeschäfts an, nicht auf die Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit des andern; allein sein Kennen oder Kennenmüssen, allein sein Wille und der etwaige Mangel dieses Willens sind entscheidend; nur er wird aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet.

Beispiele. I. A. sieht in einer Versteigerung Silbergerät, das eine verdächtige Ähnlichkeit mit gewissen vor kurzem bei B. gestohlenen Silbersachen hat; er beauftragt nun den Agenten C., dem dieser Verdacht völlig fern liegt, die Sachen in eigenem Namen, aber für seine, des A., Rechnung zu erstehn; C. tut dies auch, läßt sich die Sachen von dem Auktionsator übereignen und übereignet sie sofort weiter an A. Hier hat, auch wenn A.'s Verdacht begründet war, zunächst C. unbedenklich das Eigentum an den Sachen erlangt (932, 935); und war dies einmal geschehn, so ist nicht einzusehn, warum er nicht in der Lage gewesen sein soll, sein Eigentum auf A. weiter zu übertragen. Dagegen hätte A. das Eigentum der Sachen nicht erlangt, wenn er sich des C. als echten Stellvertreters bedient hätte. II. D. verkauft gewisse Waren im Auftrage und für Rechnung des E., aber in eigenem Namen an F., liefert die Waren dem F. aus und führt den von F. bezahlten Kaufpreis an D. ab; nachträglich stellt sich heraus, daß die Waren an großen Mängeln leiden, die E. gekannt, aber dem D. arglistig verschwiegen hat. Hier kann F. keinen Schadenersatz fordern; denn sein Verkäufer war nicht E., sondern D., und dieser ist in gutem Glauben gewesen. Wohl aber kann F. den Kauf wandeln und von D. gegen Rückgabe der Ware Rückzahlung des Kaufpreises fordern; daß D. den Kaufpreis nicht mehr in Händen hat, kann ihn vor dieser Verpflichtung gegenüber F. nicht schützen.

De lege ferenda wird neuerdings befürwortet, die mittelbare Stellvertretung in ihren Wirkungen der unmittelbaren Stellvertretung näher zu rücken. Man wird dies grundsätzlich billigen dürfen, muß sich aber hüten, damit auch die Vorzüge, die die mittelbare Vertretung vor der unmittelbaren zweifellos voraushat, preiszugeben. Einer dieser Vorzüge besteht darin, daß der mittelbare Stellvertreter dem Dritten seinen Auftraggeber nicht zu nennen braucht; an der Anonymität des Auftraggebers kann nämlich sowohl dieser selbst wie auch der mittelbare Stellvertreter ein rechtlich wie sittlich wohl gerechtfertigtes Interesse haben.

II. Gewisse Ausnahmen, die der Grundsatz zu I erleidet, gehören dem Handelsrecht an. An dieser Stelle können sie nicht weiter verfolgt werden.

15. Zustimmung.

§ 70.

In der Lehre von der Geschäftsfähigkeit (oben S. 182 ff.) haben wir erwähnt, daß gewisse Rechtsgeschäfte einer beschränkt geschäftsfähigen Person der Zustimmung des Gewalthabers dieser Person bedürfen, um vollwirksam zu werden, und haben die Rechtsregeln, die für die Zustimmung des Gewalthabers maßgebend sind, eingehend entwickelt. Von diesen Regeln sind nun einige von allgemeiner Bedeutung, indem sie überall zur Anwendung kommen, wo ein Rechtsgeschäft, das jemand gegenüber einem andern vornimmt, zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung eines Dritten bedarf, also namentlich auch bei

1) Müller-Erzbach, Grundzüge der mittelb. Stellvertretung (05).

den Verfügungen eines Nichtberechtigten (oben S. 194, 195) und den Rechtsgeschäften eines Vertreters ohne Vertretungsmacht (oben S. 294). Es handelt sich hier um folgende Regeln.

I. Die Zustimmung kann im voraus und, wenn nichts anderes bestimmt ist, auch nachträglich erteilt werden. Ersterenfalls heißt sie Einwilligung, letzterenfalls Genehmigung (183, 184).¹

II. Die Erteilung sowohl wie die Verweigerung der Zustimmung kann, wenn nichts anderes bestimmt ist, sowohl gegenüber dem, der das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft vorzunehmen gedenkt oder vorgenommen hat, wie gegenüber der Gegenpartei erklärt werden (182 I).

III. 1. Die Zustimmung bedarf keiner Form, auch wenn das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft selbst einem Formzwang unterliegt (182 II).

2. Doch besteht ein indirekter Formzwang wenigstens dann, wenn jemand ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft gegenüber der Gegenpartei vornimmt, für das die Einwilligung eines Dritten erforderlich ist: das Rechtsgeschäft ist hier unwirksam, wenn er nicht die Einwilligung in schriftlicher Form vorlegt und die Gegenpartei das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist; doch ist das Zurückweisungsrecht ausgeschlossen, wenn der Dritte die Gegenpartei von seiner Einwilligung in Kenntnis gesetzt hatte (182 III).

IV. Die Einwilligung ist bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts frei widerruflich, soweit sich nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ein anderes ergibt; der Widerruf kann sowohl gegenüber dem, der das Rechtsgeschäft vorzunehmen gedenkt, wie gegenüber der Gegenpartei erklärt werden (183).

Beispiele. I. A. hat darein gewilligt, daß B. sein Pferd in eigenem Namen an C. veräußert; den zu erzielenden Erlös soll B. nach Abzug von 3% Provision an A. abführen. Hier kann A. so lange, als die Veräußerung noch nicht erfolgt ist, seine Einwilligung jederzeit beliebig widerrufen, obschon er dadurch dem B. die Chance, 3% Provision zu verdienen, entzieht. II. D. hat sein kaufmännisches Geschäft dem C. verpachtet und darein gewilligt, daß C. alle fälligen Geschäftsforderungen in eigenem Namen einzieht und den Erlös behält. Hier kann D. die Einwilligung nicht widerrufen, solange das Rechtsverhältnis zu Recht besteht.

V. Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist (184 I).

Hinzuzufügen ist hier noch, daß durch diese Rückwirkung etwaige Verfügungen nicht unwirksam werden sollen, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen worden oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind (184 II). — Beispiel. Der minderjährige A. hat im März eine ihm gegen B. zustehende Forderung samt den Zinsen seit dem 1. April ohne Einwilligung seines Vormundes C. dem D. abgetreten; im Mai verpfändet aber der Vormund C. diese Forderung dem E.; im Juli genehmigt er die Abtretung der Forderung an D. Hier wird die Abtretung zwar mit rückwirkender Kraft gültig

1) Siehe übrigens RG. 60 S. 416.

so daß die Zinsen der Forderung nicht etwa erst vom Juli, sondern schon vom April ab auf D. übergehen; daneben bleibt aber auch die im Mai geschehne Verpfändung der Forderung gültig.

III. Verschulden und Zufall.

1. Verschulden.¹

§ 71.

I. Der Begriff des Verschuldens (culpa im weitern Sinn) reiht sich gegensätzlich an den des Rechtsgeschäfts an: das Rechtsgeschäft bringt seine Wirkung gemäß dem Willen seines Urhebers hervor; hingegen ist das Verschulden ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldigen, ja oft sogar im Widerspruch zu seinem Willen rechtswirksam. Übrigens kann ein und derselbe Tatbestand zugleich Rechtsgeschäft und schuldhaftes Handeln sein; hier werden dann eben Rechtswirkungen, die dem Willen der Geschäftspartei gemäß, und solche, die ihm vielleicht zuwider sind, miteinander verknüpft.

Beispiel. A. verkauft und übereignet eine Sache, die ihm der Eigentümer B. zur Verwahrung gegeben, in bewußter Verletzung seiner Verwahrerpflichten an den redlichen C. Hier liegt in der Übereignung zugleich ein Rechtsgeschäft A.s gegenüber C. und eine schuldhaftes Rechtsverletzung gegenüber B.; jenes verschafft dem C. das Eigentum der Sache, weil A. es so will; diese macht den A. dem B. ersatzpflichtig, obschon A. diese Ersatzpflicht durchaus nicht will.

II. Wir unterscheiden zwei Hauptarten des Verschuldens, das vorsätzliche Verschulden und die Fahrlässigkeit.

1. a) Vorsätzliches Verschulden (dolus) liegt vor, wenn jemand durch eine absichtliche Handlung oder Unterlassung fremde oder eigene Interessen bewußt schädigt. Und zwar muß die Absicht des Schuldigen auf die Handlung oder Unterlassung als solche gerichtet sein. Nicht nötig ist dagegen, daß sie sich auch auf die schlimmen Folgen der Handlung oder Unterlassung erstreckt. Vielmehr genügt es, wenn der Schuldige zur Zeit der Handlung oder Unterlassung diese Folgen als unausbleiblich voraussah. Dagegen genügt es nicht, wenn er sich nur der Wahrscheinlichkeit oder gar nur der entfernten Möglichkeit des Eintritts dieser Folgen bewußt war; vielmehr gilt in Ansehung solcher unsicherer Folgen sein Verhalten nur dann als vorsätzlich, wenn er gerade diese Folgen beabsichtigt hat.³ Doch ist all dies streitig.⁴

1) Weyl, Arch. f. RN. 14 S. 79; ders., System der Verschuldensbegriffe (05); v. Hippel, Grenze von Vorsatz u. Fahrlässigkeit (03); Meumann, Prolegomena (03); Mauczka, Rechtsgrund des Schadenersatzes (04); Rabel, Haftpflicht des Arztes (04); Randa, Schadenersatzpflicht, 2. Aufl. (08).

2) Ritzmann, Grundriß S. 166 („Verschulden gegen sich selbst“).

3) RG. 57 S. 241. Abw. RG. 56 S. 78.

4) Siehe v. Hippel, Göttinger Festgabe für Regelsberger (01) S. 353; Weyl, System S. 395, 399.

Beispiele. I. A. wirft mit einem Stein nach einer Fenster Scheibe, hinter der B. steht, und zertrümmert die Scheibe. Hier hat er die Scheibe vorsätzlich zertrümmert nicht bloß, wenn seine Absicht gerade darauf ging, die Scheibe zu zerstören, sondern auch dann, wenn er nur den B. zu treffen beabsichtigte, während die Scheibe ihm gleichgültig war. II. Derselbe Fall; nur war seine Absicht, den B. durch den Steinwurf bloß zu erschrecken; ob der Stein die Scheibe zerschlug oder nur laut an sie anschlug, war ihm gleichgültig. Hier hat A. die Scheibe nicht vorsätzlich zertrümmert, und zwar selbst dann nicht, wenn er sich dessen bewußt war, wie sehr er die Scheibe mit seinem Wurf gefährdete.

b) Eine besondere Art des vorsätzlichen Verschuldens ist die Argliß: es ist dies jedes vorsätzliche, schuldhaftes, auf Täuschung eines andern gerichtete Verhalten.⁵

2. a) Fahrlässigkeit (culpa im engeren Sinn)⁶ liegt vor, wenn jemand fremde oder eigne Interessen ohne Vorfaß durch Vernachlässigung der gebührenden Sorgfalt schädigt. Welche Sorgfalt sich „gebührt“, ist der verständigen Verkehrsſitte zu entnehmen: es ist jene Sorgfalt, die die rechte Mitte zwischen der Ängstlichkeit des Pedanten und der Leichtfertigkeit des Unbesonnenen hält. Demnach kommt es darauf nicht an, welche Sorgfalt das einzelne Individuum seinem Charakter nach selber von sich fordert: weder wird dem Sorglosen die Entschuldigung nachgelassen, daß er immer so zerstreut, leichtgläubig oder unordentlich sei wie in dem nun streitigen Fall, noch wird umgekehrt dem Pedanten, der ausnahmsweise einmal die gewohnte Ängstlichkeit überwand und bei diesem ersten Versuch wirklich verständigen Benehmens wider Erwarten Unglück hatte, dies Verhalten als Schuld angerechnet. Dagegen ist im übrigen auf die Individualität des Schuldigen volle Rücksicht zu nehmen: zwar nicht darauf, welche Sorgfalt er gemäß seinem Charakter von sich fordert, wohl aber darauf, welche Sorgfalt er gemäß seinen geistigen und körperlichen Kräften und seiner wirtschaftlichen Lage anzuwenden vermag, kommt es an. Denn der verständige Verkehr und also ihm folgend auch das Gesetz kann eben, auch wenn man hier von den wirklich Unzurechnungsfähigen abſieht, nicht alle Menschen mit gleichem Maß messen, sondern verlangt größere Sorgfalt von dem Fachmann als von dem Unfachverständigen, von dem Gesunden als von dem Kranken, von Männern als von Frauen, von Vierzigjährigen als von Zwanzig- oder Neunzigjährigen.⁷

Beispiele. I. A. gleitet bei Glatteis aus und beschädigt im Hinfallen ein neben ihm stehendes Kind. Ob hierin eine Fahrlässigkeit A.s liegt, hängt unter anderm von dem Alter A.s, von seiner Körperkraft, von seiner Gewandtheit sowie davon ab, ob sein Beruf ihn dazu nötigte, den Gang unter allen Umständen, also auch bei Glatteis, vorzunehmen. II. B. läßt eine fremde Sache, die er in der Hand trägt, aus Schrecken, weil ein Pferd dicht neben ihm durchgeht, fallen. Dies ist Fahrlässigkeit, wenn B. ein robuster Kanonier, es ist im Einzelfall vielleicht keine Fahrlässigkeit, wenn B. ein bleichsüchtiges Nähmädchen ist.

b) Die Fahrlässigkeit ist wieder von zwiefacher Art: sie ist entweder eine leichte oder eine grobe (culpa levis, lata). Auch für die Unterscheidung dieser beiden Arten ist allein die Verkehrsſitte entscheidend.

5) Siehe Wehl, System S. 456.

6) Wendt, Arch. f. ziv. Pr. 87 S. 422.

7) Abw. Wehl, System S. 118.

Beispiel. A. geht nach einer Gesellschaft irrtümlich mit den Gummischuhen des B. nach Hause. Der Regel nach ist dies grobe Fahrlässigkeit, wenn die Gummischuhe B.'s von den seinigen ganz verschieden, leichte Fahrlässigkeit, wenn sie den seinigen sehr ähnlich, gar keine Fahrlässigkeit, wenn sie nicht bloß den seinigen sehr ähnlich, sondern wenn außerdem von einem andern die Plätze der Gummischuhe vertauscht waren.

III. 1. Der häufigste und wichtigste Fall schuldhaften Verhaltens im Rechtsleben ist der der schuldhaften Verletzung fremder Rechte.

a) Die vorsätzliche schuldhafte Verletzung fremder Rechte setzt voraus, daß der Schuldige das Vorhandensein des von ihm verletzten Rechts zur Zeit der Tat gekannt und daß er nicht geglaubt hat, ein das verletzte Recht durchkreuzendes stärkeres Gegenrecht zu haben, kraft dessen er zu seiner Handlung befugt gewesen wäre.

b) Für die fahrlässige Verletzung fremder Rechte gilt diese Voraussetzung nicht: jene kann vorhanden sein, auch wenn der Schuldige nichts von dem Recht wußte, das er verletzt hat, oder wenn er sich irrtümlich ein Gegenrecht zuschrieb, kraft dessen er das fremde Recht hätte verletzen dürfen; nur muß dann jene Unkenntnis oder dieser Irrtum gleichfalls fahrlässig gewesen sein.

Beispiel. A. pflückt Erdbeeren im Walde B.'s. Hier ist das Verhalten A.'s an und für sich ein vorsätzliches. Trotzdem enthält es keine „vorsätzliche“ Rechtsverletzung gegen B., falls A. sich irrtümlicherweise einbildet, B. habe ihm das Pflücken der Erdbeeren erlaubt. Wohl aber kann, wenn A.'s Irrtum ein leichtfertiger war, in A.'s Verhalten eine „fahrlässige“ Rechtsverletzung gegenüber B. liegen.

2. Außer der schuldhaften Verletzung fremder Rechte können aber auch andre Fälle schuldhaften Verhaltens rechtlich bedeutsam werden. Eine große Rolle im Rechtsleben spielt namentlich die schuldhafte Verletzung eigener Interessen, das Verschulden gegen sich selbst.⁸

Beispiele. I. A. versäumt schuldhaft eine ihm zur Wahrung seiner Rechte gesetzte Frist (121 I). II. B. unterläßt es schuldhaft, den C., dem er Sachen zur Aufbewahrung übergeben hat, auf die Zerbrechlichkeit oder den hohen Wert der Sachen aufmerksam zu machen (254). III. D. gerät durch schuldhaft schlechte Wirtschaftsführung in Vermögensverfall (1611 I).

IV. Ist ein Verschulden als solches rechtswirksam, so besteht seine rechtliche Wirkung immer darin, daß den Schuldigen ein Rechtsnachteil trifft: bald muß der Schuldige dem, den er geschädigt hat, Schadensersatz oder Strafe zahlen; bald verwirkt er ein ihm sonst zustehendes eignes Recht, sei es, daß er es gar nicht erst erwirbt, sei es, daß er es nachträglich verliert; bald wird ein von ihm abgeschlossenes Geschäft, das sonst gültig wäre, nun, da er schuldhaft gehandelt hat, ungültig oder umgekehrt. Welcher dieser Rechtsnachteile im Einzelfall eintritt und welches seine Voraussetzungen sind, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Immerhin sind folgende Regeln schon hier zu erwähnen.

1. a) Es gibt Fälle, in denen jemandem nur vorsätzliches Verschulden

8) Bittelmann, Grundriß S. 166.

zugerechnet wird, während er für Fahrlässigkeit, und sei sie noch so gröblich, nicht aufzukommen braucht.

b) Es gibt Fälle, in denen jemandem sowohl vorsätzliches Verschulden wie grobe Fahrlässigkeit zugerechnet wird, während er für leichte Fahrlässigkeit nicht aufzukommen braucht.

c) Es gibt Fälle, in denen jemandem sowohl vorsätzliches Verschulden und grobe Fahrlässigkeit wie auch diejenige leichte Fahrlässigkeit, die er in seinen eignen Angelegenheiten gewöhnlich zu vermeiden pflegt, zugerechnet wird, während er für eine leichte Fahrlässigkeit, die er sich in eignen Angelegenheiten regelmäßig gestattet, nicht aufzukommen braucht (§. 277). Man sagt in Fällen dieser Art, in denen neben der allgemeinen Verkehrsſitte auch die individuellen Gepflogenheiten des Schuldigen als Maßstab für die von ihm aufzuwendende Sorgfalt dienen, daß er „diligentia quam suis“ prästieren müsse oder auch daß er für „culpa in concreto“ hafte.

d) Es gibt endlich Fälle, in denen jemandem sowohl vorsätzliches Verschulden wie Fahrlässigkeit, und sei sie noch so leicht, zugerechnet wird. Und zwar bilden diese Fälle die Regel: wo immer das Gesetz jemandem ein Verschulden zurechnet, ist darunter auch die leichteste Fahrlässigkeit miteinbegriffen, es sei denn, daß das Gesetz das Gegenteil bestimmt hat (§. 276 I).

Beispiele. I. 1. a) Nur für Vorsatz haftet ein Schuldner, dem sein Gläubiger vertragsmäßig jede Haftung für Verschulden erlassen hat; denn dieser Erlaß bezieht sich zwar auf alle Arten der Fahrlässigkeit, nicht aber auch auf vorsätzliches Verschulden (276 II). b) Nur für eine bestimmte Art des vorsätzlichen Verschuldens, nämlich nur für Arglist, haftet, wer einem andern eine fehlerhafte Sache schenkt und ihm dabei den Fehler verschweigt (524 I). 2. Für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet der Finder einer Sache dem Empfangsberechtigten (968). 3. Für Vorsatz, grobe und diejenige leichte Fahrlässigkeit, die er in eignen Angelegenheiten zu vermeiden pflegt, haftet der Ehemann der Ehefrau bei der Verwaltung des ehedräulichen Vermögens (1359, 277). 4. Für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit haftet der Vormund seinem Mündel bei der Verwaltung des Mündelvermögens (1833, 276 I). II. 1. Dem A. werden 10000 Mk., die seiner Ehefrau gehören, aus seinem gut verchloffenen Schreibtisch gestohlen; sie lagen schon drei Tage dort, weil A. es immer wieder vergaß, sie zum Bankier zu bringen. Hier liegt eine Fahrlässigkeit A.s vor; denn so große Geldsummen behält ein ordentlicher Mensch nicht längere Zeit im Hause. Die Fahrlässigkeit ist aber, da es sich nur um drei Tage handelte und der Schreibtisch A.s gut schloß, nur eine leichte. A. ist also seiner Frau nur dann ersatzpflichtig, wenn er sein eignes Geld sorgfältiger zu behandeln pflegt. 2. Derselbe Fall; nur hatte A. den Schreibtisch nicht verschlossen; der Diebstahl ist von A.s Dienstmädchen ausgeführt, dessen Unzuverlässigkeit dem A. bekannt war. Hier ist die Fahrlässigkeit A.s eine grobe; A. ist also seiner Frau sogar dann ersatzpflichtig, wenn er mit seinem eignen Gelde ebenso nachlässig umzugehen pflegt.

2. In manchen Fällen läßt das Gesetz einen Rechtserwerb, der an und für sich mit einem Mangel behaftet war, trotzdem als vollwirksam zu, wenn der Erwerber „gutgläubig“ war, d. h. wenn ihm ohne grobe Fahrlässigkeit die Mangelhaftigkeit seines Erwerbes unbekannt geblieben ist; in diesen Fällen stellt also das Gesetz der Kenntnis jenes Mangels eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich. In andern Fällen wird der Kenntnis sogar eine auf leichter Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleichgestellt; dann spricht

das Gesetz neben dem Kennen von dem „Kennenmüssen“. Doch dürfen diese Regeln nicht verallgemeinert werden. Denn es gibt eine letzte Reihe von Fällen, in denen das Gesetz eine bestimmte Rechtswirkung nur eintreten läßt, wenn die dadurch benachteiligte Partei eine gewisse Tatsache positiv gekannt hat; die Partei geht hier also, wenn ihr die verhängnisvolle Kenntnis mangelt, frei aus, mag ihre Unkenntnis auch auf einer geradezu lächerlichen Fahrlässigkeit beruhen.

Beispiele. I. Der Kenntnis wird eine grobfahrlässige Unkenntnis gleichgestellt in BGB. 932. II. Der Kenntnis wird sogar eine leichtfahrlässige Unkenntnis gleichgestellt in BGB. 179 III. III. Der Kenntnis wird weder eine leicht- noch auch eine grobfahrlässige Unkenntnis gleichgestellt in BGB. 892, 179 II.

3. Kann sich jemand mit seiner Unkenntnis entschuldigen, so kann er sich nicht bloß auf einen tatsächlichen, sondern auch auf einen Rechtsirrtum berufen. So auch in Fällen, in denen der Kenntnis eine fahrlässige Unkenntnis gleichsteht; allerdings wird ein Rechtsirrtum sehr oft fahrlässig sein; aber daß er ausnahmslos fahrlässig wäre, wird man — namentlich dann, wenn die maßgebende Rechtsregel bestritten ist — nicht behaupten dürfen.

Beispiele. A. hat Inhaberpapiere, die zum Nachlaß seines verstorbenen Freundes B. gehören, als dessen Erbe in Besitz genommen und an C. veräußert; sein Erbrecht stützt sich lediglich auf ein Privattestament B.s, von dem sowohl A. wie C. wissen, daß es falsch datiert und deshalb nach der Praxis des Reichsgerichts nichtig ist; sie selber folgen aber der u. a. von mir vertretenen Meinung, daß das Testament gültig ist. Hier wird jeder, der sich meiner Meinung anschließt, die Frage, ob C. das Eigentum der Papiere erworben hat, selbstverständlich bejahen. Aber auch wer der Meinung des Reichsgerichts ist, muß zu demselben Ergebnis gelangen; denn er wird nicht bestreiten können, daß C., von seinem Standpunkt aus, den Mangel des Eigentums auf Seiten A.s nicht gekannt hat und daß diese seine Unkenntnis, obschon vom Standpunkt der reichsgerichtlichen Praxis aus rechtsirrtümlich, doch auf keiner groben Fahrlässigkeit beruht; sonach ist C. bei dem Erwerb der Papiere in gutem Glauben gewesen und hat das Eigentum der Papiere auch dann erlangt, wenn A. in Wirklichkeit nicht Erbe B.s gewesen ist (932, 935).

4. a) Gewisse Personen sind für ihre Verschuldungen nicht verantwortlich; im Anschluß an den Sprachgebrauch des Strafgesetzbuchs kann man sie unzurechnungsfähig nennen. Hierher gehören (828, 827, 276):

α) Kinder unter sieben Jahren;

β) Personen, die das siebente, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, sofern sie zur Zeit der Tat nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besessen haben;

γ) Taubstumme, sofern auch ihnen diese Einsicht fehlt;

δ) Personen, die sich zur Zeit der Tat im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die sogenannte Willensfreiheit ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befanden; doch gilt eine Ausnahme, wenn sich jemand schuldhaft durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt hat; alsdann ist er für den Schaden, den er in diesem Zustande angerichtet hat, so verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiel, es sei denn, daß er nachweislich ohne Verschulden in den Zustand getreten ist.

b) Alle andern Personen sind voll zurechnungsfähig. Doch ist bereits erwähnt, daß auch in ihrem Kreise die Individualität dessen, dem ein Verschulden zur Last gelegt wird, keineswegs gleichgültig ist, sondern im Einzelfall sehr wohl einen Grund zur Verneinung der Schuldfrage abgeben kann (s. oben S. 301⁷).

c) Unzurechnungsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit ist selbstverständlich nicht dasselbe: es gibt geschäftsfähige Personen, die unzurechnungsfähig sind, und umgekehrt.

Beispiele. I. 1. A., der gestern sieben Jahr alt geworden, und B., der drei Tage jünger ist, sind mit Einwilligung ihrer Eltern von C. angestellt, dessen Gänse zu hüten; beide spielen aber so schön zusammen, daß ihnen mehrere Gänse davonlaufen. Hier muß bei A. geprüft werden, ob er die zur Erkenntnis seiner Verantwortung als Gänsehirt erforderliche Einsicht besaß; wird die Frage bejaht, z. B. weil er die Hirtenstelle bereits sechs Monate innehat und im Besitz einiger Erfahrung ist, so ist er dem C. haftpflichtig. Dagegen ist B. unter allen Umständen haftfrei, auch wenn er an Einsicht dem A. entschieden überlegen ist. 2. D. ist ein Trunkenbold, der, wenn er im Rausch ist, alles zertrümmert, was ihm in die Hände kommt. Hier ist D. für den Schaden, den er in sinnloser Trunkenheit anrichtet, ersatzpflichtig, es sei denn, daß er ausnahmsweise für seine Trunkenheit nichts kann. II. Ein zwölfjähriges Kind E. und ein neunzigjähriger Schwachkopf F. setzen durch weggeworfene brennende Streichhölzer einen Stall in Brand; beide haben die zur Erkenntnis ihrer Verantwortung erforderliche Einsicht nicht, E., weil er sie noch nicht gewonnen, F., weil er sie wieder verloren hat. Hier ist E. wegen Unzurechnungsfähigkeit haftfrei. Aber auch den F. werden wir haftfrei lassen müssen; zurechnungsfähig ist er freilich; aber man kann ihm um seiner Verblödung willen nicht den Vorwurf fahrlässigen Verhaltens machen. III. 1. Ein Taubstummer, der über 21 Jahr alt und nicht entmündigt ist, kann unzurechnungsfähig und doch voll geschäftsfähig sein. 2. Wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, ist in klaren Zwischen Augenblicken voll zurechnungsfähig und doch geschäftsunfähig.

Zu beachten ist übrigens, daß die Unzurechnungsfähigkeit die Verantwortung für schuldhaftes Verhalten nicht allgemein, sondern nur bei Delikten und bei der Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung ausschließt (827, 828, 276). Wenn also ein noch nicht siebenjähriges Kind einen Hund solange reizt, bis er auf das Kind losfährt und es beißt, so kann im Einzelfall der Besitzer des Hundes sich durch Berufung auf die „Schuld“ des Kindes (254) haftfrei machen.⁹

V. Überaus häufig wird eine schuldhafte Handlung nicht oder nicht allein dem eigentlichen Täter, sondern auch einem andern oder gar nur ihm als Schuld zugerechnet.¹⁰ Dies geschieht aus zwei völlig verschiedenen Gründen.

1. Der erste Grund ist der, daß dem „andern“ in bezug auf jene Handlung tatsächlich ein persönliches Verschulden zur Last fällt. Die wichtigsten hierhergehörigen Fälle sind folgende.

a) Der „andre“ hat dem Täter Auftrag zu der Handlung gegeben, obschon er wußte oder wissen mußte, daß die Handlung überhaupt nicht vorgenommen werden durfte.

b) Er hat dem Täter Auftrag zu der Handlung gegeben, obschon er

⁹) Beyl, System S. 527; abw. Biermann 1 S. 336.

¹⁰) Nußbaum, Haftung für Hülfspersonen (98); Brückner, Haftung für das rechtswidrige Verhalten anderer (01); N. Hoffmann, Haftung des Schuldners für seine Gehülfen (02).

wußte oder wissen mußte, daß die Handlung zwar vorgenommen werden durfte, aber nicht von dem Beauftragten.

c) Er hat dem Täter befugtermaßen Auftrag zu der Handlung gegeben, hätte ihn aber besser anleiten, beaufsichtigen oder ausstatten sollen (sog. culpa in eligendo et custodiendo).

d) Er hat dem Täter zwar nicht Auftrag zu der Handlung gegeben, aber die Vornahme der Handlung zugelassen, obschon er sie hätte verhindern können und nach Lage des Falls hätte verhindern sollen.

Beispiele. I. Ein Fleischergefell A. bringt im Auftrage des Meisters B. den Kunden verdorbenes Fleisch; B. hat, als er den Auftrag gab, den Zustand des Fleisches gekannt. II. Der tüchtige Gehülfe C. des Uhrmachers D. verdirbt die kostbare Uhr des E. durch einen weder von ihm selbst noch von D. verschuldeten Zufall, als er sie ausbeßert; D. hatte dem E. ausdrücklich versprochen, die Ausbesserung persönlich ohne Gehülfen zu besorgen. III. Rechtsanwält F. als Unterbevollmächtigter des Rechtsanwalts G. verliert den von H. dem G. zur Führung übertragenen Prozeß, weil er eine wichtige Tatsache, die H. dem G. rechtzeitig angezeigt hatte, in dem entscheidenden Termin nicht vorträgt; G. war zur Erteilung der Unter Vollmacht an F. befugt, hat aber vergessen, jene Tatsache dem F. mitzuteilen. IV. Ein Knabe J. gerät mit einem andern als Besuch eingeladenen Knaben K. in Streit und schlägt ihm ein Auge aus; die mit der Aufsicht über die Kinder beauftragte Erzieherin des J. hätte die Schlägerei verhindern können; sie war aber so in einen Roman vertieft, daß sie den Streit gar nicht wahrgenommen hat.

2. Der zweite Grund ist der, daß der „andre“ zu dem Täter in besonders naher Beziehung steht. Um dieser Beziehung willen muß er es in gewissen Fällen dulden, daß ihm die Handlungen des Täters zugerechnet werden wie seine eignen, mag er sich auch für seine Person ganz untätig verhalten haben, und daß ihm demgemäß auch die Schuld des Täters als eigene Schuld zugerechnet wird, mag er für seine Person noch so schuldlos sein. Die wichtigsten dieser Fälle sind — wenn wir zunächst von der Haftung der juristischen Personen für die Verschuldungen ihrer Organe absehen — die folgenden.

a) Bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch oder gegenüber einem Vertreter wird dem Vertretenen, sofern das Rechtsgeschäft überhaupt für oder gegen ihn wirksam ist, die Kenntnis, das Kennenmüssen und also auch wohl die Arglist des Vertreters wie eigene Kenntnis, eigenes Kennenmüssen, eigene Arglist zugerechnet (166 und oben S. 290, 291).

Beispiele. A. hat dem B. namens des C. eine Ware zum Kauf angeboten und ihn dadurch, daß er ihm gewisse Mängel der Ware arglistig verschwie, zum Kauf bestimmt; C. hat dem A. zum Verkauf der Ware Vollmacht gegeben, hat dagegen an A.s Arglist keinen Anteil, da er von den Mängeln der Ware nichts gewußt hat. Hier kann B. trotz des guten Glaubens des C. den Kauf wegen Betruges anfechten (123)¹¹; er kann von C. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern (463)¹²; seine Wandlungs- und Preisminderungsansprüche gegen C. sind der abgekürzten Verjährung entzogen (477 I) usw.

Bezüglich der Haftung des Verkäufers für die Arglist des Vertreters sei noch folgendes bemerkt. Entweder muß man annehmen, daß der Vertreter mit seiner Arglist im Rahmen seiner Vertretungsmacht geblieben oder daß er damit seine Vertretungsmacht überschritten

11) RG. 61 S. 207.

12) Abw. RG. 61 S. 207.

hat. Bei ersterer Annahme ist der Verkäufer für die Arglist des Vertreters selbstverständlich haftbar. Dagegen ist er bei letzterer Annahme haftfrei; es ist aber alsdann zugleich der ganze Kauf unwirksam; denn der Kauf läßt sich nun einmal von der Arglist des Vertreters nicht trennen. Das ist eine sehr einfache Erwägung. Dennoch ist das Reichsgericht in der Anm. 12 genannten Entscheidung nicht auf sie verfallen; dafür wird hier die Haftung des Verkäufers aus dem Grunde bestritten, weil sie den — Motiven widerspricht!!

b) Bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit wird dem Schuldner jedes Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seiner Erfüllungsgehilfen, d. h. der Personen, deren er sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit bedient, wie eigenes Verschulden zugerechnet (278 Satz 1).

α) Die Zurechnung bezieht sich nur auf ein „Verschulden“ des gesetzlichen Vertreters oder der Erfüllungsgehilfen; jede Entschuldigung, die diesen zugute kommt, kommt also mittelbar auch dem Schuldner zugute, es sei denn, daß sie nur in der Abwälzung der Schuld auf den Schuldner selbst oder auf andre Personen, für die der Schuldner haftbar ist, besteht.

β) Die Zurechnung bezieht sich nur auf ein Verschulden bei „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ und gilt demgemäß auch nur gegenüber dem Gläubiger dieser Verbindlichkeit.

γ) Die Zurechnung bezieht sich nur auf ein Verschulden des „gesetzlichen Vertreters“ und der „Erfüllungsgehilfen“. Und zwar muß das Verschulden dem gesetzlichen Vertreter und den Erfüllungsgehilfen als solchen zur Last fallen; beide müssen also bei Ausübung der ihnen zustehenden Verrichtungen schuldhaft gehandelt haben.

Beispiele. I. 1. Konditor A. hat dem B. eine Torte zu liefern; er packt sie demgemäß in einen Korb und schickt seinen Laufburschen C. mit dem Korb zu B.; C. läßt aus Unachtsamkeit den Korb fallen, und die Torte verdirbt. Hier wird diese Unachtsamkeit C.s dem A. als Schuld zugerechnet. 2. Derselbe Fall; nur hat C. den Korb nicht fallen lassen, sondern D., der sehr viel stärker war als C., hat ihm den Korb aus der Hand gerissen. Hier ist C. und also auch A. entschuldigt. Anders nur, wenn C. ein besonders schwächlicher und furchtsamer Junge war; denn dann hätte A. ihn nicht als Laufburschen verwenden sollen; demnach wäre in diesem Fall zwar C., nicht aber auch A. entschuldigt. II. 1. a) Der bei dem Fuhrherrn E. angestellte Kutscher F. fährt mit seinem Einspanner derart in einen Straßenbahnwagen, daß sowohl sein eigener Fahrgast G. wie auch der im Tramwagen sitzende H. beschädigt werden. Hier wird das Verschulden des F. dem E. nur im Verhältnis zu G., nicht aber auch im Verhältnis zu H. zugerechnet. Denn nur G. war Gläubiger E.s; nur ihm gegenüber stellte die von F. gelenkte Fahrt die Erfüllung einer Verbindlichkeit dar. Dagegen war H. für ihn ein Fremder, dem er nichts schuldig war. b) Bei der Entscheidung zu a ist angenommen worden, daß F. seinen Fahrgast G. im Namen E.s angenommen hatte; hatte er ihn dagegen in eigenem Namen angenommen, so war auch nur er selbst und nicht E. der Schuldner G.s; das Verschulden F.s darf also in diesem Fall dem E. auch im Verhältnis zu G. nicht zugerechnet werden. 2. F., der Diener des Arztes R., der von R. mit dem Empfang seiner Patienten betraut war, stiehlt dem im Wartezimmer R.s sitzenden L. einen Überzieher, den dieser im Korridor aufgehängt hatte. Hier ist das Verschulden des F. dem R. nur zuzurechnen, wenn R. nach Lage des Falls verpflichtet war, irgendwie für die Garderobe der wartenden Patienten zu sorgen; denn nur in diesem Fall hatte R. sich des F. zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber L. bedient. 3. M. speist im Restaurant N.s zu Nacht; ein Kellner N.s, D., der aber nicht an N.s Tisch zu bedienen hat, gleißt ihm aus Ungeschicklichkeit im Vorbeigehn den Inhalt eines Suppentellers auf den Boden. Hier wird dies Verschulden D.s dem N. nicht zugerechnet; denn N. hatte den

D. gar nicht zur Bedienung des M. verwendet; sonach ist das Versehen D.s zwar bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit des N., aber nicht gerade bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit des N. gegenüber dem M. vorgekommen. Richtig ist allerdings, daß N. gegenüber dem M. unter anderm auch verpflichtet war, dafür Sorge zu tragen, daß ihm in dem Restaurant kein Unfall zustoße; ich bestreite aber, daß N. mit der Erfüllung dieser seiner Verbindlichkeit alle seine Kellner betraut hatte oder hätte betraun müssen, sondern meine, daß auch diese Fürsorge nur dem einen Kellner übertragen war, der an M.s Tisch zu servieren hatte. Man vergleiche dazu die strengere Vorschrift des Handelsgesetzbuchs, die den Frachtführer für jedes Verschulden „seiner Leute“ haften läßt (§ 431). III. 1. Der zwanzigjährige von B. bevormundete D. hat ein Schneidergeschäft geerbt; B. leitet das Geschäft persönlich, obgleich er von der Schneiderei viel weniger versteht als sein Mündel; so kommt es, daß ein Anzug, den N. zur Abänderung in das Geschäft gebracht hat, total verdorben wird, weil B. gegen den ausdrücklichen Widerspruch des D. dem mit der Arbeit betrauten Gesellen verkehrte Anweisungen gegeben hat. Hier wird die Torheit des B. dem D. zugerechnet. 2. In eben diesem Geschäft macht sich der Lehrling S., der den abgeänderten Anzug dem N. bringen soll, in seinem Tatendrang eigenmächtig daran, den Anzug nochmals aufzubügeln, und verdirbt ihn dabei noch mehr. Hier kann diese Torheit des S. dem D. nicht zugerechnet werden.

VI. Die bei einem konkreten Rechtsverhältnis beteiligten Parteien können das Maß der Sorgfalt, das sie gegenseitig beobachten sollen, vertragsmäßig strenger oder milder bestimmen, als das Gesetz es tut. Indes gibt es einige Ausnahmen von dieser Regel. Insbesondere kann einem Verpflichteten die Haftung für vorsätzliches Verschulden bei Erfüllung seiner Verpflichtungen nicht im voraus erlassen werden; doch gilt dies bloß für eignes vorsätzliches Verschulden, während die Haftung für das vorsätzliche Verschulden von Vertretern und Gehülften (oben V, 1, 2) sehr wohl erlaßbar ist (276 II, 278 Satz 2).

2. Zufall.¹

§ 72.

I. Der im vorigen Paragraphen entwickelte Satz, daß die rechtliche Wirkung eines Verschuldens stets ein Rechtsnachteil für den Schuldigen ist, darf nicht dahin umgekehrt werden, daß demjenigen, dem ein Verschulden nicht zur Last fällt, aller und jeder Rechtsnachteil erspart bleibe. Vielmehr gibt es Rechtsregeln in Hülle und Fülle, die auch schuldlose Personen mit Rechtsnachteilen aller Art belasten. Man sagt alsdann, daß diese Personen rechtlich von einem Zufall (casus) betroffen werden.

Beispiele. I. A. hat das Haus des B. fahrlässig in Brand gesteckt; B. kann demnach von A. und, da das Haus bei C. gegen Feuergefahr versichert ist, auch von C. Schadenersatz fordern; unter dem Brande haben also A., C. und in der Zwischenzeit, bis ihm der Schadenersatz geleistet wird, auch B. zu leiden. Hier hat A. sein Leiden „verschuldet“, während es für B. und C. „zufällig“ entstanden ist. II. D. hat sein Haus dem E. ver-

1) R. Merkel, Kollision rechtm. Interessen (95); E. Jung, Delikt und Schadensverursachung (96); M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung (96); ders., Zufall im Recht (96).

kauft; gleich nachdem er es dem E. übergeben hat, wird es durch einen Bergsturz zerstört. Hier ist der Unfall sowohl für D. wie für E. ein „Zufall“. Doch wird nur E. von dem Unfall „betroffen“. Denn D. kann von E. trotz des Unfalls den vollen für das Haus bedungenen Kaufpreis fordern (446).

II. Die einzelnen hierhergehörigen Rechtsregeln lassen ein festes Prinzip vermessen: sie sind in höchstem Maß planlos und willkürlich, als hätte der Gesetzgeber sie nicht ausgewählt, sondern ausgewürfelt. Von allgemeinerer Bedeutung sind die folgenden.

1. In einigen Fällen haftet jemand für den Schaden, den er durch sein eigenes Verhalten anrichtet, dem Geschädigten auch dann, wenn dies Verhalten kein schuldhaftes ist, nämlich:

a) wenn er eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung in der Erwartung abgibt, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden (118, 122);

b) wenn er eine Willenserklärung, die er abgegeben, wegen Irrtums oder wegen unrichtiger Übermittlung ansieht (119, 120, 122);

c) wenn er ein Rechtsgeschäft als Vertreter eines andern vornimmt oder sich gegenüber vornehmen läßt, ohne Vertretungsmacht für den andern zu haben (179, 180);

d) wenn er unrechtmäßig zur Selbsthilfe greift (231);

e) wenn er die Anordnung ungerechtfertigter Arreste oder einstweiliger Verfügungen erwirkt (ZPO. 945);

f) wenn er aus einem vorläufig vollstreckbaren, später aufgehobenen Urteil die Zwangsvollstreckung betreibt (ZPO. 717 II);

g) wenn er im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit eine Handlung begeht, die ein Delikt sein würde, wäre er zurechnungsfähig gewesen (829).

Beispiele siehe oben S. 258, 296.

Die Regeln zu 1 geben selbstverständlich zu vielen Zweifeln Anlaß. I. Bei der Regel zu c ist bestimmt, daß die Haftung des Pseudovertrinters fortfällt, wenn er beschränkt geschäftsfähig war und ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat. Dasselbe ist für die Fälle a und b und wohl auch für die Fälle d—f anzunehmen. II. Bei den Regeln a—f wird die Haftung auch Platz greifen, wenn nicht der Haftpflichtige selbst, sondern ein Vertreter mit Vertretungsmacht für ihn gehandelt hat; bei den Regeln zu c und d ist dies freilich schwierig zu begründen.

2. In einigen Fällen haftet jemand für den Schaden, den andre Personen schuldhaft anrichten, dem Geschädigten auch dann, wenn er an dem Verhalten der andern persönlich nicht mitschuldig ist; der hierhergehörige Hauptfall — Haftung des Schuldners für seinen gesetzlichen Vertreter und seine Erfüllungsgehilfen (278) — ist bereits im vorigen Paragraphen erwähnt.

Beispiele siehe oben S. 307.

3. In einigen Fällen haftet jemand für den Schaden, den Tiere anrichten, dem Geschädigten auch dann, wenn er an dem Schaden persönlich nicht schuldig ist (833).

Beispiele siehe unten § 166.

4. In einigen Fällen haftet jemand für den Schaden, der durch irgendein Ereignis angerichtet ist, dem Geschädigten auch dann, wenn er an dem Ereignis unschuldig ist, vorausgesetzt, daß das Ereignis ein „innerer“ Zufall ist, während er haftfrei ist, wenn es sich um einen „äußeren“ Zufall handelt. Aus dem bürgerlichen Gesetzbuch gehört hierher die Haftung des Gastwirts für die eingebrachten Sachen der Reisenden (701).

a) Ein Zufall ist ein „innerer“, wenn er dem individuellen Kreise des Haftpflichtigen entstammt. Demnach ist ein innerer Zufall im Betriebe eines Gastwirts namentlich:

α) das eigne schuldlose Verhalten des Wirts;

β) das schuldhafte oder schuldlose Verhalten seiner Leute, d. h. seines etwaigen gesetzlichen Vertreters, seiner Erfüllungsgehilfen und seiner sonstigen Angestellten;

γ) das von ihm nicht verschuldete Versagen seiner Betriebseinrichtungen oder Werkzeuge.

b) Ein Zufall ist ein „äußerer“ oder gilt, wie man sich auch auszudrücken pflegt, als „höhere Gewalt“ (vis major), wenn er außerhalb des individuellen Kreises des Haftpflichtigen entstanden ist. Demnach sind im Betriebe eines Gastwirts äußerer Zufall oder höhere Gewalt namentlich:

α) Naturereignisse, es sei denn, daß sie von dem Wirt oder seinen Leuten unschädlich gemacht werden konnten;

β) Raub und Diebstahl, es sei denn, daß sie von dem Wirt selbst oder von seinen Leuten oder von seinen Gästen begangen sind oder von dem Wirt oder seinen Leuten hätten verhindert werden können;

γ) Eingriffe der Obrigkeit, es sei denn, daß sie von dem Wirt oder seinen Leuten veranlaßt sind.

Beispiel. Der Hotelomnibus des A. fällt in einen Graben, weil die Brücke, die über den Graben führt, in dem Augenblick einstürzt, als der Wagen sie passiert; dabei wird ein Koffer, den der Wagen dem bei A. logierenden B. zuführen soll, beschädigt; weder A. noch einer seiner Leute konnte den Einsturz der Brücke hindern oder auch nur voraussehen. Hier ist A. dem B. haftbar, wenn die Brücke zu seinem Hotel gehörte; er ist haftfrei, wenn sie eine öffentliche Brücke war. Denn in ersterem Fall war der Einsturz der Brücke ein innerer Zufall; im zweiten war sie höhere Gewalt.

Die Unterscheidung zwischen inneren und äußeren Zufällen ist nicht immer leicht. Doch ist sie so sinnvoll, daß man nur wünschen kann, ein künftiger Gesetzgeber möge sie milder sparsam anwenden, als dies jetzt im BGB. geschehen, und die Haftung eines Schuldners für Zufall bis zur höheren Gewalt zur allgemeinen nur vielleicht von einzelnen Ausnahmen durchbrochenen Regel erheben. Denn die inneren Zufälle gehören derselben Sphäre an, der der Schuldner auch alles Glück, das ihm im Leben zuteil wird, zu verdanken hat; nimmt er dies Glück hin, ohne zu fragen, ob er es verdient hat, so muß er auch das Übel, das jener Sphäre entspringt, auf sich nehmen, ohne zu fragen, ob er es verschuldet hat. Ist doch sein Gläubiger an dem Übel ebenso unschuldig! Und wenn nun einmal ein Unschuldiger das Unglück tragen muß, so kann man es weit eher ihm zumuten als dem Gläubiger, eben weil er der Quelle des Übels näher steht als dieser.

Übrigens ist der Begriff der Haftung bis zur höheren Gewalt sehr umstritten. Die nähere Erörterung der Streitfrage mag aber dem Handelsrecht überlassen bleiben.

5. In zahlreichen Fällen verwirkt ein Recht oder erleidet einen sonstigen Rechtsnachteil, wer eine bestimmte Frist nicht einhält, auch dann, wenn er an der Versäumnis der Frist nicht schuld ist (121 II, 124 III, 864 I usw.). Dabei wird aber mitunter eine Ausnahme für den Fall gemacht, daß die Versäumnis der Frist durch einen äußeren Zufall der zu 4. genannten Art — man nennt ihn auch hier höhere Gewalt — verursacht ist (203 II, 1996).

Beispiel. A. ist von B. überfallen und derart mißhandelt worden, daß er wochenlang besinnungslos danteilerlag; dadurch ist es ihm unmöglich gemacht, eine Wandlungs- und eine Besitzstörungsklage, die er anzustrengen vorhatte, rechtzeitig zu erheben. Hier bleibt erstere Klage unverjährt, während letztere durch Fristablauf erlischt; denn seine Mißhandlung durch B., die als höhere Gewalt anzusehen ist, hemmt den Lauf der Verjährungsfrist bei der Wandlungs-, nicht aber den Lauf der Ausschlussfrist bei der Besitzklage (s. 477, 203 II, 864 I).

6. In zahlreichen Fällen bleibt ein Schaden, von dem jemand tatsächlich ohne seine Schuld betroffen ist, auf dem Geschädigten haften, weil auch alle andern Personen an dem Schaden unschuldig sind und deshalb kein rechtlicher Anlaß vorliegt, den Schaden auf einen andern abzuwälzen.

Beispiel. Durch einen Sturm bei dichtem Nebel werden die Schiffe des A. und des B. so aufeinandergetrieben, daß sie zusammenstoßen, ohne daß jemand es hätte verhindern können; das Schiff des A. erleidet dabei einen Schaden von 60000, das des B. einen von 3000 Mt. Hier behalten sowohl A. wie B. ein jeder seinen Schaden; denn keiner kann ihn auf einen andern abwälzen.

IV. Zeitablauf.

1. Berechnung der Zeit.

§ 73.

I. Die Zeit kann durch einfachen Hinweis auf den Kalender — sei es auf einzelne Kalendertage, sei es auf die im Kalender angegebenen größeren Zeiträume (Kalenderwochen, Kalendermonate, Kalendervierteljahre usw.) — bestimmt werden. Der Sinn derartiger Bestimmungen ist unserem, dem gregorianischen, Kalender, unter Zugrundelegung der mitteleuropäischen Tageszeit (RGes. v. 12. März 1893), zu entnehmen.

Beispiele. I. A. ist auf Fastnachtdienstag 1909 von B. als Lohndiener für einen Ball engagiert. Hier muß er bei B. an dem Tage erscheinen, den der gregorianische Kalender als den 23. Februar 1909 bezeichnet. II. C. darf seine Wohnung bei D. nur auf den Schluß einer Kalenderwoche kündigen. Hier muß er die Kündigung auf einen Tag erklären, der nach dem gregorianischen Kalender als Ende einer Kalenderwoche gilt, also auf irgend einen beliebigen Sonnabend.

Unter der „Mitte“ eines Kalendermonats soll immer der 15. verstanden werden (192).

II. Im Gegensatz zu der Rechnung mit Kalenderzeit steht die Rechnung mit beweglicher Zeit, insbesondere mit Wochen, die nicht mit einem Sonn-

tage, oder mit Monaten, die nicht mit dem ersten des Monats beginnen. Hier gelten folgende Regeln.

1. Erster Fall: als Anfang einer Frist ist der Beginn eines Tages angegeben (187 II Satz 1, 188).

a) Alsdann muß, wenn von diesem Anfang an die Frist nach Tagen bestimmt ist, der Anfangstag bei der Berechnung der Frist mitgezählt werden.

b) Ist die Frist nach Wochen bestimmt, so endigt sie mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche, der dem Tage vorhergeht, der den gleichen Wochentagsnamen hat wie der Anfangstag.

c) Ist die Frist nach Monaten, Viertel- oder Halbjahren oder ganzen Jahren bestimmt, so endigt sie mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, der dem Tage vorhergeht, der durch seine kalendermäßige Zahl dem Anfangstermin der Frist entspricht; fehlt in dem Schlußmonat ein Tag mit entsprechender Zahl, so endigt die Frist mit dem Ablauf des letzten Tages des Schlußmonats. Darauf, daß die Monate und in geringerem Maß auch die Jahre verschieden lang sind, wird also keine Rücksicht genommen.

2. Zweiter Fall: als Anfang der Frist ist nicht der Beginn eines Tages, sondern ein mitten in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt angegeben. Dann wird die Fristberechnung genau mit diesem Zeitpunkt begonnen. Aber sie wird nicht genau mit dem entsprechenden Zeitpunkt des Schlußtages abgeschlossen. Der Schlußtag wird vielmehr als unteilbar behandelt. Die Frist endigt deshalb entweder mit dem Beginn oder mit dem Ablauf des Schlußtages. Ersteres gilt nur bei der Berechnung des Lebensalters (187 II Satz 2, 188); letzteres gilt bei allen andern Fristen nach Maßgabe folgender näheren Regeln (187 I, 188).

a) Ist die Frist nach Tagen bestimmt, so gehört der Anfangstag von dem entscheidenden Zeitpunkt ab mit zur Frist; trotzdem wird der Anfangstag bei der Berechnung der Frist nicht mitgezählt.

b) Ist die Frist nach Wochen bestimmt, so endigt sie mit dem Ablauf des Tages der letzten Woche, der den gleichen Wochentagsnamen hat wie der Anfangstag.

c) Ist die Frist nach Monaten, Vierteljahren usw. bestimmt, so endigt sie mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, der durch seine kalendermäßige Zahl dem Anfangstermin der Frist entspricht; fehlt im Schlußmonat ein Tag mit entsprechender Zahl, so endigt die Frist mit dem Ablauf des letzten Tages des Schlußmonats.

Beispiele. I. Die Frist beginnt Donnerstag den 30. September 1909; sie beträgt 3 Tage — zwei Wochen — einen Monat — 5 Monate — 6 Jahre. Dann endigt sie, je nachdem der Fristanfang auf den Beginn des 30. September oder einen mitten in diesen Tag fallenden Zeitpunkt gelegt ist: am 2. oder am 3. Oktober 1909, am Mittwoch dem 13. oder am Donnerstag dem 14. Oktober 1909, am 29. oder am 30. Oktober 1909, am 28. Februar 1910, am 29. oder am 30. September 1915. II. Wer am 5. Mai 1900 abends 11 Uhr geboren

ist, wird volljährig um die Mitternachtsstunde, mit der der 5. Mai 1921 beginnt, obschon ihm noch 23 Stunden an vollen 21 Jahren fehlen.

3. Dritter Fall: als Anfang einer Frist ist schlechthin ein bestimmter Tag angegeben, ohne daß gesagt wird, ob die Frist mit dem Beginn des Tages oder mit einem in den Lauf des Tages fallenden Zeitpunkt oder gar erst mit dem Ende des Tages anfangen soll. Als dann ist im Zweifel die Frist vom Beginn des Tages ab unter Anwendung der oben zu 1 bezeichneten Rechnungsart zu bestimmen. Nur wenn „heute“ als Anfangstag bestimmt wird, ist dies im Zweifel dahin zu verstehen, daß die Frist mit dem Augenblick, in dem die Bestimmung getroffen wird, also mitten im heutigen Tage beginnen soll; es ist demgemäß die oben zu 2 bezeichnete Rechnungsart anzuwenden: „von heute ab“ ist also gleichbedeutend mit „von morgen ab“. — Beispiele. I. Ein dreijähriger Mietvertrag vom 1. Oktober 1909 ab endet schon am 30. September 1912. II. Ein Darlehn, von heute, Montag, ab in drei Tagen zurückzuzahlen, muß am Donnerstag zurückgezahlt werden.

4. a) Eine nach Stunden bemessene Frist ist genau von Augenblick zu Augenblick zu rechnen; „24 Stunden“ ist also nicht gleichbedeutend mit „ein Tag“; beginnt z. B. die Frist Mittwoch um 3 Uhr, so endet eine vierundzwanzigstündige Frist Donnerstag um 3 Uhr, eine eintägige Donnerstag um Mitternacht.

b) Eine Frist von acht Tagen ist, wenn die Rechnungsart zu 1 Platz greift, = 8, wenn die Rechnungsart zu 2 Platz greift, = 7 Tagen anzusetzen.¹

c) Ein halber Monat beträgt 15 Tage; ist eine Frist auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 Tage zuletzt zu zählen (189 II); so endet eine Frist von 2½ Monaten, die am 29. oder 31. Dezember 1897 beginnt, am 15. März 1898.

d) Ist ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren in dem Sinn bestimmt, daß er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht — z. B. ein Geschäftsreisender soll mindestens 10 Monate im Jahre auf Reisen sein — so ist der Monat = 30 Tagen, das Jahr = 365 Tagen anzusetzen (191). Bei der Berechnung rechtsgeschäftlicher Zinsen wird im gewerblichen Verkehr das Jahr = 360 Tagen angesetzt.

e) Im Fall der Verlängerung einer Frist ist die neue Frist nicht von dem Tage, an dem die Verlängerung bewilligt ist, sondern erst vom Ablauf der alten Frist zu berechnen (190).

III. Gemeinsam für die kalendermäßigen und die beweglichen Fristen gelten folgende Regeln.

1. a) Ist an einem bestimmten Tage („Termin“) eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der Tag auf einen Sonntag oder einen andern am Erklärungs- oder Leistungsort staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt an die Stelle des Feiertags der nächstfolgende Werktag (193).²

b) Die gleiche Regel gilt, wenn die Erklärung oder Leistung binnen einer bestimmten Frist zu bewirken ist und der letzte Tag der Frist auf einen Feiertag fällt: die Frist wird also bis zum nächstfolgenden Werktag verlängert (193).

c) Gleichgültig ist es dagegen, ob ein Feiertag den Anfang einer Frist bildet oder mitten in die Frist hineinfällt.

Beispiele. I. 1. A. soll eine Leistung „nach vier Tagen“ machen. Hier ist Leistungstermin, wenn die Frist mit dem 22. oder dem 23. oder dem 24. oder dem 25. Dezember 1908

1) Rehbain 1 S. 292. Anders § 73. 359 II.

2) Kuborff, Arch. f. ziv. Pr. 102 S. 405.

beginnt, gleichmäßig Montag der 28. Dezember 1908. Die angeblich viertägige Frist kann sich also mit Rücksicht auf die drei aufeinander folgenden Feiertage bis auf sieben Tage verlängern. 2. A. soll eine Leistung „binnen vier Tagen“ machen. Hier ist Leistungszeit, wenn die Frist am 22. oder am 23. oder am 24. oder am 25. Dezember 1908 beginnt, gleichmäßig die ganze Zeit vom Beginn der Frist bis zum 28. Dezember 1908. II. B. darf laut Abrede seine Wohnung bei C. nur auf den Schluß eines Kalendervierteljahrs kündigen und muß die Kündigung ein Vierteljahr vorher erklären. Hier brauchte B., wenn er auf den 31. März 1906 kündigen wollte, die Kündigung nicht schon am 31. Dezember 1905, einem Sonntage, sondern erst am folgenden Dienstage, dem 2. Januar 1906, zu erklären.

Welche Tage als allgemeine Feiertage gelten, bestimmt das Landesrecht. In Preußen herrschen mannigfache provinzielle Verschiedenheiten, während z. B. in Sachsen und Baden eine einheitliche Normierung der Feiertage für das ganze Land erfolgt ist (sächs. B. v. 6. 7. 99 § 8; bad. B. v. 11. 11. 99 § 2).

2. Darauf, ob die beteiligten Parteien durch Krankheit, Ausbruch eines Krieges u. dgl. verhindert waren, am Termin oder innerhalb der Frist die Willenserklärung abzugeben oder die Leistung zu bewirken, kommt es nicht an.

IV. Alle vorstehend entwickelten Regeln gelten aber nur ergänzend, also nur, wenn nicht Gesetz, gerichtliche Verfügung oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt. Und derartige abweichende Bestimmungen kommen sehr oft vor. Namentlich die zuletzt genannte Regel (III, 2) muß viele Ausnahmen erleiden.

2. Rechtliche Wirkung der Zeit.

a) Verjährung.¹

α) Begriff und Anwendungsgebiet der Verjährung.

§ 74.

I. Die Verjährung (*praescriptio*) bedeutet, daß Rechte, wenn sie eine bestimmte Zeit hindurch nicht ausgeübt werden, an Kraft verlieren. Damit soll nicht etwa der Berechtigte für die Mißachtung seiner Rechte gestraft werden; denn die Verjährung greift selbst dann Platz, wenn jener seine Säumnis mit den triftigsten Gründen zu rechtfertigen vermag. Vielmehr soll die Verjährung die Interessen des Verpflichteten schützen. Denn diesem wird die Verteidigung um so mehr erschwert, je später der Gegner mit seinem angeblichen Recht hervortritt: ursprünglich konnte er vielleicht den trügerischen Beweis, den der Gegner für sein Recht darzubieten in der Lage war, durch Gegenbeweise (Gegenurkunden, Gegenzeugen, Augenschein) widerlegen oder Einwendungen gegen das Recht vorbringen: jetzt hat die Zeit seine Verteidigungsmittel geschwächt oder zerstört. Auch wirkt die Verjährung wirtschaftlich günstig ein; denn unklare, streitige Rechtsverhältnisse sind für alle Beteiligten vom

1) Heymann, Vorschützen der Verjährung (95); Hölder, Arch. f. BR. 11 S. 217; Hegelsberger, Jahrb. f. Dogm. 41 S. 328; Rosenberg, Verjährung u. gesetzliche Befristung (04); Weik, Verjährung u. gesetzl. Befristung (05); Jourdan, prescription d'après le code civil allemand (06); Ruz, Arch. f. ziv. Pr. 101 S. 435.

Übel; die Verjährung nötigt aber den Berechtigten, die Klarstellung seiner Ansprüche zu beschleunigen. Beide Erwägungen zusammen rechtfertigen nicht bloß die Verjährung überhaupt, sondern sprechen insbesondre für möglichste Kürze der Verjährungsfristen. Sie rechtfertigen auch die Regel, daß die Parteien nicht im voraus auf die Verjährung ganz verzichten oder die Verjährung auch nur, etwa durch vertragsmäßige Verlängerung der Verjährungsfristen, erschweren dürfen, während ihnen eine Erleichterung der Verjährung, etwa durch vertragsmäßige Verkürzung der Verjährungsfristen, unbenommen ist (225; Ausnahmen 477 I Satz 2, 490 I, 638 II usw.).

II. 1. Die Verjährung trifft die Rechte nur insoweit, als sie Ansprüche sind (s. oben S. 58, 59). Soweit ein Recht Bestimmungs- oder Vertrauensmacht ist, unterliegt es einer Verjährung nicht (194 I).

Beispiele. I. Keine Verjährung beim Anfechtungs-, Rücktritts-, Aufrechnungs-, Zurückbehaltungsrecht oder beim Recht zum Pfandverkauf! Denn diese Rechte sind keine Ansprüche. Eine andre Frage ist, ob, wenn schon das Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht und das Recht des Pfandverkaufs selber keiner Verjährung unterliegt, mit verjährten Ansprüchen aufgerechnet oder eine Sache wegen verjährter Ansprüche zurückbehalten oder ein Pfand wegen verjährter Ansprüche verkauft werden darf; hierüber s. unten 326 γ, 330^o, 330, 2b. II. Keine Verjährung bei dinglichen Rechten, solange sie nicht verletzt sind! Denn diese Rechte enthalten Ansprüche erst, wenn ihnen jemand zuwiderhandelt. III. Wohl aber Verjährung (vorbehaltlich der Ausnahmen unten zu 2) bei allen Forderungsrechten! Denn diese Rechte enthalten stets Ansprüche.

2. Auch soweit die Rechte Ansprüche sind, werden sie von der Verjährung nicht ausnahmslos getroffen. Unverjährbar sind vielmehr:

a) Ansprüche aus familienrechtlichen Verhältnissen insoweit, als sie auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet sind (194 II);

b) Ansprüche aus Rechten, die im Grundbuch eingetragen sind, es sei denn, daß sie auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gehn (902);

c) der Anspruch auf Zustimmung zu einer Grundbuchberichtigung (898);

d) gewisse nachbarrechtliche Ansprüche (924);

e) der Anspruch auf Aufhebung einer Gemeinschaft (758).

Beispiel. Frau A. hat sich gleich nach Eingehung der Ehe mit ihrem Mann entzweit und ist von ihm verstoßen worden; seitdem sind fünfzig Jahre verflossen, ohne daß sich die Gatten umeinander bekümmert haben. Hier kann die A. das Fest ihrer goldnen Hochzeit damit begehren, daß sie von ihrem Mann verlangt, er solle sie nunmehr wieder bei sich aufnehmen und ihr fortab standesmäßigen Unterhalt gewähren; denn dieser Anspruch ist unverjährbar. Dagegen würde die A. mit dem Anspruch, daß ihr Mann ihr auch den Unterhalt für die verflossenen fünfzig Jahre nachträglich gewähre, nicht durchdringen; denn dieser auf die Vergangenheit gerichtete Anspruch ist zum weitaus größten Teil verjährt.

β) Dauer der Verjährung.

§ 74 a.

I. Die Verjährungsfrist ist entweder eine lange oder eine abgekürzte. Jene beträgt nicht weniger als dreißig Jahre (195); diese beträgt bald sechs Wochen, bald sechs Monate, bald ein, zwei, drei, vier oder fünf Jahre (490, 477, 1623, 1302, 2332, 1715, 638 usw.).

1. Die lange Verjährungsfrist greift Platz:

a) erstens bei allen verjährbaren Ansprüchen, für die nicht eine abgekürzte Verjährungsfrist besonders eingeführt ist (195);

b) zweitens auch bei Ansprüchen, die an und für sich einer solchen abgekürzten Verjährung unterliegen, sobald sie durch ein rechtskräftiges Urteil¹ oder eine vollstreckbare Urkunde oder ein konkursmäßiges Feststellungsverfahren festgestellt sind; ausgenommen sind nur die Ansprüche auf regelmäßig wiederkehrende erst künftig fällig werdende Leistungen: sie behalten auch bei rechtskräftiger Feststellung ihre abgekürzte Verjährung (218; siehe auch 219, 220 I).

Beispiele. I. In dreißig Jahren verjährt: der Eigentumsanspruch (sofern er nicht, weil er sich auf ein Grundstück bezieht und der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen steht, gemäß B.G.B. 902 der Verjährung ganz entzückt ist); der Anspruch des Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises, falls der Verkäufer kein Gewerbetreibender oder die verkaufte Sache ein Grundstück ist; der Anspruch des Darlehensgläubigers auf Rückzahlung des Darlehenskapitals; der Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. II. A. ist verurteilt worden, an seinen Darlehensgläubiger B. für die Zeit vom 1. April 05 ab vierteljährlich 100 Mk. an Zinsen zu entrichten; das Urteil ist am 17. Juli 08 rechtskräftig geworden. Hier verjährt der Anspruch A.s auf die Zinsen für die Zeit vom 1. April 05 bis 1. Juli 08 in 30, der Anspruch auf die später fällig werdenden Zinsen gemäß der Regel unten zu 2c in vier Jahren.

2. Die verschiedenen Arten der abgekürzten Verjährungsfrist greifen in sehr verschiedenen Fällen Platz. Im folgenden sollen nur die wichtigsten dieser Fälle genannt werden.

a) Die Verjährungsfrist ist abgekürzt auf zwei Jahre (196 I):

α) für die Ansprüche der Kaufleute,² Fabrikanten, Handwerker, Kunstgewerbetreibenden auf Bezahlung der von ihnen gelieferten³ Waren und der von ihnen geleisteten Arbeiten sowie auf Erstattung ihrer Auslagen; jedoch gilt eine wichtige Beschränkung: die Leistung darf nicht für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt sein;⁴

β) für die Ansprüche der Land- und Forstwirte auf Bezahlung der von ihnen gelieferten³ Erzeugnisse ihrer Wirtschaft; doch gilt auch hier eine Beschränkung: die Lieferung muß zur Verwendung im Haushalt des Schuldners geschehen sein;

1) R.G. 66 S. 10.

2) R.G. 60 S. 77, 66 S. 4, 48.

3) R.G. 62 S. 179.

4) R.G. 66 S. 48.

γ) für die Ansprüche der privaten oder gewerblichen Diener, Arbeiter, Gesellen, Gehülfen usw. auf ihre Gehälter, Löhne und sonstigen dienstlichen Bezüge sowie auf Erstattung ihrer Auslagen.

Außerdem gehören hierher noch die Ansprüche:

der Eisenbahnen, Frachtfuhrleute, Schiffer, Lohnkutscher und Boten wegen des Fahrgebühres, der Fracht, des Fuhr- und Botenlohns mit Einschluß der Auslagen;⁵

der Gastwirte und derjenigen, die Speisen oder Getränke gewerbsmäßig verabreichen, für Gewährung von Wohnung und Beköstigung sowie für andre den Gästen zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse gewährte Leistungen mit Einschluß der Auslagen;

derjenigen, die Lotterielose vertreiben, aus dem Vertriebe der Lose, es sei denn, daß die Lose zum Weitervertriebe geliefert werden;

derjenigen, die bewegliche Sachen gewerbsmäßig vermieten, wegen des Mietzinses;

derjenigen, die, ohne zu den Kaufleuten, Fabrikanten, Handwerkern oder Kunstgewerbetreibenden zu gehören, die Besorgung fremder Geschäfte oder die Leistung von Diensten gewerbsmäßig betreiben (z. B. der Dienstmänner, Waschfrauen, Lohnbedienter usw.), wegen der ihnen aus dem Gewerbebetriebe gebührenden Vergütungen mit Einschluß der Auslagen;

der Lehrherren und Lehrmeister wegen des Lehrgeldes und anderer im Lehrvertrage vereinbarter Leistungen sowie wegen der für die Lehrlinge bestrittenen Auslagen;

der öffentlichen Anstalten, die dem Unterricht, der Erziehung, Verpflegung oder Heilung dienen, sowie der Inhaber von Privatanstalten solcher Art für Gewährung von Unterricht, Verpflegung oder Heilung und für die damit zusammenhängenden Aufwendungen;

derjenigen, die Personen zur Verpflegung oder zur Erziehung aufnehmen,⁶ für ihre Leistungen und Aufwendungen;

der öffentlichen Lehrer und der Privatlehrer wegen ihrer Honorare, die Ansprüche der öffentlichen Lehrer jedoch nicht, wenn sie auf Grund besonderer Einrichtungen gestundet sind;

der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Hebammen für ihre Dienstleistungen mit Einschluß der Auslagen;

der Rechtsanwälte, Notare und Gerichtsvollzieher sowie aller Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind (der Wiegemeister, Fleischbeschauer, Versteigerer usw.), wegen ihrer Gebühren und Auslagen, soweit nicht diese zur Staatskasse fließen;

der Parteien wegen der ihren Rechtsanwälten geleisteten Vorschüsse;

der Zeugen und Sachverständigen wegen ihrer Gebühren und Auslagen.

b) Die Verjährungsfrist ist abgekürzt auf drei Jahre für die Schadenersatzansprüche aus Delikten; daneben läuft aber für diese Ansprüche, jedoch von einem andern Anfangstermin ab gerechnet, auch die gewöhnliche dreißigjährige Verjährung (852 I).

c) Die Verjährungsfrist ist abgekürzt auf vier Jahre (§. 196 II, 197):

α) für die Ansprüche der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker, Kunstgewerbetreibenden auf Bezahlung der von ihnen gelieferten³ Waren und der von ihnen geleisteten Arbeiten sowie auf Erstattung ihrer Auslagen, wenn die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt ist;

β) für die Ansprüche der Land- und Forstwirte auf Bezahlung der von ihnen gelieferten³ Erzeugnisse ihrer Wirtschaft, wenn die Lieferung nicht zur Verwendung im Haushalt des Schuldners geschehen ist;

γ) für die Ansprüche auf Rückstände von gesetzlichen oder vertragsmäßigen Zinsen einschließlich der Zuschläge zwecks allmählicher Tilgung des Kapitals,

5) RG. 61 S. 390.

6) RG. 60 S. 341

von Miet- und Pachtzinsen, von Renten, Besoldungen, Ruhegehalten, Unterhaltsbeiträgen oder von andern regelmäßig wiederkehrenden Leistungen, soweit sie nicht nach den Regeln zu a und b einer zwei- oder dreijährigen Verjährung unterliegen.

Beispiele. Dem pensionierten Kriminalschutzmann A. in B. stehn folgende Einnahmen zu: I. Er erhält von der Stadt B. Pension. II. Er bekommt von C., bei dem er als Portier angestellt ist, ein kleines Gehalt. III. Er bezieht von D., der ihm einst bei Ausübung seines Amtes tätlichen Widerstand geleistet und dabei körperlich schwer verletzt hat, eine Jahresrente. IV. Er läßt sich gelegentlich, aber nicht gewerbemäßig gegen Vergütung als Privatdetektiv verwenden. Hier verjährt sein Anspruch zu I (amtliches Ruhegehalt) in vier, zu II (Privatgehalt) in zwei, zu III (Anspruch aus einem Delikt) in drei, zu IV in 30 Jahren.

II. 1. Für sämtliche Verjährungsfristen, kurze oder lange, gemeinsam gilt die Regel, daß die Fristdauer durch einen Wechsel in der Person des Anspruchsinhabers und des Verpflichteten nicht verlängert wird, sondern daß der neue Anspruchsinhaber sich die Anrechnung des bereits gegen seinen Vormann abgelaufenen Teils der Frist gefallen lassen muß, wie umgekehrt auch der neue Verpflichtete sich auf die bereits zugunsten seines Vormanns abgelaufene Teilfrist berufen darf. Das ist wichtig im Fall der Abtretung eines Anspruchs, im Fall einer Erbfolge, im Fall der Veräußerung eines kaufmännischen Geschäfts „mit Aktiven und Passiven“ usw.

2. Diese Regel gilt auch für dingliche Ansprüche. Hier wird sie sogar dahin verstärkt, daß, wenn der Gegenstand des Anspruchs durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten gelangt, die während des Besitzes des Vormanns verstrichene Teilfrist dem Nachmann zustatten kommt, obschon hier nicht eigentlich die Person des Verpflichteten gewechselt, der Anspruch dagegen geblieben, vielmehr gegen den Nachmann ein neuer selbständiger Anspruch entstanden ist (221).

Beispiel. I. A. hat dem B. anfangs 1901 1000 Mk. geliehen; den Anspruch auf Rückzahlung der 1000 Mk. hat er 1908 an C. abgetreten; B. ist 1925 verstorben und von D. beerbt worden. Hier verjährt C.s Anspruch gegen D. 1931. II. 1. Die E. hat anfangs 1901 ein ihr gehöriges Medaillon verloren; F. hat es gleich darauf gefunden und 1905 an den Fehler G. veräußert; dieser hat es 1925 an H. verpfändet; H. hat es 1929 dem J. in Verwahrung gegeben. Hier verjährt der auf Rückgabe des Medaillons gerichtete Anspruch der E. gegen J. 1931; denn J. hat den Besitz des Medaillons als Rechtsnachfolger des H., G. und F. erlangt; die zugunsten des F. begonnene dreißigjährige Verjährung läuft also zu Gunsten des J. weiter. 2. Derselbe Fall; nur wird das Medaillon 1930 dem J. von K. gestohlen und 1932 an L. veräußert. Hier verjährt der auf Herausgabe des Medaillons gerichtete Anspruch der E. gegen L. erst 1960. Denn L. hat das Medaillon zwar als Rechtsnachfolger des K., nicht aber auch als Rechtsnachfolger des F., H., G. und J. erlangt, kann sich also nur auf die zugunsten des K., nicht aber auch auf die zugunsten des J., H., G. und F. abgelaufene Verjährungsfrist berufen.

γ) Beginn der Verjährungsfrist.

§ 74 b.

I. 1. a) Die Verjährung eines Anspruchs beginnt grundsätzlich nicht, bevor der Anspruch entstanden ist.

α) Demgemäß beginnt bei Ansprüchen aus aufschiebend bedingten¹ oder aufschiebend befristeten Rechten die Verjährung der Regel nach nicht eher, als bis die Bedingung eingetreten oder die Frist abgelaufen ist. Denn solange die Bedingung schwebt oder die Frist läuft, sind — wenn man von dem Anspruch auf Sicherheitsleistung absieht — Ansprüche aus dem Recht noch nicht entstanden (s. oben S. 239).

β) Demgemäß beginnt bei dem Eigentum und ähnlichen Rechten, denen nacheinander eine Mehrheit von Ansprüchen entspringen kann, die Verjährung für jeden dieser Ansprüche an einem andern Tage.

Beispiele. I. A. hat am 1. Mai 08 sein Haus dem B. unter der Bedingung verkauft, daß es ihm binnen sechs Monaten gelingen würde, ein andres Haus zu erwerben; er erwirbt ein andres Haus am 1. September 08. Hier beginnt für den Anspruch A.s auf den Kaufpreis für sein Haus die Verjährung frühestens am 1. September 08. II. C. hat 08 durch Testament eine Stiftung errichtet und ihr auf den Fall seines Todes 100 000 Mk. zugewendet; er stirbt am 1. April 48. Hier beginnt für den Anspruch der Stiftung auf die Zuwendung die Verjährung frühestens am 1. April 48. III. D. hat am 1. Mai 05 und am 1. Mai 08 eine Grenzverletzung gegenüber seinem Nachbar E. begangen. Hier beginnt die Verjährung für den Anspruch E.s gegen D. aus der ersten drei Jahre früher als für den Anspruch E.s gegen D. aus der zweiten Grenzverletzung.

b) Ausnahmen.

α) Bei Ansprüchen, die erst entstehen, wenn der Berechtigte irgendein Rechtsgeschäft ansieht, beginnt die Verjährung nicht erst, wenn der Berechtigte die Anfechtung wirklich erklärt und damit den Anspruch zur Entstehung bringt, sondern schon dann, wenn er zur Erklärung der Anfechtung befugt ist. Eine Ausnahme von dieser Ausnahme gilt, wenn die Anfechtung sich auf ein familienrechtliches Verhältnis bezieht (200).

Beispiele. I. A. ist durch einen Betrug B.s bestimmt worden, ihm am 1. Mai 08 1000 Mk. zu schenken; Ende 12 erfährt er den Betrug; am 1. Febr. 13 scheidet er die Schenkung an. Hier ist der Anspruch A.s auf Rückgewähr der 1000 Mk. erst am 1. Febr. 13 entstanden; trotzdem hat die Verjährung des Anspruchs schon am 1. Mai 08 begonnen. II. C. hat die D. durch einen Betrug bestimmt, ihn am 1. Mai 08 zu heiraten und hat noch am selben Tage das ganze Vermögen der D. in Besitz genommen; Ende 12 erfährt die D. den Betrug; am 1. Febr. 13 scheidet sie die Ehe im Wege der Klage an; am 1. Febr. 14 wird das Urteil, das die Ehe auf Grund dieser Klage für nichtig erklärt, rechtskräftig. Hier entsteht der Anspruch der D. auf Rückgabe ihres Vermögens am 1. Febr. 14 (s. 1343 II), und auch die Verjährung dieses Anspruchs beginnt erst mit diesem Tage. Eine Rückbeziehung der Verjährung findet hier, wo die Anfechtung ein familienrechtliches Verhältnis betrifft, nicht statt.

Es liegt sehr nahe die Ausnahmeregel zu α analog in allen Fällen anzuwenden, in

1) Siehe auch unten den Schlußabsatz von b α.

denen ein Anspruch zwar noch nicht entstanden ist, aber doch durch eine im freien Belieben des Berechtigten stehende Handlung jederzeit zur Entstehung gebracht werden kann. Doch sprechen überwiegende Gründe dagegen.² — Beispiele. I. A. kann von einem Vertrage 05 zurücktreten, macht aber von dem Rücktrittsrecht erst 12 Gebrauch. Hier beginnt für die aus dem Rücktritt A.s entspringenden Ansprüche die Verjährung nicht schon 05, sondern erst 12. II. B. hat 05 eine Sache unter der aufschiebenden Bedingung gekauft, daß sie ihm gefalle; erst 12 erklärt er, daß die Bedingung eingetreten sei. Hier beginnt für A.s Anspruch auf Lieferung der Sache die Verjährung nicht schon 05, sondern erst 12.

β) Bei Schadensersatzansprüchen aus Delikten beginnt die lange dreißigjährige Verjährung nicht erst, wenn der Schaden wirklich eingetreten und damit der Schadensersatzanspruch zur Entstehung gelangt, sondern sofort, wenn das Delikt begangen ist (852 I).

Beispiel siehe unten S. 322 III.

2. a) Ist der Anspruch betagt, so genügt es zum Beginn der Verjährung nicht, daß der Anspruch entstanden ist, sondern er muß auch fällig geworden sein.

b) Ausnahme: wenn die Fälligkeit des Anspruchs von einer Kündigung des Berechtigten abhängt, so beginnt die Verjährung schon vor der Fälligkeit des Anspruchs mit dem Zeitpunkt, von dem ab die Kündigung zulässig war; hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben (199).

Beispiele. A., B., C. und D. haben von E. am 1. Mai 08 je ein Darlehn bekommen; das Darlehn A.s ist am 1. Juli 40 ohne Kündigung, die drei andern Darlehne sind erst, wenn E. sie kündigt, rückzahlbar, und zwar das Darlehn B.s sofort nach der Kündigung, das des C. und D. erst drei Monat später; die Kündigung des Darlehns des C. ist jederzeit, das des B. und D. ist erst vom 1. April 09 ab zulässig; E. kündigt die drei Darlehne des B., C. und D. tatsächlich erst am 1. Juli 40. Hier wird der Anspruch E.s auf Rückzahlung der Darlehne gegen A. und B. am 1. Juli, gegen C. und D. am 1. Oktober 40 fällig. Nach der Regel zu a sollte also auch die Verjährung aller vier Ansprüche erst mit diesem Tage beginnen. Doch verbleibt es hierbei nur bei dem Darlehn des A. Dagegen beginnt die Verjährung wegen des Darlehns des C. schon am 1. August 08, wegen des Darlehns des B. am 1. April 09, wegen des Darlehns des D. am 1. Juli 09. Die Folge ist, daß E.s Anspruch gegen B., C. und D. schon verjährt ist, wenn er fällig wird, es sei denn, daß die Verjährung nach den Regeln des folgenden Paragraphen irgendwie gehemmt oder unterbrochen ist.

Auffälligerweise hat das BGB. nirgends ausdrücklich bestimmt, daß für einen betagten Anspruch die Verjährung erst mit der Fälligkeit beginnt. Der Grund ist wohl der, daß die Gesetzesredaktoren bei der Abfassung von BGB. 198 der Meinung waren, daß es Ansprüche, die nicht fällig seien, gar nicht gebe, sondern daß jeder Anspruch erst mit der Fälligkeit entstehe. Bei der Abfassung von BGB. 273 hatten sie aber ihre Meinung geändert; denn sonst hätten sie hier nicht ausdrücklich erwähnt, daß ein Anspruch, wegen dessen ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, fällig sein müsse.³

II. 1. Ist ein Anspruch entstanden und, falls er betagt war, fällig geworden (*actio nata*), so beginnt für ihn die Verjährung grundsätzlich sofort.

2) Siehe Langheineken, Anspruch u. Einrede (03) S. 176, 107.

3) Siehe S. Lehmann, Unterlassungspflicht (06) S. 70; Langheineken, a. a. O. S. 21.

a) Es ist also nicht vorgeschrieben, daß die Verjährung nur an bestimmten Kalendertagen beginnen könne, sondern die Verjährung kann an jedem beliebigen Tage anfangen.

b) Es ist ferner nicht nötig, daß der Anspruch, um zu verjähren, bestritten oder verlegt sein müsse, sondern die Verjährung kann auch beginnen, wenn alle Beteiligten den Anspruch gelten lassen und ihm Genüge tun.

c) Es ist ebensowenig erforderlich, daß der Berechtigte von seinem Anspruch und der Person seines Schuldners Kenntnis hat, sondern die Verjährung beginnt auch gegenüber unbekanntem Ansprüchen und zugunsten unbekannter Schuldner.

d) Es kommt endlich nicht darauf an, ob der Berechtigte gute Gründe hatte, den Anspruch einstweilen nicht geltend zu machen, sondern die Verjährung beginnt auch dann, wenn dem Berechtigten die Verfolgung seines Anspruchs durchaus nicht zuzumuten ist.

Beispiele. I. A. hat dem B. anfangs 1909 ein Darlehn, rückzahlbar am 29. Mai 09, gegeben. Hier beginnt für den Anspruch A.s gegen B. auf Rückgewähr des Darlehens die Verjährung am 29. Mai 09. II. C. hat dem D. am 1. Mai 09 seine Hypothekenbriefe zur Aufbewahrung gegeben. Hier beginnt für den Anspruch C.s gegen D. auf Rückgabe der Briefe die Verjährung am 1. Mai 09, auch wenn D. die Briefe ordnungsmäßig in seinen Geldschrank gelegt hat und dort unberührt, wie es sich gehört, liegen läßt. III. E. hat am 1. Mai 09 seine Briefftasche verloren; F. hat sie am 5. Mai 09 gefunden. Hier beginnt für E.s Anspruch gegen F. auf Rückgabe der Tasche die Verjährung am 5. Mai 09, auch wenn F. seinen Fund so gut verheimlicht hat, daß er nicht zur Kenntnis des E. kommen konnte. IV. G. hat dem H. eine Sache am 1. Mai 09 verkauft und geliefert. Hier beginnt für den Anspruch G.s gegen H. auf Zahlung des Kaufpreises die Verjährung am 1. Mai 09, auch wenn G. den Kaufpreis von H. nur deshalb nicht einfordert, weil H. gleich nach Empfang der Ware schwer erkrankt oder verschwunden oder zahlungsunfähig geworden ist.

2. Ausnahmen.

a) Bei den Ansprüchen, die der abgekürzten zwei- oder vierjährigen Verjährung (oben S. 316, 317) unterliegen, beginnt die Verjährung erst mit dem Schluß des Kalenderjahrs, in dem die Verjährung ohne diese Sonderregel ihren Anfang nehmen würde (s. 201).

b) Bei den Ansprüchen auf eine Unterlassung beginnt die Verjährung erst, wenn dem Anspruch zuwidergehandelt wird (198 Satz 2).

c) Bei den Schadensersatzansprüchen aus Delikten beginnt die abgekürzte dreijährige Verjährung (oben S. 317) erst, wenn der Geschädigte von dem Schaden und von der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat (852 I).

d) Bei sämtlichen Ansprüchen beginnt die Verjährung, wenn ihr einer der später (unten § 74 c) aufzuführenden Hemmungsgründe entgegensteht, erst, wenn der Hemmungsgrund fortgefallen ist.

Beispiele. I. 1. Kaufmann A. hat dem Kaufmann B. am 30. Dezember 09 Waren verkauft und geliefert; die Bezahlung sollte sofort erfolgen. Hier beginnt für den Anspruch A.s gegen B. auf Bezahlung des Kaufpreises die Verjährung am 31. Dezember 09. 2. Derselbe Fall; nur war vereinbart, daß B. erst am 2. Januar 10 zahlen sollte. Hier beginnt wegen dieser dreitägigen Zahlungsfrist die Verjährung ein volles Jahr später, näm-

lich erst am 31. Dezember 10. II. E. hat dem D. 09 versprochen, solange er neben ihm wohnt, bei Vermeidung einer Vertragsstrafe in seiner Wohnung nie zu musizieren oder musizieren zu lassen; vierzig Jahre hat er diese Verpflichtung erfüllt; 50 schafft er aber seinen Enkeln zuliebe ein Pianino an und läßt sie Walzer spielen. Hier beginnt für D. 8 Anspruch gegen E. auf die Unterlassung des Klavierspiels die Verjährung 50. III. E. ist durch anonyme Briefe, die F. 09 an verschiedene Adressen versendet hat, verleumdet worden; anfangs ist die Verleumdung unschädlich; erst 13 läßt sich G. durch sie bestimmen, dem E. seine Kundschaft zu entziehen, und schädigt ihn dadurch erheblich; erst 38 entdeckt E. durch einen Zufall, wer der Schreiber des Briefs ist. Hier beginnt für den Anspruch E. 8 gegen F. auf Schadensersatz (§ 24) die lange dreißigjährige Verjährung schon 09, die kurze dreijährige Verjährung erst 38; jene beginnt also schon vier Jahre vor, diese beginnt erst 25 Jahre nach Entstehung des Anspruchs zu laufen. IV. Derselbe Fall wie zu III; nur rühren die verleumderischen Briefe von E. 8 Ehefrau her, die getrennt von ihm lebt; E. erhebt darauf sofort die Ehescheidungsklage, und die Ehe wird 40 geschieden. Hier beginnt für E. 8 Schadensersatzanspruch gegen seine Frau sowohl die lange wie die kurze Verjährung erst 40 (s. 204).

d) Hemmung und Unterbrechung der Verjährung.

§ 74 c.

Der Lauf der Verjährung kann, nachdem er begonnen, aber bevor er vollendet ist, nachträglich dadurch aufgehalten werden, daß die Verjährung entweder gehemmt oder unterbrochen wird.

I. 1. a) Der wichtigste Grund zur Hemmung der Verjährung eines Anspruchs ist, daß dem Schuldner eine aufschiebende Einrede gegen den Anspruch, insbesondere die der Stundung, zusteht (§ 202 I). Doch gilt für einige und zwar gerade für besonders wichtige aufschiebende Einreden eine Ausnahme, namentlich für die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages und der Vorausklage: sie hemmen den Lauf der Verjährung nicht (§ 202 II). Der Grund ist, daß der Gläubiger die Rechtsmacht hat, diese Einreden jederzeit zu beseitigen; sie sollen also dem Lauf der Verjährung ebenso wenig entgegenstehen, wie die mangelnde Fälligkeit eines Anspruchs den Beginn der Verjährung hindert, wenn der Gläubiger die Rechtsmacht hat, die Fälligkeit im Wege der Kündigung jederzeit herbeizuführen (s. oben S. 320).

Beispiele. I. A. hat dem B. 02 schenkungsweise 10000 Mk., zahlbar anfangs 03, versprochen, gerät aber 04 in Vermögensverfall, so daß er nicht einmal seinen eigenen standesmäßigen Unterhalt bestreiten kann; 09 kommt er wieder zu Wohlstand. Hier hat für den Anspruch des B. auf Auszahlung der Schenkung die Verjährung 03 begonnen, war aber von 04 bis 09 durch die dem A. zustehende Einrede des Notbedarfs (§ 519) gehemmt. II. E. hat dem D. im November 02 ein Pferd, lieferbar sofort gegen Zahlung des Kaufpreises, verkauft, hat das Pferd aber erst im April 03 geliefert. Hier beginnt für den Anspruch E. 8 auf den Kaufpreis die Verjährung 02; freilich konnte D. die Zahlung des Kaufpreises mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bis April 03 verweigern (§ 320); diese Einrede hemmt aber den Lauf und also auch den Beginn der Verjährung nicht.

Daraus, daß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages den Lauf der Verjährung nicht hemmt und also auch den Beginn der Verjährung nicht hindert, ist sinngemäß zu folgern, daß die kurze zwei- oder vierjährige Verjährung der Ansprüche der Kaufleute für gelieferte Waren (oben S. 316, 317) nicht mit dem Schluß des Jahres, in dem der Kaufmann die

Ware geliefert hat, sondern mit dem Schluß des Jahres, in dem er die Ware zu liefern hatte, beginnt (vorausgesetzt natürlich, daß der Käufer sie Zug um Zug gegen Lieferung oder doch in dem Jahr der Lieferung zu bezahlen hatte); denn andernfalls könnte der Kaufmann dadurch, daß er die Ende Dezember zu liefernde Ware willkürlich erst Anfang Januar liefert, die Verjährung um ein volles Jahr verlängern.¹

b) Die Verjährung ist ferner gehemmt: zwischen Ehegatten, solange die Ehe besteht, zwischen Eltern und Kindern, solange die Kinder minderjährig sind, zwischen Vormund und Mündel (204): das Gesetz will zwischen diesen Personen Rechtsstreitigkeiten möglichst vermeiden auf die Gefahr hin, daß durch die Verschleppung solcher Streitigkeiten die Verjährung zwischen diesen Personen verzögert wird.

c) Die Verjährung ist ferner gehemmt, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege oder durch höhere Gewalt (oben S. 310) an der Rechtsverfolgung gehindert ist; doch gilt dies Hemmnis nur, wenn es innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist eintritt oder fort dauert (203).

d) Auch die beiden folgenden Hemmnisse gelten nur, wenn sie in den letzten sechs Monaten der Verjährungsfrist eintreten oder fort dauern:

α) der Berechtigte ist geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig und besitzt keinen zu seiner Vertretung berechtigten Gewalthaber (206);

β) der Anspruch gehört zu einem Nachlaß oder ist gegen einen Nachlaß gerichtet, und es fehlt an einer zur Führung von Nachlaßprozessen aktiv und passiv legitimierten Person (207).

e) Ein letztes Hemmnis gilt sogar nur, wenn es am letzten Tage der Frist vorliegt: es ist der Umstand, daß dieser letzte Tag ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag ist (193).

2. a) Die Wirkung der Hemmung ist in den drei ersten und dem letzten Fall die, daß der Zeitraum, während dessen das Hemmnis besteht, in die Verjährungszeit nicht eingerechnet wird; es wird also, nachdem das Hemmnis fortgefallen ist, einfach der Teil der Verjährungsfrist, der nicht bereits vor Eintritt des Hemmnisses abgelaufen war, weiter gerechnet.

b) Anders bei dem vierten Hemmnis: von dessen Fortfall ab wird eine neue feste Verjährungsfrist von sechs Monaten gerechnet. Nur wenn die volle Verjährungsfrist weniger als sechs Monate beträgt, tritt an die Stelle der sechs Monate diese kürzere volle Frist (206, 207).

Beispiele. I. Der Geselle A. hat eine Lohnforderung gegen seinen Meister B., die 01 fällig geworden ist und demnach am 31. Dezember 03 verjähren würde; er ist aber im September 03 auf einer Jagd, bei der er als Treiber fungierte, ohne sein Verschulden angeschossen worden und war infolgedessen vom 20.—29. September zu jeder geschäftlichen Tätigkeit unvermögend. Hier ist der Lauf der Verjährung durch höhere Gewalt 10 Tage lang gehemmt. Die Verjährung läuft deshalb erst am 10. Januar 04 ab. 2. Derselbe Fall; nur spielte der Vorfall im Juni 03. Hier endigt die Verjährung, wie gewöhnlich, am 31. Dezember 03. II. Derselbe Fall wie zu I; nur bestand A.s Unfall darin, daß er 03 wegen Geisteschwäche entmündigt wurde und, da sein erster Vormund am 31. Dezember vormittags

1) RG. 62 S. 179.

starb, gerade am letzten Tage der Verjährungszeit ohne gesetzlichen Vertreter war. Hier wird die Verjährung, wenn ein neuer Vormund schon nach drei Tagen bestellt wird, nicht um drei Tage, sondern um drei Tage und sechs Monate verlängert, läuft also erst am 3. Juli 04 ab.

II. 1. a) Der wichtigste Grund zur Unterbrechung der Verjährung eines Anspruchs ist, daß der Berechtigte den Anspruch prozessual geltend macht, während eine bloße Mitteilung des Anspruchs an den Schuldner, eine Mahnung, ja selbst der Versuch, durch Selbsthilfe zur Befriedigung des Anspruchs zu gelangen, der Regel nach nicht genügt. Hiernach wird die Verjährung unterbrochen (209):

α) wenn der Berechtigte die Klage gegen den Schuldner auf Befriedigung oder auf Feststellung seines Anspruchs² erhebt oder ihm im Mahnverfahren einen Zahlungsbefehl zustellen läßt;

β) wenn er, falls der Schuldner in Konkurs verfällt und der Anspruch auf einer Konkursforderung beruht,³ den Anspruch beim Konkursgericht anmeldet;

γ) wenn er, falls der Schuldner ihn seinerseits prozessual belangt, in diesem Prozeß seinen Anspruch gegen den des Schuldners aufrechnet;

δ) wenn er in einem Prozeß, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt, dem Schuldner den Streit verkündigt;

ε) wenn er wegen seines Anspruchs eine Pfändung oder sonstige Vollstreckungsmaßregel gegen den Schuldner vornimmt oder, soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder andern Behörden zugewiesen ist, sie bei dieser Behörde beantragt.

Beispiel. Kaufmann A. hat gegen den Privatmann B. einen Anspruch wegen einer Warenlieferung von 02; am 30. Dezember 04 reicht er bei Gericht eine Klage gegen B. ein. Hier wird die Verjährung nur unterbrochen, wenn es ihm gelingt, dem B. die Klage noch am 31. Dezember 04 zuzustellen.

b) Ein zweiter Unterbrechungsgrund ist, daß der Schuldner den Anspruch gegenüber dem Berechtigten anerkennt, sei es durch eine Auerkennungserklärung, sei es durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung u. dgl. (208). Daß der Berechtigte das Auerkenntnis annimmt, ist nicht erforderlich: es genügt auch ein einseitiger Akt des Schuldners.

Beispiele. I. A. hat eine seit 02 fällige Darlehnsforderung gegen B.; 06 stundet er dem B. auf dessen Bitte die Forderung bis 09. Hier wird die Verjährung nicht etwa nur von 06 bis 09 gehemmt, sondern sie wird, weil in dem Stundungsgesuch B.s ein Auerkenntnis der Forderung A.s liegt, unterbrochen. II. Derselbe Fall; nur hat B. in seinem Stundungsgesuch erklärt, daß er die Forderung bloß zur Hälfte anerkenne; trotzdem hat A. das Gesuch für die ganze Forderung bewilligt. Hier ist die Verjährung für den halben Anspruch gehemmt, für den halben unterbrochen.

Das Auerkenntnis unterbricht die Verjährung nur, soweit es geht. Demnach genügt ein Auerkenntnis, das den Anspruch bloß dem Grunde nach anerkennt, zur Unterbrechung der Verjährung überhaupt nicht. Doch hat das Reichsgericht das Gegenteil angenommen.⁴

2) Siehe RG. 60 S. 387.

3) Jäger, Kommentar zur KonkOrdn. § 25 Anm. 26.

4) RG. 63 S. 389.

2. a) Die Wirkung der Unterbrechung ist, daß der bisherige Ablauf der Verjährungszeit jede rechtliche Bedeutung verliert. Doch kann die unterbrochene Verjährung natürlich von neuem beginnen, sobald die Unterbrechung beendigt ist. Dies geschieht:

α) bei der Unterbrechung durch Klagerhebung, prozessuale Aufrechnung und Streitverkündigung dadurch, daß der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit, insbesondre durch Vergleich, erledigt wird oder daß er in Stillstand gerät (§. 211, 215 I);

β) bei der Unterbrechung durch Anmeldung zum Konkurse dadurch, daß der Konkurs beendigt wird (214 I);

γ) bei jeder andern Art der Unterbrechung sofort, wenn der Unterbrechungsakt erfolgt ist (§. 217).

b) Für die Verjährung, die nach Beendigung der Unterbrechung neu beginnt, gelten dieselben Regeln wie für die ursprüngliche Verjährung.

α) Erstlich müssen also, abgesehen davon, daß die Unterbrechung beendigt ist, auch die sonstigen Voraussetzungen für den Beginn der ursprünglichen Verjährung gegeben sein. Insbesondre beginnt die abgekürzte zwei- oder vierjährige Verjährung nicht sofort nach Beendigung der Unterbrechung, sondern erst mit Ende des laufenden Kalenderjahrs. Doch hat das Reichsgericht das Gegenteil angenommen.⁵

β) Zweitens läuft nicht bloß, wie bei dem Fortfall einer Verjährungshemmung, der noch übrig bleibende Rest der Verjährungszeit weiter, sondern es beginnt eine ganz neue Frist von der gleichen Dauer wie die alte. In gewissen Fällen, namentlich wenn der Anspruch inzwischen rechtskräftig festgestellt ist, kann die neue Frist sogar länger sein als die alte (§. oben S. 316).

Beispiel. A. hat den B. aus einer seit 02 fälligen Darlehnsforderung 28 verklagt; dann ist der Prozeß verschleppt; 33 ist er in Stillstand geraten. Hier läuft die Verjährung, ohne daß es auf die vor der Klagerhebung verstrichenen sechsundzwanzig und auf die fünf Prozeßjahre antommt, erst 63 ab.

3. In manchen Fällen wird die Unterbrechung der Verjährung nachträglich rückgängig gemacht, so daß sie als nicht erfolgt gilt. Der Hauptfall ist der, daß die Unterbrechung durch Klagerhebung bewirkt ist und die Klage später zurückgenommen⁶ oder wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder durch ein sonstiges nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil zurückgewiesen wird; doch soll eine Ausnahme gelten, wenn der Berechtigte binnen sechs Monaten von neuem Klage erhebt: alsdann bleibt es dabei, daß die Verjährung schon durch Erhebung der ersten Klage unterbrochen ist (§. 212, 213, 214 II, 215 II, 216, 220).

Beispiel. Hätte in dem oben II, 2 b β genannten Fall A. seine Klage 33 zurückgenommen, so wäre sein Anspruch schon 32 verjährt. Die bereits abgelaufene Verjährung wäre aber rückwirkend wieder aufgehoben, wenn A. binnen sechs Monaten von neuem klagte.

5) RG. 65 S. 268; ebenso Goldmann 1 S. 267; zweifelnd Örtmann zu § 217.

6) Siehe RG. 66 S. 14.

ε) Wirkung der Verjährung.

§ 74 d.

I. Da die Verjährung ihrem Begriff gemäß sich nur auf „Ansprüche“ bezieht, besteht auch ihre Rechtswirkung grundsätzlich nur darin, daß sie den von der Verjährung betroffenen Anspruch als solchen abschwächt. Und zwar geschieht dies dadurch, daß der Verpflichtete durch die Verjährung des Anspruchs das Gegenrecht gewinnt, die Leistung, zu der der Anspruch ihn verpflichtet, zu verweigern (222 I). Dies Gegenrecht wird Einrede (Replik, Duplik) der Verjährung genannt (s. oben S. 67).

1. a) Die Einrede der Verjährung reicht grundsätzlich nicht weiter als die Verjährung selbst. Sie trifft also einen Anspruch nur, wenn und insoweit die Verjährung innetwegen wirklich abgelaufen ist. Demnach kann es geschehn, daß sie von einem teilbaren Anspruch nur einen Teil entkräftet, während der Überrest seine volle Kraft unverjährt behält. Ebenso ist es möglich, daß sie von mehreren miteinander verbundenen Ansprüchen den einen Anspruch ganz ergreift, den andern ganz verschont.

Beispiele. I. A. hat dem B. und dem C. als Gesamtschuldnern ein Darlehen von 1000 Mk. gegeben; sein Anspruch auf Rückzahlung ist Ende 01 fällig; gegen B. hat A. einen Teilbetrag von 300 Mk. eingeklagt. Hier ist Ende 31 A.s Anspruch gegen B. in Höhe von 700 Mk.¹ gegen C. ganz verjährt. II. D. hat gegen E. eine Forderung auf eine Jahresrente von 200 Mk. Hier verjährt der Anspruch auf jede einzelne Rente in vier Jahren seit dem Schluß des Jahres, in dem sie fällig wird (oben S. 317, 321). Da gegen verjährt das Rentenrecht als Ganzes überhaupt nicht²

b) Ausnahmen.

α) Ist ein Hauptanspruch, von dem Ansprüche auf Nebenleistungen (Zinsen, Kosten usw.) abhängen, verjährt, so ergreift die Einrede der Verjährung auch alle Nebenansprüche (224).

β) Ist der Anspruch gegen den Hauptschuldner verjährt, so ergreift die Einrede der Verjährung auch den Anspruch gegen den Bürgen (768).

γ) Ist ein obligatorischer Anspruch, für den eine Hypothek oder ein andres Pfandrecht besteht, verjährt, so ist zu unterscheiden:

αα) Im allgemeinen verbleibt es hier bei der Regel zu a; die Einrede der Verjährung des obligatorischen Anspruchs ergreift also nur diesen Anspruch selbst, läßt dagegen die dinglichen Ansprüche aus dem Pfandrecht unberührt (223 I).

ββ) Eine Ausnahme gilt aber insoweit, als sich die Ansprüche aus dem Pfandrecht auf Rückstände von Zinsen oder andern wiederkehrenden Leistungen beziehen: ist der obligatorische Anspruch auf derartige Rückstände verjährt, so ergreift die Einrede der Verjährung auch die auf diese Rückstände bezüglichen dinglichen Ansprüche aus dem Pfandrecht (223 III).

1) R.W. 60 S. 387, 65 S. 398, 66 S. 366.

2) Jourdan a. a. O. S. 239.

d) Ist ein Anspruch auf eine Unterlassung verjährt, so ist gleichfalls zu unterscheiden:

αα) Wird der Anspruch durch einzelne vorübergehende Zuwiderhandlungen verletzt, so verbleibt es bei der Regel zu a: die Einrede der Verjährung eines auf eine einzelne derartige Zuwiderhandlung bezüglichen Anspruchs ergreift also nur diesen einen Anspruch, läßt dagegen die Ansprüche wegen aller andern früher oder später verübten Zuwiderhandlungen unberührt.

ββ) Wird der Anspruch durch Herbeiführung und Unterhaltung eines dauernden Zustandes verletzt, so erleidet die Regel zu a eine Ausnahme: hier ergreift die Einrede der Verjährung des Anspruchs, der sich auf die erstmalige Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes bezieht, auch den Anspruch, der auf die Unterhaltung eben dieses Zustandes Bezug hat.³

Beispiele. I. A. hat von B. aus einem Darlehn 1000 Mk. mit 4% Zinsen seit dem 1. Januar 00 zu fordern; der Anspruch auf das Kapital ist seit 1. Januar 02 fällig, ohne daß A. ihn bis 33 gehörig geltend gemacht hat. Hier sind die Zinsen für die Zeit von 00 bis 27 seit Ende 04 Jahr für Jahr der Reihe nach verjährt. Dagegen ist für alle späteren Zinsen die Verjährung auf einmal am 31. Dezember 31 eingetreten. II. Derselbe Fall; nur hat sich 09 C. für die Schuld des B. verbürgt. Hier ist auch der Anspruch des A. gegen C. am 31. Dezember 31 verjährt. III. Derselbe Fall: nur hat B. dem A. bei Empfang des Darlehns einen Schmuck als Pfand gegeben. Hier kann A. sich noch im Jahr 40 an das Pfand halten, d. h. er kann das Pfand versteigern lassen und sich aus dem Erlöse, soweit er reicht, befriedigen, jedoch nur wegen des Kapitals und der nach Schluß von 35 fällig gewordenen Zinsen. IV. 1. D. hat seinem Nachbar E. 06 für die ganze Zeit ihrer Nachbarschaft versprochen, das einzige Fenster seines Hauses, das nach dem Garten des E. sieht, nie zu öffnen. Hier verjährt der Anspruch auf Unterlassung dieser Störung für jeden Fall des Fensteröffnens getrennt; wenn also D. tatsächlich vierzig Jahre lang alljährlich das Fenster mehrfach geöffnet und E. sich stets mit außergerichtlichen Protesten hiewider begnügt hat, ist der Anspruch E.s, schließlich doch auf Unterlassung des Fensteröffnens zu klagen, noch im Jahr 46 nicht verjährt. 2. F. hat dem G. in M. 02 versprochen, solange G.s Fabrik in Betrieb sein werde, eine Konkurrenzfabrik in M. und Umgegend nicht zu betreiben; tatsächlich hat er aber eine solche Fabrik doch errichtet und betreibt sie seit 06 ununterbrochen. Hier verjährt G.s Anspruch auf Unterlassung dieses Betriebes 36, obgleich F. den Anspruch nicht nur 06, sondern auch in jedem folgenden Jahr tagtäglich von neuem verletzt hat.

2. Die Einrede der Verjährung wirkt nur, wenn und solange sie von dem Anspruchsschuldner geltend gemacht wird, sei es im Prozeß, sei es außergerichtlich.⁴ Davon daß das Gericht die Einrede auch ohne oder gar gegen den Willen des Schuldners berücksichtigen müßte oder dürfte, ist also keine Rede.

Beispiele. I. 1. A. hat gegen B. aus einem Anspruch, von dem er selbst ausdrücklich einräumt, daß er verjährt sei, geklagt; B. übergeht aber die Frage der Verjährung mit Stillschweigen. Hier muß das Gericht den B. verurteilen, wenn A.s Anspruch im übrigen begründet ist, ohne die zu gunsten B.s unstrittig abgelaufene Verjährung zu beachten. 2. Derselbe Fall; nur erhebt B. die Einrede der Verjährung in der Revisionsinstanz. Hier darf das Revisionsgericht die Einrede nicht berücksichtigen; denn es hat nur zu prüfen, ob die Vorinstanzen die Gesetze verletzt haben (RPD. 549); das ist aber nicht der Fall; denn

3) Langheineten a. a. O. S. 256; Örtmann, Anm. 2γ zu § 198; abw. Lehmann, Unterlassungspflicht (06) S. 322, 324².

4) Sahm, Jahrb. f. Dogm. 49 S. 59. Abw. Biermann 1 S. 369

die Vorinstanzen haben ja ganz recht gehandelt, als sie die erst in der Revisionsinstanz erhobene Einrede der Verjährung unbeachtet ließen. II. E. schreitet wegen eines verjährten Anspruchs gegen D. zur Notselbthilfe (229). Hier ist E. im Recht so lange, bis D. (außergerichtlich!) die Einrede der Verjährung erhebt. III. E. hat aus einem verjährten Anspruch gegen F. geklagt; F. erhebt auch die Einrede der Verjährung; trotzdem erstreitet E. ein objegliches Urteil, weil das Gericht die Einrede aus irgendeinem Grunde rechtsirrtümlich verwirft; darauf legt F. Berufung ein, wiederholt aber in der Berufungsinstanz die Einrede der Verjährung nicht, sondern macht andre, aber unbegründete Einreden geltend. Hier muß das Berufungsgericht die Berufung gegen das Urteil der ersten Instanz, so unrichtig es war, verwerfen. Denn F. macht ja die Einrede der Verjährung in der zweiten Instanz nicht mehr geltend.

Eine von der meinigen abweichende Ansicht vertritt Hellwig: er lehrt, daß, wenn die Einrede der Verjährung einmal erhoben sei, damit der verjährte Anspruch ein für allemal entkräftet werde.⁵

3. a) Die Einrede der Verjährung wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß in Ansehung des verjährten Anspruchs nach Ablauf der Verjährung ein Personenwechsel eintritt: die Verjährung gilt auch gegen den neuen Berechtigten und für den neuen Schuldner.

b) Wer durch Rechtsnachfolge eine Sache erwirbt, ist gegen alle dinglichen Ansprüche an der Sache geschützt, die gegenüber seinem Vormann verjährt waren (s. oben S. 318 II).

4. a) Die Einrede der Verjährung gibt dem Verpflichteten nur das Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern, nicht aber auch das Recht, die Leistung, wenn sie nach Ablauf der Verjährung aus freien Stücken bewirkt ist, zurückzufordern, mag die Leistung auch in Unkenntnis der Verjährung geschehn sein (222 II Satz 1).

Beispiel. A. bezahlt im Jahr 35 ein Darlehn, das sein Erblasser B. 02 von C. erhalten hat, weil er aus den Papieren B.'s feststellt, daß C. den B. 25 auf die Bezahlung des Darlehns verklagt und damit die Verjährung unterbrochen hat (209); nachträglich erfährt er nun, daß C. seine Klage alsbald zurückgenommen hat und daß also der Anspruch C.'s aus dem Darlehn verjährt war (212 I). Hier kann A. seine Zahlung trotz dieses Irrtums nicht zurückfordern.

b) Dem entspricht es, daß der Verpflichtete auch eine Sicherheit, die er für einen verjährten Anspruch in Unkenntnis der Verjährung bestellt hat, nicht zurückfordern kann (222 II Satz 2).

c) Dem entspricht es ferner, daß der Verpflichtete, wenn er den verjährten Anspruch in Unkenntnis der Verjährung vertragsmäßig anerkannt hat, auch dies Anerkenntnis nicht rückgängig machen darf und also zwar nicht aus dem ursprünglichen verjährten Anspruch, aber doch aus dem Anerkenntnis zur Leistung gezwungen werden kann (222 II Satz 2): wie das Anerkenntnis, wenn es vor Ablauf der Verjährungszeit erfolgt, die noch unvollendete Verjährung unschädlich macht, indem es sie unterbricht (oben S. 324 b), so macht ein Anerkenntnis, das nach Ablauf der Verjährungszeit erfolgt, auch die vollendete Verjährung unschädlich.

⁵) Hellwig, Anspruch u. Klagrecht (00) S. 9; gegen ihn Langheineken a. a. O. S. 344, Örtmann, Vorbemerk. B. 2c vor BGB. 194.

Übrigens ist das Anerkenntnis, das eine noch im Lauf befindliche Verjährung unterbricht, und das Anerkenntnis, das eine bereits abgelaufene Verjährung unschädlich macht, zweifach verschieden: I. jenes kann einseitig, dieses muß vertragsmäßig geschehn; II. jenes ist formfrei, dieses bedarf regelmäßig der Schriftlichkeit (781).⁶

5. Die Einrede der Verjährung kommt dem Verpflichteten auch dann zu, wenn er während des ganzen Laufs der Verjährung den verjährten Anspruch gekannt, und sogar dann, wenn er eine Unterbrechung der Verjährung arglistig gehindert hat.⁷ Doch kann er im letztern Fall dem Berechtigten Schadensersatzpflichtig sein.⁸

Beispiel. A. hat gegen B. einen der zweijährigen Verjährung unterliegenden Anspruch; die Verjährung läuft am 31. Dezember 06 ab; A. will sie durch Klagerhebung unterbrechen; B. bewirkt aber durch einen arglistigen Kunstgriff, daß die Klage ihm erst am 2. Januar 07 zugestellt wird. Hier ist der ursprüngliche Anspruch A.s verjährt; an dessen Stelle tritt aber ein Schadensersatzanspruch aus Delikt, und dieser Anspruch verjährt erst in drei Jahren, nachdem A. die Arglist B.s erfahren hat.

Daß ich dem Berechtigten gegen die Einrede der Verjährung den Einwand oder die Replik der Arglist verweigere und ihn auf einen Schadensersatzanspruch beschränke, sieht gekünstelt aus, ist aber dadurch gerechtfertigt, daß man sonst den Anspruch des Klägers ganz unverjährbar macht. Und doch muß der Anspruch auch einem arglistigen Gegner gegenüber irgend einmal verjähren.

II. 1. Abgesehen davon, daß der von der Verjährung betroffene Anspruch durch die Einrede der Verjährung abgeschwächt wird, erleidet das Recht, zu dem der verjährte Anspruch gehört, durch die Verjährung keine Einbuße.

a) Demgemäß kann der Berechtigte der Verjährung ungeachtet über das Recht gültig verfügen.

b) Demgemäß kann er der Verjährung ungeachtet kraft des Rechts neue Ansprüche gewinnen, denen die Verjährung des alten Anspruchs keinen Abbruch tut.

c) Demgemäß kann er der Verjährung ungeachtet das Recht in jeder Art, in der keine Geltendmachung des verjährten Anspruchs als solchen liegt, verwenden und sich insbesondrer damit gegen Angriffe anderer Personen verteidigen.

Beispiele. I. 1. A. hat dem B. vor vierzig Jahren in seiner Studentenzzeit ein Buch geliehen, aber vergessen, es zurückzufordern; sein Anspruch auf Rückgabe des Buchs gegen B. ist also verjährt. Hier ist A. trotzdem Eigentümer des Buchs geblieben. Freilich hat sein Eigentum fürs erste keinen praktischen Wert; denn, daß er über das Eigentum nach wie vor zu verfügen imstande ist, daß ihm aus dem Eigentum neue Ansprüche erwachsen können usw., hat tatsächlich in der übergroßen Mehrzahl der Fälle nicht die mindeste Bedeutung; sein Eigentum ist also ein Schattenrecht ohne realen Inhalt. 2. Nun nehme man aber an, daß B. das Buch verliert und daß C. es findet und an A., dessen Name noch auf dem Titelblatt steht, abgeliefert. Hier steht das Eigentum des A. wieder in voller Kraft da; insbesondrer kann A., der noch eben durch die Verjährung behindert war, gegen B. kraft seines Eigentums auf Herausgabe des Buchs zu klagen, nunmehr, wenn B. ihn seinerseits auf Herausgabe des Buchs verklagen sollte, kraft seines Eigentums ohne jede Rücksicht auf

6) Schneider, Jahrb. f. Dogm. 51 S. 25.

7) Abw. RG. 57 S. 376, 60 S. 392, 64 S. 222.

8) Siehe RG. 64 S. 222.

die Verjährung die Herausgabe des Buchs verweigern. II. Der Agent D. hat einen 02 fällig gewordenen Anspruch auf Erstattung von Auslagen, die ihm bei Ausführung eines ihm von E. erteilten Auftrages erwachsen sind, gegen E.; der Anspruch ist Ende 04 verjährt (196 Nr 7); D. hat aber noch einige Sachen in Händen, die E. ihm in Anlaß des Auftrages übergeben hatte; 06 klagt E. gegen D. auf Herausgabe der Sachen. Hier kann D., obgleich er den Anspruch auf Erstattung der Auslagen wegen der Verjährung gegen E. nicht einklagen kann, doch wegen eben dieses Anspruchs, der Verjährung ungeachtet, ein Zurückbehaltungsrecht an jenen Sachen geltend machen (273).⁹

Da das Recht des Klägers durch die Einrede nicht zerstört wird, kann ihm auch die Befugnis nicht abgesprochen werden, das Recht durch eine Feststellungsklage geltend zu machen, vorausgesetzt, daß er im Einzelfall ein Interesse an der Klage hat.¹⁰

2. Doch erleidet die Regel zu 1 eine nicht geringe Anzahl von Ausnahmen. Erwähnt seien hier die beiden folgenden.

a) Wenn bei einem Recht an einem fremden Grundstück, das im Grundbuch zu Unrecht gelöscht ist, der Berechtigte den aus diesem Recht entspringenden Anspruch gegen den Grundstückseigentümer verjähren läßt, wird nicht bloß dieser eine Anspruch durch die Verjährung abgeschwächt, sondern das ganze Recht geht unter (901).

b) Soweit der Anspruch aus einer Forderung verjährt, kann der Gläubiger sie der Regel nach auch nicht zur Aufrechnung gegen Gegenforderungen des Schuldners verwenden (390).

Dem Wortlaut des Gesetzes nach wirkt die Verjährung in den beiden Fällen zu 2 ipso jure, auch wenn sie von dem Gegner nicht geltend gemacht wird. Doch dürfte dies mindestens bei der Aufrechnung nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen.

b) Sonstige Rechtswirkungen des Zeitablaufs.¹

§ 75.

I. Am nächsten der Verjährung steht die erlöschende gesetzliche Befristung: ein Recht erlischt nach Ablauf einer bestimmten Frist, sei es schlechthin, sei es unter der Voraussetzung, daß das Recht innerhalb der Frist nicht ausgeübt worden ist. Doch dürfen die für die Verjährung geltenden Regeln nicht analog auf die erlöschende Befristung angewendet werden.

1. Für den Beginn des Fristlaufs bei der Befristung gibt es eine allgemeingültige Regel überhaupt nicht (s. 121, 124, 864, 1571, 1594 usw.).

2. Für einige Befristungen ist, wie bei der Verjährung, festgesetzt, daß der Fristlauf gehemmt wird, wenn in den letzten sechs Monaten der Frist der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege oder höhere Gewalt an der Ausübung seines Rechts behindert ist oder wenn der Berechtigte geschäftsunfähig

9) Abw. Endemann 1 § 126¹⁷; Langheineken a. a. O. S. 330; Örtmann Anm. 2 a α zu § 273.

10) Jourdan a. a. O. S. 242. Abw. die 4. Aufl. d. Buchs 1 S. 273.

1) Wendt, Arch. f. ziv. Pr. 92 S. 163.

oder beschränkt geschäftsfähig ist, ohne einen gesetzlichen Vertreter zu besitzen, oder wenn das Recht zu einem Nachlaß gehört oder gegen einen Nachlaß gerichtet ist, dem ein zur Führung von Prozessen aktiv und passiv legitimierter Vertreter mangelt (§. 124 II, 1339, 1571 IV, 1594 III, 1599, 2082 II, 1996, 1997 usw.). Bei andern Arten der Befristung findet dagegen eine Hemmung des Fristablaufs in keinem Fall statt (864 usw.).

3. Wenn ein Recht binnen einer bestimmten Frist ausgeübt werden muß, so muß die Rechtsausübung bald durch Klage (864), bald durch Klage oder einseitige Erklärung bei Gericht (1596, 1597), bald durch einseitige außergerichtliche Erklärung des Berechtigten geschehn (124). Eine bloße Unterbrechung der Frist liegt hierin nicht; denn es läuft nicht etwa, nachdem die Rechtsausübung erfolgt ist, die Frist von neuem; vielmehr ist die Frist durch die einmalige Rechtsausübung für immer gewahrt.

4. Durch Ablauf der Frist wird bei der gesetzlichen Befristung regelmäßig nicht der Anspruch, sondern das Recht selbst getroffen (§. aber 864); und zwar wird das Recht nicht bloß abgeschwächt, sondern völlig aufgehoben.

Beispiele einer auflösenden gesetzlichen Befristung. I. Der Nießbrauch erlischt mit dem Tode des Nießbrauchers (1061). II. Das Anfechtungsrecht wegen Irrtums erlischt, wenn es nicht unverzüglich ausgeübt wird, spätestens aber mit dreißig Jahren nach Vornahme des anzufechtenden Rechtsgeschäfts (121).

II. Außer der erlöschenden gibt es auch eine aufschiebende gesetzliche Befristung.

Beispiel. Der Pfandgläubiger darf ein bewegliches Pfand erst verkaufen, nachdem gewisse Voraussetzungen eingetreten sind und seitdem ein Monat verstrichen ist (1234).

III. Über rechtsgeschäftliche Befristungen ist bereits oben in der Lehre von den Rechtsgeschäften (§ 62) gehandelt.

IV. Im Sachenrecht spielt der Zeitablauf namentlich bei der Erfindung eine große Rolle.

V. Bedeutsam ist der Zeitablauf ferner bei der Todeserklärung, der Feststellung der Ehelichkeit eines Kindes usw.

V. Verfügungen der Staatsgewalt.

§ 76.

Zu dem juristischen Tatbestande einer Rechtswirkung gehört oft eine Verfügung der Staatsgewalt, die den Eintritt der Rechtswirkung anordnet oder zuläßt oder zum Abschluß bringt.

I. 1. In manchen Fällen hat diese Verfügung nur eine formelle Bedeutung: sie hat bloß den Zweck festzustellen, daß die übrigen für die Rechtswirkung erforderlichen Tatbestandstücke verwirklicht sind. In Fällen dieser Art haben die Beteiligten auf den Erlaß der Verfügung ein Recht — sei es ein im Zivilprozeß zu verfolgendes Privatrecht, sei es ein im Beschwerdewege

oder unter Umständen im Verwaltungsstreitverfahren zu verfolgendes öffentliches Recht.

2. In andern Fällen hängt der Erlaß der Verfügung vom freien Ermessen des zuständigen staatlichen Organs ab. Dann haben die Beteiligten kein Recht darauf. Die Verfügung heißt in diesen Fällen Privileg.

Beispiele. I. Nur formelle Bedeutung hat es, daß die Annahme an Kindesstatt erst mit der gerichtlichen Bestätigung wirksam wird (1741, 1754 II). II. Vom freien Ermessen der Behörde hängt es ab, ob jemand zur Ausstellung von Geldpapieren auf den Inhaber ermächtigt wird (795).

II. Besonders wichtig für das Privatrecht sind unter den staatlichen Verfügungen die Enteignungsbeschlüsse. Da indes das Enteignungsrecht in der Hauptsache auf einem Siege des öffentlichen Rechts über das Privatrecht beruht, ist seine Darstellung dem Staats- oder Verwaltungsrecht zuzuweisen. Hier müssen folgende Andeutungen genügen.

1. Das Enteignungsrecht ist nicht einheitlich geregelt, sondern beruht auf einer Fülle von Reichs- und Landesgesetzen. Am wichtigsten von diesen sind die Gesetze, die die Enteignung des Grundbesitzes im öffentlichen Interesse betreffen, namentlich das preußische Gesetz vom 11. Juni 1874.

2. Die Enteignung richtet sich vorzugsweise gegen die Grundstückseigentümer: entweder wird ihnen ihr Eigentum geradezu genommen und dafür der Enteignungsberechtigte zum Eigentümer gemacht, oder sie werden wenigstens in der Benutzung ihres Eigentums beschränkt. Die Enteignung kann sich aber auch gegen Personen, die nur ein Recht an einem fremden Grundstück haben, richten. So werden durch eine gegen den Grundstückseigentümer gerichtete Enteignung meist die Hypothekengläubiger mitbetroffen: verliert der Eigentümer sein Recht, so gehen auch ihre Rechte unter, weil der Enteignungsberechtigte regelmäßig lastenfreies Eigentum erwerben soll; wird der Eigentümer bloß beschränkt, so müssen auch sie die Beschränkung gegen sich gelten lassen. Daneben kommt aber auch eine Enteignung vor, die sich nur gegen die Inhaber von Rechten an fremden Grundstücken und nicht gegen den Eigentümer richtet, da sie vielmehr gerade zu des Eigentümers Gunsten erfolgt; hierher gehört namentlich die Aufhebung „kulturschädlicher“ Dienstbarkeiten bei der sog. Gemeinheitsteilung.

Ferner kommt eine Enteignung auch bei beweglichen Sachen oder unkörperlichen Gütern vor; im Kriege werden z. B. den Pferdebesitzern im Notfall ihre Pferde gewaltsam für militärische Zwecke weggenommen (RGes. v. 13. 6. 73 § 25). Auch Erfindungspatente können durch Enteignung beschränkt werden (RGes. v. 7. 4. 91 § 5 II) usw.

3. Die Enteignung geschieht meist im öffentlichen Interesse. Doch ist ausnahmsweise die Enteignung auch im Privatinteresse gestattet, namentlich zu gunsten eines Grundstückseigentümers, dessen Grundstück von allen öffentlichen Wegen abgeschnitten ist und eines „Notweges“ bedarf (917).

4. Ein Recht auf die Enteignung besteht nicht; die Ermächtigung zur Enteignung ist also Privileg. Doch gibt es auch hier Ausnahmen, vor allem bei der eben erwähnten Bildung eines Notweges.

5. Wer von der Enteignung betroffen ist, hat regelmäßig ein Privatrecht auf vollen Schadenserfaz (s. unten § 166).

III. Privatrechtlich wichtig sind ferner die Dispensationen, d. h. staatliche Verfügungen, die einer Partei, die bestimmte Rechtswirkungen erstrebt, die Beobachtung einer vom Gesetz regelmäßig vorgeschriebenen Bedingung ausnahmsweise erlassen. Dispensationen sind nur zulässig, wenn das Gesetz sie besonders erlaubt.

Beispiel. Frauen dürfen erst heiraten, wenn sie sechzehn Jahr alt sind; es ist aber Dispensation statthast (1303).

IV. Die Frage, ob ein Privileg als ungültig angefochten und ob es widerrufen werden kann, gehört dem Staatsrecht an und ist hier nicht weiter zu verfolgen.

VI. Rückblick auf das bisherige Recht.

§ 76 a.

I. 1. Das bisherige Recht hat den Begriff des Rechtsgeschäfts ebenso bestimmt und auch die einzelnen Arten der Rechtsgeschäfte, sowohl der gültigen wie der ungültigen, ebenso unterschieden wie das bürgerliche Gesetzbuch. Nur die Terminologie war bisher zum Teil eine andre: namentlich fehlte für die „Verfügungen“ des bürgerlichen Gesetzbuchs eine gemeinsame Bezeichnung.

2. a) Die Regel, daß die Rechtsgeschäfte, die ein Minderjähriger eigenmächtig vornimmt, „hinken“, d. h. daß sie von dem Gewalthaber des Minderjährigen beliebig anerkannt oder verworfen werden können, während sie für die Gegenpartei bindend sind, war im Mittelalter allgemein gültig: sie erstreckte sich also nicht bloß auf die Rechtsgeschäfte eines ältern Minderjährigen, sondern auch auf die eines Kindes unter sieben Jahren, nicht bloß auf Verträge, sondern auch auf einseitige Rechtsgeschäfte, nicht bloß auf Geschäfte, die mit Lasten für den Minderjährigen verknüpft, sondern auch auf solche, die ihm ausschließlich vorteilhaft waren. Hatte der Minderjährige die Volljährigkeit erreicht, so wurden jene Rechtsgeschäfte nunmehr auch für ihn verbindlich, es sei denn, daß er sie binnen bestimmter Frist widerrief.¹

b) Seit der Rezeption sind diese mittelalterlichen Regeln verschwunden. Doch traten nicht die Regeln des reinen römischen Rechts, die außer der Altersstufe des 7. noch die des 14. oder 12. Lebensjahrs unterschieden, sondern zum Teil römische, zum Teil moderne Vorschriften an ihre Stelle. Sie wichen von den Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs namentlich in folgenden Punkten ab.²

a) Der Satz, daß einseitige Rechtsgeschäfte, die ein Minderjähriger eigen-

1) Feuzler 1 S. 202; Schröder § 35^o.

2) Regelsberger § 131.

mächtig vornimmt, nicht „hinken“, sondern schlecht hin nichtig sind und daß Verträge, bei deren Abschluß die Gegenpartei den Minderjährigen für volljährig gehalten hat, auch von der Gegenpartei widerrufen werden können, war dem bisherigen Recht nicht bekannt.³

β) Anfänglich konnte der Gewalthaber die Erklärung über die Genehmigung des Rechtsgeschäfts beliebig verzögern. Doch hat hier das sächsische bürgerliche Gesetzbuch und das preußische Gesetz vom 12. Juli 1875 Abhülfe geschaffen⁴, indem sie bestimmten, daß der Gewalthaber, der trotz Aufforderung der Gegenpartei binnen bestimmter Frist keine Erklärung abgab, das Recht zur Genehmigung verlor.

γ) Eine Sondervorschrift für Rechtsgeschäfte, die der Minderjährige mit den ihm zur Verfügung gestellten Mitteln erfüllt, war nicht aufgestellt.

δ) Auch dann, wenn ein Rechtsgeschäft von dem Minderjährigen mit Genehmigung des Gewalthabers oder wenn es namens des Minderjährigen von dem Gewalthaber selbst vorgenommen wurde, war anfänglich kein Verlaß auf das Geschäft. Denn wenn es dem Minderjährigen erhebliche Nachteile brachte, konnte es auf Antrag durch das Gericht umgestoßen werden.⁵ Doch ist diese „in integrum restitutio“ der Minderjährigen in vielen Teilen Deutschlands schon vor Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs abgeschafft worden.⁶

3. Rechtsgeschäfte geisteskranker, bewußtloser oder entmündigter Personen wurden auch im bisherigen Recht den Rechtsgeschäften Minderjähriger gleichgestellt. Nur der Satz, daß die Geschäftsunfähigkeit eines entmündigten Geisteskranken sich auf die ganze Dauer seiner Entmündigung einschließlich lichter Augenblicke des Kranken erstreckt, hat bisher nur im preußischen, französischen und sächsischen Recht Anerkennung gefunden.⁷

4. a) Nach preußischem Recht und Handelsrecht war beim Vertragsschluß unter Abwesenden der Antragsteller an seinen Antrag einstweilen gebunden; ein Widerruf des Antrags war also, wie nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, nur wirksam, wenn er beim Antragsempfänger zugleich mit dem Antrage oder früher einging.⁸

b) Nach bisherigem gemeinen Recht wurde der Antragsteller an den Antrag erst dann gebunden, wenn der Antragsempfänger die Annahme erklärte; der Widerruf war also wirksam, wenn er bei dem Antragsempfänger zwar nach dem Antrage, aber vor der Annahmeerklärung einging.^{9 10}

5. Ob eine empfangsbedürftige Willenserklärung schon wirksam wird, wenn sie beim Empfänger eingeht, oder erst, wenn sie zur Kenntnis des Empfängers

3) Regelsberger § 131; preuß. Gef. v. 12. 7. 75 § 4 I; sächs. GB. 787.

4) Sächs. GB. 787; preuß. Gef. v. 12. 7. 75 § 4 II.

5) Regelsberger § 201.

6) Preuß. Gef. v. 12. Juli 1875 § 9.

7) Pr. LR. I, 4 § 25; c. c. 502, 512; sächs. Gef. v. 20. Febr. 82. — Windscheid-Ripp § 71⁴.

8) Pr. LR. I, 5 § 90 ff.; älteres SGB. 318 ff.

9) Windscheid-Ripp §§ 306 ff.

10) Siehe auch Sächs. GB. 816.

gelangt, war im bisherigen Recht bestritten. Doch neigte Theorie und Praxis immer mehr dazu, die Frage im erstern Sinn zu entscheiden.¹¹

Bestimmungen darüber, in welchen Fällen sich ein Antragsteller bei Vertragsverhandlungen unter Abwesenden eine „stille“ Annahme seines Antrags gefallen lassen muß, waren im bisherigen Recht nicht aufgestellt.¹² Eine gesetzliche Frist, binnen deren der Antrag bei Vertragsverhandlungen unter Abwesenden angenommen werden mußte, widrigenfalls er von selbst erlosch, war nur im preussischen Recht und im Handelsrecht bestimmt.¹³

6. a) Daß mittelalterliche Recht huldigte einem strengen Formalismus und erklärte demgemäß grundsätzlich ein Rechtsgeschäft nur für gültig, wenn es unter Einhaltung bestimmter Formen abgeschlossen oder wenigstens von einer Partei tatsächlich erfüllt war. Gebräuchliche Formen waren: die feierliche Beurkundung, die Erklärung vor rechtsförmlich zugezogenen Zeugen, die Hingabe eines Gottespfennigs oder einer Draufgabe u. dgl.¹⁴

b) Seit der Rezeption des römischen Rechts hielt man an dem mittelalterlichen Formalismus nur noch vereinzelt fest; aber auch die römischen Formalitäten wurden nur zum kleinen Teil eingeführt. Das Ergebnis war, daß man sich sowohl im Gegensatz zu dem älteren deutschen wie im Gegensatz zum römischen Recht zu dem Grundsatz bekannte, die Bornahme der Rechtsgeschäfte könne vorbehaltlich der durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmten Ausnahmen (Schenkung, Testament, Eheschließung usw.) formlos vor sich gehn.¹⁵ Nur das preussische Landrecht nahm eine abweichende Stellung ein, indem es bestimmte: I. Rechtsgeschäfte über Gegenstände im Wert von mehr als 50 Talern bedürfen der Schriftlichkeit; II. ist ein Vertrag schriftlich beurkundet, so sind etwaige mündliche Nebenabreden selbst dann ungültig, wenn der Gegenstand des Vertrages weniger als 50 Taler wert ist.¹⁶

7. Über die Behandlung der Wuchergeschäfte im bisherigen Recht s. unten § 120.

8. Die Bedingungen und Befristungen wurden im bisherigen Recht, von Einzelheiten abgesehen, ebenso geregelt wie im bürgerlichen Gesetzbuch.

9. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte war im mittelalterlichen Recht eine formalistische: während das formlos geäußerte Wort ganz unverbindlich war, mußte das formgerecht geäußerte Wort sich eine buchstäbliche Auslegung gefallen lassen.¹⁷ Erst seit der Rezeption ist an die Stelle dieses Formalismus die „freie“ Auslegung der Rechtsgeschäfte getreten.

10. Ob und inwieweit das mittelalterliche Recht Rechtsgeschäfte, die auf Simulation, Irrtum, Betrug oder Zwang beruhten, als ungültig behandelte,

11) Windscheid-Kipp 1 S. 292.

12) Siehe m. Lehrb. des Handelsrechts § 25.

13) Pr. L.R. I, 5 §§ 90 ff.; älteres S.W.B. 319 ff.

14) Sohm, Eheschließung (75) S. 24; Stobbe, Ztschr. f. Rechtsgesch. 13 S. 209; Franken, Gesch. des franz. Pfandrechts 1 (79) S. 209.

15) L. Seuffert, z. Gesch. der oblig. Verträge (81).

16) Pr. L.R. I, 5 §§ 131, 155, 128. Siehe auch c. c. 1341.

17) Heuzler 1 S. 60; Gierke, D.Pr.R. 1 § 33²¹, 83.

ist unsicher. Dagegen ist für die Zeit nach der Rezeption die Ungültigkeit derartiger Geschäfte unter bestimmten Voraussetzungen allgemein anerkannt. Indes war die Art dieser Ungültigkeit bestritten und auch über ihre Voraussetzungen war man keineswegs einig. Es läßt sich deshalb kaum feststellen, inwieweit das bisherige Recht etwa in der Behandlung des Irrtums mit den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs übereinstimmte; nur das ist sicher, daß es die Partei, deren Simulation oder Irrtum ein Rechtsgeschäft zu Fall brachte, milder behandelte als das bürgerliche Gesetzbuch: es legte ihr nämlich eine Schadensersatzpflicht nur auf, wenn ihr ein Verschulden zur Last fiel.¹⁸

11. Die Stellvertretung bei der Vornahme von Rechtsgeschäften durch Bevollmächtigte oder gesetzliche Vertreter ist bereits im mittelalterlichen Recht zugelassen worden.¹⁹ Hierbei ist es auch nach der Rezeption verblieben, ob schon das römische Recht die Zulässigkeit der Stellvertretung durch Bevollmächtigte nur beschränkt anerkannt hatte.

Abweichungen im einzelnen: I. Nach preußischem Recht war nur eine schriftliche Vollmacht für den Vollmachtgeber verbindlich.²⁰ Eine Reihe von Rechtsgeschäften durfte ein Bevollmächtigter nur vornehmen, wenn seine Vollmacht speziell auf diese Geschäfte gerichtet war.²¹ II. Nach sächsischem Recht konnte ein Beauftragter, der im Namen des Auftraggebers ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte, persönlich auf dessen Erfüllung belangt werden, wenn der Auftraggeber ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt hatte.²² III. Ob ein Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren konnte, war streitig.²³ IV. Siehe auch unten bei Anm. 26.

12. Regeln über die Zustimmung zu Rechtsgeschäften waren in der Allgemeinheit, wie sie sich im BGB. finden, dem bisherigen Rechte nicht bekannt.

II. 1. a) Die Regel, daß man im Rechtsleben nicht bloß für sein Verschulden, sondern auch für „innere“ Zufälle einzustehen hat, war im mittelalterlichen Recht keine seltene Ausnahme, wie nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, sondern hatte, wie es scheint, allgemeine Geltung.²⁴ Freilich sagen die mittelalterlichen Gesetze und Rechtsbücher oft genug, daß jemand für ein „Unglück“, an dem er keine Schuld trage, nicht haftbar sei; allein sie denken dabei immer nur an ein Unglück, das, vom Standpunkt des Haftpflichtigen betrachtet, als ein „äußerer“ Zufall erscheint.

b) Dementgegen wird seit der Rezeption eine Haftung für innere Zufälle nur in gewissen Ausnahmefällen anerkannt, nämlich²⁵: I. wie nach jetzigem Recht in Ansehung der Gastwirte, der Eisenbahnen, der Post; II. über das jetzige Recht hinausgehend in Ansehung der gewöhnlichen Landfrachtführer und Verfrachter. Die für diese Fälle geltenden Sonderregeln sind für die Gast-

18) Abw. Enneccerus 1 S. 370¹. 19) Heusler 1 S. 203, 2 S. 502.

20) Pr. LR I, 13 § 8. 21) Pr. LR. I, 13 §§ 98 ff.

22) Sächs. GB. 1318.

23) Rümelin, Selbstkontrahieren des Stellvertreters (88).

24) Vgl. Heusler 1 S. 62, 2 S. 262.

25) Windscheid-Kipp § 384; älteres SGB. 395, 607; Reichspostgef. v. 28. 10. 71 §§ 6, 11; Reichshaftpflichtgef. v. 7. 6. 71 § 1 usw.; pr. LR. II, 8 § 447; sächs. GB. 1285.

wirte und Verfrachter bereits im römischen Recht aufgestellt, während sie für die gewöhnlichen Landfrachtführer erstmalig durch ein der Rezeption folgendes Gewohnheitsrecht, für die Eisenbahnen durch das preußische Gesetz vom 3. Nov. 1838, für die Post durch die neueren Postgesetze eingeführt sind.

2. a) Aus dem Grundsatz des mittelalterlichen Rechts, daß jedermann nicht bloß für sein Verschulden, sondern auch für innere Zufälle einzustehn habe, ergab sich von selbst, daß jeder, der durch sein eignes Verhalten ohne zureichenden Rechtsgrund einen andern schädigte, diesem ersatzpflichtig war, auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fiel — und zwar nicht bloß in den wenigen Fällen, in denen diese Ersatzpflicht auch nach jetzigem Recht gilt, sondern ausnahmslos — und daß ein Schuldner bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten für jedes Verschulden seiner Gehülfen und Vertreter gerade so gut wie für sein eignes Verschulden einstand.

b) Anders seit der Rezeption:

α) Eine Haftung für eignes schuldloses Verhalten wurde in der vormalig gemeinen Praxis angenommen, wenn jemand im Namen eines andern ohne Vertretungsmacht ein Rechtsgeschäft vornahm²⁶: dieser angebliche Stellvertreter sollte nämlich, gerade wie nach jetzigem Recht, der gutgläubigen Gegenpartei nach deren Wahl auf Schadenersatz oder Erfüllung haften, auch wenn er sich über den Mangel seiner Vertretungsmacht entschuldbar geirrt hatte. Nach preußischem Recht konnte der Vertreter dagegen nur haftbar gemacht werden, wenn er schuldhaft gehandelt hatte.²⁷

β) Eine Haftung des Schuldners für die Verfehn seiner Gehülfen und Vertreter galt allgemein nach französischem Recht.²⁸ Nach preußischem und vormalig gemeinem Recht galt diese Haftung nur beim Werkvertrage zu Lasten des Unternehmers. Nach sächsischem Recht galt sie überhaupt nicht.²⁹

3. Die zahlreichen Arten der Verschuldung sind privatrechtlich erst seit der Rezeption voneinander unterschieden worden. Zeitweise fand man an dieser Unterscheidung solches Gefallen, daß man der „grogen“ und „geringen“ noch eine „mäßige“ Fahrlässigkeit (*culpa lata, levissima, levis*) zur Seite stellte.³⁰

III. 1. Die Fristberechnung war im bisherigen Recht verschieden. Die jetzt geltende Kalenderrechnung fand sich namentlich in der Wechselordnung und dem ältern Handelsgesetzbuch, während das preußische Landrecht den Monat noch zu 30 Tagen rechnete.³¹ Eine altertümliche Frist, die noch bis in die jüngste Zeit im Lehnrecht galt, war die von Jahr und Tag: sie wurde meist gleich einem Jahr sechs Wochen und drei Tagen gesetzt.³²

26) Regelsberger 1 S. 600. Ebenso älteres HGB. 55 u. sächs. GB. 789.

27) Pr. UR. I, 13 § 151. 28) C. c. 1384.

29) Pr. UR. I, 11 § 930; Windscheid-Ripp § 401^b.

30) Pr. UR. I, 3 §§ 18, 20, 22.

31) Wechselordn. 32; älteres HGB. 328; pr. UR. I, 9 § 550.

32) Stobbe 1 § 68 I, 2.

2. a) Schon im Mittelalter galt die Regel, daß gewisse Rechte verloren gehen, wenn der Berechtigte sie nicht binnen bestimmter Frist ausübt; man sagte alsdann, der Berechtigte habe sich an seinem Recht verschwiegen. Die Frist betrug meistens Jahr und Tag; der Regel nach wurde sie nur durch eine formelle Ausübung des Rechts, z. B. durch eine Erklärung vor Gericht, unterbrochen; gegen Minderjährige und solche Personen, die durch „echte Not“ an der Ausübung ihres Rechts verhindert waren, lief die Frist nicht. Doch galt die Verschweigung nur für einzelne, freilich sehr wichtige Rechtsverhältnisse, namentlich für die Erbfolge in Lehen, die Beispruchs- und Näherrechte, manche Schuldforderungen; allgemein gültig war sie nicht. Sie erschien in zwei Hauptformen. Die eine Form setzte ein gerichtliches Aufgebot voraus; das Gericht oder eine andre zuständige Behörde mußte die Beteiligten ausdrücklich öffentlich auffordern, ihre etwaigen Rechte binnen der Verschweigungsfrist geltend zu machen; regelmäßig wurden die Beteiligten dabei auf die Gefahr der Verschweigung besonders hingewiesen: es wurde ihnen bei Versäumnis der Frist der Ausschluß ihrer Rechte angedroht; diese Form wurde namentlich bei der Auflassung von Grundstücken angewendet. Die zweite Form schrieb eine derartige öffentliche Aufforderung der Beteiligten nicht vor; hier trat die Verschweigung von Rechts wegen ein.³³

b) Seit der Rezeption ist die Verschweigung (bis auf einige Überreste, die sich z. B. im Lehnrecht finden) allmählich verschwunden. Die erste der oben genannten Formen ist durch das neuere Aufgebotsverfahren verdrängt; dies ist von der Verschweigung vor allem deshalb zu trennen, weil es einen anomalen Charakter trägt und nur in außerordentlichen Fällen Platz greift, während das altdeutsche Aufgebot der Beteiligten selbst die gewöhnlichsten Grundstücksveräußerungen begleitete. Die zweite Form der Verschweigung ist dagegen durch die römische Klagverjährung verdrängt; diese unterscheidet sich von der Verschweigung namentlich dadurch, daß sie, wenige Ausnahmen vorbehalten, sämtliche Rechte ergreift.

c) Die römische Klagverjährung stimmt im wesentlichen mit der Anspruchsverjährung des bürgerlichen Gesetzbuchs überein. Doch waren die meisten Verjährungsfristen länger als die jetzigen; erst das preußische Landrecht, der code civil und das preußische Gesetz vom 31. März 1838 hat sie abgekürzt.

3. a) In Anknüpfung an allgemeine Vorstellungen des mittelalterlichen deutschen und einige nur für besondere Institute geltende Vorschriften des römischen Rechts hat zunächst das kanonische Recht, schärfer und bestimmter aber ein jüngerer deutsches Gewohnheitsrecht folgende Regel ausgebildet: kann bewiesen werden, erstlich, daß im letzten Menschenalter ein Recht tatsächlich dauernd ausgeübt worden ist, und zweitens, daß auch aus früherer Zeit keine Nachricht vorliegt, wonach die Ausübung des Rechts damals unterblieben wäre, so hat der angebliche Berechtigte den unvordenklichen Besitz für sich und es wird zu seinen Gunsten vermutet, daß das Recht ihm wirklich zustehe. Diese Regel erinnert an das später zu besprechende Institut der Ersizung. Sie ist aber von ihm dadurch verschieden, daß sie

33) Heußler 2 S. 46, 86, 105; U. Schmidt, echte Not (88); Gierke, D. Prd. § 35 III.

auf alle Gerechtfame anwendbar ist, die einen gesetzlich zulässigen Inhalt haben, sofern nur ihre dauernde Ausübung möglich ist; auch schafft der unvordenkliche Besitz kein neues Recht wie die Ersizung, sondern macht nur den Beweis der gesetzmäßigen Begründung des alten Rechts überflüssig.³⁴

b) Alle neueren Gesetzbücher haben das Institut des unvordenklichen Besitzes abgeschafft.

IV. Im ältern Recht spielten die Privilegien eine noch größere Rolle als jetzt. Insbesondere war in der Zeit nach der Rezeption das ganze Recht der juristischen Personen, das ganze Bergrecht, das ganze Urheberrecht auf Privilegien aufgebaut.

Zusatz zum fünften Abschnitt.

I. Kollisionsnormen.

1. Die Geschäftsfähigkeit einer Person wird mit Bezug auf jedes einzelne Rechtsgeschäft nach dem Recht des Staats beurteilt, dem die Person zur Zeit der Vornahme des Geschäfts angehörte (E.G. 7 I). Indes erleidet diese Regel zwei Ausnahmen, die eine zugunsten der Anwendung des deutschen, die andre zugunsten der Anwendung des ausländischen Rechts.

a) Ein Ausländer, der im Inlande ein Rechtsgeschäft vornimmt, wird in Ansehung seiner Geschäftsfähigkeit ausnahmsweise nach deutschem Recht beurteilt, wenn seine Geschäftsfähigkeit nach den Regeln des deutschen Rechts weiter bemessen ist als nach den Regeln seines Heimatsrechts. Doch findet diese Ausnahmvorschrift keine Anwendung bei familien- und erbrechtlichen Geschäften sowie bei Verfügungen über ausländische Grundstücke; vielmehr ist bei diesen Geschäften die Geschäftsfähigkeit des Ausländers ausnahmslos nach seinem Heimatsrecht zu beurteilen (E.G. 7 III).

b) Ein Inländer, der die deutsche Staatszugehörigkeit erst nachträglich erworben hat, wird in Ansehung seiner Volljährigkeit ausnahmsweise nach dem Recht seiner bisherigen Heimat beurteilt, wenn er nach diesem Recht, bevor er die deutsche Staatsangehörigkeit erwarb, die Stellung eines Volljährigen erlangt hatte (E.G. 7 II).

2. a) Soll ein Rechtsgeschäft im Inlande erfüllt werden, das nach ausländischem Recht als unanständig gilt, während es nach deutscher Anschauung die guten Sitten verletzt, so ist deutsches Recht anzuwenden, auch wenn das Geschäft im übrigen nach ausländischem Recht zu beurteilen ist (E.G. 30).

b) Ob bezüglich eines nach in- oder ausländischem Recht verbotenen Geschäfts das in- oder ausländische Recht anzuwenden ist, hängt von dem Zweck ab, den das einzelne Verbotsgesetz befolgt. So ist z. B. das deutsche Verbot, Geldinhaberpapiere ohne staatliche Erlaubnis in Verkehr zu bringen, nur auf Papiere anzuwenden, die im Inlande ausgestellt sind (s. 795).

3. a) Die Form der Rechtsgeschäfte richtet sich sowohl nach dem Recht, das für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend ist, als nach dem Recht des Orts, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Und zwar soll es genügen, wenn entweder die Formvorschriften des erstern oder die des letztern erfüllt sind (E.G. 11 I).

b) Als Ort, an dem eine empfangsbedürftige Erklärung abgegeben wird, muß sowohl der Ort, an dem sich der Erklärende zur Zeit der Erklärung befindet, als auch der Ort, an dem die Erklärung dem Empfänger zugeht, angesehen werden; daraus folgt, daß als Formvorschriften des Orts dieser Erklärung sowohl die des erstern wie die des letztern Orts gelten, d. h. daß der Erklärende allen beiden Formvorschriften genügen muß¹. In gleicher Art ist anzunehmen, daß bei einem Vertragschluß unter Abwehenden sowohl die Formvorschriften des Orts, an dem der Antrag gestellt, als auch die Formvorschriften des Orts, an dem die Annahme erklärt wird, erfüllt werden müssen.²

³⁴) Buchka, unvordenkl. Besitz (41); Friedländer, unvordenkl. Zeit (43); Pfeiffer, prakt. Ausführungen 2 § 1, 7 §. 175 (28/44).

1) Abw. Bittelmann, internat. Privatr. 2 § 162.

2) Bittelmann, internat. Privatr. 2 §. 164; abw. RG. 62 §. 381.

c) Für Rechtsgeschäfte, durch die ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, sind allein die Formvorschriften des Orts maßgebend, an dem die Sache sich befindet; dagegen kommt es auf die Formvorschriften des Orts, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, nicht an (E.G. 11 II). Analog sind Rechtsgeschäfte zu behandeln, durch die ein dingliches Recht begründet oder über ein dingliches Recht verfügt wird, das nicht zu den Rechten „an“ einer Sache gehört, also z. B. die Überlassung eines Grundstücks zu Mietbesitz.³

4. Im übrigen lassen sich für die in dem vorstehenden Abschnitt erörterten Rechtsfragen keine allgemeinen Kollisionsnormen aufstellen.

II. Übergangsvorschriften.

1. a) Die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, das vor 1900 vorgenommen wurde, ist nach altem Recht zu beurteilen.

b) Die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, das 1900 oder später vorgenommen wurde, ist nach neuem Recht zu beurteilen. Dies gilt auch für die Geschäftsfähigkeit der Parteien; denn diese ist nicht etwa dadurch, daß sie vor 1900 vorhanden war, als ein dauerndes Recht geschaffen, das durch eine neue Gesetzgebung nicht berührt würde; sie ist vielmehr ein dauernder Zustand, der dem jeweilig geltenden Recht unterliegt (Ausnahme: E.G. 153 ff., 200 III, 215 I usw.). Nur die Verfügungsfähigkeit einer Partei ist nach altem Recht zu beurteilen, wenn sie noch unter altem Recht entstanden ist (Ausnahme: E.G. 168, 181 I, 203 usw.).

2. Die Verjährung ist nach altem Recht zu beurteilen, wenn unter dessen Herrschaft die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Umgekehrt ist sie nach neuem Recht zu beurteilen, wenn unter dessen Herrschaft die Verjährungsfrist begonnen hat. Hatte endlich am 1. Januar 1900 die Verjährungsfrist des alten Rechts zwar begonnen, aber ihr Ende noch nicht erreicht, so kommt altes und neues Recht nebeneinander zur Anwendung, wie folgt (E.G. 169).

a) Der Beginn, die Hemmung und die Unterbrechung der Verjährung bestimmt sich für die Zeit bis zum 1. Januar 1900 nach altem, von da ab nach neuem Recht.

b) Die Dauer der Verjährungsfrist bestimmt sich nach neuem Recht, wenn die neue Frist länger ist als die alte; ist sie kürzer, so entscheidet gleichfalls das neue Recht, jedoch so, daß die neue Frist erst vom 1. Januar 1900 ab läuft; läuft jedoch die alte Frist früher ab als (vom 1. Januar 1900 ab gerechnet) die neue Frist, so verbleibt es bei der alten Frist. Beispiel: die Kaufpreisforderung eines Bauern, der seinem Nachbarn für dessen Hausbedarf Korn geliefert hatte, verjährte nach preußischem Recht in 30 Jahren seit der Fälligkeit, während sie nach dem BGB. in zwei Jahren seit dem 31. Dezember des Jahres verjährt, in dem sie fällig wurde; war hier der Kaufpreis am 1. Mai 1872 fällig, so läuft die Verjährung gemäß preußischem Recht am 1. Mai 1902, war der Preis am 1. Mai 1875 fällig, so läuft die Verjährung gemäß der Regel des BGB. am 31. Dezember 1902 ab.

c) Die Wirkung der Verjährung folgt dem neuen Recht.

3. Im übrigen lassen sich für die in dem vorstehenden Abschnitt erörterten Rechtsfragen keine allgemeinen Übergangsvorschriften aufstellen.

³) Siehe auch RG. 63 S. 19.

Sechster Abschnitt.

Ausübung und Sicherstellung der Rechte.

I. Allgemeines.

§ 77.

I. Die Ausübung eines Rechts steht regelmäßig im freien Belieben des Berechtigten oder seines gesetzlichen Vertreters. Doch gibt es auch Rechte, die mit einer Pflicht zur Ausübung des Rechts verbunden sind.

Beispiele. I. Ein Darlehensgläubiger kann seine Rechte gegen seinen Darlehensschuldner nach Gutdünken unausgeübt lassen. Übt er sie nicht aus, so ist das schlimmste, was ihm widerfahren kann, daß der Darlehensschuldner die Darlehenssumme hinterlegt (372) oder daß sein Anspruch gegen ihn verjährt (194). II. Ein Vater kann seine väterlichen Rechte gegen seine minderjährigen Kinder nicht beliebig unausgeübt lassen. Übt er sie nicht aus, so kann es geschehn, daß er den Kindern und dritten Personen Schadensersatzpflichtig wird (1627, 832).

II. Der Berechtigte ist (von einzelnen Ausnahmen [12, 809, 905 usw.] abgesehen) befugt, sein Recht auch dann auszuüben, wenn es ihm keinen Nutzen gewährt, aus bloßer Rechthaberei.

1. Doch ist es dem Berechtigten untersagt, sein Recht in einer Weise auszuüben, die nur den Zweck haben kann(!), einen andern zu schädigen (sog. Schikaneverbot [226]).¹

Beispiele. I. Der Restaurateur A. ist mit seinem Nachbar B. verfeindet; aus reiner Bosheit verbietet er deshalb nicht bloß dem B., sondern auch dessen Leuten, seine Wirtschaft zu betreten, und bewirkt dadurch, daß B. keine Dienstboten und Arbeiter mehr bekommt, weil weit und breit kein andres Wirtshaus ist; ferner fällt er einen schönen Baum in seinem Garten, nur weil er weiß, daß B. Freude an dem Baum hat; endlich errichtet er an der Grenze gegen B. eine hohe Mauer, die keinen Nutzen für ihn hat, aber dem B. zu dessen Kummer die Aussicht auf die nahen Wiesen nimmt. Hier ist B. auf Grund des Schikaneverbots nicht befugt, gegen die beiden ersten Schikanen A.s einzuschreiten; freilich sind sie nur in der Absicht vorgenommen, den B. zu schädigen; das genügt aber für das Schikaneverbot nicht; denn daß A. mit den beiden ersten Schikanen auch einen andern Zweck verfolgt haben „kann“ als den einer Schädigung B.s, läßt sich nicht bestreiten; er „kann“ z. B. von einem Besuch der Leute des B. in seiner Wirtschaft Klatschereten befürchtet haben; der Baum „kann“ ihm ärgerlich gewesen sein usw.² Dagegen ist B. berechtigt, auf Grund des Schikane-

1) Blümner, böswilliger Rechtsmißbrauch (OO); Kamdohr bei Gruchot 46 S. 577, 806.

2) Siehe RG. 54 S. 434.

verbots sich die dritte Schifane U & zu verbitten und die Entfernung der Mauer zu fordern; denn der Bau der Mauer „kann“ nach Lage des Falls lediglich eine Schädigung B. & bezweckt haben. II. C. will dem Nachbar D. ein Stück Garten abkaufen, wird aber mit D. nicht über den Preis einig; nun bläst er immer dann, wenn D. den ihm sehr nötigen Nachmittagschlaf hält, Trompete, um ihn mürrbe zu machen. Hierwider kann D. mit dem Schifaneverbot nichts ausrichten; denn C. will ja mit seinem Trompeten nicht bloß den D. schädigen, sondern zugleich sich selber nützen!

2. Außerdem ist es dem Berechtigten verboten, sein Recht zu einem Delikt zu mißbrauchen (s. 826).

Beispiele s. unten § 163 III.

III. Regelmäßig kann der Berechtigte sein Recht durch einen Vertreter ausüben. Doch kommen auch hier Ausnahmen vor.

Beispiele. Bei einem Kauf und einer Eheschließung, die wegen Irrtums anfechtbar sind, kann das Anfechtungsrecht in Ansehung des Kaufs auch von einem Vertreter des Berechtigten, in Ansehung der Eheschließung kann es, wenn der Berechtigte geschäftsfähig ist, nur von ihm persönlich ausgeübt werden (1336).

IV. Häufig haben mehrere Personen nebeneinander Rechte, die, wenn sie tatsächlich ausgeübt werden, sich gegenseitig widerstreiten. Dann kann eines dieser Rechte den Vorrang haben, und die andern müssen ihm weichen (879). Oder die mehreren Rechte sind gleich stark; dann müssen die Berechtigten ihre Rechte gemeinsam ausüben (513) oder jeder ist nur zur teilweisen Ausübung seines Rechts befugt (659 II Satz 1) oder es wird einem der Rechte nachträglich der Vorzug zugestanden, sei es dem, das der Verpflichtete bevorzugt (428), sei es dem, das durch das Los bestimmt ist (659 II Satz 2).

V. 1. Nicht selten kommt es vor, daß ein Berechtigter von seinem Schuldner eine Sicherstellung seines Rechts fordern kann, sei es kraft Gesetzes (648, 843³, 1391, 1051 usw.), sei es auf Grund einer vertragmäßigen Zusage seines Schuldners, sei es aus einem andern Grunde. Ist dies der Fall, so kann der Schuldner die Sicherheit, falls das Gesetz oder der Vertrag nichts andres bestimmt, nach eigener Wahl bestellen, jedoch nur durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren oder durch Verpfändung inländischer Grundstücke, beweglicher Sachen oder gewisser besonders sicherer Forderungen; kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist auch die Stellung eines selbstschuldnerisch haftenden tauglichen Bürgen zulässig (232). Wird die Sicherheit ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend, so ist sie zu ergänzen oder anderweitige Sicherheit zu leisten (240).

Beispiele. I. Ein Recht, kraft Gesetzes Sicherheitsleistung zu fordern, steht der Ehefrau gegen ihren Mann zu, wenn durch dessen Verhalten „die Besorgnis begründet wird, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut erheblich gefährdenden Weise verletzt werden“ (1391). II. Ein Recht kraft vertragmäßiger Zusage des Schuldners Sicherheitsleistung zu fordern, steht einem Darlehensgläubiger gegenüber seinem Darlehensschuldner zu, wenn dieser sich bei Abschluß des Darlehensvertrages oder später verpflichtet hat, das Darlehen binnen vier Wochen sicherzustellen.

3) RG. 60 S. 417.

Über die Einzelheiten siehe die genauen Vorschriften in BGB. 232—239. Hervorgehoben sei, daß Wertpapiere, Grundstücke und Forderungen zur Sicherheitsleistung nur so weit verwendet werden können, als sie zur Anlegung von Mündelgeld tauglich sind, sowie daß Wertpapiere und Forderungen, die im Reichs- oder einem Staatsschuldbuch eingetragen sind, nur in Höhe von $\frac{3}{4}$ des Kurswerts, bewegliche Sachen nur in Höhe von $\frac{2}{3}$ des Schätzungswerts als sicher gelten.

2. Neben der Sicherheitsleistung, die ein Schuldner dem Berechtigten auf dessen Verlangen leisten muß, gibt es auch eine Sicherheitsleistung, die der Gläubiger — sei es eigenmächtig, sei es unter Mitwirkung von Behörden — sich selber nimmt, sowie eine Sicherheitsleistung, die ein Schuldner seinem Gläubiger aus freien Stücken anbietet, um ihn von der Ausübung eines andern für den Schuldner besonders lästigen Rechts abzuhalten. Hier gelten die Regeln zu 1 nur mit erheblichen Abweichungen.

Beispiele. I. Der Berechtigte kann sich eine Sicherung eigenmächtig nehmen im Fall der Selbsthilfe (229); unter Mitwirkung einer Behörde kann er sie sich nehmen, wenn ihm eine vollstreckbare Geldforderung auf einen Betrag von mehr als 300 Mf. zusteht und sein Schuldner Grundstückseigentümer ist (BPO 866). Dort besteht die Sicherung z. B. darin, daß der Gläubiger dem Schuldner eine Fahrnisache wegnimmt, hier darin, daß er zu seinen Gunsten eine Sicherungshypothek auf den Grundstücken des Schuldners im Grundbuch eintragen läßt. II. Eine Sicherheitsleistung, die der Schuldner aus freien Stücken anbietet, kommt vor, um die Ausübung eines dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Zurückbehaltungsrechts abzuwenden (273 III).

II. Eigenmächtige Rechtsausübung.¹

§ 78.

I. Die eigenmächtige Ausübung eines Rechts durch den Rechtsinhaber ist selbstverständlich an und für sich unverboden und bildet sogar bei vielen Rechten, namentlich beim Eigentum und den Dienstbarkeiten, tatsächlich die Regel. Nur ist ihr eine Grenze dahin gesetzt, daß der Berechtigte bei der Ausübung des Rechts keine Gewalt gegen andre Personen anwenden und auch nicht in fremden Besitz eingreifen darf. Doch gibt es eine Reihe von Fällen, in denen der Berechtigte auch diese Grenze überschreiten darf.

1. Der erste Fall ist der der Notwehr. Er setzt voraus, daß der Berechtigte von einem Unbefugten rechtswidrig angegriffen wird. Alsdann ist jede Verteidigungsmaßregel gestattet, die zur Abwehr erforderlich ist (227).

a) Die Notwehr setzt einen „Angriff“ des Gegners voraus, sei es gegen die Person des Berechtigten, sei es gegen seine Güter. Es genügt also nicht, daß der Gegner, der sich im Besitz einer dem Berechtigten gehörigen Sache be-

1) v. Liszt, bei B. u. F. Heft 5 (89); ders., Deliktobligationen (98); Mertel, Kollision rechtmäßiger Interessen (95); Lippe, Notstandsrechte (Diss. 97); Löffler, Ztsch. f. Strafrechtswiss. 21 S. 1; Heyer, Arch. f. KR. 19 S. 38; Otter bei B. u. B. 1 S. 237; ders. Notwehr u. Notstand (03); Gold von Ferner, Rechtswidrigkeit (seit 03).

findet, sich in diesem Besitz eigenmächtig behauptet: denn nicht die Behauptung, sondern umgekehrt die Bekämpfung bestehenden Besitzes ist ein „Angriff“.

b) Die Notwehr ist nur gegen einen „gegenwärtigen“ Angriff statthaft, d. h. gegen einen Angriff, der unmittelbar bevorsteht oder gar bereits begonnen hat. Es genügt also weder ein Angriff, der erst in der Zukunft droht, noch ein Angriff, der bereits vollendet ist.

c) Die Notwehr ist nur gegen einen objektiv „rechtswidrigen“ Angriff erlaubt. Dagegen braucht der Angriff nicht außerdem auch eine subjektive Rechtswidrigkeit auf seiten des Angreifenden zu enthalten. Deshalb ist Notwehr auch gegen den gestattet, der in entschuldbarem Irrtum annahm, zu seinem Angriff wohl befugt zu sein. Folgerichtig wird man also sogar gegen Angriffe einer unzurechnungsfähigen Person oder eines Tiers die Notwehr gestatten müssen;² doch nimmt die herrschende Meinung das Gegenteil an.³

d) Die Notwehr ist statthaft nur zur „Abwehr“ des Angriffs, darf also nicht etwa in einen Gegenangriff übergehen. Dafür ist sie aber auch, soweit sie zur Abwehr des Angriffs erforderlich, unbeschränkt statthaft. Es schadet also nichts, daß das Übel, das durch die Notwehr angerichtet wird, weit schlimmer ist als das Übel, das der Angriff anzurichten drohte; ebenso ist es unschädlich, daß der Angegriffene in der Lage war, rechtzeitig obrigkeitliche Hilfe anzurufen und dadurch die Notwehr ganz zu vermeiden, oder daß er sich dem Angriff durch die Flucht entziehen konnte.

e) Die Notwehr steht nicht bloß dem Angegriffenen selbst, sondern auch jedem Dritten zu, mag dieser im Auftrage des Angegriffenen oder aus eigenem Antriebe einschreiten.

f) Die Notwehr steht dem Angegriffenen oder dem Dritten auch dann zu, wenn er den Angriff schuldhaft veranlaßt hat.

Beispiele. I. A. 3 Mietkontrakt bei B. läuft am 1. Oktober ab; trotzdem weigert sich A. ohne jeden Grund, die Wohnung zu räumen. Hier darf B. nicht etwa den A. durch Notwehr gewaltsam aus der Wohnung weisen; denn so rechtswidrig A. 3 Verhalten ist, einen „Angriff“ gegen B. enthält es nicht. II. Die C. hat sich eine Pistole gekauft, um ihren untreuen früheren Bräutigam D. zu erschießen und übt sich täglich im Pistolenschießen. Hier darf D. weder der C. durch Notwehr die Pistole gewaltsam fortnehmen noch sie gewaltsam in ihren Übungen hindern. III. 1. E. hat am 1. Mai 06 ein Privattestament errichtet, in dem er den F. zum Alleinerben berief, und dies Testament sofort dem F. zur Aufbewahrung geschickt; noch am nämlichen Tage läßt er sich aber bestimmen, ein neues Testament zu errichten, in dem er den G. als Alleinerben einsetzt, ohne dabei das ältere Testament zu erwähnen, und sendet dies Testament an G.; am nächsten Tage will er dem F. mitteilen, daß seine Erbeseinsetzung erloschen sei, wird aber durch einen plötzlichen Tod daran verhindert; nun erscheinen sowohl F. wie G. im Sterbehause und suchen sich gegenseitig gewaltsam zu verhindern, die Nachlassachen an sich zu nehmen, da ein jeder sein Testament für das jüngere hält. Hier liegt auf seiten des F. ein rechtswidriger Angriff, auf seiten des G. liegt Notwehr vor, obschon beide gleichmäßig aggressiv vorgehen und sich desselben guten Glaubens erfreuen; denn was G. tut, ist objektiv rechtmäßig, was F. tut, ist objektiv rechtswidrig.

2) Siehe Frank, Strafgesetzb. 5. Aufl. (08) S. 117; Otter, bei B. u. B. 1 S. 259.

3) v. Liszt, Deliktobligationen S. 87; Endemann 1 § 85⁴.

2. Siehe unten bei S. 346 b das erste Beispiel. IV. 1. H. will nachts auf einer Leiter in das Schlafzimmer der F. einsteigen, ohne böse Absicht, nur um sie zu necken; die F. hat aber seinen Streich rechtzeitig gemerkt und zwei andre Mägde herbeigerufen; mit deren Hilfe überrascht sie den H., als er glücklich bei ihr eingestiegen ist, bindet ihn und hält ihn die Nacht über eingesperrt. Hier hat die F. die Grenzen der Notwehr überschritten und ist zum Gegenangriff übergegangen. 2. Derselbe Fall; nur entdeckt die F. den H. erst, als er auf der höchsten Stufe der Leiter steht und sich eben in ihr Fenster schwingen will; vergeblich schreitet sie ihm zu, er solle draußen bleiben; da stößt sie ihn gegen die Brust, daß er herunterstürzt und sich das Genick bricht. Hier ist die F. in den Grenzen der Notwehr geblieben, auch wenn sie genau wußte, daß H. sich lediglich einen Scherz mit ihr erlauben wollte und daß der Sturz von der Leiter ihm das Leben kosten konnte. V. N. sieht, wie L. in einer öffentlichen Anlage dem Verbot zuwider über den Rasen läuft. Hier kann er den L. kraft Notwehr mit Gewalt von dem Rasen fortjagen, und zwar selbst dann, wenn der angestellte Anlagenwärter anwesend ist und nicht einschreitet, ja sogar dann, wenn der Wärter pflichtwidrigerweise dem L. das Betreten des Rasens erlaubt hat. VI. M. hat dem N., als dieser bei seinem Hause vorbeiging, ohne jeden Anlaß Schimpfwörter zugerufen; darauf tritt N. in das Haus, um den M. zur Rede zu stellen. Hier kann M. den N., wenn er nicht freiwillig geht, kraft Notwehr gewaltsam aus seinem Hause entfernen.

2. Der zweite Fall ist dem der Notwehr nahe verwandt und wird vom bürgerlichen Gesetzbuch mit der Notwehr zusammen als Selbstverteidigung bezeichnet. Er setzt voraus, daß jemandem durch eine fremde Sache Gefahr droht. Alsdann ist es gestattet, zur Abwehr der Gefahr die Sache zu beschädigen oder zu zerstören (228).

a) Die Gefahr muß gerade „durch“ die Sache, um deren Beschädigung oder Zerstörung es sich handelt, drohen. Nicht hergehörig ist also der Fall, daß man eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um sich dadurch gegen eine anderswo entspringende Gefahr zu schützen.

Beispiele. I. Wenn des Nachbarn Zaun sich über die Grenze neigt und meine Becte zu beschädigen droht, wenn das Haus, das dem meinigen gegenüberliegt, in Flammen steht und auch mein Haus in Feuergefahr setzt, wenn ein fremdes mit meinen Pferden im nämlichen Stall eingestelltes Pferd sich als ansteckend krank erweist, ist mir die Selbstverteidigung gegen die Mauer, das Haus, das Pferd gestattet. II. Wenn ich dagegen in Gefahr des Hungertodes gerate, darf ich mich gegen diese Gefahr nicht dadurch verteidigen, daß ich aus einem Bäckerladen ein Brot entwende und aufesse; wenn ich einen Selbstmörder ins Wasser springen sehe, darf ich ihn nicht dadurch zu retten suchen, daß ich das Tau, mit dem ein fremder Kahn am Ufer angebunden ist, zerschneide und alsdann auf dem Kahn dem Ertrinkenden zu Hülfe komme.

Übrigens hat für Fälle wie die beiden zuletzt genannten das Gesetz in dem dem Eigentum gewidmeten Abschnitt eine besondere Vorschrift (904) aufgestellt. Sie wird aber erst in der Lehre vom Eigentum zu erörtern sein. Einstweilen sei nur bemerkt, daß diese Vorschrift einer in Gefahr geratenen Person und einem hilfsbereiten Dritten zwar ein Recht gibt, zur Abwendung der Gefahr auf fremde Sachen „einzuwirken“, also auch diese Sachen zu beschädigen oder zu zerstören, daß sie aber keineswegs besagt, dies Notrecht dürfe auch mittels Eigenmacht gegen den Besitzer der Sachen ausgeübt werden. Abweichend geben freilich manche dem Gefährdeten und sogar dem hilfsbereiten Dritten auch das Recht der Eigenmacht.⁴ Indes würde der Gesetzgeber, wenn er dies gewollt hätte, die Vorschrift sicher in den der Selbsthülfe oder dem Besitz gewidmeten Abschnitt des B.G.B. und nicht in den Ab-

4) Endemann § 85 a, 3 a; Biermann, Kommentar z. B.G.B. Anm. 2 zu § 904; List, Deliktsobligationen S. 90.

schnitt über das Eigentum gestellt haben. Auch erwäge man den häufigen Fall, daß der Besitzer der Sache einerseits und der angeblich Gefährdete oder der hülfsbereite Dritte andererseits über das Vorhandensein und die Dringlichkeit der Gefahr verschiedener Meinung sind; sollte das Gesetz es wirklich gestatten, daß der Gefährdete und der Dritte die Wichtigkeit ihrer Meinung gegen den Besitzer im Wege des Faustkampfes erhärten und, wenn es nicht anders geht, den Besitzer töten dürfen?

b) Die Selbstverteidigung gegen gefahrdrohende Sachen wird in einer einzigen Beziehung anders behandelt als die Notwehr: sie ist nämlich unstatthaft, wenn das Übel, das durch die Selbstverteidigung entsteht, unverhältnismäßig größer ist als die von der Sache drohende Gefahr.

Beispiele. I. Die teure Dogge des A. fällt den wertlosen Pinscher des B. an; um den Pinscher zu retten, schießt A. die Dogge tot. II. Der große Karpfenteich des C. droht dem kleinen Felde des D. eine Überschwemmung; um das Feld zu schützen, durchsticht D. den Damm, der den Abfluß des Teichs nach der andern Seite hemmt, und zerstört damit den Teich vollständig. Hier ist sowohl zu I wie zu II der Schaden, den die Selbsthilfe mit sich bringt, unvergleichlich größer als der Nutzen, den sie schafft; dennoch ist sie zu I rechtmäßig, zu II nicht. Denn zu I ist sie (was freilich bestritten) „Notwehr“ gegen einen rechtswidrigen Angriff⁵⁾, zu II ist sie „Selbstverteidigung“ gegen eine gefahrdrohende Sache.

c) Im übrigen wird die Selbstverteidigung gegen eine gefahrdrohende Sache gerade ebenso behandelt wie die Notwehr. So muß (obschon dies im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt ist) die Gefahr, die die Sache droht, dem Gefährdeten gegenüber objektiv rechtswidrig sein. Ferner: die Selbstverteidigung ist statthaft, auch wenn Zeit und Gelegenheit vorhanden war, obrigkeitliche Hilfe gegen die Gefahr zu erlangen. Ferner: nicht bloß der Gefährdete selber, sondern auch jeder Dritte kann die Verteidigungshandlungen vornehmen. Ferner: die Selbstverteidigung ist auch dann rechtmäßig, wenn der Gefährdete oder der hülfsbereite Dritte die Gefahr, die abgewehrt werden soll, selber verschuldet hat⁶⁾ usw.

3. Der dritte Fall ist der des Notangriffs oder, wie das bürgerliche Gesetzbuch wenig bezeichnend sagt, der Fall der Selbsthilfe. Er setzt voraus, daß der Berechtigte ohne sofortiges Eingreifen Gefahr läuft, die Ausübung seines Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert zu sein. Alsdann darf der Berechtigte, um sich zu sichern, eine beliebige Sache wegnehmen. Er darf ferner eine fremde Sache beschädigen oder zerstören. Er kann endlich auch Gewalt gegen die Person des Verpflichteten anwenden, wenn dieser einer Handlung des Berechtigten, die er zu dulden hat, Widerstand entgegensetzt. Ja, er kann den Verpflichteten, wenn dieser fluchtverdächtig ist, sogar verhaften (229).

a) Der Notangriff ist wie die Notwehr wegen jedes beliebigen Rechts und zur Abwehr gegen jede Art von Gefahr gestattet. Von der Notwehr ist er trotzdem scharf geschieden; denn er setzt keinen Angriff des Gegners voraus. Vielmehr ist es der Berechtigte selber, der zum Angriff übergeht.

5) Siehe oben bei Anm. 3.

6) Abw. Listz, Deliktsobligationen S. 94. Siehe übrigens unten zu II, 2.

b) Dadurch erklärt es sich, daß der Notangriff in engere Grenzen geschlossen ist als die Notwehr. Namentlich setzt er voraus, daß obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist. Ferner darf er nicht von jedem beliebigen Dritten ausgeübt werden, sondern nur von dem Berechtigten selber oder von seinen gesetzlichen oder mit gehöriger Vollmacht versehenen Vertretern. Endlich soll er nur ausnahmsweise einer wirklichen Ausübung des gefährdeten Rechts dienen, nämlich nur, wenn das Recht auf eine eigne, vom Verpflichteten zu duldennde Handlung des Berechtigten geht. Im übrigen dient dagegen der Notangriff nur zur Sicherung des gefährdeten Rechts. Deshalb darf der Berechtigte die von ihm weggenommene Sache nicht ohne weiteres behalten, sondern er muß die Zwangsvollstreckung in die Sache betreiben oder den dinglichen Arrest darein erwirken; versäumt er dies oder wird der Arrestantrag abgelehnt, so muß er die Sache dem Gegner wieder herausgeben. — Für den Fall der Verhaftung des Verpflichteten ist vorgeschrieben, daß der Verhaftete unverzüglich dem Gericht vorzuführen ist, in dessen Bezirk die Verhaftung erfolgte; auch ist unverzüglich die Anordnung des Personalarrestes gegen den Verhafteten zu beantragen; wird dies versäumt oder wird der Arrestantrag abgelehnt, so ist der Verhaftete sofort freizugeben (230).

c) Im übrigen kommen die Regeln von der Notwehr auch hier zur Anwendung. Namentlich ist der Notangriff nur soweit gestattet, als er zur Beseitigung der dem Berechtigten drohenden Gefahr erforderlich ist. Ferner genügt es, daß der Verpflichtete, gegen den der Angriff geht, objektiv im Unrecht ist, während ein subjektives Verschulden auf Seiten des Verpflichteten nicht vorausgesetzt wird. Ferner: es schadet nichts, wenn der Berechtigte seine Notlage selber verschuldet hat⁷ usw.

Beispiele. I. A. faßt den B. ab, wie er von seinem Baum Pflaumen stiehlt. Hier kann er den B., wenn er ihn nicht kennt, zwar nicht durch Notwehr (s. oben S. 345 Abs. 1 Fall IV), wohl aber durch Notangriff solange festhalten, bis seine Identität festgestellt wird; denn nur dadurch kann er es hindern, daß sein Schadensersatzanspruch gegen B. wegen Unbekanntheit des Schuldners allen Wert verliert. Er muß aber den B., wenn seine Identität nicht alsbald festgestellt wird, unverzüglich dem Gericht vorführen. II. C. ist dem D., der Silberfachen bei ihm gestohlen hat, auf der Spur und entdeckt ihn in dem Augenblick, wie er die Sachen einschmelzen will. Hier kann er ihm die Sachen zwar nicht durch Notwehr, wohl aber durch Notangriff wegnehmen; denn nur dadurch kann er sich den Beweis des Diebstahls und die Möglichkeit der Rückgabe der Sachen sichern. Er muß aber wegen dieser ihm selbst gehörigen Sachen unverzüglich den Erlaß des dinglichen Arrests bei Gericht beantragen.

4. a) Ein Besitzer, der durch verbotene Eigenmacht in seinem Besitz gestört oder aus seinem Besitz gedrängt ist, kann die Störung gewaltsam zurückweisen und den geraubten Besitz gewaltsam zurückerobern. Gleichgültig ist, ob Gefahr im Verzuge und obrigkeitliche Hülfe nicht zu erlangen ist. Das Recht

7) Endemann, 1 § 85 a²⁷.

steht nur dem Besitzer und seinen Vertretern zu, nicht jedem beliebigen Dritten (859, 860).

b) Ähnlich ist das Recht des Vermieters, Verpächters und Gastwirts, die Entfernung der ihrem Pfandrecht unterworfenen Sachen von dem Miet- oder Pachtgrundstück oder Gasthause gewaltsam zu hindern und sich, wenn der Mieter, Pächter oder Gast auszieht, gewaltsam in den Besitz der Sachen zu setzen (561, 581 II, 704).

5. Noch schärfer ist das Privatpfändungsrecht⁸, das in vielen Gegenden Deutschlands landesrechtlich anerkannt ist (EG. 89). In Preußen hat es folgende Gestalt angenommen (Preuß. Ges. v. 1. 4. 1880 §§ 77 ff.).

a) Das Pfändungsrecht gilt nur zugunsten land- oder forstwirtschaftlich benutzter Grundstücke einschließlich städtischer Gärten; für Gebäude, Bergwerke u. dgl. gilt es nicht. Es greift nur Platz, wenn ein Grundstück entgegen einer feld- oder forstpolizeilichen Vorschrift von fremdem Vieh betreten wird. Gleichgültig ist, ob das Vieh dabei Schaden anrichtet. Gleichgültig ist ferner, ob das Vieh allein ist oder von Menschen begleitet wird; namentlich ist, wenn jemand über ein fremdes Grundstück fährt oder reitet, eine Pfändung der Reit- und Wagenpferde zulässig. Gleichgültig ist schließlich auch, ob obrigkeitliche Hülfe nicht zu erlangen und Gefahr im Verzuge ist; gerade hierin geht das Pfändungsrecht über das allgemeine Recht des Notangriffs weit hinaus.

b) Pfändungsberechtigt ist nicht bloß der Eigenbesitzer, sondern auch der Nießbraucher und Pächter des Grundstücks, ebenso jeder Familienangehörige oder Angestellte des Berechtigten, endlich auch ein Feldhüter.

c) Die Pfändung („Schüttung“) darf nur auf frischer Tat geschehn.

d) Während nach Notwehrrecht der Grundstücksbesitzer darauf beschränkt ist, übertretendes Vieh wegzujagen, ist er nach Pfändungsrecht befugt, gerade umgekehrt das Vieh festzuhalten. Sind mehrere Stücke Vieh übergetreten, so dürfen nur soviel festgehalten werden, als für den Pfändungszweck erforderlich ist. Natürlich darf das gepfändete Vieh nicht etwa getötet werden, ist vielmehr sorglich zu pflegen. Andre Sachen als Vieh dürfen nicht gepfändet werden; wohl aber muß der Pfändende, wenn der Gepfändete ihm freiwillig eine andre geeignete Sache als Pfand anbietet, sie nehmen und das Vieh freigeben.

e) Die Pfändung hat den Vorteil, daß sie den Eigentümer des gepfändeten Viehs meist zur gütlichen Einigung mit dem pfändenden Grundstücksbesitzer veranlaßt. Auch gibt sie dem Pfändenden wegen seiner Forderung auf Schadensersatz oder Ersatzgeld ein Pfandrecht an dem gepfändeten Vieh.

f) Im Streitfall muß der Pfändende die Rechtmäßigkeit der Pfändung nachweisen, also namentlich dartun, daß das gepfändete Vieh wirklich sein

⁸) Wilda, Btschr. f. D. Recht 1 S. 167; v. Meibom, Pfandrecht (67) S. 190; Nägeli, d. germ. Selbstpfändungsrecht (76); Brunner 2 S. 445.

Grundstück betreten hat.⁹ Es wird aber letzterer Beweis durch die Pfändung tatsächlich sehr erleichtert.

g) Die Pfändung ist binnen 24 Stunden der Ortspolizei anzuzeigen, widrigenfalls der Pfändende die gepfändeten Sachen sofort herausgeben muß. Die Polizei faßt Beschluß darüber, ob die Pfändung aufrecht zu erhalten und wo das gepfändete Vieh vorläufig unterzubringen ist; gegen diesen Beschluß ist binnen 10 Tagen die Klage beim Kreisauschuß zulässig; der Rechtsweg ist ausgeschlossen; nur wenn der Gepfändete Tatsachen glaubhaft macht, aus denen die Unrechtmäßigkeit der Pfändung hervorgeht, hat die Polizei oder der Kreisauschuß das Verfahren einzustellen und dem Beschädigten die Verfolgung seiner Ansprüche im Zivilprozeß zu überlassen. Ist durch eine rechtskräftige Entscheidung die Pfändung aufrecht erhalten, so werden die Pfandstücke von der Polizei versteigert; bis zum Zuschlage behält der Gepfändete das Einlösungsrecht. Aus dem Verkaufserlöse oder der von dem Gepfändeten zur Einlösung der Pfandstücke freiwillig eingezahlten Summe sind zunächst die Kosten zu decken und sodann die Ansprüche des Pfändenden zu befriedigen, die auf Schadenersatz jedoch nur dann, wenn sie binnen drei Monaten nach der Pfändung bei der Polizei angemeldet sind; der Überrest fällt an den Gepfändeten oder, wenn dieser nicht ermittelt wird, an die Armenkasse.

h) Nach sächsischem Recht ist ein Privatpfändungsrecht auch dann anerkannt, wenn unbefugterweise eine Person ein fremdes Grundstück betritt; die Pfändung wird hier durch Wegnahme irgendeiner Sache, die die Person bei sich trägt, und falls dies nicht tunlich ist, durch Festhaltung der Person selber ausgeführt; doch ist die Festhaltung der Person vom BGB. auf den Fall beschränkt, daß die Voraussetzungen des Notangriffes vorliegen, also namentlich auf den Fall, daß der Schuldige unbekannt oder unsicher ist (sächs. BGB. 488 ff., GG. 89). Die preussischen Feld- und Forstpolizeigesetze erwähnen die Personalpfändung nicht. Dagegen ist sie im preuß. Landr. I, 14 § 413 ff. anerkannt, aber nicht als eine Besonderheit, die gerade für den Schutz der Grundstücke bestimmt wäre; deshalb sind diese Vorschriften durch GG. 89 nicht gedeckt und also durch das BGB. und pr. AusfGes. 89, 1 b beseitigt; doch wird die Personalpfändung als ein besonderes Privileg ländlicher Grundbesitzer auch in Preußen in den meisten Provinzen gewohnheitsrechtlich feststehen und bleibt alsdann dank GG. 89 auch ferner in Geltung.

II. 1. Eine eigenmächtige Rechtsausübung oder Rechtsficherung, die nach den eben entwickelten Regeln erlaubt ist, ist eine rechtmäßige Handlung. Jedem Dritten ist deshalb der Widerstand gegen eine solche Handlung verboten: gegen erlaubte Eigenmacht hat der Gegner kein Recht der Notwehr oder des Notangriffes.

2. Regelmäßig wird eine eigenmächtige Rechtsausübung oder Rechtsficherung, sofern sie rechtmäßig ist, den Täter auch nicht zu Schadenersatz verpflichten. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn die zur Eigenmacht schreitende Person den Sachverhalt, der ihr das Recht zu ihrem eigenmächtigen Einschreiten gab, selber verschuldet hat.

Im BGB. ist diese Regel auffälligerweise nur für den Fall der Verteidigung gegen gefährdende Sachen ausdrücklich aufgestellt (228 II). Sie gilt aber analog auch im Fall der Notwehr und in den übrigen Fällen erlaubter Eigenmacht.

III. 1. Umgekehrt ist eine eigenmächtige Rechtsausübung oder Rechtsficherung, die nach den eben entwickelten Regeln nicht erlaubt ist, eine rechtswidrige Handlung. Mag auch dem Handelnden das materielle Recht, das er

⁹) Abw. Glerte 1 § 39⁷⁹.

ausüben oder sichern will, in Wirklichkeit zustehn — dadurch, daß er eigenmächtig vorging, hat er sich formell ins Unrecht gesetzt. Deshalb darf sein Gegner wider ihn zur Notwehr schreiten.

Beispiel. Ein Mieter will in die ihm zum 1. April vermietete Wohnung am richtigen Ziehtage einziehen; ohne jeden Grund verweigert ihm der Vermieter den Einzug in die Wohnung; der Mieter ist durchaus im Recht, der Vermieter im Unrecht; da will der Mieter den Einzug mit Gewalt erzwingen, und der Vermieter vermag sich seiner nur dadurch zu erwehren, daß er ihn schwer verlegt. Hier ist bei diesem Faustkampf der Vermieter im Recht, der Mieter im Unrecht.

2. a) Hat der Berechtigte, indem er unbefugterweise zur Eigenmacht griff, schuldhaft gehandelt, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet.

b) Die gleiche Verpflichtung hat der, der ein angebliches Notangriffsrecht gebraucht hat, das ihm in Wahrheit nicht zustand, auch dann, wenn er nicht schuldhaft, sondern in einem entschuldbaren Irrtum gehandelt hat (231).

IV. 1. Die Regeln dieses Paragraphen haben auch strafrechtlich eine große Bedeutung. Denn soweit sie eine eigenmächtige Handlung privatrechtlich für rechtmäßig erklären, erklären sie sie zugleich kriminell für straflos. Dies ist z. B. bei der Auslegung von StrGB. 54 zu berücksichtigen; wenn es hier heißt, daß eine strafbare Handlung nicht vorhanden sei, falls die Handlung in einem unverschuldeten auf andre Weise nicht zu beseitigenden Noistande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist, so muß hinzugesügt werden: die Beschädigung oder Zerstörung fremder Sachen im Noistande ist gemäß BGB. 228 rechtmäßig, also nicht strafbar auch dann, wenn a) der Noistand ein verschuldeter war, b) wenn die Gefahr nicht Leib oder Leben, sondern irgendein andres Gut, z. B. das Vermögen, betraf, c) wenn sie nicht die Güter des Täters oder seiner Angehörigen, sondern eines Fremden anging.

2. Der Satz zu 1 darf aber nicht etwa dahin umgekehrt werden, daß eine Eigenmacht um deswillen, weil das Strafgesetzbuch sie straffrei läßt, auch privatrechtlich für rechtmäßig anzusehn sei. Vielmehr ist beispielsweise ein Notwehrerzess, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist, zwar straflos (StrGB. 53 III), aber (regelmäßig) privatrechtlich rechtswidrig.

III. Rechtsausübung im Prozeß.¹

§ 79.

I. Die meisten Rechte können sowohl außergerichtlich wie im Prozeßwege geltend gemacht werden. Doch gibt es nach beiden Richtungen hin Ausnahmen: bei manchen Rechten ist die Ausübung nur außergerichtlich, bei andern Rechten ist die Ausübung nur im Prozeßwege möglich.

Beispiele. I. Die prozessuale Verfolgung ist ausnahmsweise ausgeschlossen bei dem Recht eines Verlobten auf Erfüllung des Eheversprechens (1297). II. Die außerprozessuale Verfolgung eines Rechts ist ausnahmsweise ausgeschlossen bei dem Recht eines Ehemanns, die Ehelichkeit eines von seiner Ehefrau gebornen Kindes anzufechten (1596)

Bemerkenswert ist noch, daß bei manchen Rechten die gerichtliche Verfolgung dahin eingeschränkt ist, daß ihretwegen die Klagerhebung wider den Gegner und seine Verurteilung,

1) Fischer bei B. u. F. Heft 6 (89); F. Friedenthal, Einwendung u. Einrede (98); Hellwig, Anspruch u. Klagrecht (90); Langheineken, Anspruch u. Einrede (93).

nicht aber auch die Zwangsvollstreckung wider ihn zulässig ist. Beispiel: das Recht des Dienstberechtigten auf Dienstleistung (ZPO. 888 II).

Vielfach wird behauptet, die Einrederechte könnten nur im Prozeßwege geltend gemacht werden.² Ich halte das für unzutreffend: ein Schuldner kann eine ihm zustehende Einrede vollwirksam z. B. auch dann geltend machen, wenn der Gläubiger wegen seines Rechts zur Selbsthilfe greift.

II. Wird ein Recht im Prozeßwege geltend gemacht, so muß der Berechtigte den Tatbestand behaupten, aus dem hervorgeht, daß das Recht in dem von ihm angegebenen Umfang ihm wirklich zusteht (Behauptungslast). Doch braucht er den Tatbestand nicht zu erschöpfen, sondern kann sich auf die Angabe der Tatbestandstücke beschränken, aus denen bei regelmäßigem Gang der Dinge hervorgeht, daß er das Recht erworben hat. Sache der andern Partei ist es dagegen, zu behaupten, entweder, daß der Gang der Dinge kein regelmäßiger gewesen sei und deshalb der Gegner ausnahmsweise das Recht nicht erworben, oder aber, daß der Gegner das Recht nachträglich wieder verloren habe. Damit erhebt sie nicht etwa eine Einrede in dem früher (oben S. 67) genannten Sinn, sondern trotz der positiven Form ihrer Behauptungen bestreitet sie das gegnerische Recht. Ein derartiges positives Bestreiten mag, um den Gegensatz gegen das Geltendmachen einer „Einrede“ hervorzuheben, als Geltendmachen eines „Einwandes“ bezeichnet werden.

Beispiel. A. hat schriftlich anerkannt, dem B. 1000 Mk. schuldig zu sein, und C. hat sich gleichfalls schriftlich für diese Schuld verbürgt. Hier ist es, falls B. den C. verklagt genügend, wenn er sich auf diese beiden Tatsachen beruft. Dagegen kann C. sich verteidigen: I. indem er seine Verpflichtung bestreitet und zwar 1. in negativer Form, etwa so, daß er die Echtheit seiner Unterschrift unter dem Bürgschaftsschein ableugnet, oder 2. positiv, etwa so, daß er den „Einwand“ erhebt, er sei bei Ausstellung des Bürgschaftsscheins noch minderjährig gewesen oder habe die Schuldsumme bereits bezahlt; II. C. kann sich aber auch dadurch verteidigen, daß er die Bürgschaftsschuld zugibt, aber „einredeweise“ ein Gegenrecht in Anspruch nimmt, z. B. das der Vorausklage, der Verjährung.

Das BGB. ist auf das sorgfältigste bemüht, durch die Art der Formulierung seiner Regeln zugleich festzustellen, ob bei Verfolgung eines Anspruchs das Vorhandensein eines Tatbestandstücks vom Berechtigten zu behaupten oder umgekehrt sein Mangel von der Gegenpartei im Wege des Einwandes zu rügen ist. So erlangt z. B., wer eine bewegliche Sache vom Nichteigentümer erwirbt, das Eigentum der Sache, vorausgesetzt, daß er in gutem Glauben war und die Sache dem bisherigen Eigentümer nicht gestohlen oder sonst abhanden gekommen ist; aus der Fassung von BGB. 932, 935 geht nun deutlich hervor, daß nicht der Erwerber die Erfüllung dieser beiden Voraussetzungen, sondern der bisherige Eigentümer deren Nichterfüllung behaupten muß; denn zunächst wird die Erlangung des Eigentums seitens des Erwerbers ohne Rücksicht auf jene beiden Voraussetzungen als Regel angeordnet, und erst in zweiter Reihe wird für den Fall der Nichterfüllung einer der Voraussetzungen eine „Ausnahme“ von der Regel festgesetzt.

III. Die Tatsachen, die eine Partei zu behaupten hat, muß sie im Streitfall auch beweisen (Beweislast). Nur wenn für eine dieser Tatsachen eine „Bermutung“ spricht oder die Tatsache bei Gericht offenkundig (notorisch) ist,

2) Bittmann, Grundriß S. 29; Wendt, Arch. f. ziv. Pr. 92 S. 151.

ist jene Partei der Beweislast ledig, und Sache des Gegners ist es, die Unrichtigkeit der Tatsache nachzuweisen.³

IV. Die Ausübung eines Rechts im Prozeß ändert vielfach Inhalt und Wirkung des Rechts. Noch bedeutsamer ist es, wenn über ein Recht ein rechtskräftiges Urteil ergeht. Von alledem ist aber zusammenhängend nur im Prozeßrecht zu handeln. Bloß einige Einzelheiten sind auch in dieser Darstellung an geeignetem Ort zu erwähnen, namentlich in der Lehre von der Verjährung und vom Eigentumsanspruch.⁴

IV. Rückblick auf das bisherige Recht.

§ 79 a.

I. Ein allgemeines Schifaneverbot, wie es das bürgerliche Gesetzbuch aufstellt, war dem bisherigen Recht nicht bekannt.¹

II. 1. Auch die Selbsthülfe war im bisherigen Recht zum Teil anders geregelt als im bürgerlichen Gesetzbuch. Insbesondere war die Selbstverteidigung gegen eine gefahrdrohende Sache bisher nur im sächsischen Recht ausdrücklich gestattet, während ihre Zulässigkeit nach den andern Rechten mindestens zweifelhaft war.^{1a}

2. Im älteren Recht war es statthaft, daß ein Schuldner sich vertragsmäßig der Privatpfändung des Gläubigers unterwarf. Doch sind derartige Pfandklauseln schon lange vor Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs außer Gebrauch gekommen.² Nach jetzigem Recht sind sie gänzlich unzulässig; allerdings kann der Schuldner noch jetzt durch gerichtlichen oder notariellen Vertrag dem Gläubiger das Recht sofortiger Zwangsvollstreckung einräumen und damit auf eine der Zwangsvollstreckung vorausgehende Einklagung und richterliche Feststellung seiner Schuld Verzicht leisten³; doch ist die Zwangsvollstreckung, die der Gläubiger in diesem Fall betreiben kann, keine private, sondern an die Mitwirkung des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichts gebunden, stellt also keine Eigenmacht des Gläubigers dar.

3. Nach einem Gesetz des römischen Kaisers Markus wurde einem Gläubiger, der seine Forderung durch verbotene Eigenmacht gegen den Schuldner

3) Bedch, Beweislast nach dem BGB. (99); Rosenberg, Beweislast (00); ders., Arch. f. ziv. Pr. 94 S. 1; Brodmann, ebenda 98 S. 66; Wach, Dekanatprogramm (01); Cüppers, Beitr. z. L. v. d. Beweislast (02); Weßinger, Beweislast 2. Aufl. (04); F. Leonhard, Beweislast (04); Hedemann, Vermutung (04); Martinius, Behauptungs- und Beweislast bei der Negative (02); ders., Arch. f. BR. 24 S. 48, 25 S. 149.

4) Kuttner, privatl. Nebenwirkungen der Zivilurteile (08).

1) Siehe aber pr. RN. I, 8 §§ 27, 28.

1a) Sächs. GB. 182, 183. Siehe aber pr. RN. I, 9 § 155.

2) Gierke, D. PrR. 1 S. 339.

3) ZPD. 794 Nr. 5.

beitrieb, die Forderung zur Strafe entzogen. Diese Regel ist als gemeines Recht auch in Deutschland rezipiert worden. Doch ist es zweifelhaft, ob sie nicht bereits durch das Reichsstrafgesetzbuch aufgehoben ist.⁴

III. Die Ausübung der Rechte im Prozeß war im bisherigen Recht ähnlich geregelt wie im jetzigen. Doch war die bisherige Terminologie, namentlich die Anwendung des Ausdrucks „Einrede“, sehr unsicher.

Zusatz.

I. Das Schilaneverbot (226) ist auf alle Handlungen anwendbar, die im Inlande seit dem 1. Januar 1900 vorgenommen werden. Das gleiche gilt für die Regeln des BGB. über die Selbsthilfe. II. Im übrigen lassen sich für die in diesem Abschnitt behandelten Rechtsfragen keine allgemeinen Kollisionsnormen oder Übergangsvorschriften aufstellen.

4) Windscheid-Kipp § 123.

Zweites Buch.

Das Recht der Forderungen.¹

Erster Abschnitt.

Das Recht der Forderungen im allgemeinen.²

Einleitung.

§ 80.

I. 1. Forderungen, auch Forderungsrechte, Obligationen, obligatorische Rechte genannt, sind, wie bereits ausgeführt (s. oben S. 64), die vermögensrechtlichen Anspruchsrechte. Charakteristisch ist also für sie einerseits, daß sie dem Vermögenrecht angehören, andererseits, daß ihr Inhalt überwiegend Anspruchsmacht ist. In ersterer Beziehung stehen sie im Gegensatz zu den Personenrechten, in letzterer Beziehung stehen sie im Gegensatz zu den Bestimmungs- und Vertrauensrechten.

Beispiele. I. Eine Forderung ist das Recht des Käufers auf Lieferung der ihm verkauften Ware. II. Keine Forderungen sind: 1. das Recht des Ehemanns, von seiner Frau die Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens zu verlangen; denn das ist ein Personenrecht; 2. das Recht des Rückkaufsberechtigten, den Rückkauf zu erklären; denn das ist ein Bestimmungsrecht.

1) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (97); Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Aufl. (04); Kommentare zu Buch II des BGB. von Ortman, 2. Aufl. (06), Pland-Greifff-André-Unzner-Strecker, 3. Aufl. (07); Schollmeyer (seit 00); Ruhlbed-Rober-Engelmann, 3. Aufl. (seit 08); Kommentare zum Handelsgesetzbuch von Staub-Könige-Stranz-Pinner, 8. Aufl. (06, 07), Düringer-Hachenburg, 2. Aufl. (seit 08). — L. Seuffert, die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts bei B. u. F., Heft 11 (89); Bernhöft, Kauf, Miete u. verwandte Verträge, bei B. u. F., Heft 12 (89); Laband, Arch. f. ziv. Pr. 74 S. 1.

2) Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis (03); v. Buchla, indirekte Verpflichtung zur Leistung (04); Besser, Jahrb. f. Dogm. 49 S. 51; Brecht, ebenda 53 S. 213; Fah, ebenda 48 S. 187; Schloßmann, ebenda 45 S. 97; Siber, ebenda 50 S. 55; Besser, Inhalt der Leistungspflicht (09).

Von den beiden soeben genannten Merkmalen der Forderungen könnte man das erste auch streichen und damit den Begriff der Forderung über das Gebiet des Vermögensrechts hinaus auch auf das Gebiet des Personenrechts ausdehnen: Forderung hieße alsdann jedes Anspruchsrecht, mag es dem Personen- oder dem Vermögensrecht angehören. Dafür spricht, daß sehr viele für die vermögensrechtlichen Forderungen geltenden Regeln zweifellos auch auf die personenrechtlichen Ansprüche anwendbar sind, z. B. die Vorschriften über die Erfüllung und den Verzug. Dagegen spricht, daß in zahlreichen andern Beziehungen die personenrechtlichen Ansprüche sich wieder von den vermögensrechtlichen Forderungen auf das schärfste unterscheiden, z. B. was ihre Vererblichkeit, ihre Abtretbarkeit, ihre Verzichtbarkeit angeht. Man müßte also, wenn man den Namen „Forderungen“ auch auf die personenrechtlichen Ansprüche übertragen wollte, sofort wieder nach einem kurzen Namen suchen, unter dem man die vermögensrechtlichen Forderungen im Gegensatz zu den personenrechtlichen zusammenfaßte. Da ist es denn aber doch einjacher, daß man von vornherein darauf verzichtet, den Namen Forderung auch auf die personenrechtlichen Ansprüche auszudehnen, zumal uns ja für alles, was den vermögensrechtlichen Forderungen und den personenrechtlichen Ansprüchen gemeinsam ist, in dem Wort „Anspruch“ ein zusammenfassender kurzer und guter Ausdruck ohnedies zur Verfügung steht.

2. a) Da die Forderungsrechte „Anspruchsrechte“ sind, ist ihre Wirksamkeit überwiegend bloß eine relative: sie gewähren ihrem Inhaber eine Rechtsmacht nur über einzelne bestimmte Personen, die „Schuldner“ der Forderungen (oben S. 64). Insofern stehen sie in Gegensatz zu den absoluten, insbesondre zu den dinglichen Rechten.

Stehen das Beispiel oben S. 65.

b) Obschon jedem Forderungsrecht notwendig ein Anspruch oder eine Mehrheit von Ansprüchen innewohnt, darf man doch Anspruch und Forderungsrecht nicht identifizieren. Denn es gibt einerseits Ansprüche, die keine Forderungsrechte sind, vor allem die personenrechtlichen Ansprüche; und es steckt andererseits in den meisten Forderungsrechten außer einem Anspruch auch eine Bestimmungs- und eine Vertrauensmacht (oben S. 65).

3. Die Forderungen kommen bald als selbständige Rechte, bald als unselfständige Bestandteile zusammengesetzter Rechte vor. Und zwar sind sie in letzterer unselfständiger Gestalt auch als Bestandteile absoluter, insbesondre dinglicher Rechte anzutreffen: wo auch immer einem dinglichen Recht ein „Anspruch“ entspringt, stellt dieser dingliche Anspruch zugleich eine „Forderung“ dar.³ Doch steht natürlich nichts im Wege, den Namen „Forderung“ auf die selbständigen Forderungsrechte zu beschränken. Ob diese Terminologie den Vorzug vor der unsrigen verdient, sei hier dahingestellt.⁴

Beispiel. Der Eigentümer A. kann, wenn er von B. in seinem Eigentum gestört wird, von B. die Beseitigung der Störung beanspruchen (1004). Nach unsrer Terminologie besteht kein Bedenken, diesen Anspruch des A., obschon er lediglich ein Ausfluß seines Eigentums, also eines dinglichen Rechts, ist, als eine Forderung des A. gegen B. zu bezeichnen.

II. Jede Forderung ist auf eine Leistung des Schuldners gerichtet (241).

3) Eiber, Rechtszwang S. 139; abw. Langheineken Anspruch, S. 25, 50.

4) Siehe Hellwig, Lehrb. d. Zivilprozeßrechts 1 (03) S. 217²¹.

1. Die Leistung besteht der Regel nach in einer positiven Handlung. Sie kann aber auch eine bloße Unterlassung sein (241).⁵

2. Die Leistung muß, da sie ja Gegenstand eines Vermögensrechts des Gläubigers ist, wirtschaftlicher Natur sein. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß ihr auf Seiten des Gläubigers ein wirtschaftliches Interesse entspricht.⁶ Denn der Gläubiger ist wohl befugt, sein Vermögen auch in unwirtschaftlicher Weise zu verwenden. Warum soll er also nicht für sein Vermögen eine Forderung erwerben können, die von vornherein keinen wirtschaftlichen Wert für ihn hat?

Beispiele. I. A. kann sich von seinem Bruder B. nicht rechtsgültig versprechen lassen, daß dieser nicht raucht oder keine Karten spielt oder täglich zwei Stunden spazieren geht oder seine Tochter Schauspielerin werden läßt.⁷ II. Wohl aber kann C. mit D. rechtsverbindlich vereinbaren, daß dieser seinen Park unentgeltlich dem Publikum öffne oder daß er sein alttümliches Haus unverändert erhalte oder daß er 1000 Mark für die Armen gebe.

III. 1. Manche Forderungen sind in eigentümlicher Art unvollkommen, namentlich wenn sie, wie die verjährten Forderungen, mit einer Einrede behaftet sind. Doch darf man diese unvollkommenen Forderungen nicht etwa als sog. Naturalobligationen zu einer einheitlichen Gruppe von Rechten erheben. Denn sie sind voneinander zu verschieden, als daß sich irgendein gemeinsamer Rechtsfaz für sie aufstellen ließe.

2. Noch bedenklicher wäre es, wenn man die Gruppe der Naturalobligationen auch auf Ansprüche ausdehnte, die lediglich auf Geboten der Sittlichkeit beruhen, dagegen nicht den Charakter von Rechtsansprüchen tragen. Freilich werden solche rein sittlichen Ansprüche von der Rechtsordnung keineswegs ignoriert (§. 814, 534 usw.), und sie sind also auch juristisch von allergrößter Bedeutung. Das ändert aber an der Tatsache nichts, daß sie keine Forderungen und also auch keine unvollkommenen Forderungen sind. Es ist mithin nur irreführend, wenn man sie etwa mit den verjährten Forderungen in eine Klasse zusammenstellt.⁸

5) S. Lehmann, Unterlassungspflicht (06); Glöckner, Unterlassungsklage (06); Wendt, Arch. f. ziv. Pr. 92 S. 5.

6) Crome 2 S. 18, Landsberg S. 301; abw. Endemann 1 § 109, Ortman zu § 241.

7) Abw. die 4. Aufl. dieses Buchs 1 S. 302.

8) So Klingmüller, Lehre von den natürl. Verbindlichkeiten (05) S. 231; f. auch Ortman, allg. österr. Gerichtsztg. (02) S. 199 und dens. in f. Kommentar zu Buch II des OGB. S. 6.

I. Begründung der Forderungen.

1. Die verschiedenen Begründungsarten.

§ 81.

I. In der großen Mehrzahl der Fälle werden die Forderungen durch ein Rechtsgeschäft begründet.

1. Leitender Grundsatz ist, daß das Rechtsgeschäft, dem eine Forderung für einen bestimmten Gläubiger gegen einen bestimmten Schuldner entspringen soll, ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner sein muß (305). Weder kann also der Gläubiger durch ein einseitiges von ihm allein vorgenommenes Rechtsgeschäft eine Forderung zu seinen Gunsten, noch kann der Schuldner durch ein einseitiges von ihm allein vorgenommenes Rechtsgeschäft eine Forderung zu seinen Lasten ins Leben rufen.

Beispiele. I. A. geht in die Wirtschaft des B. und bestellt sich bei verschiedenen Kellnern der Reihe nach etwas zum Essen; die Kellner ignorieren aber seine Bestellung, weil bekannt ist, daß A. nie ein Trinkgeld gibt, und B. billigt das Verhalten der Kellner; nun will A. gegen B. im Rechtswege vorgehen. Hier ist A. im Unrecht. Denn seine einseitige Bestellung als solche war für B. nicht verpflichtend. Zu einem Vertrage ist sie aber nicht erwachsen; denn weder B. selbst noch seine Leute haben die Bestellung angenommen. II. Der Fabrikant C. hat bei einem Streik in seiner Fabrik einer Arbeiterdeputation erklärt: „Hiermit erhöhe ich endgültig und unwiderruflich für alle meine Arbeiter von heute ab den Lohn um 10%“; darauf erwidert die Deputation, sie hätte keine Vollmacht, sich über die Lohnerhöhung zu äußern, werde sie aber zur Kenntnis der Arbeiter bringen; gleich nachdem letzteres geschehen, erscheint der Arbeiter D. bei C. und verlangt von C. eine Lohnerhöhung von 20%; C. antwortet aber: „nun bekommen gerade Sie auch die 10% nicht“; D. läßt darauf den Anspruch auf die 20% sofort fallen, fordert jedoch um so entschiedener die 10%, weil C. sie nun einmal „endgültig und unwiderruflich“ versprochen habe. Hier ist D. im Unrecht. Denn C.'s einseitige Zusage war als solche für ihn nicht verpflichtend. Zu einem Vertrage ist sie aber nicht erwachsen; denn D. hat ja selber dadurch, daß er den Gegenantrag auf eine Lohnerhöhung um 20% stellte, den Vertragsantrag C.'s, soweit er ihn, den D., anging, entkräftet (150 II).

2. Doch erleidet der Grundsatz zu 1 manche Ausnahmen.

a) Es gibt Fälle, in denen eine Forderung durch einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers, also ohne vertragmäßige Mitwirkung des Schuldners, begründet wird.

b) Es gibt Fälle, in denen eine Forderung durch einseitiges Rechtsgeschäft des Schuldners oder durch einen Vertrag, den der Schuldner mit einem Dritten abschließt, also ohne vertragmäßige Mitwirkung des Gläubigers, begründet wird.

c) Es gibt Fälle, in denen eine Forderung durch einseitiges Rechtsgeschäft eines Dritten, also ohne vertragmäßige Mitwirkung sowohl des Schuldners wie des Gläubigers, begründet wird.

Beispiele. I. A. hat dem B. 1000 M. geschenkt; B. macht sich darauf eines groben Undanks gegen A. schuldig; nunmehr widerruft A. die Schenkung. Hier hat A. zu seinen

Gunsten eine Forderung gegen B. auf Zurückzahlung der geschenkten 1000 Mk. begründet, obschon nur ein einseitiges Rechtsgeschäft auf seiner, des Gläubigers, Seite, der Schenkungswiderruf, vorliegt (530, 531). II. 1. C. hat eine Belohnung von 1000 Mk. öffentlich für den ausgesucht, der die Urheber eines bei ihm verübten Einbruchs entdecken würde; dem D. gelingt die Entdeckung, ohne daß ihm etwas von dem Versprechen des C. bekannt war. Hier hat C. zu seinen Lasten eine Forderung des D. auf Auszahlung der ausgeschriebenen 1000 Mk. begründet, obschon nur ein einseitiges Rechtsgeschäft auf seiner, des Schuldners, Seite, die Auslobung der Belohnung, vorliegt (657). 2. F. hat sein Bauergut an seinen Sohn G. verkauft und dabei ausgemacht, daß G. an seinen Bruder H. nach dessen Rückkehr aus Südwestafrika 1000 Mk. zu zahlen habe; H. erfährt von dem Vorfall erst, als er die Heimreise antritt. Hier haben F. und G. zulasten des G. eine Forderung für H. auf Auszahlung der bedungenen 1000 Mk. begründet, obschon nur ein Vertragsschluß auf ihrer beider Seite ohne jede Mitwirkung des Gläubigers H., der Gutsverkauf, vorliegt (330). III. J. hat dem K. testamentarisch 1000 Mk. vermacht; nach seinem Tode wird J.s Erbe sein nächster Verwandter L., und zwar lediglich dadurch, daß er es veräußert, die Erbschaft in der gesetzlichen Frist auszuschlagen. Hier hat J. zulasten des L. und zugunsten des K. eine Forderung auf Auszahlung der vermachten 1000 Mk. begründet, obschon nur ein einseitiges Rechtsgeschäft auf seiner, des Nichtgläubigers und Nichtschuldners, Seite, die Anordnung des Vermächtnisses, vorliegt.

Dagegen darf man nicht auch als Ausnahme den Fall hierherziehen, daß jemand einem andern den Abschluß eines obligatorischen Vertrages anträgt und nun wenigstens während der Annahmefrist an diesen einseitigen Antrag gebunden ist (s. oben S. 211). Denn obschon der Antragsteller an den Antrag wirklich einstweilen „gebunden“ ist, ist er doch aus dem Antrage der Gegenpartei keineswegs „verpflichtet“: die Gegenpartei kann aus dem Antrage irgendwelche Ansprüche gegen ihn erst dann geltend machen, wenn sie den Antrag angenommen und also aus dem einseitigen Antrage einen zweiseitigen Vertrag gemacht hat. Demnach hat die Gegenpartei durch den Antrag als solchen zwar ein „Recht“, aber keine „Forderung“ erlangt; ihr Recht aus dem Antrage ist vielmehr lediglich ein Bestimmungsrecht, nämlich das Recht, den Antragsteller durch Annahme des Antrages zu verpflichten.

Es liegt nahe, in ähnlicher Art auch die verpflichtende Kraft der Auslobung und der Verträge zugunsten Dritter, die in den oben zu II genannten Beispielen erwähnt sind, zu leugnen und zu behaupten, durch die Auslobung und durch den Vertrag zugunsten Dritter sei der Schuldner zwar einseitig „gebunden“, aber nicht auch einseitig „verpflichtet“; eine Verpflichtung entstehe vielmehr erst dann, wenn bei der Auslobung der Lohnberechtigte, bei dem Vertrage zugunsten Dritter der Dritte die Zusage des Schuldners annehme und damit einen Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger zustande bringe. Doch wäre eine solche Konstruktion falsch. Denn die Forderung aus der Auslobung und aus dem Vertrage zugunsten Dritter wird von dem Gläubiger keineswegs erst erworben, wenn er seine Annahme erklärt, sondern ist ihm schon vorher — z. B. bei der Auslobung in dem Augenblick, in dem er die von dem Schuldner geforderte Handlung vornahm — angefallen. Das ist z. B. wichtig, wenn über das Vermögen des Gläubigers, noch ehe er die Annahme erklärt, Konkurs eröffnet wird.

II. Außer durch Rechtsgeschäft werden Forderungen namentlich begründet:

1. durch auftraglose Geschäftsführung,
2. durch Delikt,
3. durch ungerechtfertigte Bereicherung.

2. Die Form der obligatorischen Rechtsgeschäfte.

§ 82.

I. Für die Form der obligatorischen Rechtsgeschäfte kommen außer den allgemeinen auch für nicht obligatorische Rechtsgeschäfte gültigen und deshalb be-

reits im allgemeinen Teil dieses Werks behandelten Formvorschriften eine große Reihe von Spezialregeln in Betracht. Sie betreffen namentlich die Verträge, die auf die Übereignung von Grundstücken abzielen, die Miete und Pacht von Grundstücken auf mehr als ein Jahr, die Schenkung, das Leibrentenversprechen, die Bürgschaft, das abstrakte Schuldversprechen, das Schuldanerkenntnis, den Vertrag über einen künftigen gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil, den Vertrag über die Veräußerung und Belastung eines ganzen Vermögens (313, 566, 581 II, 518, 761, 766, 780, 781, 312, 311). Von allen diesen Spezialregeln soll aber erst später an geeigneter Stelle die Rede sein. Siehe namentlich unten S. 376 über die Grundstücksgeschäfte.

II. Im übrigen ist auf die Besprechung der rechtsgeschäftlichen Formen im allgemeinen Teil dieses Werks zu verweisen (s. oben §§ 59 ff.).

3. Vorverträge.¹

§ 83.

I. 1. Von den Vorverhandlungen, die vielfach dem endgültigen Abschluß eines Rechtsgeschäfts vorausgehen, ist schon im allgemeinen Teil gesprochen worden (s. oben S. 233 ff.). Hier ist nur noch des eigentlichen Vorvertrages zu gedenken, d. h. eines Vertrages, in dem sich die Parteien zum Abschluß eines künftigen Vertrages verpflichten. Solch ein Vorvertrag bedarf der gleichen Form wie der künftige Vertrag.² Er muß alle wesentlichen Punkte des künftigen Vertrages soweit angeben, als dies der künftige Vertrag, um gültig zu sein, selber tun muß. Aus dem Vorvertrage erwächst für jede Partei das Recht, von der Gegenpartei die Mitwirkung beim Abschluß des künftigen Vertrages zu fordern. Daraufhin kann jede Partei die andre auch verklagen; und auch das Urteil ergeht alsdann dahin, daß die Partei zum Abschluß des künftigen Vertrages angehalten werde. Dagegen kann auf die Erfüllung des künftigen Vertrages nicht sofort geklagt werden, weil der Vertrag ja eben noch nicht abgeschlossen ist. Ob gegen die Partei, die ihre Mitwirkung verweigert, eine Klage auf Schadensersatz zulässig ist, bestimmt sich nach allgemeinen Regeln.

2. Sehr oft vereinbaren die Parteien im Vorvertrage, daß der künftige Vertrag eine bestimmte Form haben und über gewisse Punkte ausdrückliche Festsetzungen treffen soll. Auch diese Vereinbarung ist beiderseits verpflichtend. Können die Parteien sich über den Inhalt der zu treffenden Festsetzung nicht einigen, so ist der Streit nach richterlichem Ermessen zu schlichten.

II. Verschieden vom Vorvertrage ist die Punktation (s. oben S. 234). Entweder ist sie ganz unverbindlich; dann ist sie schwächer als ein Vorvertrag.

1) Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. 45 S. 1; Brud, Arch. f. RR. 20 S. 33; W. Stinzing, Vorverpflichtung (03).

2) RG. 48 S. 136, 53 S. 238.

Oder sie ist derart verbindlich, daß sie, wenn die Parteien sich über die offen gelassenen Punkte nicht einigen, sofort einen fertigen Vertrag darstellt, mithin eine Ergänzung durch einen künftigen Vertrag nicht absolut nötig hat; dann ist sie stärker als ein Vorvertrag.

Beispiel. A. verspricht dem B. eine Stelle als Buchhalter in seinem Geschäft vom 1. April ab. I. Die Bedingungen sollen durch beiderseitige Vereinbarung festgestellt werden. II. Die Bedingungen sollen in gleicher Art wie bei den übrigen Buchhaltern durch schriftlichen Vertrag festgestellt werden. III. Die näheren Bedingungen sind die gleichen wie bei den übrigen Buchhaltern; ob B. Procura erhalten wird, soll noch durch beiderseitige Vereinbarung festgestellt werden. Zu I: unverbindliche Punktation. Zu II: Vorvertrag. Zu III: verbindliche Punktation.

II. Inhalt der Forderungen.¹

1. Bestimmung des Inhalts der Forderungen im allgemeinen.

§ 84.

I. Bei rechtsgeschäftlichen Forderungen erfolgt die Bestimmung des Inhalts durch das Rechtsgeschäft selbst. Bereits oben ist festgestellt, daß ein Rechtsgeschäft, das hierzu ungeeignet ist, weil es über einen wesentlichen Punkt keine Bestimmung enthält, der Nichtigkeit verfällt (s. oben S. 231).

II. Das Rechtsgeschäft kann aber seine Bestimmungen auch bloß mittelbar treffen, d. h. es kann sie von irgendeinem äußern Ereignis abhängig machen. Damit wird es zu einem bloßen Blankett, das erst durch das entscheidende Ereignis ausgefüllt wird. Doch muß das Rechtsgeschäft seinen zukünftigen Inhalt wenigstens soweit bestimmen, daß der Schuldner seine der einstige Pflicht zu übersehen und abzuschätzen vermag; denn andernfalls würde der Schuldner, indem er auf das Geschäft einging, seine Freiheit in unsittlicher Weise preisgeben.

Beispiel. Ungültig wäre es, wenn A. dem B. ein Darlehn in jeder beliebigen von B. willkürlich zu bestimmenden Höhe zusagte oder wenn C. dem D. verspräche, ihm alle Waren, die C.'s Konkurrenten führen werden, 10% billiger zu liefern als diese.

III. Am häufigsten kommt ein Blankettrechtsgeschäft in der Art vor, daß die Lücken, die es läßt, durch eine einseitige Entscheidung einer der Parteien ausgefüllt werden soll.²

1. Erster Fall: das Rechtsgeschäft legt einer Partei die Verpflichtung zu einer von mehreren einzeln aufgezählten Leistungen ob (sog. Alternativobligation); auf welche dieser Leistungen die Verpflichtung sich später endgültig richten soll, hat entweder der Schuldner oder der Gläubiger zu entscheiden.

1) Regelsberger, Jahrb. f. Dogm. 48 S. 453; Höninger, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge, Freib. Diss. (06).

2) F. Leonhard, Jahrb. f. Dogm. 41 S. 1; Litten, Wahlschuld (03); Pescatore, Wahlschuldverhältnisse (06); Reetz, Arch. f. RR. 20 S. 137.

a) Welche Partei die Auswahl unter den mehreren Leistungen zu treffen hat, ist dem Rechtsgeschäft selbst zu entnehmen. Schweigt das Rechtsgeschäft, so ist wahlberechtigt im Zweifel der Schuldner (262).

Beispiel. A. hat dem B. in notarieller Urkunde auf die Zeit von 10 Jahren die jährliche Zahlung einer Rente von 600 Mk. oder freie Verpflegung in seinem Haushalt zugesagt. Hier steht die Wahl zwischen der Geldunterstützung und der Naturalverpflegung bei dem Schuldner A. Hätte die Wahl dem Gläubiger B. übertragen werden sollen, so hätte A. dies besonders aussprechen müssen.

Die Regel zu a ist auch bei gegenseitigen Verträgen anwendbar, sofern die Leistung der einen Partei der einzige oder doch der überwiegende Gegenstand des Wahlrechts ist. Anders dagegen, wenn das Wahlrecht gleichmäßig die Leistungen beider Parteien betrifft: alsdann ist die Regel zu a unanwendbar, da hier jede Partei als Schuldner in Betracht kommt und sonach eine jede nach der Regel zu a das Wahlrecht für sich in Anspruch nehmen könnte; in einem solchen Fall kann also nur mit freier Auslegung des Vertrages geholfen werden. — Beispiele. I. Der Koch A. hat für B. die Herstellung eines Dinners auf Grund eines Menüs übernommen, dessen zweiter Gang lautete: Forellen oder Steinbutt. Hier steht das Wahlrecht zwischen beiden Fischen, wenn nichts anderes vereinbart ist, nach der Regel zu a dem Schuldner A. zu. II. Anders, wenn die Vereinbarung lautete: „werden Forellen gereicht, so kostet das Gedeck eine Mark mehr“, weil alsdann die Wahl nicht nur die Lieferungsschuld A.s, sondern auch die Zahlungsschuld B.s betrifft. Hier hat also die Auslegung freie Hand. Die Entscheidung wird sonach wohl zugunsten des B. ausfallen.

b) Der Wahlberechtigte, gleichgültig, ob es der Schuldner oder der Gläubiger ist, darf seine Wahl rein egoistisch, rein willkürlich treffen. Dem Gegner steht eine Kritik der getroffenen Entscheidung nicht zu.

c) Eine feste Frist für die Ausübung des Wahlrechts besteht nicht.

α) Demnach darf der Gläubiger, solange der wahlberechtigte Schuldner nicht gewählt hat, ihn nur alternativ auf eine der mehreren Leistungen verklagen, und auch das Urteil darf nur alternativ gefaßt werden. Wenn es zur Zwangsvollstreckung kommt, kann der Gläubiger freilich nach eigener Wahl die Vollstreckung auf eine einzige der Leistungen richten; aber auch jetzt kann der Schuldner noch eine der andern Leistungen gültig wählen, muß sich dann freilich zu deren sofortiger Vollziehung durch die Tat anbieten. Erst wenn der Gläubiger die von ihm selber gewählte Leistung durch die Zwangsvollstreckung wenigstens zum Teil tatsächlich beigetrieben hat, erlischt das Wahlrecht des Schuldners endgültig (264 I).

β) Auch dem wahlberechtigten Gläubiger ist für sein Wahlrecht keine feste Frist gesetzt; erst wenn er in Verzug geraten, kann der Schuldner ihm eine angemessene Frist zur Vornahme der Wahl stellen; läßt der Gläubiger die Frist verstreichen, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über (264 II).

Beispiele. I. A. ist dem B. alternativ nach eigener Wahl eins von zwei in seinem Besitz befindlichen Gemälden schuldig; er ist demgemäß rechtskräftig verurteilt, dem B. eins der beiden Bilder zuzusenden; da er noch immer renitent bleibt, erscheint der Gerichtsvollzieher bei ihm, um im Auftrage B.s das größere Bild gewaltsam fortzunehmen. Hier ist A. noch jetzt befugt, das kleinere Bild zu leisten, sofern es ihm gelingt, das größere Bild so lange vor dem Gerichtsvollzieher zu verstecken, bis das kleinere Bild glücklich bei B. angekommen ist. II. C. hat dem D. nach dessen Wahl für ein Dinner am Donnerstag Forellen oder Stein-

butt zu liefern. Hier muß, wenn D. seine Wahl nicht aus eigenem Antriebe rechtzeitig trifft, C. den D. zunächst zur Abgabe einer Wahlerklärung unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordern;³ läßt D. auch diese Frist verstreichen, so ist C. nicht etwa völlig frei, sondern muß jetzt Forellen oder Steinbutt nach eigener Wahl liefern.

Hat bei gegenseitigen Verträgen eine Partei ein Wahlrecht sowohl als Gläubiger wie als Schuldner, so kann, wenn sie die Wahl verzögert, die Gegenpartei sowohl nach der Regel zu α wie nach der zu β verfahren. Beispiel: A. hat von B. alternativ nach eigener Wahl die Sache m zum Preise x oder die Sache n zum Preise y gekauft; hier kann B. alternativ gegen A. auf x oder y unter Angebot von m oder n klagen und in der Zwangsvollstreckung x unter Angebot von m betreiben; er kann aber auch den A. unter Fristsetzung auffordern, seine Wahl zu treffen und nach dem Fristablauf allein auf x unter Angebot von m klagen.

Über den Fall, daß der Schuldner dem wahlberechtigten Gläubiger eine unangemessene Frist setzt, siehe unten § 123 III, 2c.

d) Hat der Berechtigte gewählt, so gilt die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete (263 II) und ist demgemäß die Forderung des Gläubigers nunmehr mit rückwirkender Kraft auf diese Leistung „konzentriert“: aus der Alternativobligation ist eine Obligation ohne Alternative geworden. Eine Konzentration der Forderung findet aber auch dann statt, wenn eine der geschuldeten Leistungen von vornherein unmöglich ist oder nachträglich unmöglich wird (265): die Forderung ist jetzt eben nur auf die übrige allein mögliche Leistung gerichtet; nur sie darf der wahlberechtigte Schuldner anbieten; nur sie darf der wahlberechtigte Gläubiger fordern. Doch gilt eine Ausnahme für den Fall, daß die nachträgliche Unmöglichkeit durch einen Umstand verursacht ist, den der Gegner des Wahlberechtigten zu vertreten hat. Alsdann kann nämlich der Wahlberechtigte seine Wahl gerade auf die unmöglich gewordene Leistung richten; das will besagen: wenn der Schuldner wahlberechtigt ist, ist er frei; wenn der Gläubiger wahlberechtigt ist, muß der Schuldner statt der Leistung Schadensersatz zahlen.

Beispiele. Laut Vermächtnis des A. muß dessen Erbe B. dem C. alternativ eins der beiden Pferde A.s unentgeltlich übereignen; das eine Pferd, ein Rappe, ist 3000, das andre, ein Schimmel, ist 1000 Mk. wert; bevor der Wahlberechtigte seine Wahl getroffen, geht eins der Tiere an Noß zugrunde. I. Erster Fall: das Eingehn des Tiers ist weder von B. noch von C. zu vertreten. Hier erlischt das Wahlrecht des B. oder des C., ohne daß es einen Unterschied macht, wer von beiden wahlberechtigt war. B. darf und muß also dem C. allein das gesund gebliebene Tier liefern, sei es der Rappe, sei es der Schimmel. II. Zweiter Fall: das Eingehn des Tiers ist von dem Wahlberechtigten zu vertreten. 1. Wahlberechtigt war B. Hier ist die Entscheidung dieselbe wie zu I. 2. Wahlberechtigt war C. Hier ist die Entscheidung ebenfalls dieselbe wie zu I. Nur kann B. in diesem Fall Schadensersatz für das eingegangene Tier fordern. Und C. kann sich von der Ersatzpflicht nicht etwa dadurch befreien, daß er seine Wahl nachträglich gerade auf das eingegangene Tier lenkt und, da dessen Lieferung unmöglich geworden, auf eine Lieferung überhaupt verzichtet; denn er hat ja das Wahlrecht durch den Tod dieses Tiers endgültig verloren.⁴ III. Dritter Fall: das Eingehn des Tiers ist von dem Gegner des Wahlberechtigten zu vertreten. 1. Wahlberechtigt war B. Hier behält B. sein Wahlrecht. Er kann also seine Wahl auf das eingegangene Tier richten und ist dann frei von jeder Lieferungspflicht; er kann aber auch die

3) Hierüber s. einerseits Litten S. 188, andererseits Örtmann Anm. 3 zu § 264.

4) Siehe hierzu Örtmann Anm. 4 zu § 246.

Lieferung des gesund gebliebenen Tieres wählen und wie zu II, 2 Schadensersatz für das andre Tier fordern. 2. Wahlberechtigt war C. Hier behält C. sein Wahlrecht. Er kann also Schadensersatz für das eingegangene oder Lieferung des gesund gebliebenen Tieres fordern.

e) Die Wahl geschieht durch eine formlose, einseitige, empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung (§. 263 I).

Beispiel. In dem zuletzt besprochenen Fall hat C. die beiden Pferde, zwischen denen er zu wählen hat, zur Probe in seinen Stall genommen; nach einiger Zeit erklärt er seinem Knecht, daß er den Schimmel behalten wolle, weil er zwar minder wertvoll als der Rappe, aber bequemer zu reiten sei; er nimmt deshalb auch den Schimmel vollständig in Gebrauch, entdeckt aber jetzt, daß das Tier keine Ausdauer hat, und entscheidet sich nunmehr durch Schreiben an B. doch für den Rappen. Hier ist C. zu dieser Änderung seiner Wahl wohl befugt; denn die erste Wahl war, weil nicht gegenüber B. erklärt, unverbindlich. So auch dann, wenn der Schimmel durch das häufige und anstrengende Reiten C.s Schaden gelitten hat; doch muß C. in diesem Fall dem B. Schadensersatz leisten.

f) Sobald der Wahlberechtigte seine Wahlerklärung abgegeben, ist sie unwiderruflich: der Wahlberechtigte hat kein „jus variandi“! Denn das Gesetz hat das Gegenteil nicht bestimmt; dem Bedürfnis des Rechtslebens würde aber eine Widerruflichkeit der Wahl keineswegs entsprechen, da die Gegenpartei regelmäßig ein Interesse daran hat, möglichst schnell Gewißheit darüber zu erlangen, wie die Obligation später erfüllt werden soll.

g) Der Alternativobligation mit Wahlbefugnis des Schuldners steht folgender Fall nahe: der Schuldner ist zu einer einzigen im Vertrage bezeichneten Leistung verpflichtet, kann aber, wenn er will, sich auch durch eine andre Leistung befreien (sog. facultas alternativa).⁵ Doch zeigt dieser Fall von dem der Alternativobligation folgende Unterschiede.

α) Der Gläubiger darf nur auf die im Vertrage bezeichnete Leistung klagen; nur sie wird im Urteil festgestellt; nur sie darf der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung betreiben.

β) Wird die Vertragsleistung unmöglich, so wird die Obligation keineswegs auf die andre Leistung konzentriert, sondern letztere Leistung hängt nach wie vor vom freien Willen des Schuldners ab.

γ) Dadurch, daß der Schuldner dem Gläubiger erklärt, statt der Vertragsleistung die andre Leistung vollziehen zu wollen, wird diese noch nicht geschuldet und die Vertragsleistung scheidet noch nicht aus der Obligation aus; wenn also die andre Leistung unmöglich wird, dagegen die Vertragsleistung möglich bleibt, wird der Schuldner nicht frei.

Beispiele. I. N. hat seinem Schwiegersohn B. in notarieller Urkunde als Teil der Ausstattung seiner Tochter „das ganze in Schloß Jossa befindliche Mobiliar“ versprochen, sich aber das Recht vorbehalten, statt des Mobiliars eine Abfindung von 15000 M. in bar an B. zu zahlen; nun brennt das Mobiliar, noch ehe N. es dem B. übergeben hat, ab. Hier ist N. haftfrei. II. Anders wäre zu entscheiden gewesen, wenn N. dem B. jenes Mobiliar oder nach eigener Wahl 15000 M. in bar versprochen hätte. Denn dann wäre nach den Regeln oben zu d N. durch den Brand nicht befreit worden, sondern hätte die 15000 M. zahlen müssen.

⁵) Gernsheim, Ersatzbefugnis (06).

2. Zweiter Fall: das Rechtsgeschäft legt einer Partei die Verpflichtung zur Leistung einer Sache aus einer genau bestimmten Gattung ob (sog. Gattungspflicht); auf welches einzelne Stück der Gattung die Verpflichtung sich später endgültig richten soll, hat entweder der Schuldner oder der Gläubiger zu entscheiden. Die zu liefernde Sache wird meist vertretbar sein; möglich ist aber, daß eine Gattungspflicht auch mit Bezug auf unvertretbare Sachen begründet wird (s. oben S. 128).

a) Welche Partei die Auswahl des einzelnen aus der bestimmten Gattung zu liefernden Stückes zu treffen hat, ist dem Rechtsgeschäft selbst zu entnehmen. Schweigt das Rechtsgeschäft, so steht das Wahlrecht, wie bei der Alternativpflicht, im Zweifel dem Schuldner zu (s. 243 I).

Beispiel. A. hat sich bei B. ein gebundenes Exemplar eines bestimmten Romans bestellt und erhält eins, dessen Einband einen kleinen Fehler hat; zufällig erfährt er, daß B. dies Exemplar absichtlich für ihn ausgesucht hat, weil er, A., es in solchen Dingen nicht genau nehme; darüber ärgert sich A. und verlangt Umtausch des Exemplars gegen ein andres besseres. Hier ist A. im Unrecht, wenn das von B. ausgewählte Exemplar trotz des Fehlers noch von „mittlerer“ Art und Güte war; denn alsdann war das Exemplar, wie zu b zu zeigen, lieferbar, und die Auswahl unter den verschiedenen lieferbaren Exemplaren stand ja dem „Schuldner“, d. h. hier dem B. zu.

b) Der Schuldner darf die Wahl willkürlich treffen, jedoch mit der Maßgabe, daß die von ihm ausgewählte Sache von mittlerer Art und Güte sein muß (243 I; s. aber auch 2155).

Beispiele. I. Siehe das Beispiel oben zu a. II. Der Weinhändler C. in Trier hat sich gegenüber seinem Gläubiger, dem Gastwirt D. in Gnesen, verpflichtet, ihm zur allmählichen Abtragung einer alten Schuld alljährlich 1000 Flaschen Moselwein zu liefern; C. führt in seinem Geschäft Moselwein im Preise von 0,60 bis zu 8 Mk. die Flasche. Hier muß D. Wein im Wert von etwa 1,20 Mk. die Flasche liefern: denn unter Moselwein von „mittlerer“ Art und Güte versteht man, wenn der Wein in Flaschen nach auswärts zu senden ist, einen Wein in dieser Preislage.

c) Der Schuldner darf seine Wahl frühestens treffen, wenn er zur Lieferung der Sache berechtigt, er soll sie spätestens treffen, wenn er zur Lieferung der Sache verpflichtet ist. Doch verliert er sein Wahlrecht durch eine Verzögerung der Wahl nicht, behält es vielmehr, wie bei der Alternativpflicht, so lange, bis der Gläubiger sich eine zur Gattung gehörige Sache im Wege der Zwangsvollstreckung tatsächlich von ihm beschafft hat.

Beispiel s. unten zu e.

d) Hat der Schuldner gewählt, so ist die gewählte Einzelsache von nun ab allein geschuldet und demgemäß die Forderung des Gläubigers nunmehr auf diese Sache „konzentriert“: aus der Gattungspflicht ist eine Speziespflicht geworden.

e) Anders als bei der Alternativpflicht geschieht die Wahl nicht durch eine bloße Willenserklärung des Wahlberechtigten, sondern dadurch, daß der Schuldner die von ihm ausgewählte Sache tatsächlich leistet oder wenigstens alles tut, was von seiner Seite aus zur Leistung der Sache erforderlich ist

(243 II); der Schuldner muß also eine einzelne zur Gattung gehörige Sache von mittlerer Art und Güte für den Gläubiger erkennbar ausscheiden und diese Sache je nach der Art seiner Lieferungsspflicht entweder zur Abholung für den Gläubiger bereit halten oder sie ihm bringen oder sie an ihn absenden. Daß die Wahl empfangsbedürftig ist, d. h. daß sie erst wirksam wird, wenn der Schuldner sie dem Gläubiger anzeigt, ist nicht vorgeschrieben.

Beispiele. I. A. hat dem B. ein Darlehn von 3000 Mk. zugesagt, und B. hat versprochen, sich am Montag um 10 Uhr zur Empfangnahme der Summe einzufinden; demgemäß holt A. um 9 Uhr drei Tausendmarkscheine von der Bank und hält sie für B. bereit. Hier ist die Gattungsschuld A.s, gerichtet auf Zahlung von 3000 Mk., in eine Speziesschuld, gerichtet auf Zahlung der speziellen für B. bereit gehaltenen drei Tausendmarkscheine, verwandelt. Doch tritt diese Umwandlung erst um 10 Uhr ein. Denn erst in diesem Augenblick darf A. seine Wahl treffen. Was er vorher tat, war nur eine Vorbereitung für seine Wahl. II. Derselbe Fall: nur hat A. auf der Bank 35 Hundertmarkscheine geholt, von denen er 30 für B. bestimmt hatte, ohne übrigens diese 30 von den andern 5 zu trennen. Hier ist A. von 10 Uhr ab verpflichtet, aus den 35 bei ihm liegenden Scheinen nach eigener Wahl 30 an B. zu zahlen; seine Gattungsschuld ist also in eine alternative Speziesschuld verwandelt.⁶

f) Solange der Gläubiger die Wahl nicht angenommen hat, ist der Schuldner befugt, sie beliebig zu widerrufen: ein „jus variandi“ ist ihm nicht vorzuenthalten. Denn das Gesetz hat das Gegenteil nicht bestimmt; und das Bedürfnis des Rechtslebens fordert, anders als bei der Alternativobligation, die Widerruflichkeit der Wahl unbedingte,⁷ da der Gläubiger regelmäßig kein Interesse daran hat, den Schuldner an der einmal von ihm getroffenen Wahl festzuhalten. Doch will die herrschende Meinung ein jus variandi des Schuldners nur in Ausnahmefällen anerkennen.

Beispiele. I. A. hat dem B. und dem C. eine Schuld laut Abrede in „guten“ Wertpapieren abzuführen; er schafft demgemäß „gute“ Aktien und Staatspapiere an und sendet die Aktien an B., die Staatspapiere an C. ab; da trifft ein Brief des C. bei ihm ein, in dem dieser um Aktien bittet; sofort läßt B. sich beide Sendungen von der Post zurückgeben und schickt nunmehr die Staatspapiere an B., die Aktien an C. Hier ist A. zu dieser Änderung seiner Wahl wohl befugt, und B. darf nicht etwa, wenn er den Vorgang zufällig erfährt, darauf bestehen, daß A. ihm Aktien liefert. II. Wenn D. die ihm auf Grund einer Gattungsoobligation von dem Schuldner E. angebotene Lieferung grundlos zurückweist, so kann E. die von ihm angebotenen Stücke anderweit veräußern und dem D. später andre Stücke liefern. Dagegen müßte man ihm dies Recht versagen, wenn er durch sein erstes Angebot ohne jus variandi verpflichtet wäre, dem D. gerade die damals angebotenen Stücke zu liefern.

g) Nicht selten verspricht ein Schuldner die Lieferung von Sachen aus einem individuell bestimmten Vorrat. Hier kann eine Alternativ- oder eine Gattungsoobligation vorliegen, je nachdem die Parteien jenen Vorrat als einen konkreten Sachbegriff oder abstrakt als eine Gattung aufgefaßt haben. Ersteres ist z. B. anzunehmen, wenn jemand 10 Flaschen Wein aus seinem Weinkeller, letzteres ist z. B. anzunehmen, wenn jemand einen Waggon Kohle aus einem bestimmten Kohlenbergwerk zu liefern verspricht.⁸

6) Abw. R.D.S.G. 22 Nr. 64.

7) F. Leonhard, Jahrb. f. Dogm. 41 S. 30. Abw. Berndorff, Gattungsschuld (00) S. 39.

8) Staudinger-Kohlenbeck zu § 243. Abw. Örtmann zu § 243.

3. Dritter Fall: das Rechtsgeschäft legt einer Partei die Verpflichtung zu Leistungen ob, die an einer andern Unbestimmtheit als der zu 1. und 2. genannten leiden, so daß es sich also nicht bloß um die Wahl zwischen mehreren im Geschäft einzeln aufgezählten Leistungen oder um die Wahl einer konkreten Sache aus einer genau bestimmten Gattung von Sachen handelt; auf welche bestimmte Leistung die Verpflichtung sich später endgültig richten soll, hat entweder der Schuldner oder der Gläubiger zu entscheiden.

a) Welche Partei die Entscheidung zu treffen hat, ist dem Rechtsgeschäft selbst zu entnehmen. Schweigt das Rechtsgeschäft, so wird die Entscheidung, wie bei der Alternativ- und der Gattungspflicht, im Zweifel dem Schuldner zu überlassen sein. Doch gilt eine Ausnahme, wenn die Entscheidung den Umfang der für eine Leistung vertragsmäßig versprochenen Gegenleistung betrifft: hier ist im Zweifel nicht der Schuldner dieser Gegenleistung, sondern umgekehrt ihr Gläubiger entscheidungsberechtigt (316; s. aber auch 612 II, 632 II, 653 II).

Beispiel. Wenn A. in dem Gasthause des B. absteigt, ohne etwas über den Zimmerpreis zu vereinbaren, so hat er damit die Preisbestimmung dem B. überlassen.

b) Die Entscheidung ist, anders als bei der Alternativpflicht, im Zweifel nicht nach Willkür, sondern nach billigem Ermessen der entscheidungsberechtigten Partei zu treffen (s. 315 I). Die Gegenpartei hat also das Recht, die Entscheidung, wenn sie unbillig ist, als unverbindlich zu verwerfen. Doch wird dadurch nicht etwa das ganze Rechtsgeschäft ungültig; ebensowenig geht, wie bei der Alternativpflicht, das Entscheidungsrecht nunmehr auf die Gegenpartei über. Vielmehr bleibt der Inhalt des Rechtsgeschäfts unbestimmt, wie er war, und erst, wenn es zum Prozeß kommt, wird die Entscheidung durch das Gericht getroffen; behauptet in dem Prozeß die entscheidungsberechtigte Partei, daß die von ihr getroffene Entscheidung angemessen gewesen sei, so muß sie selber dies beweisen (s. 315 III). Es ist aber auch zulässig, daß die Parteien bestimmen, die berechtigte Partei möge ihre Entscheidung nach Willkür treffen; nur wird ein derartiges Geschäft wegen gar zu großer Unbestimmtheit weit eher der Nichtigkeit verfallen als ein Geschäft, dessen Inhalt vom billigen Ermessen einer Partei abhängt.

Beispiel. A. tritt als Gesellschafter in eine Fabrik ein; seinen Gewinn- und Verlustanteil sollen die andern Gesellschafter, nachdem sie ihn näher kennen gelernt, bestimmen. Hier wäre der Vertrag ungültig, wenn die andern Gesellschafter ihre Bestimmung willkürlich treffen dürfen; er ist gültig, wenn sie die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen haben; die Vermutung spricht für letzteres. Würden die Gesellschafter dem neuen Genossen $\frac{1}{5}$ Gewinn- und $\frac{1}{2}$ Verlustanteil auferlegen, so würden sie im Streitfall die Billigkeit dieser Bestimmung nachweisen müssen.

c) Die entscheidungsberechtigte Partei darf mit ihrer Entscheidung nicht, wie bei der Alternativpflicht, warten, bis der Gegner zur Zwangsvollstreckung schreitet oder ihr ausdrücklich eine Frist zur Ausübung ihres Wahlrechts setzt. Vielmehr kann der Gegner fordern, daß jene Partei sich unge-

säumt erklärt. Gerät sie mit ihrer Entscheidung in Verzug, so büßt sie das Entscheidungsrecht endgültig ein. Das Entscheidungsrecht geht aber nicht auf den Gegner über. Vielmehr ist, wenn es zum Prozeß kommt, die Entscheidung durch das Gericht zu treffen, falls die entscheidungsberechtigte Partei nach billigem Ermessen wählen sollte (315 III am Ende). Dürfte sie dagegen nach Willkür wählen, so ist der Vertrag nunmehr unwirksam; denn das willkürliche Wahlrecht ist höchstpersönlich und kann deshalb auf das Gericht nicht übertragen werden.⁹

d) Ist die Entscheidung gefällt, so ist das Rechtsgeschäft nunmehr in dem entschiedenen Sinn bestimmt. Recht und Pflicht der Parteien bestehen fortan nur in der Art, wie die Entscheidung angegeben.

e) Die Entscheidung erfolgt, wie bei der Alternativobligation, durch eine einseitige, formlose, empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Erklärung der entscheidungsberechtigten Partei (i. 315 II).

f) Die Entscheidung ist, wie bei der Alternativobligation, unwiderruflich.

Beispiel. In dem oben zu a genannten Fall hat der Gastwirt B. den Zimmerpreis um 10 % zu niedrig bestimmt; als A. ihn trotzdem als zu hoch bemängelt, macht B. nunmehr einen Aufschlag von 10 %. Hier ist B. im Unrecht: bei der Entscheidung, die er einmal getroffen, muß er bleiben.

IV. Nicht selten kommen auch Verträge vor, deren Inhalt durch die Entscheidung nicht einer Partei, sondern eines Dritten bestimmt werden soll. Alsdann fragt das Gesetz nicht danach, ob der Dritte bloß zwischen einigen im Verträge bezeichneten Möglichkeiten die Auswahl hat oder ob er frei entscheiden darf, sondern stellt allgemein folgende Regeln auf.

1. Wer der zur Entscheidung berufene Dritte sein soll, ist dem Rechtsgeschäft selbst zu entnehmen.

2. a) Der Dritte soll seine Entscheidung entweder nach billigem Ermessen treffen, oder er kann nach Gutdünken und sogar offenbar parteiisch entscheiden. Im Zweifel ist das erstere anzunehmen (317 I).

b) Soll der Dritte nach billigem Ermessen entscheiden, so hat jede Partei das Recht, die Entscheidung, wenn sie unbillig ist, als unverbindlich zu verwerfen. Dann gelten die gleichen Regeln wie in dem oben zu III, 3 besprochenen Fall; das Entscheidungsrecht geht also, wenn es zum Prozeß kommt, auf das Gericht über. Nur ein praktisch wichtiger Unterschied waltet ob: dafür, daß die Entscheidung des Dritten der Billigkeit entspreche, streitet die Vermutung; nicht der Dritte selber, der ja ohnehin nicht Prozeßpartei ist, oder die Partei, die mit seiner Entscheidung zufrieden ist, muß die Billigkeit, sondern die unzufriedene Partei muß die Unbilligkeit der Entscheidung nachweisen (319 I).

So auch dann, wenn der Dritte offenbar befangen ist; Beispiel: bei einem Verträge zwischen einer Handelsfrau und deren Kunden soll der Ehemann der Handelsfrau die näheren

⁹) Bland, Anm. 5 zu § 315.

Bestimmungen treffen. Warum hat sich die Gegenpartei das Bestimmungsrecht dieses parteiischen Dritten gefallen lassen?

3. Der Dritte darf seine Entscheidung nicht verzögern; tut er es doch, so geht, wenn er nach billigem Ermessen zu urteilen hatte, das Entscheidungsrecht auf das Gericht über; hatte er dagegen nach Willkür zu urteilen, so wird der Vertrag nunmehr ganz unwirksam. Das gleiche gilt, wenn der Dritte sich weigert, eine Entscheidung abzugeben oder wenn er dazu außerstande ist (319).

4. Ist die Entscheidung gefällt, so ist das Rechtsgeschäft nunmehr in dem entschiedenen Sinn bestimmt: Recht und Pflicht der Parteien bestehen fortan nur in der Art, wie die Entscheidung angegeben.

5. Die Entscheidung erfolgt, wie bei der Alternativobligation, durch eine einseitige, formlose, empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Erklärung des Dritten. Die Erklärung braucht nur gegenüber einer der Parteien abgegeben zu werden (s. 318 I).

6. Die Entscheidung ist, wie bei der Alternativobligation, unwiderruflich.

Beispiel. A. soll bei einem zwischen B. und C. abgeschlossenen Kaufvertrage die Höhe des Kaufpreises bestimmen; er gibt seine Bestimmung in einem an den Käufer C. gerichteten Brief ab; sofort reklamiert C., und A. fällt nunmehr in einem an B. gerichteten Brief eine abweichende Entscheidung, ohne in dem Brief der ersten Entscheidung zu gedenken; erst nachträglich erfährt B. den Vorgang. Hier ist für beide Parteien nur die erste Entscheidung verbindlich.

Die Entscheidung des Dritten unterliegt den allgemeinen Regeln von den Rechtsgeschäften. Nur eine Besonderheit gilt: ist die Entscheidung irrtümlich abgegeben, arglistig erschlichen oder erzwungen, so kann der Dritte selbst sie nicht anfechten; wohl aber ist jede Vertragspartei dazu befugt. Die Anfechtung muß unverzüglich erfolgen, nachdem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat, längstens aber 30 Jahre nach Abgabe der Entscheidung; es sind also die allgemeinen Regeln von der Anfechtung wegen Irrtums auf die Anfechtung wegen Täuschung und Zwanges ausgedehnt (318 II).

V. Schließlich kommt es vor, daß der Inhalt eines Vertrages durch die Entscheidung einer Mehrheit von Dritten bestimmt werden soll. Dann ist im Zweifel anzunehmen, daß nur eine einstimmig getroffene Entscheidung gültig sein soll; läßt sich eine einstimmige Entscheidung nicht erreichen, so gelten die gleichen Regeln, wie wenn eine einzelne zur Entscheidung berufene Person ihr Urteil verzögert. Nur, wenn es sich um die Feststellung einer Summe handelt, schadet es nichts, wenn die Urteiler verschiedener Meinung sind; vielmehr gilt als festgestellt die Durchschnittssumme (317 II).

VI. Läßt das Rechtsgeschäft über den Inhalt der Forderung einen Zweifel, der nicht durch die Entscheidung einer Partei oder eines Dritten gehoben werden soll, so ist — abgesehen von den sonstigen Auslegungsvorschriften — folgende allgemeine Regel zur Anwendung zu bringen: der Schuldner muß die ihm obliegende Leistung so bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (242). Die Regel wendet sich gegen den Gläubiger: dieser darf keine Forderung stellen, die Treu und Glauben

verleßt; tut er es doch, so kann der Schuldner seine Leistungspflicht einfach bestreiten. Die Regel wendet sich aber ebensogut auch gegen den Schuldner: dieser darf den Gläubiger nicht mit einer Leistung abfertigen, die mit Treu und Glauben unvereinbar ist.¹⁰

Beispiele. I. Der Gläubiger, der eine Zahlung vom Montag ab zu fordern hat, darf sie nicht schon Montag frühmorgens um 5 Uhr fordern, II. der Schuldner, der eine Zahlung zu leisten hat, darf das Geld dem Gläubiger nicht vor die Füße werfen, III. der Schuldner, der für eine von ihm angebotene Zahlung Zug um Zug Quittung fordert, muß dem Gläubiger das Nachzählen des Geldes erlauben, — dies alles, obschon weder das Gesetz noch das Rechtsgeschäft es besonders vorschreibt, gemäß der Verkehrssitte nach den Geboten von Treu und Glauben.

VII. Auch bei nicht rechtsgeschäftlichen Forderungen kann der Inhalt mehr oder minder unbestimmt sein. Dann kommen die oben erwähnten Regeln über die Alternativ- und die Gattungspflicht und ebenso die zuletzt gedachte Regel, die den Inhalt der Forderungen nach der Verkehrssitte bestimmt, gleichfalls zur Anwendung (262, 243, 242).

2. Die Gegenstände der Forderungen.

a) Teilbare und unteilbare, getrennte und verbundene Leistungen.

§ 85.

I. 1. Eine Leistung ist teilbar, wenn sie in Teile zerlegt werden kann, die für den Gläubiger und den Schuldner verhältnismäßig den gleichen Wert haben wie die ganze Leistung.

Beispiele. I. Teilbar ist eine Forderung auf die Zahlung von 1000 Mt., auf die Lieferung von 200 Flaschen Wein, auf das Ausbessern von 12 Rohrstühlen. II. Unteilbar ist eine Forderung auf die Lieferung eines Pferdes, auf die Herstellung einer Maschine. III. Teilbar ist je nach Lage des Einzelfalles die Forderung auf den Transport von 1000 Zentnern Weizen von Thorn nach Danzig; die Teilung kann hier unter Umständen so stattfinden, daß nur 500 Zentner Weizen nach Danzig oder daß die vollen 1000 Zentner nur bis Graudenz geschafft werden.

2. Die Bedeutung der Teilbarkeit einer Leistung ist mannigfach; so kann eine auf eine teilbare Leistung gerichtete Forderung teilweise an einen andern Gläubiger abgetreten werden, so kann sie im Fall einer Teilunmöglichkeit zu einem Teil gültig bleiben usw.

II. Öfters werden mehrere Leistungen, die unter sich völlig verschieden sein können, rechtlich miteinander verbunden. Ist diese Verbindung nur eine äußerliche, formelle, mehr zufällige, so bildet jede Leistung den Gegenstand einer selbständigen Forderung. Ist die Verbindung dagegen eine sachliche, so

10) Schneider, Treu u. Glauben (02).

sind zwar gleichfalls soviel Forderungen vorhanden als Leistungen, aber die Forderungen stehen rechtlich in innigem Zusammenhang und sind voneinander abhängig. Bedeutsam ist die Unterscheidung namentlich für die Frage, ob der Gläubiger, wenn der Schuldner sich zu einer der Leistungen er bietet, die der andern aber grundlos verweigert, die Teilleistung zurückweisen darf.¹

Beispiele I. von Leistungen, die nur äußerlich verbunden sind: die Bestellung mehrerer Bücher bei einem Buchhändler in einem einzigen Bestellbrief; II. von sachlich verbundenen Leistungen: der Verkauf zweier zusammenhängender Grundstücke in einem einzigen Vertrage zu einem Gesamtpreise.

b) Leistung und Gegenleistung.¹

§ 86.

I. 1. Es gibt einseitige Schuldverhältnisse, aus denen ein Forderungsrecht nur zugunsten einer der Parteien entspringt. Diese allein ist Gläubiger, die Gegenpartei allein ist Schuldner. Nur eine einzige Leistung ist Gegenstand des Rechtsverhältnisses; von einer Gegenleistung ist keine Rede.

2. Diesen einseitigen Schuldverhältnissen gegenüber stehen die zweiseitigen Schuldverhältnisse. Aus ihnen entspringt ein Forderungsrecht zugunsten beider Parteien. Jede Partei ist zugleich Gläubiger und Schuldner. Der Leistung der einen Partei tritt eine Gegenleistung der andern Partei gegenüber.

a) Die zweiseitigen Schuldverhältnisse können vollkommen zweiseitig sein. Alsdann ist jede Leistung der Zweck und das Ziel der Gegenleistung: jede Partei wird nur verpflichtet, auf daß ihr auch die andre Partei verpflichtet werde; Leistung wird gegen Leistung, Pflicht wird gegen Pflicht ausgetauscht. Verträge, aus denen solch ein vollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis entspringt, heißen gegenseitig oder synallagmatisch.²

b) Die zweiseitigen Schuldverhältnisse können aber auch unvollkommen zweiseitig sein: die beiderseitigen Leistungen sind hier nicht Zweck und Ziel füreinander; ein eigentlicher Austausch von Leistung und Leistung, von Pflicht und Pflicht findet nicht statt.

Beispiele. I. 1. Beim Schenkungsversprechen ist der Geschenkgeber zur Lieferung des geschenkten Gegenstandes verpflichtet, während dem Beschenkten regelmäßig eine Gegenleistung nicht obliegt: der Geschenkgeber ist nur Schuldner, der Geschenknehmer nur Gläubiger. Das Schuldverhältnis ist also einseitiges. 2. Ähnlich steht es bei der Auslobung, dem abstrakten Schuldversprechen, den Delikten, der ungerechtfertigten Bereicherung. II. 1. a) Beim Kauf ist der Verkäufer zur Lieferung der Ware, der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet: alle beide Parteien sind sowohl Schuldner wie Gläubiger. Das Schuldverhältnis ist also ein zweiseitiges. Und zwar übernimmt jede Partei die ihr obliegende Verpflichtung nur zu dem

1) Siehe auch RG. 57 S. 6, 99.

1) Regelsberger, Jahrb. f. Dogm. 40 S. 249; Kraemer, gegenseitige Verträge (04); Ortmann, Ztschr. f. Rechtspf. in Bayern 1 S. 10, 47.

2) Siehe RG. 65 S. 47, 66 S. 426.

Zweck, um gegen die eigene Leistung die Gegenleistung der andern Partei einzutauschen: der Verkäufer verpflichtet sich zur Lieferung der Ware nur, um dadurch den Kaufpreis, der Käufer verpflichtet sich zur Zahlung des Kaufpreises nur, um dadurch die Ware zu gewinnen. Das Schuldverhältnis ist also vollkommen zweiseitig, der Kauf ein gegenseitiger Vertrag. b) Ebenso steht es bei der Miete, bei dem Dienstvertrage, bei dem Werkvertrage. 2. a) Beim Auftrage ist der Auftragnehmer zur Ausführung des von ihm übernommenen Geschäfts, der Auftraggeber zur Erstattung der dem Auftragnehmer durch die Geschäftsführung erwachsenen Auslagen verpflichtet: alle beide Parteien sind sowohl Schuldner wie Gläubiger. Das Schuldverhältnis ist also ein zweiseitiges. Jedoch ist keine Rede davon, daß der Auftragnehmer die Pflicht zur Geschäftsführung nur zu dem Zweck übernehme, dadurch seine Auslagen erstattet zu bekommen; allerdings ist es möglich, daß er nur tätig wird, weil er das Recht auf Kostenerstattung hat; doch ist deshalb die Kostenerstattung noch nicht der „Zweck“ seiner Tätigkeit; käme es dem Auftragnehmer wirklich nur darauf an, daß die Kosten der Geschäftsführung ihm wieder abgenommen werden, so täte er weit besser, sich auf die Geschäftsführung gar nicht erst einzulassen. Das Schuldverhältnis ist also ein unvollkommen zweiseitiges. b) Ebenso steht es bei der Leihe, der auftraglosen Geschäftsführung.

II. 1. Bei den vollkommen zweiseitigen Schuldverhältnissen gilt die Regel, daß, wenn nicht gesetzlich oder rechtsgeschäftlich ein andres bestimmt ist, der Austausch von Leistung und Gegenleistung Zug um Zug erfolgen soll: keine Partei braucht zu leisten, ehe sie nicht in den Genuß der Gegenleistung tritt.³

a) Die Regel, daß bei einem vollkommen zweiseitigen Schuldverhältnis jede Partei die ihr obliegende Leistung nur Zug um Zug gegen die der andern Partei obliegende Gegenleistung zu bewirken braucht, bedeutet nicht etwa, daß eine Partei, die die gegnerische Leistung verlangt, sofort unangefordert auch die eigene Leistung anbieten müßte. Vielmehr ist es Sache der andern Partei, wenn sie die ihr obliegende Leistung nur Zug um Zug gegen Empfang der ihr zukommenden Leistung bewirken will, sich hierauf mittels „Einrede“ zu berufen. Und zwar hat die Erhebung dieser Einrede — der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus) — nicht den Sinn, daß die andre Partei die ihr zukommende Leistung positiv einfordert, sondern nur, daß sie negativ die ihr obliegende Leistung so lange verweigert, bis ihr Zug um Zug auch die ihr zukommende Leistung entrichtet wird (320 I).

Beispiele. I. A. hat übereilterweise sein Haus an B. verkauft, hofft aber, das Haus trotzdem behalten zu können, weil es für B. unmöglich ist, die Mittel zur Bezahlung des bedungenen Kaufpreises aufzubringen. Hier braucht A. sich tatsächlich wegen des Hauses keine Sorge zu machen. Denn er hat das Haus dem B. erst zu übereignen, wenn dieser Zug um Zug den Kaufpreis bar bezahlt. II. Nun hat aber B. die Dreistigkeit, den A. auf die Übereignung des Hauses zu verklagen, und A. bleibt im Vertrauen darauf, daß B. nicht zahlen kann, im Verhandlungstermin aus. Hier wird A. nach dem Klagantrage verurteilt und muß, wenn er dies Urteil rechtskräftig werden läßt, das Haus an B. ohne irgendwelche Anzahlung übereignen; denn er hat es ja unterlassen, sein gutes Recht, die eigene Leistung nur Zug um Zug gegen die bedungene Gegenleistung B.s zu bewirken, mittels Einrede rechtzeitig geltend zu machen. Nicht als ob B. durch diese Unvorsichtigkeit des A. von seiner Pflicht, den bedungenen Kaufpreis zu bezahlen, endgültig befreit wäre. Aber A. kann die Übereignung des Hauses nunmehr nicht bis zur Zahlung des Kaufpreises verschieben, sondern muß sofort übereignen und mag zusehn, wie er nachträglich zu seinem Gelde kommt.

3) Siehe aber RG. 54 S. 123.

Erhebt eine Partei, die aus einem gegenseitigen Vertrage auf die ihr obliegende Leistung verklagt wird, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, so stellt sich die Beweislast wie folgt. I. Der Beklagte muß zur Begründung der Einrede dartun, daß die eingeklagte Forderung auf einem „gegenseitigen“ Vertrage beruhe; tatsächlich wird dieser Beweis übrigens zumeist entbehrlich sein, da schon der eigne Vortrag des Klägers ergeben wird, daß sein Anspruch sich auf einen gegenseitigen Vertrag gründet. II. Der Beklagte muß ferner die Art und den Umfang der Gegenleistung beweisen. III. Behauptet dagegen der Kläger, daß er die Gegenleistung bereits bewirkt habe, so ist es seine Sache, hierfür den Beweis zu liefern.

Die Leistung „Zug um Zug“ macht im Rechtsleben tatsächlich oft die allergrößten Schwierigkeiten. — Beispiele. I. A. in M. hat dem B. in N. eine Sache unter der Abrede verkauft, daß er sie dem B. frei zuzusenden hat. Hier braucht B. nicht eher zu zahlen, als bis ihm die Sache in N. derart übergeben wird, daß er ihre ordnungsmäßige Beschaffenheit prüfen kann. Wollen also beide Parteien auf der Leistung Zug um Zug bestehen, so muß A. die Sache nach N. an einen Vertrauensmann senden, der sie dem B. unverpakt vorzeigt und gegen Auszahlung des Kaufpreises aushändigt. II. C. und D. haben einen Tauschvertrag über zwei Häuser geschlossen, von denen das eine in O., das andre in P. belegen ist. Hier ist eine Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen Zug um Zug unmöglich, wenn O. und P. zu verschiedenen Grundbuchämtern gehören; denn selbst wenn man die beiden zuständigen Grundbuchämter telephonisch miteinander verbindet, wird ein Austausch der beiden Übergangserklärungen Zug um Zug sich kaum bewerkstelligen lassen.

b) Kann bei einem vollkommen zweiseitigen Schuldverhältnis jede Partei ihre eigne Leistung so lange verweigern, als nicht Zug um Zug die andre Partei die Gegenleistung bewirkt, so hat sie das nämliche Recht auch dann, wenn die andre Partei die Gegenleistung zwar Zug um Zug bewirkt, aber nur unvollständig oder nur mangelhaft (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Doch gilt eine Ausnahme, wenn die erstere Partei die unvollständige Leistung der Gegenpartei tatsächlich angenommen hat: alsdann darf sie nämlich die eigne Leistung insoweit nicht verweigern, „als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde“ (320 II); der Regel nach wird sie also in einem solchen Fall, wenn ihre eigne Leistung teilbar ist, wenigstens einen verhältnismäßigen Teil sofort entrichten müssen und nur die Leistung des Rests einstweilen verweigern dürfen. Eine analoge Ausnahme wird auch dann gelten, wenn die Leistung der Gegenpartei nicht unvollständig, sondern mangelhaft ist: bei verhältnismäßig geringfügigen Mängeln darf also der Empfänger der Leistung die eigne Leistung gleichfalls nicht ganz, sondern nur zu einem verhältnismäßigen Teil verweigern.⁴

Beispiele. I. A. hat bei B. 200 Flaschen Rheinwein bestellt; B. liefert nur 198 Flaschen. Hier braucht A. die 198 Flaschen nicht anzunehmen; nimmt er sie aber an, so muß er sie auch gleich bezahlen und darf die Zahlung nicht bis zur Nachlieferung der fehlenden Flaschen verschieben. II. C. hat sich von D. malen lassen; nach Abnahme des Bildes zeigt sich ein kleiner Fehler daran, den D. krankheitshalber nicht sofort beseitigen kann. Hier darf C. die Bezahlung des bedungenen Honorars nicht verweigern, bis D. wieder gesund wird, sondern muß sofort zahlen und darf nur so viel abziehen, als für die Beseitigung des Fehlers durch einen andern Maler zu zahlen wäre.

Die zuletzt genannte Ausnahme fällt aber fort, wenn und solange der Empfänger der mangelhaften Leistung den Vertrag um des Mangels willen wandeln oder eine neue mangel-

4) Endemann 1 § 125²⁹. Abw. die 4. Aufl. d. Buchs 1 S. 319⁷.

freie Leistung fordern kann: solange ihm das eine oder das andre Recht zusteht, kann er die eigne Leistung wegen jenes Mangels vollständig verweigern.

c) Dringt der Beklagte mit der Einrede des nicht erfüllten oder des unvollständig oder mangelhaft erfüllten Vertrages durch, so wird nicht etwa die Klage abgewiesen, sondern der Beklagte wird nunmehr zur Erfüllung Zug um Zug gegen die vom Kläger zu bewirkende Leistung verurteilt (322 I). Ein derartiges Urteil kann vom Kläger zwangsweise vollstreckt werden, aber natürlich nur so, wie es lautet, also nur in der Art, daß der zur Vollstreckung schreitende Kläger seine Gegenleistung, so wie sie im Urteil bezeichnet ist, dem Beklagten anbietet (ZPO. 726 II, 756, 765). Der Beklagte kann dagegen zur Zwangsvollstreckung wegen der Gegenleistung nicht schreiten; will auch er einen vollstreckbaren Titel erlangen, so muß er außer der Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch noch eine Klage oder Widerklage wegen der Gegenleistung erheben.

d) Die bisher entwickelten Regeln gelten nicht ausnahmslos. Vielmehr kann bei Abschluß eines gegenseitigen Vertrages vereinbart werden, daß Leistung und Gegenleistung nicht Zug um Zug zu bewirken seien, sondern daß eine Partei vorzuleisten habe. Diese Partei ist alsdann nicht berechtigt, ihre Leistung wegen fehlender, unvollständiger oder mangelhafter Gegenleistung der andern Partei zu verweigern, sondern muß ihre Leistung bewirken, als schulde sie diese aus einem einseitigen Schuldverhältnis. Nur wenn nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen der andern Partei eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, kann die zur Vorleistung verpflichtete Partei die Vorleistung ablehnen, es sei denn, daß die andre Partei Sicherheit bestellt (321).⁵ Die Vorleistungspflicht ist von der Partei, die sie behauptet, zu beweisen.

Das Recht, die Vorleistung zu verweigern, gilt nur, wenn die Gegenpartei wirklich erst nachträglich in gefährliche Verhältnisse gerät; es genügt also nicht, daß die vorleistungspflichtige Partei nachträglich erfährt, daß die Gegenpartei schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses in jenen gefährlichen Verhältnissen war. Wohl aber genügt es, wenn die Verhältnisse der Gegenpartei schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses schlecht waren und sich seitdem noch mehr verschlechtert haben.⁶

Wenn die vorleistungspflichtige Partei ihre Vorleistung tatsächlich nicht bewirkt und inzwischen der Termin herangekommen ist, zu dem auch die Gegenpartei ihre Leistung zu bewirken hat (M. hatte z. B. das dem F. verkaufte Pferd am 1. März zu liefern, F. hatte es am 1. April zu bezahlen, das Pferd ist tatsächlich am 1. April noch nicht geliefert), ist die Vorleistungspflicht als solche beseitigt: beide Teile können jetzt sofortige Leistung fordern. Doch zeigt sich die ursprüngliche Vorleistungspflicht der einen Partei auch jetzt noch darin wirksam, daß diese Partei, wenn sie auf ihre Leistung belangt wird, trotz der noch ausstehenden nunmehr fälligen Gegenleistung der andern Partei weder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages noch die weiter unten zu erwähnende Einrede des Zurückbehaltungsrechts erheben kann; vielmehr muß sie, was sie zu leisten hat, einseitig leisten und hat wegen der Gegenleistung nur ein Klagerecht.

5) Frize, Arch. f. BR. 17 S. 20; Regelsberger, Jahrb. f. Dogm. 40 S. 451; RG. 53 S. 64, 54 S. 356.

6) Abw. Düringer-Hachenburg, Kommentar z. HGB. 2 S. 101.

e) Besondere Regeln gelten für einzelne Vertragsarten, namentlich für den Miet- und Dienstvertrag. Darüber siehe unten in den diesen Verträgen gewidmeten Paragraphen.

2. Bei unvollkommen zweiseitigen Schuldverhältnissen besteht eine allgemeine Regel, daß Leistung und Gegenleistung Zug um Zug auszutauschen seien, nicht. Es kommt hier vielmehr darauf an, für jedes Schuldverhältnis selbständig zu prüfen, wann die eine und wann die andre Leistung fällig wird. Und erst, wenn festgestellt ist, daß alle beide Leistungen fällig sind, greift auch hier die Regel ein: jede Partei kann ihre Leistung so lange verweigern, bis die andre Partei Zug um Zug ihre Gegenleistung bewirkt (273 I).⁷

a) Auch dieses Recht ist durch Einrede geltend zu machen. Das Gesetz spricht hier von der Einrede des Zurückbehaltungsrechts.⁸

Erhebt der Beklagte die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, so muß er dartun, daß der Kläger aus einem zweiseitigen Schuldverhältnisse klage und daß aus ebendiesem Schuldverhältnis ihm, dem Beklagten, ein fälliger Anspruch auf eine Gegenleistung zustehe. Denn nicht wegen jeder Leistung, die der Beklagte vom Kläger fordern kann, darf er seine eigne Leistung zurückhalten, sondern nur wegen einer „konneren“, d. h. eben einer auf dem gleichen zweiseitigen Schuldverhältnis beruhenden Leistung.⁹ Behauptet der Kläger, bereits geleistet zu haben, was ihm obliegt, so muß er dies beweisen.

b) Hat der Kläger seine Leistung unvollständig oder mangelhaft gemacht, so gelten die gleichen Regeln wie bei gegenseitigen Verträgen.

c) Dringt der Beklagte mit seiner Einrede durch, so wird die Klage nicht abgewiesen, sondern der Beklagte wird, wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, zur Leistung Zug um Zug verurteilt (274 I).

d) Ein wichtiger Unterschied zwischen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Einrede des Zurückbehaltungsrechts ist, daß der Kläger letztere Einrede durch Sicherstellung beseitigen kann, wobei nur die Sicherstellung durch Bürgen ausgeschlossen ist (273 III). Damit kann der Kläger namentlich in solchen Fällen eine Abkürzung des Prozesses erzielen, in denen er die vom Beklagten geforderte Gegenleistung nach Art oder Umfang bestreitet; denn in dem Augenblick, da der Kläger alles, was er selber leisten soll, sicherstellt, steht einer Verurteilung des Beklagten zu sofortiger einseitiger Leistung nichts mehr im Wege. Die ganze Einrede soll also dem Beklagten nicht, wie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, den Vorteil verschaffen, daß er, sobald er selber leistet, auch in den Genuß der Gegenleistung tritt, sondern sie soll ihn bloß vor der Gefahr schützen, daß, während er selber leistet, der Kläger sich seiner Gegenleistung dauernd entzieht.

e) Auch die vorstehend entwickelten Sätze müssen sich Ausnahmen gefallen lassen. Durch besondere Vereinbarung oder gesetzliche Sonderregeln wird

7) RÖ. 57 S. 6.

8) Schöenberg, Voraussetzungen des Retentionsrechts (Diss. 01); Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht (04); Breuer, Zurückbehaltungsrecht (Diss. 04); Rech, das Rechtsverhältnis (Diss. 04).

9) RÖ. 54 S. 239, 59 S. 201.

nämlich für gewisse Schuldverhältnisse das Zurückbehaltungsrecht erweitert und dem Gläubiger sogar wegen nicht fälliger Ansprüche zugestanden: namentlich gilt dies für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§ 369). Umgekehrt wird für manche Schuldverhältnisse das Zurückbehaltungsrecht beschränkt: so ist, wer einen Gegenstand durch Diebstahl oder ein andres vorsätzlich begangenes Delikt erlangt hat, den Gegenstand wegen seiner auf ihn bezüglichen Ansprüche zurückzubehalten nicht befugt (273 II).

Streitig ist, ob das Verbot der Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen (394) auch auf die Zurückbehaltung gegenüber solchen Forderungen zu übertragen ist. Wie mir scheint, ist die Frage zu verneinen.¹⁰

c) Veräußerung und Belastung von Sachen.

§ 87.

I. Ist jemand vertragsmäßig zur Veräußerung, Verpfändung oder sonstigen Belastung einer Sache verpflichtet, so erstreckt sich seine Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache (314). Doch gilt diese Regel bei individuell bestimmten Sachen zunächst nur für das Zubehör, das zur Zeit des Vertragsschlusses tatsächlich vorhanden war; ob sie analog auch auf Zubehör anzuwenden ist, das damals nicht vorhanden war, aber nach den Regeln ordentlicher Wirtschaft hätte vorhanden sein müssen, läßt sich für die verschiedenen Arten der Verträge nicht gleichmäßig entscheiden.

Beispiele. I. 1. Wer einen individuell bestimmten Kleiderschrank oder Schreibtisch an jemanden zu veräußern, d. h. ihm zu übereignen verpflichtet ist, muß den zum Schrank oder Schreibtisch gehörigen Schlüssel, wenn er beim Vertragsschluß tatsächlich vorhanden war, mitliefern, mag seine Verpflichtung zur Veräußerung von Schrank oder Tisch auf einem Kauf oder einem Tausch oder einer Schenkung beruhen. 2. Dagegen braucht er, wenn der Schlüssel zur Zeit des Vertragsschlusses verloren war, einen neuen Schlüssel nur im Fall des Kaufs oder Tausches (459, 515), nicht aber auch im Fall der Schenkung anzuschaffen. II. Bezog sich die Verpflichtung zur Veräußerung auf einen nur der Gattung nach bestimmten Schrank oder Tisch, so muß ein Schlüssel unter allen Umständen mitgeliefert werden; ob er bei dem vom Schuldner ausgesuchten Exemplar von Schrank oder Tisch tatsächlich vorhanden und ob der Vertrag, auf dem die Lieferpflicht beruht, ein Kauf, ein Tausch oder eine Schenkung war, macht in diesem Fall keinen Unterschied (243 I). III. Siehe auch das erste Beispiel oben S. 255 IV.

Übrigens ist nicht zu bezweifeln, daß die Regel zu I analog auch auf Verträge anzuwenden ist, die nicht auf die Veräußerung und Belastung, sondern z. B. auf das Verleihen einer Sache gehen (242).

Ob ein Vertrag, der auf die Veräußerung oder Belastung einer Sache gerichtet ist, sich auch auf die Früchte mit bezieht, die vor oder nach Abschluß des Vertrages von der Sache getrennt sind, läßt sich nicht allgemein entscheiden (s. 446).

II. Ein Vertrag, durch den sich jemand zur Veräußerung eines Grundstücks verpflichtet, bedarf zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Doch wird ein Vertrag, der ohne Beobachtung dieser Form

10) Rappenheim, D. Jur. Ztg. 7 S. 86; Wolff, Arch. f. R. 26 S. 316.

abgeschlossen ist, seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen (313).

1. Der Formzwang gilt für Verträge aller Art, wenn sie auf eine Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung gerichtet sind, also für den Grundstückskauf, den Grundstückstausch, die Grundstückschenkung, die Einbringung von Grundstücken in eine Gesellschaft, sowie für alle auf den Abschluß derartiger Verträge gerichtete Vorverträge.¹ Ob die Verpflichtung zur Grundstücksübertragung den einzigen oder doch den hauptsächlichsten Inhalt des Vertrages bildet oder nur als eine Nebenbestimmung darin vorkommt, macht keinen Unterschied. Ebenso ist es gleichgültig, ob der Vertrag die Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung neu begründet oder ob er lediglich die Modalitäten einer bereits begründeten Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung abändert.²

Beispiel. A. hat durch notariellen Vertrag den B. als Kompagnon in sein Geschäft aufgenommen; nachträglich ändern beide den Vertrag dahin ab, daß der Gewinnanteil B.s von 10 auf 12% erhöht wird. Hier kann diese Abänderung an und für sich formlos geschehen; denn ein Gesellschaftsvertrag als solcher ist nicht formbedürftig. Gehört aber zu A.s Geschäft ein Grundstück, das A. noch nicht auf den Namen der Gesellschaft im Grundbuch hat umschreiben lassen, so muß die Abänderung notariell oder gerichtlich beurkundet werden, auch wenn der Wert des Grundstücks im Verhältnis zu den sonstigen Gesellschaftsaktiven ein verschwindend geringer ist. Es liegt eben auch auf den kleinsten Grundstücken nach der Auffassung des BGB.s ein mystischer Zauber, den man nicht mit einem schlichten Manneswort, sondern nur mit dem Apparat gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bannen kann.³

2. Unanwendbar ist der Formzwang:

a) auf Verträge, durch die sich jemand nicht zur Veräußerung, sondern nur zur Belastung eines Grundstücks, namentlich zur Bestellung einer Hypothek, eines Wegerechts, eines Erbbaurechts⁴ an dem Grundstück, verpflichtet;

b) auf Verträge, durch die jemand das in einem andern Vertrage erworbene Recht auf den Erwerb eines Grundstücks einem andern überträgt oder auf das Recht durch Aufhebung jenes Vertrages Verzicht leistet;

c) auf Verträge, durch die jemand sich einseitig zum Erwerbe eines Grundstücks verpflichtet, ohne daß die Gegenpartei sich auch zur Veräußerung des Grundstücks verbindlich macht;

d) auf Vollmachten zur Veräußerung eines Grundstücks.

Streitig ist, ob ein Vertrag, durch den jemand einem andern mit Bezug auf ein Grundstück ein obligatorisches Vorkaufsrecht gewährt oder ein dingliches Vorkaufsrecht zu gewähren verspricht, formbedürftig ist. Ich bejahe die Frage;⁵ denn in einem solchen Vertrage liegt wenigstens eine bedingte Verpflichtung, das Grundstück bei Eintritt des Vorkaufsfalles dem Vorkäufer zu übereignen.

Streitig ist ferner, ob im Fall der Wandlung eines Grundstückskaufs der Wandlungsvertrag formbedürftig ist. Örtmann meint freilich, es wäre barer Widersinn,⁶ diese Frage

1) RG. 53 S. 238.

2) Siehe RG. 51 S. 181. 3) Landsberg S. 390³.

4) Abw. Werke 2 S. 619.

5) Örtmann, Anm. 2 c γ zu § 313.

6) Örtmann, Anm. 2 d β zu § 313.

zu bejahen. Dennoch muß ich mich, vorausgesetzt, daß das verkaufte Grundstück dem Käufer bereits übereignet ist, für die Bejahung aussprechen. Denn sie wird durch den Wortlaut des Gesetzes geboten und hat insofern einigen Sinn, als sie den Käufer bei der Wahl zwischen Wandlung und Preisminderung vor Übereilung behütet.

3. Die Heilung der Ungültigkeit des formlos abgeschlossenen Vertrages durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch betrifft auch alle formlos getroffenen Nebenabreden⁷ und zwar selbst dann, wenn der Vertrag im übrigen formgerecht abgeschlossen ist und die Parteien bei der Auflassung an jene Nebenabrede nicht gedacht haben. Dagegen erstreckt sich die Heilung auf solche Haupt- oder Nebenabreden nicht, die eine der Parteien vor der Auflassung rechtsgeschäftlich widerrufen hat.

Sind mehrere Grundstücke durch einheitlichen Vertrag verkauft, so heilt eine Auflassung und Eintragung, die sich nur auf eins der Grundstücke bezieht, die Ungültigkeit des Vertrages höchstens (139!) in Ansehung dieses Grundstücks.⁸ Sollen mehrere Grundstücke gegeneinander ausgetauscht werden, so tritt Heilung nur ein, wenn die Auflassung und Eintragung sich auf beide Grundstücke bezieht.⁹

4. Landesgesetzlich ist die Beurkundung der auf eine Grundstücksveräußerung gerichteten Verträge mit Ausnahme der Grundstückschenkungen zum Teil auch auf andre Beamte oder Behörden als Gericht oder Notar übertragen worden (§§. 142). So ist vor allem in Preußen bestimmt, daß, wenn eine der Vertragsparteien durch eine öffentliche Behörde vertreten wird, der Vertrag von jedem beliebigen Beamten beurkundet werden kann, den jene Behörde damit beauftragt (preuß. AusfGes. 12 § 2). Ähnliche Bestimmungen finden sich in Elsaß-Lothringen, Hamburg usw. (F.G. Elsaß-Lothr. 45, Hamburg 11).

Diese Bestimmung ist praktisch äußerst wichtig, namentlich für die massenhaften Grundstücksveräußerungen gelegentlich der Neuanlage oder Verbreiterung von Straßen, bei denen die Ortsgemeinde als Erwerber oder Veräußerer auftritt: hier können die Parteien sich jedesmal den Gang zu Gericht oder Notar sparen, weil jeder Subalternbeamte der Gemeinde kraft Auftrages die Beurkundung vornehmen darf. Mißlich ist freilich, daß diese Beamten oft wenig Verständnis für den schwerfälligen Beurkundungsformalismus haben und daß deshalb die von ihnen beurkundeten Verträge überaus häufig wegen Formfehler nichtig sein werden. Und schlimmer noch: der ganze Formzwang für Grundstücksveräußerungen ist doch eingeführt, um bei der Fortgabe von Grundstücken Übereilungen zu vermeiden; gerade bei dem Land-erwerbe und den Landveräußerungen der Ortsgemeinden sind aber übereilte Entschlüsse der Gegenpartei besonders häufig, und die Kommunalbeamten benutzen dann ihr Beurkundungsprivileg gern dazu, die Gegenpartei auf der Stelle an einen derartigen Entschluß für immer zu binden.

In Württemberg können alle auf Grundstücksveräußerung abzielenden Verträge außer den Grundstückschenkungen auch von den Grundbuchbeamten und Ratschreibern beurkundet werden; ähnliches gilt in Mecklenburg (württemb. AusfGes. 33, 35; meckl.-schw. AusfGes. 36.) Siehe ferner für Hessen-Nassau F.G. Preuß. 122, 123, 112; preuß. B. v. 20. 12. 99; preuß. AusfGes. 12 § 3 usw.

7) Siehe RG. 57 S. 166.

8) Örtmann, Anm. 7 b a zu § 313.

9) RG. 56 S. 386; Gierke S. 451; abw. Rehbein 2 S. 163.

d) Fortnahme einer Einrichtung.

§ 88.

Sehr häufig kommt es vor, daß jemand, der eine Sache einem andern herauszugeben verpflichtet ist, das Recht hat, eine Einrichtung, die er mit der Sache verbunden, oder einen wesentlichen Bestandteil, den er ihr zugesügt hat, fortzunehmen (s. 547 II Satz 2, 601 II Satz 2, 1049 II, 997 usw.). Für diesen Fall stellt das Gesetz folgende Regeln auf.

I. Macht der Wegnahmeberechtigte von seinem Recht (jus tollendi) Gebrauch, so muß er die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand setzen (258 Satz 1). Ist dies unmöglich, so fällt sein Wegnahmerecht fort: es ist ja auch kein Grund ersichtlich, warum das Wegnahmerecht vor dem Recht des andern, das auf Herausgabe der Sache in unverletztem Zustande geht, den unbedingten Vorrang haben sollte.¹

Beispiel. A. hat in dem Hause, das er von B. gemietet, eigenmächtig die geschmacklosen Glasfenster im Treppenhause entfernt und durch neue sehr viel schönere und teurere ersetzt; bei seinem Auszuge will er die neuen Glasfenster mitnehmen; inzwischen sind aber die alten Fenster zerbrochen, und eine Neuankfertigung derselben ist ausgeschlossen. Hier muß A. die neuen Fenster im Hause lassen.

II. Der Wegnahmeberechtigte kann sein Recht solange, als er im Besitz der herauszugebenden Sache ist, eigenmächtig geltend machen. Dagegen muß er, wenn die Sache bereits in den Besitz dessen gelangt ist, an den sie herauszugeben war, zur Wegnahme dessen Erlaubnis einholen; die Erlaubnis darf ihm aber nicht verweigert werden, sobald er für den Schaden, der mit der Wegnahme verbunden ist, Sicherheit geleistet hat (258 Satz 2).

e) Leistung von Geld.¹

§ 89.

I. 1. Wer eine Geldzahlung versprochen hat, muß die Zahlung in der Währung bewirken, die zur Zahlungszeit am Zahlungsort gilt. So auch dann, wenn das Zahlungsverprechen seinem Wortlaut nach auf eine andre Währung geht; diese Währung ist also nach dem Kurswert, der zur Zahlungszeit für den Zahlungsort maßgebend ist, in die Währung des Zahlungsorts umzurechnen (244); will der Schuldner diese Umrechnung ausschließen, so muß er das ausdrücklich erklären, indem er der in fremder Währung ausgedrückten Geldsumme etwa das Wort „effektiv“ beifügt.

Beispiel s. oben S. 254.

1) Schollmeyer zu § 258. Abw. Pland zu § 258.

1) Siehe auch oben § 45.

2. Lautet ein Zahlungsverprechen auf eine bestimmte Münzsorte, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlauf befindet, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte im Verprechen nicht genannt wäre (245).

II. Beide Regeln zu I gelten auch bei nicht rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen.

III. Beide Regeln zu I setzen voraus, daß die Verpflichtung auf „Geld“ als solches geht. Daneben gibt es aber Verpflichtungen, die auf die Leistung von Geldstücken gehen, gleich als seien diese gewöhnliche Sachen. Dann kommen obige Regeln nicht zur Anwendung, sondern die Geldleistung wird behandelt wie jede andre Sachleistung.

f) Leistung von Zinsen.

§ 90.

Zins ist die Vergütung, die dafür, daß jemand den Genuß eines Kapitals — d. h. irgendeines nur der Gattung nach bestimmten, wirtschaftlich nutzbaren Guts — eine gewisse Zeit hindurch entbehrt, nach Verhältnis dieser Zeit zu leisten ist oder tatsächlich geleistet wird.

I. 1. Meist ist Kapital und Zins eine Geldsumme; beide können aber auch in andern Gütern, namentlich in Wertpapieren, bestehen. Doch darf das Kapital keinesfalls eine individuell bestimmte Sache sein: die Vergütung, die jemand dafür erhält, daß er des Genusses einer derartigen Sache zeitweise entbehrt, ist niemals eigentlicher Zins, sondern hat einen andern rechtlichen Charakter, also etwa den des Mietzinses.

2. Der Zins muß von der Länge der Zeit, während deren der Genuß des Kapitals entbehrt wird, abhängig gemacht werden; meist geschieht dies so, daß er als ein jährlich zu zahlender Prozentsatz des Kapitalwerts bestimmt wird.

Beispiel: „2700 Mk., verzinslich zu 4% (nämlich von 2700 Mk.) auf das Jahr.“ Doch ist auch eine andre Berechnung möglich, z. B. „2700 Mk. mit 4% Zinsen von 3000 Mk. auf das Jahr“ oder „2700 Mk. mit $\frac{1}{3}$ % monatlichen Zinsen“ oder „2700 Mk. mit 30 Pfennig Zinsen für den Tag“. — Kein Zins liegt in folgender Klausel: A. soll an B. am 1. April 1000 Mk. zahlen; kommt er in Verzug, so wird die Schuld um 10% erhöht. Denn dieser Zuschlag ist gleich hoch, mag A. einen Tag oder ein Jahr in Verzug sein, hängt also nicht von der Länge der Zeit ab, während deren B. sein Kapital entbehrt.

II. 1. a) Die Regel ist, daß der Gläubiger nicht bloß die Zinsen des Kapitals, sondern auch das Kapital selbst zu fordern hat. Dann sind Kapital- und Zinsforderung rechtlich verbundene Ansprüche (s. oben S. 369). Daraus folgt, daß der Gläubiger, wenn ihm Zahlung der Zinsen ohne das fällige Kapital oder des fälligen Kapitals ohne die Zinsen angeboten wird, das Angebot als unzulässige Teilzahlung zurückweisen kann¹ (266). Und zwar ist die Kapitalforderung der Haupt-, die Zinsforderung der Nebenanspruch; daraus folgt, daß, wenn die Kapitalforderung verjährt, auch die Forderung auf die rückständigen oder zukünftigen Zinsen der Verjährung verfällt (s. oben S. 326) und daß bei Ungültigkeit der Kapitalforderung auch die Zinsforderung ungültig ist.

1) Endemann 1 § 122^o.

b) Doch darf man den Zusammenhang von Kapital- und Zinsanspruch nicht übertreiben. Denn beide Ansprüche können voneinander getrennt werden, namentlich wenn der Gläubiger den Kapitalanspruch einem Dritten abtritt, während er den Zinsanspruch zurückbehält, und umgekehrt. Ferner geht, wenn die Kapitalforderung bezahlt wird, der Zinsanspruch nur für die Folgezeit, also für die vom Zahlungstage ab laufenden Zinsen, unter; dagegen bleibt der Anspruch auf rückständige Zinsen erhalten, selbst dann, wenn der Gläubiger über das Kapital ohne Vorbehalt quittiert hat.

2. a) Ausnahmsweise hat der Gläubiger eine Forderung nur auf die Zinsen, nicht auf das Kapital. Das ist namentlich bei den vom Gläubiger unkündbaren Staatsanleihen der Fall: hier hat der Gläubiger ein Recht auf Rückzahlung des von ihm geopfertem Kapitals nicht, muß also darauf gefaßt sein, den Genuß des Kapitals für immer zu entbehren; ebendeshalb gibt ihm aber der Schuldner dafür eine Vergütung in Gestalt von Zinsen.

b) Eine Zinsforderung, der eine Kapitalforderung nicht zur Seite steht, ist selbständiger Art. Doch gilt die Regel, daß, wenn der Schuldner freiwillig dem Gläubiger das Kapital ausbezahlt, von nun ab der Zinsenlauf aufhört, auch hier. Denn der Grund dieser Regel ist nicht, daß die Zinsforderung von einer Kapitalforderung abhängig ist, sondern daß der Zinsgläubiger von dem Zeitpunkt ab, da er die Nutzung des Kapitals nicht mehr entbehrt, auch nicht mehr eine Vergütung für die Entbehrung beanspruchen kann.

III. Wir unterscheiden rechtsgeschäftliche und gesetzliche Zinsen. Zu den letzteren gehören vor allem die Verzugs- und Prozeßzinsen (288, 291; siehe auch 256, 452 usw.).

1. Bei rechtsgeschäftlichen Zinsen wird der Zinsfuß in erster Reihe durch das Rechtsgeschäft selbst bestimmt. Doch greifen hier, abgesehen von dem allgemeinen Wucherverbot (s. oben S. 246), folgende einschränkende Regeln Platz.

a) Jeder Schuldner, der laut Vereinbarung mehr als 6% Zinsen zahlen muß, kann sich von der Zinslast dadurch befreien, daß er seine Kapitalschuld nach Ablauf des ersten Halbjahrs mit sechsmonatiger Frist aufkündigt und berichtet. Eine Beschränkung dieses Rechts oder ein Verzicht darauf kann nicht gültig vereinbart werden. Ausgeschlossen ist das Recht bei Schulden, die durch Inhaberpapiere verbrieft sind (247).

b) Gewerbliche Pfandleiher und Rückkaufhändler dürfen in Preußen an monatlichen Zinsen nicht mehr als zwei Pfennig auf jede Mark von Darlehensbeträgen bis zu 30 Mark und nicht mehr als einen Pfennig auf jede den Betrag von 30 Mark übersteigende Mark nehmen (EG. 94; preuß. Ges. v. 17. März 81).

2. Bei gesetzlichen und in Ermanglung einer abweichenden rechtsgeschäftlichen Bestimmung auch bei rechtsgeschäftlichen Zinsen beträgt der Zinsfuß 4% (246).

IV. 1. Eine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsezinsen kann nicht ver-

tragsmäßig begründet werden: der Zinsschuldner darf also nicht im voraus versprechen, daß er die rückständigen Zinsen von der Fälligkeit ab von neuem verzinsen werde (248 I).

Ausnahmen. I. Bankiers, Sparkassen und Kreditanstalten können mit ihren Kunden vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue Einlagen gelten und sofort neue Zinsen tragen sollen; II. Kreditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinssliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszustellen, können sich von ihren Darlehensschuldnern Zinseszinsen versprechen lassen (248 II).

Ganz allgemein ist es gestattet, für eine bereits fällige Zinsschuld nachträglich Zinsen zu vereinbaren.

2. Auch gesetzliche Zinsen, namentlich Verzugs- und Prozeßzinsen, können von rückständigen Zinsen nicht gefordert werden (289, 291).

V. Wer aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe macht, hat seinen Schuldnern alljährlich unaufgefordert einen Rechnungsauszug mitzuteilen, um sie über die Höhe ihrer durch Zinsen und sonstige Zuschläge anwachsenden Schuld aufzuklären. Verleßt er diese Pflicht, so verliert er für das Jahr seine Zinsansprüche. Eine Ausnahme gilt für den Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten, deren Firmen im Handelsregister eingetragen sind, sowie in gewissen andern Fällen (RGes. v. 24. Mai 80 und 19. Juni 93 IV).

VII. 1. Rechtsgeschäftliche Zinsen sind im Zweifel ratenweise postnumerando zu bezahlen, nämlich je am Ende einer der Zinsperioden, auf deren Dauer der Zinssatz berechnet ist, also z. B. Zinsen, die auf das Jahr berechnet sind, am Ende je eines Jahres; die erste Zinsperiode beginnt mit dem Tage, an dem der Zinsenlauf beginnt, z. B. beim Darlehn mit dem Tage, an dem das Darlehn hingegeben ist, wird also nach beweglicher Zeit, nicht nach Kalenderzeit berechnet; kommt das Kapital mitten in einer Zinsperiode zur Rückzahlung, so ist der bis dahin aufgelaufene Teil der Zinsen nicht erst am Ende der Periode, sondern sofort zu zahlen (s. 608). Doch sind abweichende Festsetzungen statthaft, z. B. daß Zinsen, die auf das Jahr berechnet sind, alle halbe Jahre gezahlt werden müssen, daß die Zinsperioden nach Kalenderzeit zu berechnen sind usw.

2. Gesetzliche Zinsen sind nicht ratenweise, sondern auf einmal, nämlich zugleich mit dem Kapital zu bezahlen.

VIII. Über die Zinsen als „Frucht“ der Kapitalforderung s. oben S. 139; über die Abkürzung der Verjährung der Zinsansprüche s. oben S. 317 c.

g) Schadensersatz.¹

§ 91.

I. Schadensersatz ist die Beseitigung oder Vergütung eines privatrechtlichen Nachteils, den jemand rechtswidrig oder doch gegen seinen Willen erlitten hat. Er ist verschieden von dem rechtsgeschäftlich bedungenen „Entgelt“, weil dieses eine Vergütung für solche Nachteile bezweckt, die jemand mit seinem Willen und völlig rechtmäßig erleidet.

Beispiel. Zinsen sind bald Entgelt bald Schadensersatz; ersteres ist namentlich der Fall bei den rechtsgeschäftlichen, letzteres bei den Verzugszinsen.

1) Fischer, Schaden (03).

II. Eine Verpflichtung zum Schadensersatz wird am häufigsten dadurch begründet, daß jemand eine ihm obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt oder ein Delikt begeht. Daneben gibt es aber noch zahlreiche andre Fälle der Schadensersatzpflicht, namentlich als Folge einer Enteignung. Auch vertragsmäßig kann eine Schadensersatzpflicht begründet werden, vor allem durch Versicherungs- und Garantieverträge. Daß die Schadensersatzpflicht nicht unbedingt ein Verschulden des Verpflichteten voraussetzt, ist schon oben in der Lehre vom Zufall (§ 72) nachgewiesen.

III. Die Schadensersatzforderung kann mit einer andern Forderung rechtlich zusammenhängen, entweder so, daß die andre Forderung sich in eine Schadensersatzforderung verwandelt, oder so, daß die Schadensersatzforderung einer andern Forderung als Nebenanspruch angehängt wird; in beiden Fällen verjährt der Schadensersatzanspruch in der gleichen Zeit wie die andre Forderung (s. 224). Die Schadensersatzforderung kann aber auch selbständiger Art sein.

Beispiel. Ein Bahnwärter hat es versäumt, beim Nahm eines Güterzuges die Schranke an der das Geleise kreuzenden Landstraße zu schließen; die Folge ist, daß der Zug mit dem die Kreuzungsstelle passierenden Wagen des A. zusammenstößt und entgleist; dadurch wird A. körperlich schwer verletzt, ein von B. ausgeliefertes Eisenbahnfrachtgut wird völlig zerstört, ein andres von C. ausgeliefertes Eisenbahnfrachtgut wird verschleppt und dem Empfänger drei Wochen zu spät abgeliefert. Hier haben A., B. und C. einen Schadensersatzanspruch gegen die Bahn. A.'s Anspruch wegen der Körperverletzung ist ein selbständiger. Dagegen tritt B.'s Anspruch wegen der Zerstörung des Frachtguts als Surrogat an die Stelle seines Anspruchs auf die Ablieferung des Guts, und C.'s Anspruch wegen der verspäteten Ablieferung des Frachtguts wird seinem Anspruch auf die Ablieferung des Guts als Nebenanspruch angehängt.

IV. 1. a) Der „Schaden“, auf dessen Erstattung die Schadensersatzpflicht abzielt, wird gesetzlich wie folgt definiert: er ist der Unterschied zwischen dem zurzeit tatsächlich bestehenden Zustande und dem Zustande, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (249 Satz 1). Doch ist diese gesetzliche Formel offenbar verkehrt.

α) Die Formel ist zu eng. Denn es kann geschehn, daß zwei voneinander unabhängige Umstände, von denen jeder eine andre Person zum Schadensersatz verpflichtet, die nämlichen Folgen hervorbringen. Würde man obige Formel auf einen derartigen Fall anwenden, so wäre das Ergebnis, daß keine der beiden Personen ersatzpflichtig wäre: denn eine jede könnte behaupten, daß der bestehende Zustand auch dann vorliegen würde, wenn der gerade sie zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

β) Die Formel ist zu weit. Denn es kann geschehn, daß der zum Ersatz verpflichtende Umstand Folgen mit sich bringt, an deren Beseitigung der ersatzberechtigte Gläubiger keinerlei rechtliches Interesse hat, und daß die Folgen, die der zum Ersatz verpflichtende Umstand mit sich bringt, nicht auf diesem Umstande allein beruhen, sondern lediglich durch das Hinzutreten einer Reihe anderer Umstände verursacht sind, für die der ersatzpflichtige Schuldner nicht verantwortlich zu machen ist. Würde man obige Formel auch auf derartige Fälle

anwenden, so wäre das Ergebnis, daß der Schuldner dem Gläubiger einen Ersatz für Dinge leisten müßte, von denen nicht einzusehn ist, warum sie gerade diesen Gläubiger etwas angehn und warum gerade dieser Schuldner sie vertreten soll.

Beispiele. I. A. hat für ein Konzert, das er mit großen Kosten unternommen, die Sänger B. und C. engagiert; beide sagen aber unabhängig voneinander zu gleicher Zeit grundlos ab; da es zu spät ist, um Ersatzkräfte zu gewinnen, muß A. das Konzert ganz ausfallen lassen; und zwar wäre er hierzu auch dann genötigt gewesen, wenn nur einer der beiden Sänger abgesagt hätte, der andre dagegen pünktlich erschienen wäre. Sollen hier B. und C. haftfrei sein? II. 1. D. ist mit seinem Wagen so heftig gegen den Torpfeiler des E. angefahren, daß der Pfeiler umgestürzt ist und dabei auch den Wagen D.'s zertrümmert hat. Soll hier E. berechtigt sein zu fordern, daß D. nicht bloß den Pfeiler wieder aufbaut, sondern auch seinen eignen Wagen wieder instand setzt? 2. F. hat die ihm zur Reparatur übergebene Uhr des G. so schlecht ausgebessert, daß sie nicht zu brauchen ist; G. bringt sie deshalb zu dem Uhrmacher H., der in einem Stadtteil wohnt, den G. sonst nie betritt; auf dem Wege zu H. gießt ein Strolch Schwefelsäure auf den Pelz, den G. trägt, und verdirbt ihn gänzlich. Soll hier der Uhrmacher F. für den Pelz des G. Ersatz leisten müssen?

b) Sonach bedarf die Formel des Gesetzes, dem Bedürfnis des Rechtslebens entsprechend, einer Abänderung.² Das Gesetz hat eine solche Abänderung auch selber versucht, indem es für einige Fälle — es handelt sich vor allem um den Fall, daß der zu ersetzende Schaden in entgangenem Gewinn besteht, und um den andern Fall, daß der Schaden durch ein eignes Verschulden des Geschädigten mit verursacht ist (252, 254) — Ausnahmen von seiner Regel vorschreibt. Doch darf man sich damit nicht begnügen, sondern muß eine von der gesetzlichen Formel grundsätzlich abweichende, völlig neue Norm aufstellen: der „Schaden“, auf dessen Erstattung die Schadensersatzpflicht abzielt, umfaßt sämtliche Folgen des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes, vorausgesetzt

erstens positiv, daß der Gläubiger an der Beseitigung dieser Folgen ein rechtliches Interesse hat;

zweitens negativ, daß nicht neben dem zum Ersatz verpflichtenden Umstande noch andre Umstände, die der Schuldner an und für sich nicht zu vertreten braucht, mitgewirkt haben, um diese Folgen hervorzubringen, und daß es unbillig wäre, den Schuldner um des ersteren Umstandes willen für das verantwortlich zu machen, was doch nicht allein durch ihn, sondern auch durch die letzteren Umstände verursacht ist.

Bei Entscheidung der Frage, ob die zweite Voraussetzung erfüllt ist, sind alle Besonderheiten des Einzelfalles mit zu berücksichtigen: bei jeder Folge, die außer dem zum Ersatz verpflichtenden Umstande noch andre vom Schuldner nicht zu vertretende Umstände zur Ursache hat, muß eben jener und müssen diese Umstände im Verhältnis zueinander frei bewertet werden; allgemeine Bewertungsgrundsätze aufzustellen ist hier gerade ebenso aussichtslos wie im

2) Abw. die 4. Aufl. d. Buchs 1 S. 328; v. Liszt, Deliktobligationen S. 70; Schollmeyer Anm. 4 zu § 253; Landsberg S. 256.

Strafrecht bei der Bemessung des Strafmaßes oder bei der Entscheidung der Frage nach mildernden Umständen.³

Beispiele. I. Wendet man unsre Formel auf die zu 1. behandelten Fälle an, so wird man dazu gelangen, im ersten Fall B. und C. wegen des Konzertausfalls für haftbar, im zweiten und dritten Fall D. wegen der Wiederherstellung des eignen Wagens, F. wegen des Pelzes des G. für haftfrei zu erklären. II. Siehe auch unten das Beispiel bei c.

Bei der Würdigung unsrer Formel beachte man wohl, daß zwei Fragen voneinander unterschieden werden müssen, nämlich die Vorfrage, „ist x die Folge des den A. zu Schadensersatz verpflichtenden Umstandes y?“ und die Nachfrage, „muß, wenn die Vorfrage bejaht wird, A. die Folge x juristisch vertreten?“ Wenn unsre Formel bei Bemessung der Schadensersatzpflicht die Billigkeit walten lassen will, gilt dies selbstverständlich nicht für die Vor-, sondern nur für die Nachfrage. Anders ausgedrückt: wenn die Vorfrage verneint wird, ist für Billigkeitserwägungen überhaupt kein Raum mehr, weil hier eine Schadensersatzpflicht von vornherein ausgeschlossen ist. — Beispiel. A.'s Nachbarn B. C. und D. haben Gründe, dem Hunde des A. nach dem Leben zu trachten; demgemäß gibt B. ihm am 1. Mai morgens eine Dosis Gift, die binnen drei Tagen unbedingt tödlich wirken muß; C. tut genau dasselbe am 1. Mai abends; D. endlich schießt den Hund am 2. Mai morgens, noch ehe das Gift seine Wirkung gezeigt hatte, tot; alle drei haben unabhängig voneinander gehandelt. Hier sind B. und D. dem A. haftbar, weil alle beide den Hund geschädigt haben, während C. haftfrei ist, weil das, was er getan, dem Hunde tatsächlich keinen Schaden zugefügt hat; und zwar haftet B. strenger als D., weil er es war, der den Hund aus einem gesunden zu einem totkranken Tier gemacht und damit völlig entwertet hat, während D. nichts anderes erreicht hat, als das Leben eines totkranken Hundes um längstens zwei elende Tage zu verkürzen. Ob diese Entscheidung, die in so eigentümlicher Weise milde gegen C. und hart gegen B. ist, als „billig“ bezeichnet werden darf, ist unerheblich.

c) Die zu b aufgestellte Formel ist äußerst unbestimmt. Man hat deshalb versucht, sie präziser zu gestalten. Namentlich ist man bestrebt gewesen, für den Fall, daß eine Folge des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes nicht allein durch ihn, sondern durch ihn in Verbindung mit andern von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umständen verursacht ist, für die verhältnismäßige Bewertung dieser verschiedenen Ursachen feste Regeln aufzustellen. Vor allem hat Beifall eine Theorie gefunden, laut derer der zum Ersatz verpflichtende Umstand juristisch nur dann als Ursache der aus ihm entspringenden Folgen gelten solle, wenn der Kausalzusammenhang zwischen ihm und seiner Folge ein „adäquater“ sei, d. h. wenn jener Umstand „die objektive Möglichkeit des Eintritts der Folge generell in nicht unerheblicher Weise erhöht habe“.⁴ Doch ist zu bezweifeln, daß diese arg scholastische Theorie einen Fortschritt bedeutet.

Beispiel. A. versetzt dem B., obschon dieser ihm gar nichts zuleide getan hat, mit seinem Stock einen derben Schlag über den Rücken; der Schlag war wohl geeignet, dem B. sehr wehe zu tun; tatsächlich kostet er ihm sogar das Leben, jedoch nur deshalb, weil B. an einem schweren Herzfehler litt; A. hat von dieser Komplikation nichts gewußt und deshalb daran, daß der Schlag den B. töten konnte, nicht gedacht. I. Hier muß A., wenn man sich lediglich an die gesetzliche Formel hält, für den Tod B.'s unbedingt Schadensersatz leisten.

3) Dernburg, BR. 2 § 27 II, Mandl Num. 2 b zu § 249.

4) So in mannigfach verschiedener Formulierung z. B. v. Kries, WZSchr. f. wissensch. Philosophie 12 S. 180; Crome 1 § 108; W. Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. 90 S. 171; Träger, Kausalbegriff (O4); Örtmann, Ann. 4 vor § 249; Rumpff, Jahrb. f. Dogm. 49 S. 333; Haß, ebenda 37 S. 346. Siehe auch Endemann 1 S. 736.

denn wenn er den B. nicht geschlagen hätte, wäre B. auch nicht gestorben. II. Dagegen muß man nach der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges folgende Unterscheidung machen. 1. War es allgemein bekannt, daß B. herzleidend war, so ist A. für seinen Tod haftbar; denn für einen herzkranken Menschen bedeutet ein derber Stoßschlag auf den Rücken „generell“ eine „nicht unerhebliche“ Lebensgefahr; daß die Herzkrankheit B.s zufällig gerade dem A. nicht nur unbekannt, sondern auch unerkennbar war, — B. sah vielleicht blühend aus und begegnete dem A. zum erstenmal im Leben! — macht keinen Unterschied. 2. War das Herzleiden B.s nicht allgemein bekannt, so ist A. haftfrei; denn für einen normalen Menschen bedeutet ein derber Stoßschlag auf den Rücken „generell“ eine nur „unerhebliche Lebensgefahr“; doch wird, wenn das Herzleiden B.s zufällig gerade dem A. erkennbar war — A. war vielleicht, ehe er zum Schläge ausholte, von B. verwarnt worden! — eine Ausnahme gelten;⁵ die Ausnahme ist freilich vom Standpunkt der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges, die allein auf das „Generelle“ sieht, schwer zu begründen. III. Unstre Billigkeitstheorie endlich führt zu einem Ergebnis, das teils strenger, teils milder ist als das Ergebnis zu II. 1. Es ist strenger: denn nach unsrer Theorie können wir A., auch wenn das Herzleiden B.s weder allgemein bekannt, noch für A. erkennbar war, dennoch für den Tod B.s haften lassen, sobald die Billigkeit es fordert, also etwa dann, wenn A. den B. nicht bloß zum Spaß, sondern aus Bosheit geschlagen hat. 2. Es ist milder: denn nach unsrer Theorie können wir, auch wenn das Herzleiden B.s allgemein bekannt war, den A. haftfrei lassen, sobald die zarte Konstitution B.s gerade für A. nicht erkennbar war und auch sonst ein Billigkeitsgrund fehlt, den A. für die Komplikation, die B.s Krankheit mit sich brachte, verantwortlich zu machen.

Eine Vermittlung zwischen der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges und der oben vertretenen Billigkeitstheorie versucht M. Rümelin; er verteidigt zwar grundsätzlich die erstere, gibt aber zu, daß man sie aus Billigkeitsgründen nicht streng durchführen könne.⁶

2. Innerhalb des durch die Definition zu 1. abgesteckten Rahmens kann der von dem Schadenersatzschuldner dem Gläubiger zu erstattende Schaden von mannigfacher Art sein.

a) Der Schaden kann unmittelbar durch den zum Ersatz verpflichtenden Umstand verursacht oder nur die mittelbare Folge dieses Umstandes sein.

b) Der Schaden kann das Vermögen des Geschädigten betreffen oder ideeller Art sein.

c) Der Schaden kann, wenn er Vermögensschaden ist, entweder positiver Art (*damnum emergens*) sein oder in entgangenem Gewinn (*lucrum cessans*) bestehen. Und zwar ist letzterer schon dann zu erstatten, wenn der Geschädigte ihn mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte, sei es nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge, sei es nach besondern Umständen, also namentlich nach den von ihm getroffenen Anstalten und Vorkehrungen (252).

d) Der Schaden kann entweder bei Eintritt des die Ersatzpflicht begründenden Umstandes voraussehbar oder ein völlig unerwarteter gewesen sein.

Beispiele. I. Bei einer Brandstiftung haftet der Täter nicht bloß für den von ihm verursachten Brandschaden im engern Sinn, mag er in der Tötung oder Verletzung von Personen, mag er in der Zerstörung oder Beschädigung von Sachen bestehen, sondern auch für den Schaden, der beim Löschen des Brandes oder beim Retten der vom Brande ergriffenen oder bedrohten Personen oder Sachen angerichtet wird. Ja er ist sogar haftbar, wenn sich Diebe den durch den Brand entstandenen Wirrwarr zunutze machen und aus den

5) Träger a. a. O. S. 161.

6) M. Rümelin a. a. O. S. 300.

brennenden, oder vom Brande bedrohten Gebäuden Wertfachen entwenden. II. Wird bei dem eben erwähnten Brande A., ein Einwohner eines der vom Feuer bedrohten Häuser, vor Schreck gelähmt, so ist der Brandstifter auch hierfür ersatzpflichtig und zwar auch dann, wenn A. in seiner Familie ohne Arzt verpflegt und, da er ohnehin nichts verdiente, auch in seinem Erwerbe nicht benachteiligt wird, also einen Vermögensschaden durch die Lähmung nicht erfährt. Zu vergüten sind hier also nur die seelischen Leiden, die ihm seine Lähmung bringt. III. Bei dem Brande sind auch die Ateliers der Bildhauer B. und C. mit allem, was darin befindlich war, zerstört worden: insbesondere sind einige Modelle zugrunde gegangen, die sowohl B. wie C. unabhängig voneinander zwecks Bewerbung um einen von der Regierung ausgesetzten Preis angefertigt hatten; da die Modelle nicht binnen der für die Bewerbung festgesetzten Frist wiederhergestellt werden können, geht beiden Bildhauern die Chance, einen Preis zu gewinnen, verloren. Hier ist dem B. und dem C. zunächst der Wert, der ihren Modellen an und für sich zukommt, zu ersetzen. Außerdem ist aber einem jeden, sofern er beweisen kann, daß er „wahrscheinlich“ für sein Modell einen Preis von bestimmter Höhe erhalten haben würde, auch für diesen Preis Ersatz zu gewähren; war die Chance, daß B. und C. einen bestimmten Preis gewinnen würden, für einen jeden 50%, so ist jedem der halbe Preis zu vergüten (Analogie von 659 II, 661 III); war die Chance für einen jeden $33\frac{1}{3}\%$, da noch ein dritter Konkurrent mit gleich guten Aussichten vorhanden war, so ist ihnen ein Anspruch auf eine Vergütung für die ihnen entgangene Gewinnchance ganz zu versagen, selbst wenn sie sich zusammentun und ihre Gewinnchancen mit $66\frac{2}{3}\%$ gemeinsam geltend machen. IV. Ein Nachbar der beiden Bildhauer, D., hatte eine halbe Stunde vor Ausbruch des Brandes durch eingeschriebenen Brief den Betrag eines ihm angefallenen Vermächtnisses mit 100000 Mk. in Banknoten empfangen; er gedachte das Geld unverzüglich zum Bankier zu bringen; das jäh ausbrechende Feuer hat ihn aber daran verhindert, und die Banknoten sind mit verbrannt. Hier ist auch für diese 100000 Mk. Ersatz zu gewähren, und zwar selbst dann, wenn D. und alle andern Einwohner des abgebrannten Hauses und der ganzen Nachbarschaft als arme Schlucker galten, bei denen niemand einen Verbesitz von 1000, geschweige denn von 100000 Mk. vermutete.

3. Die vorstehenden Regeln zeigen, daß unser Recht den Umfang des Schadenersatzanspruchs subjektiv und individuell bestimmt. Nicht darauf kommt es an, welche schädlichen Folgen das dem Ersatzanspruch zugrunde liegende Ereignis im allgemeinen mit sich zu bringen pflegt und wie hoch man durchschnittlich diese Folgen abschätzt. Entscheidend ist vielmehr, welche schädlichen Folgen das Ereignis tatsächlich im Einzelfall mit sich bringt und wie hoch diese Folgen mit Rücksicht auf die besondern Verhältnisse der geschädigten Person abzuschätzen sind. Man drückt dies auch dahin aus, daß der Gegenstand des Schadenersatzanspruchs das gesamte Interesse des Geschädigten ist.

V. 1. Ein Schadenersatzanspruch ist unbedingt ausgeschlossen, soweit der Schaden ein vom Gesetz mißbilligtes Interesse betrifft.

Beispiel. Kandidat A. hat sein Examen nicht bestanden; in seiner Wut überfällt er den Repetitor B., dem er all sein Wissen verdankt, und verlegt ihn so schwer, daß B. eine Zeitlang erwerbsunfähig wird; auf Ersatz für den dem B. entgangenen Verdienst belangt, wendet A. ein, daß B. sein Gewerbe in unehrlicher Art betreibe, indem er mit jedem seiner Hörer die diesem aufgegebenen Examensarbeiten bis in alle Einzelheiten bespreche und ihn planmäßig darauf drille, einzelne ungeschickte Examinatoren über seine Unwissenheit zu täuschen. Hier kann B. insoweit, als A. diese seine Behauptungen zu beweisen vermag, einen Ersatz für die ihm verloren gegangenen Einnahmen nicht beanspruchen.

2. Ein Schadenersatzanspruch ist je nach den Umständen ausgeschlossen,

wenn bei der Entstehung des Schadens der Geschädigte selber mitgewirkt hat (254).⁷

a) Die Mitwirkung des Geschädigten kann eine positive, sie mag aber auch bloß negativer Art gewesen sein; ein Hauptfall ist der, daß der Geschädigte es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, obschon der Schuldner die Gefahr weder kannte noch kennen mußte, oder daß er es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.

b) Der Ersatzanspruch ist nur „je nach den Umständen“ ausgeschlossen, also namentlich dann, wenn das Verschulden des Geschädigten das des Gegners überwogen hat. Häufig wird auch der Ersatzanspruch nicht vollständig wegfallen, sondern nur ermäßigt werden, namentlich dann, wenn das Verschulden des Geschädigten den Schaden nicht verursacht,⁸ sondern nur vergrößert hat.

c) Die Mitwirkung des Geschädigten muß eine schuldhafte gewesen sein; doch soll dem Geschädigten auch ein Verschulden seines Gewalthabers oder eines Gehülfen, den er zur Pflege des geschädigten Guts bestellt hat, als eignes Verschulden zugerechnet werden.⁹

Beispiele. I. A. und B. fahren auf ihren Rädern gegeneinander, kommen zu Fall und werden schwer verletzt; beide haben fahrlässig gehandelt, A., weil er zu rasch gefahren, B., weil er falsch ausgewichen ist. Hier ist sowohl objektiv die Wucht, mit der ein jeder von ihnen auf den andern fuhr, wie subjektiv das Maß der Fahrlässigkeit, die einem jeden zur Last fällt, abzuschätzen. Das Ergebnis kann im Einzelfall sein: 1. die Ersatzpflicht beider wird glatt gegeneinander aufgehoben; 2. es ergibt sich zu Lasten des A. oder des B. noch ein kleines Plus, so daß A. dem B. oder B. dem A. wenigstens einen Teil des Schadens ersetzen muß; 3. die Ersatzpflicht des A. oder des B. bleibt in vollem Umfang bestehen. II. C. gibt dem D. einen Kupferstich zum Einrahmen; der Stich geht bei D. durch dessen Unachtsamkeit verloren; nunmehr fordert C. von D. Schadensersatz in Höhe von 10000 Mk., da der Stich, eine künstlerische Marität, tatsächlich soviel wert ist. Hier muß C. statt mit 10000 sich vielleicht mit 100 Mk. begnügen, es sei denn, daß er den D. rechtzeitig auf den hohen Wert des Stiches aufmerksam gemacht hat. III. 1. E., der im nämlichen Hause, wie F., jedoch ein Stockwerk höher wohnt, verursacht dadurch eine Überschwemmung, daß er einen Hahn seiner Wasserleitung zu schließen vergißt; das Wasser dringt auch in die Wohnung des F.; F. bemerkt den Unfall, tut aber nichts, um den Schaden abzuwenden; insbesondere macht er weder eine Anzeige an E. noch an die Polizei. Hier braucht E. nur den Teil des in F.'s Wohnung angerichteten Schadens zu ersetzen, der von F. nicht abgewendet werden konnte. 2. Dieselbe Entscheidung ist zu fällen, wenn nicht F. persönlich, sondern nur seine Dienerboten oder seine Ehefrau oder seine erwachsenen zu seinem Hausstande gehörigen Kinder den Unfall bemerkt haben. 3. Dagegen hätte es auf die Schadensersatzpflicht E.'s keinen Einfluß, wenn der Unfall nur zur Kenntnis des Kutschers F.'s, der sich bloß zufällig in der Wohnung seines Herrn befand, oder einer verheirateten Tochter F.'s, die sich bloß besuchsweise in der Wohnung ihres Vaters aufstellt, gelangt wäre.

Schließt man sich der oben zu IV, 1b entwickelten Billigkeitstheorie an, so ist die Regel zu 2. überflüssig, weil sie sich nach dieser Theorie von selbst versteht. Ja man wird

7) RG. 59 S. 221; 60 S. 152; 62 S. 108, 212, 348; Cohn bei Gruchot 43 S. 96.

8) Gottschalk, das mitwirkende Verschulden des Geschädigten (03); Schröder, Arch. f. ziv. Pr. 95 S. 298; RG. 55 S. 321, 332; 65 S. 17.

9) RG. 53 S. 399.

nach dieser Theorie noch weiter gehn und „je nach den Umständen“ eine Schadensersatzpflicht auch dann ganz oder teilweise ausschließen, wenn der Geschädigte oder seine Gehülfen den Schaden zwar nicht subjektiv mit verschuldet, aber doch objektiv mit verursacht haben.¹⁰ Das wird namentlich dann zulässig sein, wenn die Schadensersatzpflicht auch auf seiten des Schuldners kein Verschulden voraussetzt.

VI. Der Schadensersatz kann in zweifacher Art geleistet werden: entweder stellt der Schuldner den Zustand her, der bestehen würde, wenn das schadenbringende Ereignis nicht eingetreten wäre, oder er läßt den Zustand bestehen, wie er tatsächlich entstanden ist, und leistet dafür eine Vergütung des Schadens in Geld. Kürzer können wir die beiden Arten des Schadensersatzes als „Schadensbeseitigung“ und „Geldersatz“ bezeichnen.¹¹

1. Regelmäßig kann der Gläubiger zunächst bloß Schadensbeseitigung fordern (249 Satz 1). Er kann aber dem Schuldner eine angemessene Frist stellen, binnen deren die Schadensbeseitigung vorzunehmen ist, und ihm erklären, daß er nach Ablauf der Frist eine Schadensbeseitigung ablehne; läßt der Schuldner die Frist ungenutzt verstreichen,¹² so erlischt der Anspruch des Gläubigers auf Schadensbeseitigung; an seine Stelle tritt nunmehr ein Anspruch auf Geldersatz (250). Soweit eine Schadensbeseitigung durch den Schuldner nicht möglich ist, bedarf es einer Fristsetzung natürlich nicht; der Gläubiger kann vielmehr in diesem Fall den Geldersatz sofort verlangen (251 I).

2. Diese Regel wird zugunsten des Gläubigers geändert, wenn es sich um Schadensersatz für die Beschädigung einer Person oder einer Sache handelt. Der Gläubiger kann nämlich in diesem Fall von vornherein auf die Schadensbeseitigung durch den Schuldner verzichten und statt ihrer vom Schuldner den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen (249 Satz 2).

3. Umgekehrt wird die Regel zugunsten des Schuldners gemildert: es wird diesem gestattet, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die Schadensbeseitigung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (251 II).

4. Insofern als der Schaden nicht das Vermögen des Beschädigten betrifft, kann nur die Schadensbeseitigung gefordert werden; ein Ersatz in Geld ist hier ausgeschlossen, selbst wenn die Schadensbeseitigung nicht möglich ist (253). Nur bei einigen Delikten gilt eine Ausnahme (847; s. auch 1300).¹³

Beispiele. I. Eine Schauspielerin findet in einem Schaufenster ihr Bild in beleidigender Gesellschaft von Dirnenbildern. Hier kann sie nur Schadensbeseitigung fordern, nämlich Wegnahme des Bildes, nicht aber Geldersatz für den Kummer, den jene Schaustellung ihr bereitet. II. A. zertrümmert ein kleines Bild, das die Braut des B. gemalt und ihm als Verlobungs Geschenk gewidmet hat; das Bild ist dem B. um 1000 Mk. nicht feil. Hier braucht A. das „Affektionsinteresse“ des B. nicht zu ersetzen, sondern nur den Vermögenswert des Bildchens, bekommt also nicht 1000 Mk., sondern vielleicht 50 Pfennig Schadensersatz.

10) Siehe Endemann 1 § 132^e.

11) v. Tuhr, Jahrb. f. Dogm. 46 S. 39.

12) Siehe unten § 123 III, 2c.

13) RG. 60 S. 20; 65 S. 17.

VII. Wer für eine gestohlene, veruntreute oder sonst abhanden gekommene Sache dem Eigentümer Schadensersatz zu gewähren hat, erwirbt mit der Erfüllung der Ersatzpflicht das Eigentum an der Sache noch nicht; vielmehr gehört die Sache, wenn sie wieder auftaucht, immer noch dem bisherigen Eigentümer. Doch muß dieser, wenn er in den Besitz der Sache kommt, den Schadensersatz mindestens teilweise zurückerstatten. Auch kann der Ersatzpflichtige, wenn er den Ersatz leistet, fordern, daß ihm alle Ansprüche, die dem Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts gegen dritte Personen zustehn, Zug um Zug abgetreten werden; hiermit (also mit der Abtretung der Ansprüche, nicht schon mit der Leistung des Schadensersatzes) geht auch das Eigentum der Sache auf ihn über (s. 255, 931).

Dieselbe Regel gilt entsprechend, wenn nicht der Eigentümer, sondern irgendeine andre an der verlorenen Sache berechtigte Person, z. B. ein Besitzer, ein Nießbraucher, Schadensersatz erhält. Ebenso wenn ein unkörperliches Gut verloren geht oder entwertet wird und dafür Schadensersatz zu leisten ist. Beispiel: Rechtsanwalt A. muß seinem Auftraggeber B. dafür Ersatz leisten, daß er schuldhafterweise die Anmeldung einer Forderung des B. gegen C. in des letzteren Antrags veräußert hat; hier kann A. fordern, daß B. ihm seine Ansprüche gegen C. abtritt.

VIII. Oft bringt ein und dasselbe Ereignis einer Person zugleich Schaden und Gewinn. Dann kann, wer den Geldwert des Schadens zu erstatten hat, regelmäßig den Geldwert des Gewinns abziehen.¹⁴

Beispiel. A. gewinnt durch sein Pferd einen Rennpreis von 1000 Mk.; dies war aber nur dadurch möglich, daß der Reiter, A.s Befehl zuwider, das Pferd überanstrengt hat; das Pferd geht infolge der Überanstrengung ein. Hier darf der Reiter, wenn A. von ihm den Wert des Pferdes ersetzt verlangt, die gewonnenen 1000 Mk. abziehen.¹⁵

IX. Regelmäßig kann der Gläubiger Schadensersatz nur für solchen Schaden fordern, der ihn selber betroffen hat. Doch gibt es Fälle, in denen man auch fremden Schaden ersetzt verlangen darf. Namentlich kann, wer ein Geschäft in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Auftraggebers abgeschlossen hat, Ersatz des Schadens fordern, der durch mangelhafte Erfüllung des Geschäfts nicht ihm selber, sondern dem Auftraggeber erwächst.¹⁶

Fortsetzung. Besondere Fälle des Schadensersatzes.

§ 92.

I. Bei manchen Schuldverhältnissen hat der zu Schadensersatz verpflichtete Schuldner nur beschränkten Ersatz zu leisten.

Beispiel. Gastwirte haften für den Verlust kostbaren Reisegepäcks nur bis zum Betrage von 1000 Mark (702).

II. Wenn ein Vertrag wegen Irrtums erfolgreich angefochten wird oder

14) Örtmann, Vorteilsausgleichung (01); Stinping, Findet Vorteilsanrechnung bei Schadensersatzansprüchen statt? (05).

15) Siehe RG. 54 S. 142; 65 S. 57.

16) v. Tuhr in Grünhuts Ztsch. 25 S. 529; Regelsberger, Jahrb. f. Dogm. 41 S. 251; Kunze, Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten (09). Siehe auch RG. 58 S. 42, 62 S. 335.

wenn er wegen Simulation, wegen Mangels der Vertretungsmacht oder wegen objektiver Unmöglichkeit der Vertragsleistung ungültig ist, wird die Person, die hierfür verantwortlich gemacht werden kann, der Gegenpartei zu Schadenersatz verpflichtet. Doch kann die Gegenpartei nicht fordern, daß der Zustand hergestellt wird, der vorhanden sein würde, wenn der ungültige Vertragsschluß gültig gewesen wäre; denn sie hat ja auf den gültigen Abschluß, auf das positive Zustandekommen des Vertrages kein Recht gehabt; man drückt dies auch dahin aus, daß sie nicht die Vergütung ihres positiven Vertragsinteresses verlangen kann. Wohl aber kann die Gegenpartei fordern, daß der Zustand hergestellt wird, der vorhanden sein würde, wenn der ungültige Vertragsschluß ganz unterblieben wäre; insbesondere ist ihr der Schaden zu ersetzen, den sie dadurch erlitten hat, daß sie sich auf die Gültigkeit des Vertrages verlassen und auf seine Erfüllung gerechnet hat; man sagt demgemäß, daß sie die Vergütung ihres negativen Vertragsinteresses verlangen kann.¹ Sollte übrigens ausnahmsweise das positive Interesse geringer sein als das negative, so muß sich die Gegenpartei mit der Erstattung des ersteren begnügen (122, 179 II, 307, 309; s. aber auch 179 I).

Beispiele siehe oben S. 259, 295 cββ und unten 407 IV.

III. Wer nicht bloß, wie in den zuletzt erwähnten Fällen, sein negatives, sondern sein volles positives Interesse an der Vertragserfüllung ersetzt verlangen kann, darf dies häufig nach eigener Wahl in zwiefacher Art tun.

1. Er kann nämlich darauf bestehen, daß der Schuldner die eigentliche Vertragsleistung nach wie vor bewirke und nur zusätzlich zu ihr, namentlich weil sie zu spät oder am falschen Ort oder in unrichtiger Art erfolgt, noch den Ersatz seines Schadens fordern. Man spricht alsdann von Schadenersatz wegen verspäteter oder sonst ungehöriger Erfüllung.

2. Oder er kann auf die eigentliche Vertragsleistung ganz verzichten und also den Schadenersatz nicht zusätzlich zu der Vertragsleistung, sondern an deren Stelle fordern. Man spricht alsdann von Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

IV. 1. In einigen wichtigen Fällen kann ein Gläubiger Schadenersatz in bestimmter Höhe fordern, ohne nachweisen zu müssen, daß sein Schaden wirklich diese Höhe erreicht, ja sogar, ohne den Gegenbeweis fürchten zu müssen, daß sein Schaden tatsächlich geringer oder ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist.

Beispiel. Bei Geldschulden muß ein in Verzug geratener Schuldner dem Gläubiger unter allen Umständen 4% Verzugszinsen zahlen, auch wenn der Gläubiger selber zugestehet daß er bei rechtzeitiger Zahlung das Geld nur zu 3% angelegt haben würde (288).

2. Diese „typische“ Schadensberechnung gibt aber meistens nur den Mindestbetrag des vom Schuldner zu leistenden Schadenersatzes an; kann

1) Brod, negatives Vertragsinteresse (02); RQ. 58 S. 327.

also der Gläubiger nachweisen, daß sein Schaden größer ist, so darf er auch den Mehrbetrag erstattet verlangen.

V. Einige andre besonders geartete Fälle des Schadenersatzanspruchs werden in der Lehre von den Delikten (§§ 164, 165) besprochen werden.

h) Privatstrafen.¹

§ 93.

Privatstrafe ist die Genugtuung, die jemand dem, gegen den er sich verfehlt hat, gewähren muß.

I. 1. Die Privatstrafe ist dem Schadenersatz nahe verwandt. Doch kann die Schadenersatzpflicht auch bei einer Handlung des Verpflichteten Platz greifen, die eine Verfehlung des Schuldners nicht enthält. Außerdem ist der Zweck der Privatstrafe umfassender als der des Schadenersatzes: denn indem die Strafe dem Verletzten „Genugtuung“ schaffen will, geht sie darauf aus, ihm nicht bloß den erlittenen Schaden abzunehmen, sondern auch das an ihm begangene Unrecht zu „sühnen“. Demgemäß setzt die Strafe nicht voraus, daß der Verletzte überhaupt einen Schaden erlitten hat; noch weniger wird die Höhe der Strafe durch die Größe des dem Verletzten zugefügten Schadens bestimmt.

Dieser Gegensatz von Privatstrafe und Schadenersatz wird dadurch etwas verhüllt, daß, wie im vorigen Paragraphen zu IV gezeigt, das Gesetz in einigen Fällen den Schadenersatzanspruch von dem Nachweise eines bestimmten Schadens unabhängig macht. Trotzdem wird man auch derartige Schadenersatzansprüche von den Strafansprüchen unterscheiden. Denn obschon jene Ansprüche im Einzelfall dem Berechtigten ein mehreres als den bloßen Ersatz des erlittenen Schadens verschaffen, ist dies doch eine vom Gesetz nicht positiv gewollte Folge; wenigstens ihrer Bestimmung nach sollen jene Ansprüche nur den Schadenersatz umfassen; bloß damit sie keinesfalls hinter diesem Ziel zurückbleiben, sind sie so gestaltet, daß sie ausnahmsweise noch über das Ziel hinausschießen. Die Privatstrafe faßt dagegen von vornherein ein weiteres und größeres Ziel als das des Schadenersatzes ins Auge.

2. Von den Kriminal- und den Ordnungsstrafen sind die Privatstrafen namentlich dadurch verschieden, daß sie nicht an den Staat oder sonstige öffentlichrechtliche Anstalten, sondern an den Verletzten fallen.

II. Die Privatstrafen beruhen entweder auf Rechtsgeschäft oder auf Gesetz.

1. Rechtsgeschäftlich festgesetzte Privatstrafen finden sich überaus häufig. Das wichtigste Beispiel ist die **Vertragsstrafe** (Konventionalstrafe).

a) Am häufigsten wird die Vertragsstrafe in Verbindung mit einer andern Leistung derart versprochen, daß sie nur dann zu erlegen ist, wenn die andre Leistung nicht vertragsmäßig bewirkt wird. Diese andre Leistung ist also der Hauptgegenstand des Vertrages, die Strafe steht erst in zweiter Reihe; das Recht des Gläubigers auf die andre Leistung bildet seinen Hauptanspruch; das

1) Ledermann, Unterschied des Reugeldes und der Vertragsstrafe (04); D. Sieveling, Trennung des Anspruchs auf eine Vertragsstrafe vom Hauptrecht (Diss. 08).

Recht auf die Strafe ist dagegen nur ein Nebenanspruch, der bloß dazu bestimmt ist, den Hauptanspruch nach Möglichkeit zu sichern. Dem entsprechen folgende Regeln: 1. ist der Hauptanspruch verjährt, so ist auch der Strafanspruch verjährt; 2. ist der Hauptanspruch nicht erzwingbar, so ist auch der Strafanspruch ungültig (224, 344).

Beispiele. I. A. verspricht der B. die Ehe und verpflichtet sich für den Fall, daß er dies Gelöbniß nicht erfüllt, zu einer Strafe von 1000 Mk. II. C. hat dem D. privatschriftlich ein Haus verkauft und die Auflassung binnen 14 Tagen bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 1000 Mk. versprochen. In beiden Fällen ist die Strafabrede ungültig.²

b) Ist die Strafe für den Fall versprochen, daß der Hauptanspruch des Gläubigers gar nicht befriedigt wird, so kann der Gläubiger den Hauptanspruch und den Strafanspruch nicht zusammen geltend machen, sondern nur den einen oder den andern. Und zwar steht die Entscheidung darüber, welcher der beiden Ansprüche zur Ausübung kommt, dem Gläubiger zu. Der Schuldner ist also keineswegs befugt, sich von der Hauptleistung dadurch zu befreien, daß er dem Gläubiger Zahlung der Strafe anbietet, sondern der Gläubiger kann die Strafe zurückweisen und bei der Hauptleistung beharren. Entschieden sich der Gläubiger für die Strafe, so hat er damit den Hauptanspruch endgültig verloren (340 I). Umgekehrt: entscheidet sich der Gläubiger für die Hauptleistung, so verliert er den Strafanspruch nicht, sondern kann die getroffene Entscheidung ändern und schließlich doch die Strafe einfordern. Endlich: entscheidet er sich gar nicht, so kann der Schuldner ihm die Hauptleistung anbieten und ihn dadurch zu einer sofortigen Entscheidung nötigen. Ob die Strafe auch dann verfallen ist, wenn der Schuldner die Hauptleistung teilweise bewirkt, teilweise nicht bewirkt hat, läßt sich nur im Einzelfall bestimmen.

c) Wenn die Strafe für den Fall versprochen ist, daß der Schuldner seine Hauptverbindlichkeit zu spät oder in unrichtiger Art erfüllt, kann der Gläubiger den Haupt- und den Strafanspruch zusammen geltend machen. Jedoch muß er, wenn er die Hauptleistung so, wie der Schuldner sie geboten, annimmt, sich die Strafe besonders vorbehalten; andernfalls ist der Strafanspruch erloschen (341 I, III).

d) Die Strafe ist verfallen, wenn der Schuldner mit der Hauptleistung in Verzug gerät; und zwar muß der Gläubiger den Umfang und die Fälligkeit der Hauptleistung nachweisen; dagegen ist es Sache des Schuldners darzutun, daß er nicht im Verzuge sei, vielmehr die Hauptleistung gehörig bewirkt habe oder durch einen Umstand, der ihm nicht zur Last falle, daran behindert sei (339, 345, 285). Anders, wenn die Hauptleistung eine Unterlassung war: hier ist die Strafe verfallen, sobald der Schuldner seine Pflicht tatsächlich verletzt, d. h. die zu unterlassende Handlung tatsächlich vornimmt, mag auch ein eigentlicher Verzug auf seiner Seite nicht vorliegen; der Schuldner bleibt also

2) RG. 53 S. 238.

3) RG. 53 S. 358 57 S. 340; 59 S. 378; 61 S. 66.

straffällig, auch wenn er an der Erfüllung seiner Unterlassungspflicht durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand gehindert, ja sogar wenn er zur Vornahme der Handlung, die er zu unterlassen versprach, durch Drohung oder Gewalt gezwungen worden ist; dafür ist aber die Beweislast zu seinen Gunsten verschoben: nicht er braucht zu beweisen, daß die Handlung pflichtgemäß unterlassen, sondern der Gläubiger muß beweisen, daß die Handlung pflichtwidrig vorgenommen ist (339, 345).

e) Die Höhe der Strafe hängt zunächst von der freien Vereinbarung der Parteien ab. Doch ist das Gericht befugt, eine unverhältnismäßig hohe Strafe, solange sie noch nicht entrichtet ist, auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen (343). Anders als bei den Beschränkungen des Wuchers werden besondere subjektive Voraussetzungen weder in Ansehung des Gläubigers noch in Ansehung des Schuldners gemacht; das richterliche Ermäßigungsrecht gilt also selbst dann, wenn der Schuldner bei Festsetzung der Strafe wußte, was er tat, und sich weder auf seine Unerfahrenheit oder seinen Leichtsinne noch auf seine Notlage berufen kann. Doch hat das Gericht zwar das „Recht“, die Strafe zu ermäßigen, ist aber nicht dazu verpflichtet; es wird also oft aus freien Stücken die Ermäßigung ablehnen, wenn der Schuldner sie nicht subjektiv zu rechtfertigen vermag. — Daneben sind auch die Wuchergesetze auf übermäßige Vertragsstrafen anwendbar; das ist namentlich um deswillen wichtig, weil eine Vertragsstrafe, wenn sie als wucherisch erscheint, nicht herabgesetzt wird, sondern in ihrem ganzen Umfang nichtig ist und, wenn der Schuldner sie bereits gezahlt hat, zurückgefordert werden kann.

f) Die Strafe ist kein Schadensersatz, verfolgt aber ein ähnliches Ziel wie dieser; denn sie will dem Gläubiger Genugtuung gewähren, und die Genugtuung schließt den Schadensersatz in sich. Daraus folgt, daß der Gläubiger nicht zugleich Strafe und Schadensersatz fordern darf. Vielmehr muß er, wenn die Strafe in einer Geldzahlung besteht, sich auf seine Schadensersatzforderung den vollen Betrag der Strafe anrechnen lassen, so daß ihm kraft seines Schadensersatzanspruchs nur der Betrag des Schadens erstattet wird, der erweislich über den Betrag der Strafe hinausgeht (340 II, 341 II). Besteht die Strafe in einer andern Leistung als einer Geldzahlung, so darf der Gläubiger, der auf der Strafe besteht, einen Schadensersatzanspruch überhaupt nicht geltend machen (342).

g) Möglich ist es, daß eine Vertragsstrafe auch in anderer Art versprochen wird als bisher geschildert. So kann der Schuldner sich zur Hauptleistung und für den Fall, daß er diese nicht bewirkt, zu einer Strafe in der Art verpflichten, daß nicht der Gläubiger, sondern er selber zwischen der Hauptleistung und der Entrichtung der Strafe zu wählen hat; die Strafe wirkt dann zugleich als ein Neugeld, mit dem der Schuldner sich von seiner Hauptverpflichtung löst. Ja der Schuldner braucht sich zu der Hauptleistung überhaupt nicht zu verpflichten, sondern kann für den Fall, daß er die Hauptleistung nicht freiwillig bewirkt, als einzige Pflicht die Strafe übernehmen. Das richterliche Ermäßigungsrecht soll aber auch auf derartige besondere Arten der Vertragsstrafe anwendbar sein (343 II). — Wie sind die beiden oben bei a genannten Beispiele zu entscheiden, wenn der Schuldner sich zu der Haupt-

leistung nicht verpflichtet, sondern lediglich für den Fall, daß er die Hauptleistung nicht freiwillig bewirke, die Strafe übernimmt? Das Gesetz erklärt im ersten Beispiel das Strafversprechen für ungültig (1297 II); im zweiten Beispiel dürfte das Strafversprechen dagegen für gültig zu erklären sein.⁴

2. Gesetzliche Privatstrafen sind im ganzen selten; dem bürgerlichen Gesetzbuch sind sie sogar gänzlich unbekannt.

Beispiel: das Pfand- oder Erjaggeld, das bei dem Übertritt von Vieh auf ein fremdes Grundstück der Viehbesitzer nach preußischem Recht an den Grundstücksbesitzer zu entrichten hat (preuß. Ges. v. 1. 4. 80 § 69).

i) Draufgabe.

§ 94.

Die Draufgabe wird von der einen Vertragspartei gegeben und von der andern angenommen, um damit die Verbindlichkeit des Vertragschlusses zu bekunden. Die Bekundung kann dem Vertragschluß nachfolgen. Sie kann aber auch den Vertragschluß selber darstellen, indem die Parteien durch die Leistung und Annahme der Draufgabe ihren Vertragswillen zum ersten Mal in verbindlicher Art erklären.

I. Die Hingabe und Annahme der Draufgabe soll die Wirkung des Vertragschlusses bestärken, indem sie die Tatsache des Vertragschlusses unzweideutig feststellt. Daraus folgt, daß die Draufgabe nicht als Neugeld dient, daß also der Empfänger den Vertragschluß nicht etwa durch Zurückgabe der Draufgabe rückgängig machen kann (336); denn wenn dies der Fall wäre, würde ja die Draufgabe die Wirkung des Vertrages geradezu abschwächen.

II. 1. Weil die Draufgabe zunächst nur den Abschluß des Vertrages bekunden soll, darf sich der Empfänger mit ihr nicht bereichern. Vielmehr muß er die Draufgabe auf die vom Geber geschuldete Leistung anrechnen oder sie, wenn die Leistung ihr nicht gleichartig ist, bei Erfüllung des Vertrages dem Geber zurückgewähren; der Geber kann in letzterem Fall seine Leistung bis zur Zurückgewährung der Draufgabe zurückbehalten. Wird der Vertrag wieder aufgehoben, so ist die Draufgabe gleichfalls zurückzugewähren (337).

2. Doch hat die Draufgabe zugleich den Charakter einer schwachen Vertragsstrafe: ist nämlich der Geber der Draufgabe daran schuld, daß der Vertrag wieder aufgehoben wird, oder ist die dem Geber obliegende Leistung durch einen von ihm zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so kann der Empfänger die Draufgabe behalten. Nur wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, verbleibt es bei der allgemeinen Regel, daß die Draufgabe anzurechnen oder zurückzugeben ist (338).

4) Abw. RG. 53 S. 260.

k) Ersatz von Aufwendungen.

§ 95.

Die Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen eines andern wird bald durch Rechtsgeschäft bald durch Gesetz begründet; handelt es sich um Aufwendungen, die dem Berechtigten wider seinen Willen aufgedrängt wurden, so ist deren Erstattung ein besondrer Fall des Schadenersatzes.

I. Ein Schuldner, der Geldaufwendungen eines andern zu ersetzen hat, muß nicht bloß den aufgewendeten Betrag, sondern außerdem noch 4% Zinsen davon seit dem Tage der Aufwendung zahlen; sind andre Sachen als Geld aufgewendet, so muß er auch deren Geldwert verzinsen (256 Satz 1). Handelt es sich jedoch um Aufwendungen auf einen Gegenstand, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, und darf der Ersatzberechtigte die Nutzungen des Gegenstandes ohne Vergütung behalten, so werden diese Nutzungen zwar nicht gegen die Aufwendungen selbst, aber doch gegen deren Zinsen aufgerechnet; der Berechtigte muß sich also mit dem zinslosen Ersatz der Aufwendungen begnügen (256 Satz 2).

Mäheres unten im Sachenrecht. Dort wird auch zu erwähnen sein, daß der Ersatzberechtigte in gewissen Fällen die Aufrechnung der Nutzungen sogar mit den Aufwendungen selber gestatten muß (994 I Satz 2).

II. Hat der Berechtigte zum Zweck seiner Aufwendungen eine Verbindlichkeit übernommen, so kann er fordern, daß der zur Erstattung der Aufwendungen verpflichtete Schuldner ihn von dieser Verbindlichkeit befreie; ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so muß er sich damit begnügen, daß der Ersatzpflichtige ihm, statt ihn zu befreien, Sicherheit leistet (257).

1) Erteilung von Auskunft.

§ 96.

Eine Pflicht zur Erteilung von Auskunft kann in mannigfacher Weise begründet werden, sei es durch Vertrag, sei es durch Gesetz. Für zwei Arten der Auskunftspflicht stellt das Gesetz besondere Regeln auf.

I. Wer einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben hat, hat dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen; kann der Berechtigte Tatsachen nachweisen, die die Annahme begründen, daß das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei; nur bei Sachen von geringer Bedeutung braucht er diesen Eid nicht zu leisten (260).

II. Wer über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung

Rechenschaft abzulegen hat, muß die ihm hiernach obliegende Auskunftspflicht durch Vorlegung einer förmlichen Rechnung erfüllen, die alle Einnahmen und Ausgaben geordnet, also übersichtlich, zusammenstellt; soweit Belege erteilt zu werden pflegen, muß er auch Belege vorlegen, während für kleine, alltägliche Ausgaben Belege nicht nötig sind (259 I). Kann der Berechtigte Tatsachen nachweisen, die die Annahme begründen, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit gehöriger Sorgfalt gemacht worden sind, so ist der Verpflichtete zur Leistung eines Offenbarungseides in gleicher Art verpflichtet wie in dem zu I genannten Fall; auf die Ausgabenseite der Rechnung bezieht sich diese Pflicht nicht (259 II, III).¹

m) Leistung von Leibrenten.¹

§ 97.

Eine Verpflichtung zur Zahlung von Leibrenten — d. h. zu wiederkehrenden Leistungen auf die Lebenszeit einer Person — kann durch Vertrag, Vermächtnis oder Gesetz begründet werden.

I. Zur Gültigkeit eines Vertrages, durch den eine Leibrente versprochen wird, ist, soweit nicht — wie im Fall einer schenkungsweise versprochenen Rente — eine andre Form vorgeschrieben ist, schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich (761).

II. Die Leibrente gilt im Zweifel für die Lebenszeit des Gläubigers; doch kann sie auch auf die Lebenszeit des Schuldners oder einer dritten Person gestellt sein (759 I). Beruht die Leibrente auf einer Schenkung, so ist sie sogar auf die Lebenszeit sowohl des Gläubigers wie des Schuldners gestellt, d. h. sie erlischt mit dem Tode des Erstversterbenden (520).²

III. Wird ein bestimmter Rentenbetrag versprochen, so gilt er im Zweifel als Jahresbetrag (759 II).

IV. Die Leibrente ist im voraus zu entrichten. Und zwar sind Geldrenten für je drei Monate im voraus zu zahlen; bei andern Renten bestimmt sich der Zeitabschnitt, für den sie im voraus zu entrichten sind, nach der Beschaffenheit und dem Zweck der Rente (760 I, II).

V. Hat der Gläubiger den Beginn des Zeitabschnitts erlebt, für den die Rente im voraus zu entrichten ist, so gebührt ihm und seinen Erben der volle auf den Zeitabschnitt entfallende Betrag (760 III).

1) Treitel, Arch. f. BR. 14 S. 1.

1) Sepp, Leibrentenvertrag (05).

2) RG. 63 S. 323.

n) Leistungen zugunsten eines Dritten.¹

§ 98.

I. 1. Nicht selten wird ein Vertrag in der Art geschlossen, daß sich eine Partei von der andern eine Leistung an einen Dritten versprechen läßt, ohne dabei im Namen des Dritten als dessen Stellvertreter aufzutreten. Wir nennen jene Partei alsdann — im Gegensatz zu dem Dritten als dem Leistungsempfänger — den „Versprechensempfänger“ (Promissar), während wir die Gegenpartei kurz als „Schuldner“ bezeichnen.

2. Daß ein Vertrag auf eine Leistung an einen Dritten geht, kann einen sehr verschiedenen Sinn haben.

a) Der Vertrag kann bedeuten, daß der Dritte weiter nichts als die Adresse vorstellen soll, an die der Schuldner seine Leistung zu bewirken hat. Alsdann besteht die Verpflichtung des Schuldners, an den Dritten zu leisten, nur gegenüber dem Versprechensempfänger, während der Dritte selber jedes Gläubigerrechts gegenüber dem Schuldner entbehrt. Demgemäß kann der Dritte, wenn die Leistung ausbleibt, für seine Person gegen den Schuldner nichts unternehmen, sondern das Recht zur Mahnung, Kündigung, Klage, Zwangsvollstreckung usw. steht einzig und allein dem Versprechensempfänger zu. Der Vertrag kann aber ebenso gut auch bedeuten, daß der Dritte ein eigenes Recht auf die Leistung erwerben soll und somit beim Ausbleiben der Leistung unabhängig vom Versprechensempfänger in eigener Person mahnen, kündigen, klagen und die Zwangsvollstreckung betreiben kann.

b) Ob dem Vertrage im Einzelfall die erste oder die zweite Bedeutung beizulegen ist, muß regelmäßig durch freie Auslegung des Vertrages ermittelt werden (§28 II). Nur für einige Arten von Verträgen greifen besondere Auslegungsregeln ein.

α) Hat jemand einem andern versprochen, dessen Gläubiger zu befriedigen, ohne hiermit eine sog. Schuldübernahme zu verbinden, so wird dem Gläubiger ein Recht auf Erfüllung dieses Versprechens im Zweifel versagt: das Recht steht vielmehr einzig und allein dem Versprechensempfänger zu (§29).

β) Das Gegenteil gilt, wenn in einem Lebensversicherungs- oder Leibrentenvertrage der Versicherer oder der Rentenschuldner die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an einen Dritten verspricht oder wenn bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme der Übernehmer Leistungen an Dritte zum Zweck ihrer Abfindung zusagt oder wenn bei einer Schenkung dem Beschenkten Leistungen an Dritte auferlegt werden (§30). Aus allen diesen Vereinbarungen erwächst also dem Dritten im Zweifel ein eigenes Recht auf die für ihn bedungene Leistung.

1) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (99); Dntestrazanski, Aufträge zugunsten Dritter (04); Regelsberger, Jahrb. f. Dogm. 41 S. 251.

Beispiele. I. A. hat seine Villa durch den Baumeister B. und den dazugehörigen Garten durch seinen Gärtner C. instand setzen lassen; dem B. ist er dafür noch 500 M. schuldig, während er dem C. für dessen Mühewaltung eine freiwillige Gratifikation von 200 M. zu geben gedenkt; gleich darauf sieht er sich zu einer mehrjährigen Reise genötigt, verkauft deshalb die Villa an D. und macht mit diesem aus, daß D. sowohl die 500 M. an den Baumeister B. wie die 200 M. an den Gärtner C. zahlen solle. Hier wird vermutet, daß der Baumeister B. als Gläubiger A.s ein Recht gegen D. nicht erlangt. Dagegen hat die Auslegung wegen des Gärtners freie Hand, da es sich bei dessen 200 M. nicht um eine Schuld, sondern um eine freie Gabe A.s handelt; ich möchte annehmen, daß dem Gärtner ein Recht gegen D. unbedenklich zugesprochen werden muß. II. E. schenkt dem F. die Hälfte seines Parkgrundstücks, während er die andre Hälfte an G. verkauft; dabei macht er mit F. und G. aus, daß, solange sich das Nachbargrundstück im Besitz H.s befindet, H. und dessen Angehörige den Park jederzeit betreten dürfen. Hier wird vermutet, daß H. und jeder seiner Angehörigen gegen den Beschenkten F. ein Recht auf Eintritt in den Park hat. Dagegen hat die Auslegung wegen des Käufers G. freie Hand; ich möchte annehmen, daß, falls G. von den Abmachungen zwischen E. und F. nichts gewußt hat, ein unmittelbar gegen G. wirksames Recht auf Eintritt in den Park dem Nachbarn H. persönlich zuzubilligen, dagegen den einzelnen Angehörigen H.s zu verjagen ist.

Hellwig² meint: I. einschränkend, daß die Vermutung zu β nur anwendbar sei, wenn die zu gunsten des Dritten bedungene Leistung eine unentgeltliche Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten darstelle, II. ausdehnend, daß, wenn dies der Fall, die Vermutung ohne Rücksicht auf das zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger bestehende Kausalverhältnis, also auch z. B. bei einem zwischen beiden abgeschlossenen gewöhnlichen Kauf, Verwahrungsvertrage usw., Platz greife. Ich kann diesen beiden Sätzen nicht beipflichten, am wenigsten dem zweiten.

II. Wird ein Vertrag, der auf eine Leistung an einen Dritten geht, in der Art abgeschlossen, daß der Dritte ein eignes Recht auf die Leistung erwirbt, so sagt man, der Vertrag sei zugunsten des Dritten errichtet. Für derartige Verträge gelten folgende Regeln.

1. Der Inhalt der Verträge zu gunsten Dritter kann ebenso frei bestimmt werden, wie der Inhalt der (obligatorischen) Verträge zu eignen Gunsten.

Hervorgehoben sei, daß der Versprechensempfänger ein eignes Vermögensinteresse an der für den Dritten bestimmten Leistung nicht zu haben braucht.³ Es ist also z. B. zulässig, daß jemand mit einem reichen Geizhalse bindend vereinbart, dieser solle in eigenem Namen geschenkweise seinen verarmten Geschwistern eine Jahresrente von 10000 M. zahlen oder eine ihm gehörige Baustelle zum Zweck eines Theaterbaues für einen bestimmten billigen Preis an die Stadt verkaufen.

2. Der Vertragsschluß zugunsten eines Dritten bedarf der gleichen Form wie der Vertragsschluß zu eignen Gunsten; maßgebend ist also lediglich das Rechtsverhältnis der Vertragsparteien untereinander, während die Beziehungen der Parteien zu dem Dritten für die Form des Vertrages außer Betracht bleiben.⁴

Beispiel. A. verkauft seine Bibliothek an B., indem er sich ihre Benutzung auf Lebenszeit vorbehält; das Recht auf den Kaufpreis, der erst nach A.s Tode zahlbar ist, soll der Witwe A.s zustehn. Hier bedarf der Vertrag nicht etwa mit Rücksicht auf das Verhältnis

2) Hellwig S. 153 ff. Ihm tritt teilweise bei Dernb., RR. 2 § 105^b.

3) Abw. Hellwig S. 50, 60.

4) Hellwig S. 68.

zwischen A. und seiner Ehefrau der Form einer Schenkung oder eines Vermächtnisses, sondern kann formlos abgeschlossen werden.

3. a) Der Zeitpunkt, in dem der Rechtserwerb des Dritten von statten geht, kann von den Vertragsparteien beliebig bestimmt werden: es ist also die Vereinbarung zulässig, daß das Recht dem Dritten sofort mit dem Vertragschluß anfällt, ohne Rücksicht darauf, ob er von dem Vertragschluß Kenntnis hat oder ihm zustimmt; ebensogut kann aber der Anfall des Rechts auch auf irgend einen spätern Zeitpunkt verlegt werden. In gleicher Art hängt es vom Belieben der Vertragsparteien ab, ob sie sich die Befugnis vorbehalten wollen, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung nachträglich abzuändern oder aufzuheben oder ob sie dem Dritten das Recht unabänderlich und unwiderruflich zuwenden wollen (328 II).

b) Wie der Rechtserwerb des Dritten sich im Einzelfall gestaltet, ist durch freie Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Besonders vorgeschrieben ist,

α) daß, wenn die dem Dritten zugedachte Leistung erst nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll, der Rechtserwerb des Dritten im Zweifel erst eintritt, wenn der Versprechensempfänger stirbt (331 I);

β) daß, wenn der Vertrag zu gunsten eines noch ungeborenen Dritten geschlossen ist und der Versprechensempfänger die Geburt nicht mehr erlebt, das Recht des Dritten von den Vertragsparteien oder deren Erben nur unter der Voraussetzung aufgehoben oder abgeändert werden kann, daß die Befugnis hierzu im Vertrage besonders vorbehalten ist (331 II).

Beispiele. I. A. hat mit B. vereinbart, daß dieser von A.'s Tode ab an dessen Tochter C. 20 Jahre lang eine Rente von 1000 Mk. zu zahlen habe. Hier erlangt die C. nicht etwa sofort ein bis zu ihres Vaters Tode aufschiebend befristetes Rentenrecht, sondern ist, solange ihr Vater lebt, völlig rechtlos; gerät also B. in Vermögensverfall, so können Sicherungsmaßregeln nur von A., nicht von der C. beantragt werden; auch kann A. durch Vertrag mit B. das der C. zugedachte Rentenrecht beliebig ausschließen. II. Gleicher Fall; nur hat A. die Rente nicht für die C., sondern für deren Kinder ausgemacht; er stirbt 1905 und wird von der C. beerbt; die C. hat zwei Kinder, D. und E.; D. ist 1902, E. ist 1907 geboren. Hier erwirbt D. sein Rentenrecht 1905, E. 1907; A. kann auf die für beide Enkel festgesetzten Renten beliebig Verzicht leisten; dagegen ist die C. als Erbin A.'s nicht dazu befugt; mit A.'s Tode ist also für D. ein gegenwärtiges unwiderrufliches Rentenrecht, für den noch ungeborenen E. wenigstens die unwiderrufliche Aussicht auf ein künftiges Rentenrecht begründet.

4. a) Hat der Dritte nach Maßgabe der Regeln zu 3 das ihm zugedachte Recht ohne sein Zutun erworben, so kann er es willkürlich ausschlagen; tut er es, so gilt sein Rechtserwerb als nicht erfolgt (333). Die Ausschlagung ist gegenüber dem Schuldner zu erklären. Einer Form bedarf sie nicht; ebenso wenig ist eine Frist für sie vorgeschrieben.

b) Die Ausschlagungsbefugnis erlischt, sobald der Dritte das Recht dem Schuldner gegenüber angenommen hat.

5. Da der Rechtserwerb des Dritten sich auf den Vertrag stützt, sind alle Einwendungen aus diesem Vertrage auch wider den Dritten zulässig (334), namentlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; nur solche Einwendungen,

die erst entstanden sind, nachdem sein Rechtserwerb unwiderruflich geworden ist, sind gegen ihn ausgeschlossen. Das Recht des Dritten ist also ein eigenes, aber aus dem Vertrage abgeleitetes Recht.

6. Neben dem Dritten ist im Zweifel auch der Versprechensempfänger aus dem Vertrage berechtigt (335). Doch kann er lediglich fordern, daß die Leistung dem Dritten, nicht, daß sie ihm selber gewährt wird. Verweigert der Dritte die Annahme der Leistung, so ist die Leistung dem Versprechensempfänger gegenüber unmöglich und damit der Schuldner ihm gegenüber befreit.⁵

III. Über Verfügungen zugunsten Dritter s. unten § 101 VII, 2.

o) Unmögliche Leistungen.¹

§ 99.

Eine Leistung ist im Rechtsinn unmöglich, wenn sie vom Schuldner gar nicht oder nur mit ganz unverhältnismäßigen Aufwendungen oder Anstrengungen vorgenommen werden kann.²

I. 1. Das Gesetz unterscheidet drei Hauptfälle der Unmöglichkeit einer geschuldeten Leistung und stellt für jeden dieser drei Fälle eine ihm eigentümliche Hauptregel auf.

a) Erster Hauptfall: eine vertragsmäßig ausbedungene Leistung war bereits zur Zeit des Vertragsschlusses unmöglich; und zwar war die Unmöglichkeit eine objektive, d. h. sie bestand nicht bloß für den Schuldner, sondern für jedermann. Erste Hauptregel: ein Vertrag, der auf eine derart unmögliche Leistung geht, ist nichtig (306) und die Forderung des Gläubigers auf die Leistung demnach von Anfang an rechtlich unwirksam; das will besagen: der Gläubiger kann die Vornahme der unmöglichen Leistung nicht fordern und kann wegen des Ausbleibens der Leistung auch keinen Schadensersatz beanspruchen.

b) Zweiter Hauptfall: die geschuldete Leistung ist erst nachträglich, nachdem die Forderung, deren Gegenstand sie darstellt, bereits zur Entstehung gelangt ist, unmöglich geworden; und zwar muß der Schuldner die Umstände, die die Unmöglichkeit herbeigeführt haben, vertreten; dagegen kommt darauf, ob die Leistung vertragsmäßig ausbedungen ist oder nicht und ob die Unmöglichkeit eine objektive ist oder nur subjektiv für den Schuldner besteht („Unvermögen des Schuldners zur Leistung“), nichts an. Zweite Hauptregel:

5) Plandl Ann. 3b zu § 335. Abw. Hellwig S. 113.

1) Tige, Unmöglichkeit der Leistung (00); Kleinendam, Unmöglichkeit u. Unvermögen (00); ders., Jahrb. f. Dogm. 43 S. 105; Risch, Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung (00); ders., Jahrb. f. Dogm. 44 S. 68; Schöller bei Gruchot 44 S. 603, 45 S. 511, 46 S. 1, 253; W. Biermann, Arch. f. ziv. Pr. 91 S. 73; Hellmann, ebenda 90 S. 363; Krüdmann, ebenda 101 S. 1, 429; G. U. Fischer, Beiträge z. Unmöglichkeitstheorie (04).

2) RG. 57 S. 119. Abw. Endemann 1 § 124^o.

die Rechtswirklichkeit der Forderung wird durch eine derartige Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung nicht beeinträchtigt (§. 280 I); das will besagen: der Gläubiger kann anders als im ersten Hauptfall auf der Vornahme der Leistung, ihrer Unmöglichkeit ungeachtet, bestehen oder nach seiner Wahl wegen des Ausbleibens der Leistung Schadenersatz („Schadenersatz wegen Nichterfüllung“) fordern.

c) Dritter Hauptfall: die geschuldete Leistung ist erst nachträglich, nachdem die Forderung, deren Gegenstand sie darstellt, bereits zur Entstehung gelangt ist, unmöglich geworden, ohne daß der Schuldner die Umstände, die die Unmöglichkeit herbeigeführt haben, zu vertreten braucht; ob die Leistung auf einem Vertrage oder auf einem andern Rechtsgrunde beruht und die Unmöglichkeit eine objektive oder bloß eine subjektive ist, macht sowenig etwas aus wie im zweiten Hauptfall. Dritte Hauptregel: die Forderung, die auf eine derart unmögliche Leistung geht, ist in dem Zeitpunkt, in dem die Leistung unmöglich ward, erloschen (275); das will besagen: gerade wie im ersten Hauptfall kann der Gläubiger die Vornahme der unmöglichen Leistung nicht verlangen und wegen des Ausbleibens der Leistung auch keinen Schadenersatz fordern.

Beispiele. I. 1. A. will ein ihm gehöriges Bild, das er dem B. zur Verwahrung gegeben hat, für mindestens 5000 Mk. verkaufen; C. erfährt zufällig, daß D. auf das Bild bis zu 6000 Mk. bieten will; rasch entschlossen kauft er es deshalb am 1. Mai dem A. für 5000 Mk. ab und verkauft es am 5. Mai an D. für 6000 Mk. weiter, so daß ihm ein Gewinn von 1000 Mk. sicher scheint; sowohl mit A. wie mit D. hat C. vereinbart, daß das Bild erst am 6. Mai geliefert werden soll; da stellt sich heraus, daß das Bild bei B. verbrannt ist, ohne daß dabei dem A. oder dem B. ein Verschulden zur Last fällt. a) Erster Fall: das Bild ist schon am 30. April verbrannt. Hier ist die Lieferung des Bildes von A. an C. von Anfang an objektiv unmöglich. Somit ist der zwischen A. und C. abgeschlossene Kaufvertrag nichtig; C. kann also von A. weder die Erfüllung des Vertrages durch Lieferung des Bildes noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages fordern. b) Zweiter Fall: das Bild ist erst am 2. Mai verbrannt. Hier ist die Lieferung des Bildes von A. an C. nachträglich unmöglich geworden und zwar durch einen Umstand, den A. nicht zu vertreten braucht. Somit ist die Forderung C.s auf Lieferung des Bildes zwar gültig entstanden, aber nachträglich erloschen; C. kann also, gerade wie im ersten Fall, von A. weder die Erfüllung des Vertrages durch Lieferung des Bildes noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages fordern. 2. Dieselben beiden Fälle wie zu 1.; nur hat A. gewußt, daß das Lager B.s besonders feuergefährlich war, hat aber dem C. hiervon keine Mitteilung gemacht. Hier ist die Entscheidung für den ersten Fall dieselbe wie zu 1a. Dagegen kann im zweiten Fall C. auf der Erfüllung des Vertrages durch Lieferung des Bildes bestehen oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen: denn A. muß den Brand in diesem Fall vertreten; C.s Schadenersatzanspruch geht auf Ersatz des ihm mit 1000 Mk. entgangenen Gewinns. II. 1. Dieselben Fälle wie zu I.; nur ist das Bild nicht verbrannt, sondern dem B. gestohlen, von dem Diebe sofort auf eine Kunstauktion gebracht und dort an den gutgläubigen C. versteigert; C. ist somit Eigentümer des Bildes geworden (932, 935 II) und will es nur für einen Preis von 13000 Mk. herausgeben; A. und B. sind an dem Diebstahl unschuldig und haben auch den Erwerb C.s nicht hindern können. a) Erster Fall: das Bild ist schon am 28. April gestohlen und am 30. April versteigert worden. Hier ist die Lieferung des Bildes von A. an C. von Anfang an gerade ebenso unmöglich, wie wenn das Bild am 30. April verbrannt wäre. Die Unmöglichkeit ist aber nur eine subjektive für A.; denn zwar nicht A., wohl aber C. wäre zur Lieferung des

Bildes an C. sehr wohl imstande. Wie dieser Fall zu entscheiden ist, läßt sich aus den Regeln oben zu 1 nicht entnehmen. Siehe aber die Regeln unten zu 2. b) Zweiter Fall: das Bild ist erst am 2. Mai gestohlen und am 4. Mai an C. versteigert worden. Hier ist die Lieferung des Bildes von A. an C. für A. nachträglich subjektiv unmöglich geworden, und zwar durch einen Umstand, den A. nicht zu vertreten braucht. Somit ist die Entscheidung dieselbe wie zu I, 1 b: C. kann von A. weder die Erfüllung des Vertrages durch Lieferung des Bildes noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. 2. Dieselben beiden Fälle wie zu 1; nur hat A. so zeitig erfahren, daß das Bild gestohlen und auf die Kunstauktion gebracht worden ist, daß er die Versteigerung an C. hätte verhindern können. Hier läßt sich im ersten Fall eine Entscheidung auf Grund der Regeln oben zu 1 nicht gewinnen. Dagegen ist im zweiten Fall dem C. das Recht zuzusprechen, auf der Erfüllung des Vertrages durch Lieferung des Bildes zu bestehen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen: denn A. muß in diesem Fall die Veräußerung des Bildes an C. vertreten; C.'s Ersatzanspruch geht wie zu I, 2 auf die Vergütung des entgangenen Gewinns von 1000 M.

Daß in dem zweiten Hauptfall der Gläubiger nicht bloß Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, sondern, wie ich annehme,³ auch auf der geschuldeten Leistung selbst, ihrer Unmöglichkeit ungeachtet, bestehen darf, ist im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt. Doch ist im Gesetz auch das Gegenteil nicht bestimmt. Für meine Annahme spricht, daß es im höchsten Maß unbillig sein würde, wollte man dem Schuldner gestatten, sich gegen die Klage des Gläubigers auf Erfüllung mit dem Einwande zu verteidigen, er selbst, der Schuldner und Beklagte, habe sich durch einen von ihm zu vertretenden Umstand die Erfüllung unmöglich gemacht. Denn die Folge wäre, daß, wenn der Schuldner mit dem Einwande durchdringt, der Kläger mit seiner Klage kostenpflichtig abgewiesen werden müßte, und zwar selbst dann, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung erst im Lauf des Prozesses erfährt und wenn er durch die Unterlassung der Leistung keinen nachweisbaren Vermögensschaden erleidet und somit nicht in der Lage ist, durch Änderung des Klageantrages eine Verurteilung des Beklagten zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu erzielen. Dazu kommt, daß gerade in dem wichtigsten hierher gehörigen Fall meine Annahme so gut wie unbestritten ist: es ist dies der Fall, daß die Forderung des Gläubigers auf eine Geldzahlung geht und der Schuldner niemals imstande sein wird, diese Summe zu bezahlen.

2. Die Aufzählung der drei Hauptfälle zu 1. ist nun aber offensichtlich nicht erschöpfend. Insbesondere ist der wichtige Fall im Gesetz schweigend übergegangen, daß eine vertragsmäßig ausbedungene Leistung schon zur Zeit des Vertragsschlusses unmöglich war, die Unmöglichkeit aber nicht objektiv für jedermann, sondern nur subjektiv für den Schuldner bestand. Wie es scheint, wird man für diesen Fall folgende weitere Hauptregeln aufstellen müssen. Hat der Gläubiger beim Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit der Leistung für den Schuldner weder gekannt noch kennen müssen, so ist der Vertrag gültig und die Rechtswirksamkeit der Forderung wird durch die Unmöglichkeit der Leistung nicht beeinträchtigt; das will besagen: der Gläubiger kann wie im zweiten Hauptfall auf der Vornahme der Leistung, ihrer Unmöglichkeit ungeachtet, bestehen oder nach seiner Wahl wegen des Ausbleibens der Leistung Schadensersatz beanspruchen. Hat der Gläubiger beim Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit der Leistung für den Schuldner gekannt oder kennen müssen, so ist der Vertrag nichtig; das will besagen: der Gläubiger kann wie im ersten und dritten Hauptfall auf der Vornahme der unmöglichen Leistung nicht bestehen und

3) Gegen meine Annahme Örtmann Anm. 4 zu 275. Dafür RG. 54 S. 32; Kabel, Unmöglichkeit d. Leistung (07) S. 14.

kann wegen des Ausbleibens der Leistung auch keinen Schadensersatz fordern. Darauf, ob die Unmöglichkeit beim Vertragsschluß auch dem Schuldner unbekannt oder bekannt, unerkennbar oder erkennbar, kommt nichts an.

Beispiel. In dem oben S. 401 besprochenen Fall des von A. an C. am 1. Mai verkauften, aber am 28. April gestohlenen und am 30. April an C. versteigerten Bildes kommt es nicht darauf an, ob A. den Diebstahl des Bildes und dessen Übereignung an C. hat verhindern können, und auch nicht darauf, ob er am 1. Mai den Diebstahl und die Versteigerung gekannt hat oder hat kennen müssen, sondern allein darauf, ob Diebstahl und Versteigerung am 1. Mai dem C. bekannt war oder bekannt sein mußte. War dies der Fall, so ist der Verkauf ebenso nichtig, wie wenn das Bild am 30. April verbrannt gewesen wäre. War es nicht der Fall, so ist der Verkauf gültig, und C. kann Lieferung des Bildes oder Schadensersatz wegen Nichtlieferung in Höhe von 1000 Mk. verlangen.

II. Wie zu I, 1 unter b und c gezeigt, kommt es in allen Fällen, in denen die geschuldete Leistung nachträglich objektiv oder subjektiv unmöglich wird, darauf an, ob der Schuldner die Umstände, die diese Unmöglichkeit verursacht haben, zu „vertreten“ hat.

1. Als allgemeine Regel ist es anzusehn, daß ein Schuldner alle Umstände vertreten muß, die er schuldhaft verursacht oder schuldhaft abzuwenden versäumt hat, während er von der Vertretung frei ist, wenn ihm solch ein Verschulden nicht zur Last fällt (276 I Satz 1). Dem eignen Verschulden des Schuldners steht das seines gesetzlichen Vertreters oder seiner Erfüllungsgehilfen gleich (278; s. oben S. 307).

Beispiel. A. studiert gerade in einem teuern Buch, daß er sich von B. geborgt hat; da erscheint C. zum Besuch bei A., macht sich an A.'s Schreibtisch zu schaffen und bringt es dank der ihm eignen Ungeschicklichkeit blißschnell fertig, den Inhalt der Tintenflasche A.'s über dem Buch zu leeren; die Folge ist, daß das Buch für immer total verdorben ist; von C. ist Schadensersatz nicht zu erlangen, da er gänzlich unvermögend ist. Hier kommt es nicht darauf an, ob B. das Buch dem A. aus freien Stücken angeboten oder ihm erst auf dringliches Bitten geliehen hat. Ebenso ist gleichgültig, ob B. unter der Beschädigung des Buchs empfindlicher leidet als A., etwa weil er nicht die Mittel hat, das Buch sich neu anzuschaffen, während für A. die Neuanschaffung ein leichtes wäre. Vielmehr ist entscheidend einzig und allein, ob man in dem Verhalten A.'s nach Lage des Falls ein Verschulden gegenüber B. finden kann. Wird die Frage bejaht, ist A. ersatzpflichtig; wird sie verneint, ist er ersatzfrei.

2. Die Regel zu 1 wird aber von zahlreichen Ausnahmen durchbrochen teils zugunsten des Gläubigers, teils zugunsten des Schuldners. Doch ist nur eine dieser Ausnahmen von so allgemeiner Bedeutung, daß sie schon an dieser Stelle erwähnt werden muß. Sie geht dahin, daß, wenn der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt war, der Schuldner so lange, als die Leistung aus der Gattung objektiv möglich ist, sein subjektives Unvermögen zur Leistung auch dann vertreten muß, wenn weder ihm noch seinen Leuten ein Verschulden zur Last fällt (279).

Beispiel. I. A. hat in seiner Fahrradfabrik „Pfeil“ nach einem von ihm erfundenen Modell Nr. 28 zunächst ein Proberad anfertigen lassen und dann dies Proberad selbst, sowie 29 Stück andre Räder desselben Modells an B., lieferbar im März 09, verkauft; B. veräußert die 30 Räder an C. mit der nämlichen Lieferzeit weiter; inzwischen ist im Februar

ein Streik in der Fabrik „Pfeil“ ausgebrochen, der damit endigt, daß jenes erste Proberad von den aus der Fabrik entlassenen Arbeitern zertrümmert und die Herstellung der Räder Modell 28 für immer aufgegeben wird; vor Beginn des Streiks sind 40 Räder des genannten Modells fertig geworden und von A. an D., der sie früher bestellt hatte als B., käuflich geliefert. Hier ist die Frage, ob B. dem C. für die Lieferung der 30 Räder haftbar ist, in Ansehung des individuell bestimmten Musterrades zu verneinen. Dagegen ist sie in Ansehung der nur der Gattung nach bestimmten 29 andern Räder zu bejahen; denn da tatsächlich 40 Räder vom Modell 28 angefertigt und an D. geliefert sind, ist ja die Lieferung jener 29 Räder „aus der Gattung“ möglich. II. Derselbe Fall wie zu I.; nur ist der Streik in der Fabrik so früh ausgebrochen, daß außer dem Musterrade nicht ein einziges Rad vom Modell Nr. 28 fertig geworden ist. Hier ist B. auch in Ansehung der 29 andern Räder haftfrei; denn bei dieser Sachlage ist ja die Lieferung der 30 von B. übernommen Räder auch aus der Gattung unmöglich.

Siehe auch noch unten S. 427 Nr. 3, 432 β , 433 γ .

III. 1. Wird bei einem gegenseitigen Vertrage die einer der Vertragsparteien obliegende Leistung nach dem Vertragsschluß unmöglich, so treten zu den zu I 1 b, c festgestellten beiden Hauptregeln ergänzend die folgenden Vorschriften hinzu.

a) Ist die Unmöglichkeit der Leistung vom Leistungsschuldner zu vertreten, so hat der Gläubiger ein dreifaches Wahlrecht (s. 325 I Satz 1).

α) Erstens kann er den Vertrag in vollem Umfang aufrechterhalten. Tut er dies, so kann er einerseits von der Gegenpartei die Vornahme der unmöglichen Leistung oder Schadensersatz wegen Ausbleibens der Leistung verlangen, muß aber andererseits auch die ihm selber obliegende Gegenleistung unverkürzt entrichten.

β) Zweitens kann er den Rücktritt von dem Vertrage erklären. Tut er dies, so kann er einerseits von der Gegenpartei weder die Vornahme der unmöglichen Leistung noch irgendeinen Schadensersatz fordern, wird aber andererseits von der ihm selber obliegenden Gegenleistung befreit; ja er kann die Gegenleistung sogar, wenn er sie bereits vorgenommen hat, nach den für die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung geltenden Regeln zurückfordern.

γ) Drittens und letztens kann er einen Mittelweg einschlagen, indem er den Vertrag nur insoweit aufrechterhält, als es die Schadensersatzpflicht der Gegenpartei angeht. Tut er dies, so kann er einerseits von der Gegenpartei zwar nicht die Vornahme der unmöglichen Leistung, wohl aber Schadensersatz wegen Ausbleibens der Leistung fordern und wird andererseits von der ihm selber obliegenden Gegenleistung befreit; ja er kann die Gegenleistung sogar, wenn er sie bereits entrichtet hat, nach den für die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung geltenden Regeln zurückfordern, es sei denn, daß er bei der Vornahme seine Nichtverpflichtung gekannt hat. Doch genießt die Gegenpartei dabei der Vergünstigung, daß sie auf die von ihr als Schadensersatz zu zahlende Summe in Anrechnung bringen darf, was der Gläubiger durch Unterlassung der Gegenleistung erspart oder durch Zurückerstattung der Gegenleistung gewinnt.

b) Ist die Unmöglichkeit der Leistung umgekehrt vom Leistungsgläubiger

zu vertreten, so ist von einem Wahlrecht dieses Gläubigers selbstverständlich nicht die Rede. Vielmehr bleibt er ungeachtet dessen, daß er von der Gegenpartei weder die Vornahme der unmöglichen Leistung noch irgendeinen Schadenersatz fordern kann, zu der ihm selber obliegenden Gegenleistung nach wie vor verpflichtet. Doch wird ihm die Vergünstigung zu teil, daß er auf diese Gegenleistung alles anrechnen kann, was die Gegenpartei infolge der Befreiung von ihrer eignen Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (324 I).

c) Ist endlich die Unmöglichkeit der Leistung weder von dem Leistungsschuldner noch von dem Leistungsgläubiger zu vertreten, so ist ein Wahlrecht des Gläubigers gleichfalls nicht gegeben, sondern es kommt, wie einerseits sein Anspruch auf die unmögliche Leistung und Schadenersatz, so andererseits der Anspruch der Gegenpartei auf die ihr gebührende Gegenleistung von Rechtswegen in Fortfall (323 I).

Beispiele. I. A. gibt am 29. Juni 09 einen Ball und hat zum Aufspielen beim Tanz gegen ein Honorar von 10 Mk. den Lohnschreiber und Musikus B. bestellt; B. hat auch die Bestellung angenommen, kann aber nicht kommen, so daß A. in aller Eile einen andern Musikanten bestellen muß, der 15 Mk. Honorar fordert. Erster Fall: B. konnte nicht kommen, weil er sich sinnlos betrunken hatte. Hier kann A. von B. Schadenersatz in Höhe von $15 - 10 = 5$ Mk. fordern oder vom Vertrage zurücktreten. 2. Zweiter Fall: B. konnte nicht kommen, weil A. ihm das Tanzlokal falsch angegeben hatte; als er ununterrichteter Sache nach Hause kam, hat er sich mit Schreibereien befaßt und dafür 2 Mk. verdient. Hier kann B. von A. $10 - 2 = 8$ Mk. Honorar fordern. 3. Dritter Fall: B. konnte nicht kommen, weil er plötzlich schullos erkrankte. Hier kann weder A. von B. noch B. von A. eine Leistung beanspruchen. II. E. trägt den zu seinem Rappenviergespann gehörigen Talisman dem D. zum Tausch gegen dessen Rappen Talbot an und erbietet sich dabei, obschon Talbot denselben Wert wie jedes der vier Pferde des Viergespanns, nämlich 3000 Mk., hat, zu einer Buzahlung von 1000 Mk.; denn der Wert des Viergespanns im ganzen ist erheblich höher als die Summe der Einzelwerte der dazu gehörigen Pferde, da er zurzeit nicht 4×3000 , sondern 15 000 Mk. beträgt und, wenn Talisman gegen Talbot ausgetauscht wird, sogar auf 20 000 Mk. steigen würde; D. nimmt das Angebot an; doch geht Talbot, noch ehe das Tauschgeschäft zur Ausführung gelangt, durch Verschulden des D. ein. 1. Hier kann E. bei seiner eignen Gegenleistung (Talisman + 1000 Mk.) verbleiben und Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern; sein Schaden besteht darin, daß das Viergespann nun, da Talisman ohne Ersatz aus ihm ausscheidet, nur einen Wert von 9000 Mk. (gleich der Summe der Einzelwerte der drei bei E. zurückbleibenden Pferde) hat, während es bei Ausführung des Tauschgeschäfts 20 000 Mk. wert gewesen sein würde. Ergebnis: E. gibt den Talisman heraus, D. zahlt 10 000 Mk. 2. E. kann aber auch von dem Vertrage zurücktreten. Ergebnis: weder hat E. an D. noch D. an ihn etwas zu leisten. 3. Endlich kann E. seine eigne Gegenleistung verweigern und dennoch Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern, indem er den Wert seiner Gegenleistung (Talisman + 1000 Mk.) mit 4000 Mk. auf die Schadenersatzsumme in Anrechnung bringt: alsdann bleibt sein Viergespann intakt und behält einen Wert von 15 000 Mk.; E.'s Schaden besteht somit aus dem Wert des Talbot (3000 Mk.) und der ausbleibenden Wertsteigerung des Gespanns (5000 Mk.) Ergebnis: E. hat an D. nichts, D. hat an E. $3000 + 5000 - 3000 - 1000 = 4000$ Mk. zu leisten. III. Derselbe Fall wie zu II; nur hat E., sobald er von dem Unfall des Talbot hörte, in seiner Erregung sofort den Talisman an D. geschickt und eine Rechnung über 10 000 Mk., wie oben zu II, 1 spezifiziert, gleich hinterhergeschickt; D. hat den Talisman vorbehaltlos angenommen, dagegen die Richtigkeit der Rechnung beanhängelt; nachträglich bereut E. seine Boreiligkeit, weil er einsieht, daß es verkehrt war, durch Auslieferung des

Talisman das Biergespann zu zerstören. Hier kann C., wenn er auf irgendeinem Schadenserfahanspruch gegen D. besteht, den Talisman nicht zurückfordern; denn, als er ihn dem D. zuschickte, wußte er ja, daß er dazu nicht verpflichtet war; es fehlt also an einem Rechtsgrunde zu der Zurückforderung (s. 814). Anders wenn: C. auf einen Schadenserfahanspruch verzichtet und vom Tauschvertrage ganz zurücktritt; denn hiermit hat C. sich einen gültigen Rechtsgrund für die Zurückforderung des Talisman neu geschaffen (346, 327 Satz I).

Lebhaft umstritten ist die Frage, ob der Gläubiger in dem zu a behandelten Fall wirklich, wie ich annehme, seine eigne Gegenleistung verweigern und doch Schadenserfah wegen Nichterfüllung fordern darf.⁴ Für meine Annahme spricht, daß der Schadenserfah wegen Nichterfüllung nur als das genommen werden darf, was er wirklich ist, nämlich als Erfah des „Schadens“, den die Gegenpartei durch das Ausbleiben der unmöglichen Leistung erleidet, nicht aber als Erfah der „Leistung“ selber. Es wäre also Willkür, wenn man eine Partei, die Schadenserfah wegen Ausbleibens der Leistung erhält, so behandelte, als habe sie die Leistung selbst erhalten. Das Gesetz hat sich denn auch wohl gehütet, die Gleichung „Schadenserfah wegen Ausbleibens der Leistung = Leistung“ irgendwo aufzustellen; es würde ja auch durch die Aufstellung dieser Gleichung mit sich selbst in Widerspruch geraten, da es, wie wir gesehen haben, regelmäßig dem Geschädigten nur Erfah des Vermögensschadens mit Ausschluß des Affektionsinteresses zuspricht, also selber dafür sorgt, daß der Schadenserfah für Nichtleistung sich mit der Leistung nur unvollkommen deckt. Ist es aber richtig, daß der Schadenserfah wegen Nichtleistung der Leistung nicht gleichgesetzt werden darf, so ist klar, daß die Gegenpartei, die ihre Gegenleistung nur als Entgelt für die Leistung versprochen hat, von ihrer Gegenleistungspflicht frei ist, wenn sie statt der Leistung nur Schadenserfah wegen Nichtleistung erhält. Die Richtigkeit unserer Auffassung wird durch unser Beispiel des Umtausches der Pferde Talbot und Talisman bestätigt. Denn es wäre doch eine geradezu groteske Ungerechtigkeit, wenn C., um von D., dessen Schuld unstreitig feststeht, irgendwelchen Schadenserfah zu erlangen, wirklich den Talisman an D. ausliefern und damit sein Biergespann, statt es zu verbessern, völlig zerstören müßte.

2. Etwas einfacher ist die Rechtslage, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage die einer der Vertragsparteien obliegende Leistung schon beim Vertragsschluß unmöglich war.

a) Bestand die Unmöglichkeit nur subjektiv für den Schuldner und hat der Gläubiger sie beim Vertragsschluß weder gekannt noch kennen müssen, so ist ihm dasselbe Wahlrecht zuzusprechen wie bei einer Unmöglichkeit, die erst nachträglich eintritt und vom Schuldner vertreten werden muß (s. oben 1 a). Das Gesetz hat die Frage freilich schweigend übergangen.

b) War die Unmöglichkeit eine objektive oder hat der Gläubiger sie beim Vertragsschluß gekannt oder kennen müssen, so ist von einem Wahlrecht des Gläubigers keine Rede. Vielmehr kommt nicht bloß seine Forderung auf die unmögliche Leistung, sondern auch die Forderung der Gegenpartei auf die mögliche Leistung von Rechts wegen in Fortfall, gerade wie bei einer Unmöglichkeit, die erst nachträglich eintritt und von keiner der Vertragsparteien vertreten werden muß (s. oben 1 c) — eine Folge davon, daß in den hierher gehörigen Fällen der gegenseitige Vertrag in vollem Umfang nichtig ist.

Beispiele. I. A. hat laut Vertrag mit B. den Austausch seines Hauses x gegen das angeblich dem B. gehörige Haus y vereinbart; doch gehört y in Wahrheit dem C., und es ist im Grundbuch, das fälschlich als Eigentümer von y den B. angibt, auf Antrag C.s eine

4) Dafür RG. 50 S. 263, 66 S. 67; Schöller bei Gruchot 44 S. 603; dagegen Bland und Örtmann zu § 325, Endemann 1 § 125³⁷ Risch, Jahrb. f. Dogm. 44 S. 68.

Stunde vor Abschluß des Tauschvertrages ein Widerspruch gegen die Richtigkeit dieser Angabe eingetragen; demnach ist die Ausführung des Tauschvertrages für B. von Anfang an subjektiv unmöglich, da er von Anfang an außerstande ist, y dem A. gültig zu übereignen; x ist 80 000, y 85 000 Mk. wert. Hier kann A., wenn er jene Unmöglichkeit bei Abschluß des Vertrages weder gekannt hat noch hat kennen müssen, nach seiner Wahl von B. gegen Herausgabe von x Schadensersatz für y in Höhe von 85 000 Mk. fordern oder vom Tausch zurücktreten oder ohne eine eigne Gegenleistung von B. Schadensersatz für y in Höhe von 5000 Mk. beanspruchen. II. Siehe auch unten S. 432, 433.

IV. Wie oben zu I, 1 a gezeigt, hat der Gläubiger, wenn eine ihm vertragsmäßig zugesagte Leistung von Anfang an objektiv unmöglich war, keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen des Ausbleibens dieser Leistung. Wohl aber kann ihm ein Anspruch auf den Ersatz des Schadens zustehn, den er durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erleidet (Ersatz des negativen Vertragsinteresses, oben S. 390); und zwar steht dieser Anspruch ihm zu, wenn die Unmöglichkeit der Leistung schon beim Vertragsschluß dem Schuldner bekannt war oder bekannt sein mußte, während er selber sie damals nicht gekannt hat und nicht zu kennen brauchte. Dagegen dreht sich diese Ersatzpflicht um, wenn bei dem Vertragsschluß er selber die Unmöglichkeit der Leistung gekannt hat oder hätte kennen müssen, während sie dem Schuldner weder bekannt war noch bekannt sein mußte: alsdann ist ersatzberechtigt der Schuldner, ersatzpflichtig der Gläubiger (307 I).

Beispiele. Man nehme an, daß in dem oben S. 405 behandelten Fall der Rappe Talbot eine Stunde vor Abschluß des Tauschvertrages verendet ist, ohne daß eine der Parteien es gewußt hat; in dem Tauschvertrage war vereinbart, daß jede Partei das eingetauschte Pferd sofort abholen sollte; demnach schicken C. und D. ihre Stallknechte gleich nach Abschluß des Vertrages aneinander ab; die Knechte kehren aber unverrichteter Sache zurück, da inzwischen der Unfall des Talbot bekannt geworden ist; durch die vergebliche Reise ist sowohl dem C. wie dem D. ein Schaden von 15 Mk. erwachsen. I. Erster Fall: der Unfall des Talbot hätte bei Abschluß des Vertrages dem D., nicht aber auch dem C. bekannt sein müssen. Hier ist D. dem C. schadensersatzpflichtig; er braucht aber nicht das große oben S. 405 spezifizierte positive, sondern nur das negative Geschäftsinteresse mit 15 Mk. zu erstatten. II. Zweiter Fall: der Unfall hätte umgekehrt dem C., nicht aber auch dem D. bekannt sein müssen. Hier ist C. dem D. ersatzpflichtig; die zu ersetzende Summe ist ebenso hoch wie zu I. III. Dritter und vierter Fall: der Unfall hätte sowohl dem C. wie dem D. oder weder dem C. noch dem D. bekannt sein müssen. Hier ist eine Ersatzpflicht beiderseits ausgeschlossen.

V. Ist eine Leistung, die im Rechtsinn unteilbar ist, tatsächlich nur zu einem Teil unmöglich, so ist sie im Rechtsinn ganz unmöglich. Dagegen kann eine Leistung, die im Rechtsinn teilbar ist, nicht bloß tatsächlich, sondern auch im Rechtsinn zu einem Teil unmöglich, zu einem andern Teil möglich sein.

1. Eine solche Teilunmöglichkeit hat grundsätzlich für den möglichen Teil der Leistung keine Bedeutung. Der Gläubiger kann also ebenso wie der Schuldner getrennt für sich auf der Vornahme dieses möglichen Teils bestehen; hat der Gläubiger infolge der Teilunmöglichkeit einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder ein Rücktrittsrecht, so kann er beide Rechte nur in Ansehung des unmöglichen Teils geltend machen; wird er wegen der Teilun-

möglichkeit von der ihm selber obliegenden Gegenleistung befreit, so gilt dies nur für den Teil der Gegenleistung, der dem unmöglichen Teil der andern Leistung entspricht (§. 323 I, zweiter Halbsatz).

2. Doch erleidet die Regel zu 1 eine Ausnahme, wenn der Gläubiger an dem möglichen Teil der Leistung gar kein Interesse hat: er kann hier, wenn er infolge der Teilunmöglichkeit einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder ein Rücktrittsrecht hat, Schadensersatz wegen Ausbleibens der ganzen Leistung fordern oder von dem Vertrage im ganzen zurücktreten (§. 280 II, 325 I Satz 2).

3. Eine noch weiter gehende Ausnahme gilt, wenn eine vertragsmäßig bedungene Leistung zu einem Teil von Anfang an objektiv unmöglich ist: hier ist infolge der Teilunmöglichkeit der Vertrag als Ganzes nichtig, es sei denn, daß anzunehmen ist, die Parteien würden den Vertrag auch über den möglichen Teil der Leistung allein abgeschlossen haben (§. 139, 307 II). Demgemäß erstreckt sich die Wirkung der Teilunmöglichkeit in diesem Fall auf den möglichen Teil der Leistung selbst dann, wenn der Gläubiger eines Interesses an diesem Teil durchaus nicht darbt, sondern nur die Interessen des Schuldners einer Teilerfüllung des Vertrages widerstreiten.

Beispiele. I. Der Sänger A. hat für ein von B. veranstaltetes Konzert eine Arie zu singen übernommen, obschon er das im letzten Takt ein einziges Mal vorkommende hohe c nicht singen kann. Hier liegt vollständige Unmöglichkeit und nicht bloß Teilunmöglichkeit der geschuldeten Leistung vor. Denn eine Arie ist im Rechtsinn unteilbar. II. Der Klavierspieler C. ist von D. für ein Konzert engagiert, um den Sänger E. beim Vortragen einiger Lieder zu begleiten und außerdem eine Klaviersonate zu spielen; C. ist aber vor dem Konzert plötzlich gestorben. Hier liegt Teilunmöglichkeit in Ansehung der Liederbegleitung vor. 1. Ist E. erst gestorben, nachdem C. bereits engagiert war, so bleibt das Engagement mit Bezug auf die Klaviersonate gültig; C. muß sie also spielen, erhält aber dafür bloß einen entsprechenden Teil des bedungenen Honorars. Anders nur, wenn D. an dem bloßen Vortrage der Sonate gar kein Interesse hat. 2. War E. schon gestorben, als C. von D. engagiert wurde, so ist C.'s Engagement ganz ungültig; denn es ist nicht anzunehmen, daß er allein für die Klaviersonate engagiert worden wäre.

VI. 1. Ist eine Leistung nur vorübergehend unmöglich, so kommen grundsätzlich nicht die Regeln von der Unmöglichkeit, sondern die Regeln von der Verspätung der Erfüllung (unten §§ 105 ff.) zur Anwendung. Die wichtige Folge ist, daß die Unmöglichkeit ihre rechtliche Bedeutung verliert, wenn sie bis zur Erfüllungszeit oder unter Umständen bis zum Ablauf einer dem Schuldner vom Gläubiger zu gewährenden angemessenen Nachfrist gehoben wird.

2. Doch erleidet die Regel zu 1 eine Ausnahme, wenn eine vertragsmäßig bedungene Leistung von Anfang an objektiv unmöglich ist: hier bleibt der Vertrag grundsätzlich nichtig, auch wenn die Unmöglichkeit nachträglich gehoben wird, es sei denn, daß der Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend für den Fall der Möglichkeit der Leistung oder daß er unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung geschlossen war und die Unmöglichkeit noch vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird (308).

Beispiel. Die Tänzerin A. hat sich von B. für ein Gastspiel im Mai engagieren lassen, obgleich die Polizei dem B. erklärt hat, sie verböte das Auftreten der A. und würde es nötigenfalls gewaltsam verhindern. Hier ist das Engagement der A. nichtig und bleibt es auch dann, wenn die Polizei das Verbot nachträglich aufhebt.

VII. 1. a) Sehr oft wird es geschehn, daß der Schuldner infolge des Umstandes, der die geschuldete Leistung nachträglich unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand irgendein Surrogat gewinnt. Ist dies der Fall, so kann der Gläubiger das Surrogat für sich beanspruchen; er kann also fordern, daß der Schuldner ihm herausgibt, was er als Ersatz für den geschuldeten Gegenstand empfangen hat, oder daß er, soweit er einen Ersatz noch nicht empfangen, aber von einem Dritten zu beanspruchen hat, diesen Anspruch an ihn abtritt (281 I).

b) Das Recht des Gläubigers auf das Surrogat der geschuldeten Leistung steht ihm sowohl dann zu, wenn der Schuldner die Umstände, auf denen die Unmöglichkeit der Leistung beruht, zu vertreten hat, wie dann, wenn der Schuldner von dieser Vertretung frei ist. In ersterem Fall konkurriert das Recht auf das Surrogat mit dem Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung in der Art, daß, wenn der Gläubiger beide Rechte nebeneinander geltend macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Surrogats gemindert wird (281 II).

c) Ist die unmöglich gewordene Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage geschuldet, so bleibt der Gläubiger so lange, als er das Recht auf das Surrogat der unmöglichen Leistung geltend macht, zu seiner eignen Gegenleistung verpflichtet. Doch mindert sich die Gegenleistung insoweit, als der Wert des Surrogats hinter dem Wert der geschuldeten Leistung zurückbleibt (323 II, 325 I Satz 3).

2. Zweifelhaft ist, ob die Regeln zu 1 analog anwendbar sind, wenn eine Leistung, die als Gegenstand einer Forderung bestimmt war, bereits zu der Zeit unmöglich war, als die Forderung zur Entstehung gelangen sollte. Wie es scheint, wird man die Frage nur für den Fall bejahen dürfen, daß der Gläubiger infolge der Unmöglichkeit der Leistung einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung hat.⁵

Beispiel. A. hat eine Ware, die ihrem richtigen Wert nach für 10000 Mk. gegen Feuergefährdung versichert war, irrtümlich für 8000 Mk. an B. verkauft; die Ware verbrennt. I. Hier kann B. verlangen, daß A. ihm seinen Anspruch gegen den Versicherer auf Auszahlung der Versicherungssumme abtritt, wenn der Brand erst nach Abschluß des Kaufs stattgefunden hat, mag dem A. oder dessen Leuten bei dem Brande ein Verschulden zur Last fallen oder nicht. II. Dagegen kann B. die Abtretung nicht fordern, wenn der Brand vor Abschluß des Kaufs stattgefunden hat.

VIII. Ist es streitig, ob eine geschuldete Leistung möglich ist und ob, wenn sie unmöglich ist, der Schuldner die Umstände, auf denen die Unmöglichkeit beruht, vertreten muß, trifft die Beweislast den Schuldner (s. 282).

IX. In allen Fällen, in denen ein Gläubiger wegen Unmöglichkeit einer ihm vertrags-

5) Abw. Pland Anm. 7 zu BGB. 281.

mäßig gebührenden Leistung den Rücktritt vom Vertrage erklärt oder im Fall einer bloßen Teilunmöglichkeit Schadenersatz wegen Nichterfüllung seiner ganzen Forderung verlangt, finden die Regeln, die für ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht gelten, analoge Anwendung (327 Satz 1, 280 II Satz 2); dasselbe ist anzunehmen, wenn bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger der unmöglichen Leistung die ihm obliegende Gegenleistung verweigert und zugleich Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert (s. oben S. 404 γ). Die Folge ist unter anderm, daß der Schuldner dem Gläubiger eine angemessene Frist bestimmen darf, binnen deren dieser sich über die Ausübung seiner Rechte erklären muß (355).

p) Verbotene Leistungen.

§ 100.

I. Verboten ist eine Leistung in dem hier gemeinten Sinn nicht bloß dann, wenn die Vornahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, sondern auch dann, wenn es gesetzlich verboten ist, die an und für sich erlaubte Leistung zum Gegenstande eines Schuldversprechens zu machen. Außer den bereits im allgemeinen Teil dieses Werks (oben § 62a) genannten seien hier noch folgende zwei Verbote erwähnt.

1. Verboten ist ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein ganzes künftiges Vermögen oder einen Bruchteil davon einem andern zu übertragen oder zugunsten eines andern mit einem Nießbrauch zu belasten (310). Dagegen ist ein solcher Vertrag erlaubt, wenn er sich auf das gegenwärtige Vermögen der Partei bezieht; er bedarf aber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (311).

2. Verboten ist ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten oder über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus einem solchen Nachlaß. Doch gilt eine Ausnahme, wenn der Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird; er bedarf aber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (312).

II. Verbotene Leistungen werden im allgemeinen wie unmögliche behandelt. Insbesondere ist Vertrag, der schon zur Zeit des Abschlusses gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, es sei denn, daß er für den Fall der Aufhebung des betreffenden Verbots geschlossen wäre (134, 309). Eine Schadenersatzpflicht greift Platz, wenn eine der Parteien schon beim Vertragschluß das Verbot gekannt hat oder hätte kennen müssen, die andre nicht (309).

III. Verfügungen über Forderungen.

§ 101.

I. Verfügungen über Forderungsrechte kommen in der mannigfachsten Art vor: der Gläubiger kündigt seine Forderung, er tritt sie an einen andern ab oder verpfändet sie ihm, er leistet auf sie Verzicht, er verwendet sie zur Aufrechnung auf eine Gegenforderung des Schuldners, er hebt sie dadurch

auf, daß er eine Leistung des Schuldners als Erfüllung der Forderung annimmt usw.

II. Wie bei allen andern Vermögensrechten, so ist auch bei den Forderungen nicht allein der Rechtsinhaber zur Verfügung über das Recht zuständig, sondern die Verfügungsmacht ist in gewissem Umfang auch auf andre Personen übertragen: den Verfügungen des Gläubigers über seine eignen treten also Verfügungen eines Nichtgläubigers über fremde Forderungen zur Seite (s. oben § 58). Unter den hierher gehörigen Fällen sind wegen ihrer praktischen Wichtigkeit und ihrer rechtlichen Eigenart besonders bemerkenswert diejenigen, in denen jemandem die Rechtsmacht zur Verfügung über eine fremde Forderung nur um deswillen zugestanden wird, weil der äußere Schein dafür spricht, daß er der Gläubiger der Forderung ist. Es sei gestattet, in Fällen dieser Art den Inhaber der Verfügungsmacht als Scheingläubiger zu bezeichnen.

1. Die Zahl der Fälle, in denen Verfügungen, die ein Scheingläubiger über eine ihm anscheinend gehörige Forderung trifft, als solche gültig sind, ist verhältnismäßig gering und bleibt weit hinter der Zahl der Fälle zurück, in denen, wie später im Sachenrecht zu zeigen, die Verfügungen eines Scheineigentümers über die ihm anscheinend gehörigen Grundstücke oder Fahrnisachen oder die Verfügungen eines Scheinhypothekengläubigers über die ihm anscheinend gehörige Hypothek volle Geltung haben. Sehen wir einstweilen von den durch Inhaber-, Order- oder Legitimationspapiere verbrieften und von den hypothekarisch gesicherten Forderungen ab, so haben wir es im wesentlichen nur mit drei Fällen zu tun. Unter vorläufigem Verzicht auf eine völlig genaue Feststellung ihres Tatbestandes seien diese drei Fälle charakterisiert wie folgt:

a) Erster Fall: jemand verfügt über eine Forderung, die ihm einstmals gehört hat, aber später auf einen andern Gläubiger übergegangen ist (407 I, 412).

b) Zweiter Fall: jemand verfügt über eine Forderung, die laut Erklärung des Gläubigers auf ihn übergegangen sein soll, während der Übergang in Wahrheit nicht erfolgt ist (409, 412).

c) Dritter Fall: jemand verfügt über eine zum Nachlaß eines Verstorbenen gehörige Forderung als angeblicher Erbe, gestützt auf einen Erbschein, der ihn fälschlich als Erben benennt (2366).

Näheres s. unten §§ 114, 400.

Als vierten Fall kann man noch den erwähnen, daß jemand über eine fremde Forderung, gestützt auf eine über sie ausgestellte von ihm zu Unrecht benutzte Quittung, verfügt (370). Nur kann man den Verfügenden in diesem Fall nicht als Scheingläubiger, sondern muß ihn als Scheinermächtigten des Gläubigers bezeichnen.

2. In allen drei zu 1. genannten Fällen ist die Verfügungsmacht des Scheingläubigers eigentümlich beschränkt; insbesondre gilt sie im ersten und zweiten Fall nur für Verfügungen zugunsten des Schuldners und versagt in

dem ersten und dritten Fall ganz, wenn der Partei, der gegenüber die Verfügung vorgenommen wurde, der Mangel des Gläubigerrechts auf Seiten des Verfügenden nachweislich bekannt gewesen ist.

3. Außerhalb des Bereichs der zu 1 angeführten Fälle sind die Verfügungen eines Scheingläubigers als solche ungültig, und zwar sogar dann, wenn die Partei, der gegenüber die Verfügungen vorgenommen wurden, selbst bei Anwendung der allergrößten Sorgfalt annehmen mußte, der Scheingläubiger sei der wahre Gläubiger. Nicht zu verkennen ist, daß dadurch die Interessen der Personen, die mit dem Scheingläubiger rechtsgeschäftlich in Verkehr treten, in peinlichster Weise gefährdet werden.

Beispiel. A. hat einen ihm gehörigen Schmuck und den Schuldschein über eine ihm zustehende Darlehnsforderung gegen B. dem C. zur Verwahrung gegeben, während er selbst eine Reise ins Ausland antritt; C. benutzt das ihm von A. geschenkte Vertrauen, um den Schmuck an B. zu veräußern und zugleich von B. dessen Darlehnsschuld einzuziehen, und verschwindet mit dem von B. für den Schmuck und auf seine Schuld bezahlten Gelde; und zwar hat er sich dem B. gegenüber in Ansehung der Forderung dadurch legitimiert, daß er ihm außer dem Schuldschein eine angeblich von A. ausgestellte, in Wahrheit aber meisterhaft gefälschte Abtretungserklärung vorlegt. Hier erlangt B., wenn er in gutem Glauben war, das Eigentum des Schmucks (932), während er von seiner Schuld gegenüber A. nicht befreit wird: die Verfügung, die C. als Scheineigentümer des Schmucks traf, war wegen des guten Glaubens des B. gültig; die Verfügung, die C. als Scheingläubiger der Darlehnsforderung traf, war trotz des guten Glaubens des B. ungültig.

III. Einer Form bedürfen die Verfügungen über Forderungen nicht: sie können, auch wenn die Forderungen, denen sie gelten, noch so wichtig, noch so schwierig sind, auch mündlich und sogar stillschweigend getroffen werden. Eine Ausnahme gilt bei hypothetarisch gesicherten oder durch Inhaber- oder Orderpapiere verbrieften Forderungen.

IV. Soweit eine Forderung teilbar ist, kann eine Verfügung auch auf einen Teil der Forderung beschränkt werden (Teilabtretung, Teilerlaß, Teilaufrechnung usw.).

V. Die meisten Verfügungen über Forderungen können auch unter Bedingungen und Befristungen — auflösenden wie aufschiebenden — erfolgen. Eine Ausnahme gilt namentlich bei der Aufrechnung (388) und der Kündigung (oben S. 238, 4).

VI. Enthält die Verfügung über eine Forderung eine Zuwendung, so kann sie sowohl abstrakt wie als Zweckzuwendung vorgenommen werden (oben S. 162). Die herrschende Meinung nimmt freilich für den Erlaß und die Abtretung das Gegenteil an: ihr zufolge sollen beide Verfügungen nur abstrakt erfolgen dürfen.¹ Doch hat diese Meinung im Wortlaut des Gesetzes nicht die mindeste Stütze, und auch sachliche Gründe, die für sie sprechen, sind nicht erfindlich.

Beispiele. I. A. „schenkt“ eine ihm gegen B. zustehende Forderung dem C. Hier liegt eine Abtretung der Forderung durch eine Zweckzuwendung vor. Nichts wäre unnatürlicher,

1) Örtmann, Anm. 4 zu § 397; Enneccerus 1 S. 765.

als dies einheitliche Geschäft, ohne daß der Wortlaut des Gesetzes uns dazu nötigte, in zwei Rechtsakte zu zerlegen, einen kausalen (Schenkung) und einen abstrakten (Abtretung). II. D. läßt sich von E. „käuflich“ eine diesem gegen F. zustehende Forderung übertragen; nachträglich sicht E. den Verkauf der Forderung an, weil er sich über den von D. bewilligten Kaufpreis in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Hier wird durch die Anfechtung zugleich mit dem Verkauf auch die Abtretung der Forderung nichtig. III. G. tritt eine ihm gegen F. zustehende Forderung dem F. mit der Klausel ab, daß F. die Forderung lediglich für seine, des G., Rechnung einzeln solle. Hier kann G. diesen Einziehungsauftrag beliebig widerrufen; tut er das, so fällt auch die Forderung von selbst an ihn zurück.²

VII. 1. Manche Verfügungen über Forderungsrechte können nur vertragsmäßig geschehn, wie die Abtretung und der Erlaß einer Forderung; andre können auch durch einseitiges Rechtsgeschäft erfolgen wie die Aufrechnung und die Kündigung.

2. Muß eine Verfügung vertragsmäßig vorgenommen werden, so ist der Vertrag der Regel nach mit dem zu schließen, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgt: vertragsmäßige Verfügungen zugunsten Dritter sind nur ausnahmsweise statthaft (s. 414).

Beispiel. A. vereinbart mit B., daß er eine ihm gegen C. zustehende Forderung dem D. abtrete. Hier geht die Forderung des A. gegen C. auf D. erst über, wenn D. dem zwischen A. und B. abgeschlossenen Vertrage beiträgt. Anders, wenn A. mit B. nicht die Abtretung der Forderung an C. vereinbart, sondern sich nur persönlich zu dieser Abtretung verpflichtet hätte (*pactum de cedendo*): hier ist es möglich, daß D. sofort ein Recht auf die Abtretung erwirbt, auch wenn er dem Vertrage nicht beigetreten ist (s. oben S. 399).

IV. Erfüllung der Forderungen.

1. Leistung zwecks Erfüllung.¹

§ 102.

I. Die Erfüllung einer Forderung (*solutio*) geschieht je nach deren Gegenstande in der allerverschiedensten Weise: bald besteht sie in der Zahlung von Geld, bald in der Übereignung anderer Sachen, bald in der Überlassung von Sachen zum Gebrauch, bald in der Leistung von Diensten, bald in bloßen Unterlassungen.

II. Zum Tatbestande der Erfüllung gehört es regelmäßig, daß die Erfüllung in der Absicht vorgenommen wird, eine Schuld zu tilgen (*animus solvendi*); insoweit diese Voraussetzung zutrifft, ist die Erfüllung notwendig ein Rechtsgeschäft. Es gibt aber auch Forderungen, die ohne eine solche Absicht rechtsgültig erfüllt werden können, insbesondere Forderungen, die auf eine Unterlassung gerichtet sind; bei ihnen entbehrt die Erfüllung des rechtsgeschäft-

²) RG. 53 S. 418. Siehe Schöninger, Arch. f. ziv. Pr. 96 S. 163. Abw. Örtmann, Vorbem. 3 vor § 398.

¹) Collaß, Jahrb. f. Dogm. 40 S. 127; Klein, Natur der *causa solvendi* (Diff. 03); Kretschmar, Erfüllung I (06).

lichen Charakters und ist ein rein tatsächlicher Vorgang. Doch ist das eine wie das andre bestritten.²

Beispiele. I. 1. Die Sängerin A. hat sich gegenüber B. verpflichtet, gegen ein Honorar von 200 Mk. auf einer Gesellschaft bei ihm ein Lied zu singen; nun wird sie einmal von B. zu einer kleinen Gesellschaft eingeladen, trägt dort unaufgefordert ein Lied vor und schickt dem B. tags drauf eine Rechnung über 200 Mk. zu; B. will aber jene ungebetene Leistung der A. nicht als Erfüllung ihres Versprechens gelten lassen, da sein Plan war, den Gesang der A. für ein größeres Fest aufzusparen. Hier ist die A. nur im Recht, wenn sie beim Vortrage ihrer Lieder erkennbar den animus solvendi hatte, d. h. wenn sie damals erkennbar beabsichtigte, durch den Vortrag ihre Schuld gegenüber B. zu erfüllen; denn war dies der Fall, so hätte B. sich entweder diese Art der Erfüllung gefallen lassen oder allermindestens sofort dagegen Widerspruch einlegen müssen. Der Gesang der A. hatte also, obgleich er an und für sich gewiß kein Rechtsgeschäft war, doch in diesem Fall, als Erfüllung einer Schuld der A., rechtsgeschäftlichen Charakter. 2. Noch viel deutlicher tritt der rechtsgeschäftliche Charakter der Erfüllung als solcher hervor, wenn C., der dem Bankier D. 1000 Mk. schuldet, ihm durch Geldbrief 800 Mk. schickt. Denn diese Zahlung kann allen möglichen Zwecken dienen: sie kann z. B. als Voranschuß für Auslagen gedacht sein, die D. erst in Zukunft für C. machen soll. Wenn sie also im Einzelfall dazu dienen soll, die Schuld C.s gegenüber D. zu tilgen, so muß C. dies rechtsgeschäftlich besonders bestimmen. Doch soll damit selbstverständlich nicht gesagt sein, daß diese Bestimmung eine ausdrückliche sein müßte. II. Wenn C. seinem Nachbar F. versprochen hat, gegen eine jährliche Vergütung von 200 Mk. während der nächsten zehn Jahre in seinem Garten keine Bauten zu errichten, so kann er diese seine Verpflichtung auch unabsichtlich erfüllen, also sogar dann, wenn er das dem F. gegebene Versprechen gänzlich vergessen hat und das Bauen in seinem Garten nur unterläßt, weil es ihm selber nicht paßt.

III. 1. Besteht die Erfüllung einer Forderung in einem Rechtsgeschäft, so ist sie regelmäßig gegenüber dem vorzunehmenden, der zur Verfügung über die Forderung im allgemeinen zuständig ist (s. oben S. 411). Doch wird nicht selten ein andres bestimmt: jemand wird gesetzlich oder rechtsgeschäftlich ermächtigt, die Erfüllung einer Forderung in eigenem Namen anzunehmen, obgleich er im übrigen zur Verfügung über die Forderung nicht zuständig ist (*solutionis causa adjectus*). Einen besonders wichtigen Fall einer solchen Ermächtigung werden wir weiter unten zu VIII, 3 in der Lehre von der Quittung kennen lernen.

Beispiel einer rechtsgeschäftlichen Bestellung eines *solutionis causa adjectus*: A. gibt dem B. ein Darlehn und bestimmt dabei, daß, da er selbst viel auf Reisen ist, die Zinsen stets an den Bankier C. zu zahlen seien.

Die rechtsgeschäftliche Bestellung eines *solutionis causa adjectus* ist vieldeutig; welche Bedeutung sie im Einzelfall hat, läßt sich nur durch Auslegung des Rechtsgeschäfts bestimmen. So kann sie bedeuten, daß der Schuldner an den s. c. a. zu leisten verpflichtet oder daß er zur Leistung an ihn nur ermächtigt ist; so kann sie widerruflich oder unwiderruflich gemeint sein usw.

Der *solutionis causa adjectus* ist nicht etwa als Mitgläubiger neben dem eigentlichen Gläubiger anzusehn; denn er kann die dem Schuldner obliegende Leistung im Zweifel zwar annehmen, nicht aber einfordern oder gar einklagen. Ebenso wenig darf man ihn aber für einen bloßen Stellvertreter des Gläubigers halten; denn er nimmt die ihm vom Schuldner angebotene Leistung in eigenem Namen an und quittiert deshalb auch in eigenem Namen darüber; daraus folgt z. B., daß wenn es sich um eine Geldzahlung handelt, das Geld in

2) Kretschmar a. a. O. S. 82, 98.

sein und nicht in des Gläubigers Eigentum übergeht und daß, wenn der Schuldner wesentlich mehr an ihn bezahlt hat, als in der von ihm ausgestellten Quittung steht, für das Mehr nur er und nicht der Gläubiger haftbar ist.

2. Selbstverständlich braucht die Erfüllung an den, der zum Empfang der geschuldeten Leistung zuständig ist, nicht in Person zu erfolgen, sondern kann auch an einen mit Vertretungsmacht ausgerüsteten Stellvertreter geschehn.

Beispiel. In dem eben zu 1 genannten Fall kann sich der Bankier C. bei Annahme der Zahlung B.'s durch seinen Prokuristen D. vertreten lassen. Dann ist A. Gläubiger; C. hat neben A. über dessen Forderung eine (beschränkte) Verfügungsmacht; D. endlich ist befugt, diese Macht im Namen C.'s geltend zu machen.

3. Wird die Erfüllung gegenüber einer Person vorgenommen, die weder zur Empfangnahme der geschuldeten Leistung in eigenem Namen zuständig ist noch für eine derart zuständige Person Vertretungsmacht hat, so ist die Erfüllung als solche ungültig und der Schuldner bleibt zu ihrer Wiederholung gegenüber der richtigen Adresse verbunden. Doch kann die Ungültigkeit nach Maßgabe der früher entwickelten Regeln nachträglich mit rückwirkender Kraft geheilt werden (s. oben S. 195, 294).

Beispiel. A. steht wegen seines Hauses in Verkaufsverhandlung mit B.; C., der in A.'s Hause zur Miete wohnt, zahlt im Glauben, daß die Verhandlung zum Abschluß gelangt und B. Eigentümer des Hauses geworden sei, den fälligen Mietzins an B. I. Hier ist diese Zahlung selbstverständlich keine gültige Erfüllung der auf den Mietzins gerichteten Forderung. Denn diese Forderung stand allein dem A. zu, und B. konnte nicht über sie verfügen, also auch nicht die Erfüllung von seiten C.'s annehmen. II. 1. Dagegen wird die Erfüllung rückwirkend gültig, wenn B. die von C. gezahlte Summe an A. abliefern und A. daraufhin die Zahlung genehmigt. 2. Dasselbe ist der Fall, wenn die Verhandlung zwischen A. und B. nachträglich zum Abschluß kommt und B. damit das Haus samt jener angeblich bereits erfüllten Mietzinsforderung A.'s gegen C. nachträglich erwirbt.

IV. 1. Viele Leistungen, die zur Erfüllung einer Forderung dienen, sind höchstpersönlich und können alsdann nur durch den Schuldner selbst geschehn.

Beispiele. Die Erteilung von Unterricht, schauspielerische und sonstige künstlerische Leistungen, Dienstbotenarbeit, ärztliche Behandlung.

2. Dagegen braucht der Schuldner alle andern Leistungen, die ihm zur Erfüllung einer gegen ihn bestehenden Forderung obliegen, nicht in Person zu bewirken, sondern kann sie einem Vertreter oder Gehülften auftragen. Ja es bedarf bei derartigen Leistungen nicht einmal eines Auftrages von seiten des Schuldners, sondern jeder beliebige Dritte kann sie für den Schuldner aus eigenem Antriebe vornehmen. Dabei ist aber folgendermaßen zu unterscheiden.³

a) Im allgemeinen ist der Gläubiger stets berechtigt, die Intervention des Dritten anzunehmen, und, solange der Schuldner ihr nicht widerspricht, ist er sogar dazu verpflichtet (267). Nicht als ob der Dritte selber ein Recht hätte, dem Gläubiger seine Intervention aufzudrängen! Wohl aber ist es der Schuldner, der ein Recht darauf hat, daß der Gläubiger die Intervention des Dritten nicht verschmäht: nicht gegenüber dem Dritten, sondern gegenüber dem

3) Ortman, Arch. f. ziv. Pr. 82 S. 367.

Schuldner gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er das Angebot des Dritten zurückweist.

Beispiel. Die durch ihren aufdringlichen Wohltätigkeitsport bekannte A. hört, daß B. sich weigert, eine fällige Darlehnschuld an seinen Gläubiger C. zu bezahlen, weil sie seiner Ansicht nach noch nicht fällig sein soll und daß B. und C. sich insolgedessen entzweit haben; nun tritt die A. ungebeten als Friedensstifterin auf, indem sie dem B. die Bezahlung des Darlehns aus eignen Mitteln anbietet. Hier kann die A. ihre Aufdringlichkeit bewähren, indem sie bei ihrem Angebot verbleibt, obschon nur der Schuldner B. oder nur der Gläubiger C. damit einverstanden ist, während der andre Teil gegen ihre Einmischung nachdrücklich protestiert. Nur wenn B. und C. in der Ablehnung des Angebots einig sind, wird die A. eine Niederlage erleiden.

b) Ganz anders ist die Rechtslage, wenn der Gläubiger wegen seiner Forderung bereits die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand zu betreiben begonnen hat, an dem einem Dritten ein beschränktes Recht, insbesondere ein Pfandrecht zusteht oder der sich im Besitz eines Dritten befindet, und wenn der Dritte Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung sein Recht an dem Gegenstande oder seinen Besitz zu verlieren.

α) Hier gilt zunächst die Besonderheit, daß der Gläubiger ein Erfüllungsangebot des Dritten selbst dann annehmen muß, wenn der Schuldner ihm widerspricht, und daß er, falls er das Angebot ablehnt, nicht bloß gegenüber dem Schuldner, sondern auch gegenüber dem Dritten in Annahmeverzug gerät. Der Dritte kann hier also auf der Annahme seines Angebots in eigenem Interesse, aus eigenem Recht bestehen (268 I).

β) Außerdem wird insoweit, als der Dritte die Forderung des Gläubigers tatsächlich erfüllt, diese Forderung nicht aufgehoben und also der Schuldner nicht befreit. Vielmehr geht die Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten über (268 III).

Beispiel. Der Grundstückseigentümer A. ist dem B. 10000 M. schuldig und hat ihm zur Sicherung die erste Hypothek an seinem Grundstück bestellt; eben dieses Grundstück ist noch mit einer zweiten Hypothek zugunsten des C. belastet und ist auf achtzehn Jahre dem D. pachtweise überlassen. Hier können, sobald B. wegen seiner Forderung das Grundstück zur Zwangsversteigerung bringt, sowohl C. wie D. dem B. die Bezahlung der 10000 M. aufdrängen, auch wenn A. dem widerspricht; denn wenn sie den B. nicht befriedigen, würde ja die Zwangsversteigerung ihren Fortgang nehmen und es würde die Gefahr bestehen, daß C. bei der Versteigerung mit seiner zweiten Hypothek ganz oder teilweise ausfiele und daß D. seinen Pachtbesitz lange vor Ablauf der achtzehn Jahre räumen müßte. Nimmt B. die Zahlung C.'s an, so geht seine Forderung samt der Hypothek auf C. über, so daß diesem fortan außer der zweiten Hypothek auch die erste Hypothek an A.'s Grundstück zusteht.

Eine weitere Besonderheit des zu b genannten Falls ist, daß der Dritte nicht bloß die Forderung des Gläubigers erfüllen, sondern sie auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung tilgen kann (268 II).

Eine ähnliche Regel wie die zu β findet sich übrigens auch anderweitig. Siehe KontOrdn. 225 II.

V. Als Erfüllung gilt nur eine Leistung, die der Forderung nach Inhalt und Umfang vollständig entspricht. Daß dies der Fall, muß der Schuldner beweisen. Demgemäß genügt es nicht, daß der Schuldner dartut, er habe an den Gläubiger irgendeine Leistung gemacht, sondern er muß weiter darlegen,

daß diese Leistung mit der Forderung des Gläubigers übereinstimmt. Auch dadurch, daß der Gläubiger die Leistung entgegennimmt, wird an dieser Regel noch nichts geändert. Nur wenn der Gläubiger die Leistung als „Erfüllung“ seiner Forderung angenommen, also ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat, daß er durch die Leistung seine Forderung als erfüllt erachte, dreht die Beweislast sich um: es ist jetzt Sache des Gläubigers darzutun, daß die Leistung unvollständig oder mangelhaft ist oder sonst mit seiner Forderung nicht übereinstimmt (363).⁴

Beispiele. I. A. sendet dem B. mittels Briefs eine Geldsumme von angeblich 1000 Mk. zur Begleichung einer Schuld; B. nimmt den Brief an, behauptet aber nachträglich, daß nur 900 Mk. darin gewesen seien. II. C. bezahlt eine Fahrkarte am Schalter mit einem Zwanzigmarkstück; der Beamte streicht das Geld ein, ruft aber den C. alsbald mit dem Bemerkten zurück, das Stück sei unecht, und legt auch tatsächlich ein falsches Zwanzigmarkstück als dasjenige vor, das C. angeblich soeben eingezahlt habe. Hier muß zu I A. den Inhalt des Geldbriefs beweisen, während zu II die Identität des von C. gegebenen und des von dem Schalterbeamten vorgezeigten unechten Goldstücks von der Bahnverwaltung bewiesen werden muß. Denn zu I hat B. das ihm zugesandte Geld nur „zum Zweck“ der Erfüllung, zu II hat der Schalterbeamte das ihm gegebene Goldstück „als“ Erfüllung angenommen.⁵

VI. Eine Erfüllung braucht der Gläubiger nur anzunehmen, wenn sie seine ganze fällige Schuld betrifft (266). Dagegen kann er eine Teilerfüllung zurückweisen; daß die Forderung, um die sich es handelt, teilbar ist, ändert an dieser Regel nichts.

Beispiele. I. A. hat dem B. Waren für 20000 Mk. verkauft; als der Kaufpreis fällig wird, will B. nur 19990 Mk. zahlen, indem er 10 Mk. wegen eines angeblichen Mindergewichts der Ware kürzt. Hier kann A. wegen dieses Abzuges die ganze Zahlung zurückweisen, vorausgesetzt natürlich, daß der Abzug, den B. gemacht hat, ein ungerechtfertigter war. II. C. hat am nämlichen Tage und durch die nämliche Verhandlung dem D. für 10000 Mk. Wertpapiere verkauft und 10000 Mk. bar geliehen; D. soll den Kaufpreis für die Papiere nach drei Monaten entrichten und auch das Darlehn zur selben Zeit zurückzahlen; nach Ablauf der drei Monate bietet D. dem C. nur die Bezahlung der Wertpapiere an. Hier darf C. diese Zahlung nicht zurückweisen; denn da der Papierverkauf und das Darlehn, wie es scheint, nur äußerlich verbunden waren, sind daraus für C. zwei durchaus selbständige Forderungen entsprungen, deren eine durch die von D. angebotene Zahlung nicht bloß zu einem Teil, sondern ganz erfüllt wird.

VII. 1. a) Hat ein Schuldner an seinen Gläubiger eine Mehrheit von Leistungen zu bewirken, die sich durch ihren Schuldgrund oder durch die Zeit ihrer Fälligkeit unterscheiden, im übrigen aber gleichartig sind, so wird eine Leistung, die nicht zur Tilgung der Gesamtschuld ausreicht, verrechnet wie folgt: es wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden die für den Gläubiger minder sichere, unter mehreren gleich sichern Schulden die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen Schulden die ältere, d. h. die früher fällige⁶, und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt (366 II).

4) RG. 57 S. 399, 66 S. 282.

5) Siehe RG. 66 S. 282.

6) Abw. Pland, Num. 4 d zu § 366

Beispiele. I. A. hat seinem Bruder B. von 03 bis 09 alljährlich ein verzinsliches Darlehn geben müssen; das erste Mal (03) gab er es dem B. allein, die folgenden sechs Male mußte Frau B. sich als Mitschuldnerin verpflichten; das zweite Mal (04) setzte er den Zinsfuß auf 5, die andern Male auf 4% fest; die drei ersten Darlehne (03, 04, 05) sollten 10, die beiden folgenden (06, 07) sollten 11, das vorletzte (08) sollte 12, das letzte (09), das nur für einen Fall vorübergehenden Bedarfs bestimmt war, sollte schon Ende 09 rückzahlbar sein; nun macht B. im Jahre 11 auf seine Schuld eine große Abschlagszahlung. Hier ist die Zahlung zuerst auf die Darlehne von 03—07 und von 09 zu verrechnen: denn die Darlehnschuld von 08 wird erst 12 fällig. Unter den erstgenannten Darlehnen nimmt das älteste von 03 den ersten Rang ein, nicht weil es das älteste, sondern weil es in Ermanglung eines Mitschuldners für A. am wenigsten sicher ist. Von den übrigen Darlehnen steht an erster Stelle das von 04, weil es durch seinen hohen Zinsfuß für B. am lästigsten ist. So bleiben schließlich noch die Darlehne von 05—07 und von 09 übrig; unter ihnen hat den Vorrang das jüngste von 09, weil es am frühesten fällig wurde; die drei andern Darlehne haben gleichen Rang. II. C. hat zwei fällige Darlehnschulden gegenüber D., von denen die eine durch eine Hypothek gesichert ist, während die andre solcher Sicherung darbt, aber laut notariellen Schuldscheins des C. sofort vollstreckt werden kann; außerdem hat C. versprochen, noch vor den Darlehnschulden eine alte Spielschuld an D. abzutragen; nun macht er eine kleine Zahlung „a conto“. Hier hat den Vorrang die mindest sichere Schuld. Das ist nicht etwa die Spielschuld, weil diese überhaupt keine Schuld im Rechtsinn ist.⁷ Ob aber die hypothekarisch gedeckte oder die durch die vollstreckbare Urkunde verbrieftete Schuld sicherer ist, läßt sich nur im Einzelfall bestimmen.

Nach Örtmann soll eine Forderung mit kurzer Verjährung minder sicher sein als eine Forderung mit langer Verjährung, also den Vorrang vor ihr haben.⁸ Nach meiner Meinung hat umgekehrt die letztere Forderung den Vorrang; denn die Verjährbarkeit einer Forderung hat nichts mit ihrer „Sicherheit“ für den Gläubiger zu tun, wohl aber mit ihrer „Lästigkeit“ für den Schuldner.

Praktisch gestaltet sich das Anrechnungsverfahren wie folgt: I. Der Gläubiger macht irgend eine Forderung geltend und beweist sie im Streitfall. II. Nunmehr macht der Schuldner irgend eine Leistung geltend, die an und für sich als Erfüllung der Forderung angesehen werden könnte und beweist sie im Streitfall. III. Hierauf führt der Gläubiger an, daß ihm gegen den Schuldner noch andre fällige Forderungen zustehn, auf die jene Leistung verrechnet werden müßte, und beweist diese Forderungen und ihren Vorrang vor der zuerst geltend gemachten Forderung.⁹ — Steht die Leistung des Schuldners und eine Mehrheit von fälligen Forderungen des Gläubigers, auf die die Leistung angerechnet werden kann, fest, so muß die Anrechnung so lange auf alle Forderungen verhältnismäßig geschehn, bis der Gläubiger oder der Schuldner den Vorrang einer einzelnen dieser Forderungen beweist.

b) Hat ein Schuldner an seinen Gläubiger außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine Leistung, die nicht zur Tilgung der ganzen Schuld ausreicht, zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und erst in letzter Reihe auf die Hauptleistung angerechnet (367 I).

Beispiel. A. hat dem B. 05 ein Darlehn von 1000 Mk. zu 5% und 06 ein gleich hohes Darlehn zu 6%, beide rückzahlbar am 1. Oktober 09, gegeben; am letzteren Tage sind beide Kapitalien mit halbjährigen Zinsen, also $1000 + 25 + 1000 + 30 = 2055$ Mk. fällig; B. zahlt aber nur 1045 Mk. Hier ist diese Zahlung nach der Regel zu a zunächst auf das dem Schuldner lästigere, weil höher verzinsliche Darlehn mit 1030, der Rest von 15 Mk. ist nach der Regel zu b auf die Zinsen des andern Darlehns zu verrechnen. Ergebnis: A. hat aus dem ersten Darlehn noch 1000 Mk. nebst laufenden 5% Zinsen sowie einen Zinsrückstand von 10 Mk. zu fordern.

7) Siehe RG. 60 S. 291.

7a) Örtmann Anm. 4 zu § 366.

8) RG. 55 S. 414.

2. Die Regeln zu 1 haben aber nur subsidiäre Geltung. Sie können nämlich nicht bloß dadurch, daß die Parteien etwas anderes vereinbaren, ausgeschlossen werden,⁹ sondern auch dadurch, daß der Schuldner bei der Leistung etwas anderes einseitig bestimmt. Doch kann der Gläubiger, wenn die einseitige Bestimmung des Schuldners von der Regel zu 1 b abweicht, die Leistung ablehnen (366 I, 367 II).

Beispiele. I. A. hat am 1. Oktober von B. 1000 Mk. nebst 6% Zinsen auf ein Jahr, gesichert durch Verpfändung von Wertpapieren, und 2000 Mk. nebst 6% Zinsen auf ein Jahr ohne Sicherung, zusammen 3180 Mk. zu fordern. Nun schickt B. an dem genannten Tage durch seinen Bankier 1000 Mk. an A. mit dem Vermerk „Zahlung a conto der Schuld des Herrn B.“; am 2. Oktober schreibt er persönlich an A.: „Die 1000 Mk. zahle ich auf das Kapital meiner durch Pfand gesicherten Schuld.“ Hier braucht A. sich auf diese Mitteilung nicht einzulassen, weil sie erst einen Tag nach der Zahlung gemacht ist, sondern kann B.s Zahlung nach den Regeln zu 1 a und b auf die nicht durch Pfand sicher gestellte Schuld von 2120 Mk. und zwar mit 120 Mk. auf die Zinsen mit 880 Mk. auf das Kapital anrechnen. II. Derselbe Fall; nur stand in dem Bankierbrief vom 1. Oktober nichts davon, daß die Geldsendung „a conto einer Schuld des B.“ geschehe, sondern es war nur bemerkt, daß sie „für Rechnung B.s“ gemacht werde. Hier ist die Zahlung B.s erst durch seinen eignen Brief vom 2. Oktober zu einer Leistung auf Schuld geworden; die in diesem Brief angeordnete Anrechnung der Zahlung ist also rechtzeitig erfolgt. Und zwar muß A. die Anrechnung insoweit gelten lassen, als sie der gesicherten Schuld von 1000 Mk. der ungesicherten Schuld von 2000 Mk. im Widerspruch zu der Regel 1 a den Vorzug gibt. Dagegen kann er sie insoweit zurückweisen, als sie im Widerspruch zur Regel 1 b bei dieser Schuld das Kapital vor den Zinsen bevorzugt; doch darf er, wenn er dies tut, das ihm geschickte mit der Anrechnungsklausel belastete Geld nicht behalten, sondern muß es dem B. wieder zur Verfügung stellen.

VIII. 1. a) Der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen eine schriftliche Quittung zu erteilen; lehnt er dies ab, so kann der Schuldner die Leistung zurückbehalten. Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse daran, daß die Quittung beglaubigt oder öffentlich beurkundet wird, namentlich im Hypothekenverkehr, so kann er auch dies verlangen, muß dann aber die Kosten vorschießen (368, 369 I).

b) Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Scheins oder, wenn der Gläubiger behauptet, hierzu außerstande zu sein, an Stelle der Quittung ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis, daß die Schuld erloschen sei, fordern (371). Die Kosten des letzteren Anerkenntnisses muß im Zweifel der Gläubiger tragen.

Der Gläubiger braucht sein Uvermögen zur Rückgabe des Schuldscheins nur zu behaupten, nicht aber auch zu beweisen. Vielmehr trifft, wenn der Schuldner die Behauptung des Gläubigers bestreitet, die Beweislast den Schuldner. Gelingt dem Schuldner die Beweisführung, so kann er auf Rückgabe des Schuldscheins bestehen, darf aber nicht etwa die ihm obliegende Leistung bis zur Rückgabe zurückbehalten.¹⁰

2. a) Die Quittung beweist die Erfüllung. Ihre Beweiskraft kann aber durch Gegenbeweis gebrochen werden. Und zwar ist hierfür erforderlich und genügend der Beweis, daß die Erfüllung tatsächlich nicht erfolgt ist.

9) RG. 66 S. 55.

10) Abw. Endemann 1 § 141²³; Hedemann, Jahrb. f. Dogm. 48 S. 86.

α) Jener Beweis ist erforderlich. Demnach reicht es nicht aus, wenn ein Gläubiger, der die von ihm ausgestellte Quittung nicht gelten lassen will, den Beweis erbringt, daß die Erfüllung gerade zu dem in der Quittung angegebenen Zeitpunkt oder in der ebenda angeführten Art nicht geschehen sei, sondern der Gläubiger muß beweisen, daß eine Erfüllung überhaupt nicht — also auch nicht zu einer andern Zeit und auch nicht in einer andern Art als die Quittung besagt — stattgefunden habe.¹¹

β) Jener Beweis ist genügend. Demnach braucht ein Gläubiger, der die von ihm ausgestellte Quittung nicht gelten lassen will und den Beweis erbracht hat, daß eine Erfüllung tatsächlich nicht erfolgt ist, nicht außerdem noch darzutun, wie er zu der Ausstellung der unrichtigen Quittung gekommen ist. Insbesondere braucht er nicht zu beweisen, daß er sich bei Ausstellung der Quittung in einem Irrtum befunden oder die Quittung nur mit dem Vorbehalt späterer Zahlung ausgestellt habe.¹²

b) Ist eine Quittung durch Gegenbeweis um ihre Beweiskraft gebracht, so ist sie deshalb noch nicht notwendig aller Rechtswirkung beraubt. Vielmehr bleibt es dem Schuldner unbenommen darzutun, daß der Gläubiger die Quittung im Bewußtsein ihrer Unrichtigkeit ausgestellt hat, um die Schuld zu erlassen; und ist dies der Fall, so ist die Quittung zwar nicht als solche, aber doch als Erlaß vollgültig.

Beispiele. I. 1. A., der Erbe B.s, hat in dessen Nachlaß einen Schuldschein C.s über 1000 Mk. vorgefunden und klagt nun gegen C. auf Zahlung; C. legt aber eine Quittung B.s vor, die folgendermaßen lautet: „Heute habe ich von Herrn C. die mir geschuldeten 1000 Mk. bar erhalten, worüber ich hiermit dankend quittiere. M. den 1. Mai 02. B.“ Damit ist der Angriff A.s gegen C. fürs erste abgeschlagen. 2. Nun legt aber A. einen Brief C.s an B. vom 3. Mai 02 vor, in dem C. schreibt, er habe die Quittung bekommen und hoffe die Schuldschuld in wenigen Tagen abzahlen zu können. Hier hat A. die Unrichtigkeit der Quittung B.s dargetan. Trotzdem bleibt die Rechtslage dieselbe wie zu 1; denn der Brief beweist zwar, daß C. bis zum 3. Mai 02, nicht aber, daß er auch später nicht bezahlt habe. Somit bleibt für A., wenn er auf dem Anspruch gegen C. besteht, nichts andres übrig, als durch Eideszuschreibung oder in anderer Art den Beweis zu führen, daß eine Bezahlung der Schuld C.s auch nach dem 3. Mai 02 nicht erfolgt sei. II. D. klagt gegen E. auf Zahlung von 100 Mk., die E. ihm als Rest einer größern Schuld von ursprünglich 1000 Mk. noch gegenwärtig schulde; E. wendet aber ein, daß er laut Quittung die ganze Schuld von 1000 Mk. bezahlt habe und legt die Quittung vor; darauf entgegnet D., daß E. in Wahrheit nur 900 Mk. bezahlt habe und jene Quittung falsch sei; E. gibt dies zu, behauptet aber jetzt, D. habe, als er die Zahlung der 900 Mk. empfangen, ihm den Rest von 100 Mk. erlassen und in diesem Sinn absichtlich eine Quittung über die vollen 1000 Mk. ausgestellt; D. bestreitet das, vermag aber, da seit dem Vorgang zehn Jahre verstrichen sind, nicht mehr anzugeben, aus welchem Grunde er statt über 900 über 1000 Mk. quittiert habe. Hier hat nicht D., sondern E. diesen zweifelhaften Punkt aufzuklären. Das will besagen: er muß durch Eideszuschreibung oder in anderer Art beweisen, daß D. auf die Restschuld der 100 Mk. Verzicht geleistet habe. Erst wenn ihm dieser Beweis gelingt, ist er von der Restschuld befreit.

11) Planck zu § 368. Abw. Örtmann Anm. 5 zu § 368. Vgl. RG. 49 S. 9.

12) Abw. Collatz a. a. O. S. 127, Endemann 1 S. 798.

3. Hat der Gläubiger über eine Leistung des Schuldners eine Quittung ausgestellt, so gilt der Überbringer der Quittung als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, es sei denn, daß die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehn (370).

a) Vorausgesetzt ist, daß die Ausstellung der Quittung nach den für einseitige nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte geltenden Regeln rechtsgültig erfolgt ist. Dagegen kommt darauf nichts an, wie der Überbringer zu der Quittung gekommen ist. Die Ermächtigung ist also unwirksam, wenn die Quittung gefälscht, sie ist wirksam, wenn die Quittung echt, aber dem Gläubiger gestohlen ist.

b) Kraft der Ermächtigung kann der Überbringer die Leistung sowohl in eigenem Namen wie auch im Namen des Gläubigers als dessen Stellvertreter in Empfang nehmen.

Beispiel. I. Der Maler A. hat über zwei von ihm für B. und C. gemalte Porträts Rechnungen ausgestellt, die für B. mit, die für C. ohne Quittung; das Notizbuch, in dem sich beide Rechnungen befanden, hat er in einen Straßenbahnwagen liegen lassen; D. hat sie dort gefunden und die Rechnungsbeträge von B. und C. eingezogen. Hier ist B. durch die Zahlung an D. befreit; C. ist A.'s Schuldner geblieben. II. Derselbe Fall wie zu I; nur war A. wegen Verschwendung entmündigt und hat die Quittung ohne die erforderliche Einwilligung seines Vormundes ausgestellt. Hier ist auch eine Befreiung B.'s nicht eingetreten. III. Derselbe Fall wie zu I; nur war D.'s Erscheinung so stolzenhaft, daß die Annahme ausgeschlossen war, A. könnte ihn zur Einziehung des Rechnungsbetrages ermächtigt haben. Hier wird B. gleichfalls nicht befreit.

IX. 1. a) Nicht selten nimmt jemand eine Leistung zum Zweck der Erfüllung einer angeblich gegen ihn bestehenden Forderung vor, indem er gleichzeitig das Vorhandensein der Forderung bestreitet und sich das Recht auf Rückgewähr der Leistung vorbehält. Eine solche Leistung „unter Vorbehalt“¹³ wirkt verschieden, je nachdem die Forderung, der sie gilt, zu Recht besteht oder nicht: im ersteren Fall hat sie dieselbe Wirkung wie eine vorbehaltlose Erfüllung; im letzteren Fall führt sie eine ungerechtfertigte Bereicherung des angeblichen Gläubigers herbei und muß deshalb auf Verlangen des Leistenden an diesen zurückgegeben werden. Ist der rechtliche Bestand der Forderung streitig, so trifft die Beweislast den Gläubiger.

b) Ebenso kommt es vor, daß ein Gläubiger die ihm zur Erfüllung einer ihm angeblich zustehenden Forderung angebotene Leistung nur unter Vorbehalt annimmt, namentlich dann, wenn er die Leistung mangelhaft findet. Eine solche Annahme „unter Vorbehalt“ wirkt, wenn der Vorbehalt unbegründet ist, gerade wie eine vorbehaltlose Annahme; ist der Vorbehalt begründet, so sichert er dem Gläubiger alle Rechte, die ihm im Fall der Ablehnung der Leistung zugestanden haben würden; insbesondere kann er die Mängel der Leistung ohne jede Beschränkung rügen und ist, wenn die Mängel streitig sind, nicht beweispflichtig.

13) Martinius bei Gruchot 47 §. 760; ders., Arch. f. ziv. Pr. 97 §. 87; Liebtnecht, Vorbehaltzahlung (99).

Beispiel. A. sendet dem B. eine Rechnung über 20 Mk. für gelieferte Ware; B. bezahlt die Rechnung nur unter Vorbehalt, weil er behauptet, die Ware nicht bekommen zu haben; A. nimmt das von B. bezahlte Zwanzigmargstück nur unter Vorbehalt an, weil er bezweifelt, daß es echt ist. Hier muß im Streitfall A. die Lieferung der Ware, B. die Echtheit des Goldstücks beweisen. Mißlingt der erste Beweis, so muß A. das Goldstück an B. zurückgeben; gelingt der erste und mißlingt der zweite Beweis, so muß B. gegen Rückgabe des Goldstücks ein andres hergeben.

2. Eine Leistung unter einem unbegründeten Vorbehalt ist eine unvollkommene Leistung, eine Annahme unter einem unbegründeten Vorbehalt ist eine unvollkommene Annahme. Deshalb braucht sich der Gläubiger auf den ersteren, der Schuldner auf den letzteren Vorbehalt nicht einzulassen. Der Gläubiger kann also eine unter einem unbegründeten Vorbehalt angebotene Leistung zurückweisen, ohne in Annahmeverzug zu geraten; ebensowenig gerät der Schuldner in Erfüllungsverzug, wenn er einem Gläubiger, der seine Leistung unter einem unbegründeten Vorbehalt annehmen will, die Leistung ganz verweigert.

X. 1. Soweit eine Forderung erfüllt wird, erlischt sie und lebt selbst dann nicht wieder auf, wenn die Erfüllung später rückgängig gemacht wird.

Beispiele. I. A. hat in notarieller Urkunde versprochen, der B. bei ihrer Hochzeit die ganze Ausstattung an Möbeln, Silberfachen, Porzellan und Wäsche zu schenken und hat ihr, als sie heiratete, auch tatsächlich neben andern einen Silberkasten im Wert von 3000 Mk. geschenkt; bald darauf hört er, daß die B. das geschenkte Silber höchst altmodisch findet, läßt sich deshalb den Kasten zurückgeben und verspricht die Schenkung eines andern Kastens nach der allerletzten Mode. Hier hat A. nicht etwa seine alte Schenkerpflichtung in Ansehung des Silbers wiederhergestellt. Vielmehr hat er entweder der B. ein neues Schenkungsversprechen gemacht oder hat mit ihr einen auf Umtausch des alten gegen einen neuen Silberkasten gerichteten entgeltlichen Vertrag abgeschlossen; ersterer Vertrag würde freilich mangels der rechten Form ungültig sein. II. Derselbe Fall; nur hat A. das nämliche Ausstattungsversprechen auch der C. erteilt, sodann den für die C. angeschafften Silberkasten versehentlich der B. gegeben und, sobald er die Verwechslung bemerkte, die Hingabe des Kastens an die B. wegen Irrtums angefochten. Hier lebt A.'s Schenkerpflichtung gegenüber der B. wieder auf. Denn hier ist ja die Erfüllung des alten Schenkungsversprechens nicht bloß „rückgängig gemacht“ wie im Fall I, sondern sie gilt infolge der Anfechtung als gar nicht erfolgt.

2. Ausnahmsweise kommt es vor, daß eine Forderung durch die Erfüllung nicht erlischt, sondern nur von dem gegenwärtigen auf einen neuen Gläubiger übertragen wird. Ein wichtiger hierher gehöriger Fall ist bereits oben S. 416 zu β erwähnt.

2. Erfüllungsort.¹

§ 103.

I. Im allgemeinen muß der Schuldner an dem Ort erfüllen, an dem er zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit seinen Wohnsitz hatte; ist die Verbindlichkeit in seinem Gewerbebetriebe entstanden, so muß er an dem Ort

1) Schefold, Arch. f. ziv. Pr. 87 S. 149; Kerßenboom, Leistungsort (Diss. 04); Leonhard, Erfüllungsort (07).

erfüllen, an dem sich zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit seine gewerbliche Niederlassung befand (269 I, II). Der Gläubiger muß also die Leistung beim Schuldner holen; der Schuldner braucht die Leistung dem Gläubiger nicht zu bringen. Man drückt diese Regel auch dahin aus, daß die Verpflichtungen im allgemeinen Hol-, nicht Bringschulden sind.

II. 1. Doch bilden die Geldschulden eine Ausnahme: sie sind Bring-, nicht Holschulden. Der Schuldner muß nämlich das Geld auf seine Kosten und Gefahr an den Wohnort des Gläubigers übersenden; gemeint ist dabei nicht der Ort, an dem der Gläubiger zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit gewohnt hat, sondern sein jeweiliger Wohnort; wenn also der Gläubiger nach Begründung seines Forderungsrechts verzieht, so kann er die Übersendung des Geldes an den neuen Wohnsitz verlangen; indes geht, wenn hierdurch die Übersendungsgefahr vergrößert wird, diese Gefahr vom Schuldner auf ihn über, und sind auch die Kosten der Übersendung vergrößert, so muß der Gläubiger wenigstens die Mehrkosten tragen. Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt an die Stelle seines Wohnsitzes der Ort seiner gewerblichen Niederlassung (270 I—III).

2. Ungeachtet dieser Regel bleibt aber auch bei Geldschulden der eigentliche Erfüllungsort da, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung der Verpflichtung seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte (270 IV). Die dem Schuldner obliegende Pflicht der Übersendung des Geldes wird also vom Gesetz als eine bloße Nebenpflicht aufgefaßt. Die Hauptverpflichtung des Schuldners ist dagegen, daß er das Geld zur Absendung bereitstellt, und diese Pflicht muß er ebenda erfüllen, wo er zur maßgebenden Zeit wohnte oder seine gewerbliche Niederlassung hatte. Dieser letztere Erfüllungsort und nicht der Ort, wohin der Schuldner das Geld zu senden hat, ist bestimmend für die Auslegung des Rechtsgeschäfts, auf dem die Verpflichtung des Schuldners beruht, für den Gerichtsstand bei einer Klage, die der Gläubiger wider den Schuldner auf Erfüllung der Verpflichtung erhebt, für das örtliche Recht, dem die Verpflichtung des Schuldners unterliegt, usw.

3. Öffentliche Kassen, namentlich die des Fiskus, brauchen Gelder, die sie schuldig sind, dem Gläubiger nicht zuzusenden, sondern können Abholung verlangen (EG. 92; AusfGes. Preußen 11, Bayern 11 usw.).

III. Die vorstehenden Regeln gelten nur ergänzend, nämlich nur dann, wenn nicht aus der besondern Natur einer Forderung, aus der Verkehrssitte oder aus den rechtsgeschäftlichen Bestimmungen der Parteien etwas Abweichendes folgt.

Beispiele. I. Der in Rixdorf wohnende Schuhmachergeselle A. muß seine Arbeit in der Werkstatt seines in Berlin wohnenden Meisters B. verrichten, nicht nach der Regel zu I in seiner eignen Wohnung. II. Der Auftragnehmer C. muß das für seinen Auftraggeber D. eingenommene Geld zwar dem D. zusenden, aber abweichend von der Regel II auf D.'s Gefahr und Kosten.

3. Erfüllungszeit.

§ 104.

Eine Forderung und ebenso die der Forderung gegenüberstehende Verbindlichkeit heißt fällig, wenn ihre Erfüllungszeit, d. h. die Zeit, zu der der Gläubiger die geschuldete Leistung fordern darf, herangekommen ist.

I. Die allgemeine Regel lautet: eine Forderung ist sofort fällig, nachdem sie begründet ist; der Gläubiger kann also die geschuldete Leistung sofort einfordern (271 I).

II. 1. Doch gilt diese Regel selbstverständlich nur ergänzend, nämlich nur dann, wenn nicht aus der besondern Natur der Forderung, aus der Verkehrssitte oder den rechtsgeschäftlichen Bestimmungen der Parteien etwas Abweichendes folgt. Und tatsächlich finden sich derartige Abweichungen überaus häufig. Namentlich bei rechtsgeschäftlichen Forderungen wird in unzähligen Fällen eine mehr oder minder geräumige Erfüllungsfrist oder ein mehr oder minder hinausgeschobener Erfüllungsstermin festgesetzt.

a) Im Zweifel gilt eine Erfüllungsfrist oder ein Erfüllungsstermin nur zugunsten des Schuldners. Der Gläubiger darf also die Leistung nicht vor Ablauf der Erfüllungsfrist oder vor dem Erfüllungsstermin fordern; der Schuldner kann aber, wenn er will, die Leistung schon früher bewirken (271 II).

b) Doch kann Frist und Termin auch zugunsten beider Parteien bestimmt sein, so daß der Gläubiger, sowenig er eine vorzeitige Leistung fordern darf, sowenig sie anzunehmen braucht.

c) Endlich kann ausnahmsweise Frist und Termin auch bloß zugunsten des Gläubigers bestimmt sein: dieser kann die vorzeitige Leistung fordern, braucht sie aber nicht anzunehmen.

Beispiel. A. hat dem B. auf ein Jahr ein Buch geliehen, hat ihm auf ein Jahr ein mit 6% verzinsliches Darlehn von 1000 Mk. gewährt und hat ihm auf ein Jahr seine Wertpapiere zur Verwahrung gegeben. Hier hat die Klausel „auf ein Jahr“ bei jedem der drei Geschäfte eine andre Bedeutung: bei dem Leihgeschäft ist sie nur zugunsten des Schuldners B., bei dem Darlehnsgeschäft ist sie zugunsten sowohl des Schuldners B. wie des Gläubigers A., bei dem Verwahrungsgeschäft ist sie nur zugunsten des Gläubigers A. festgesetzt. Demnach kann das Buch schon vor Ablauf des Jahres von B. auch gegen den Widerspruch A.s zurückgegeben, können die Wertpapiere schon vor Ablauf des Jahres von A. auch gegen den Widerspruch B.s zurückgefordert werden, während die 1000 Mk. vor Ablauf des Jahres nur mit beiderseitiger Einwilligung von A. und B. rückzahlbar sind.

In dem zu c genannten Fall hat der Erfüllungsstermin oder die Erfüllungsfrist auf die Fälligkeit der Forderung keinen Einfluß: die Forderung ist fällig, noch ehe der Termin herangekommen oder die Frist abgelaufen ist. Hiernach wird in den beiden zuerst genannten Fällen (a, b) die Forderung erst fällig, nachdem die Erfüllungsfrist abgelaufen oder der Erfüllungsstermin herangekommen ist; in dem dritten Fall (c) tritt die Fälligkeit der Forderung dagegen schon früher ein.

2. Überaus häufig wird die Erfüllungszeit von einer Kündigung des

Gläubigers oder des Schuldners abhängig gemacht.¹ Diese ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung; sie ist ungültig, wenn sie unter einer Bedingung abgegeben wird (s. oben S. 238).

III. 1. Wenn der Schuldner von seinem Recht Gebrauch macht, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, noch ehe sie fällig geworden ist, so hört, wenn die Verbindlichkeit verzinslich ist, der Zinsenlauf mit dem Tage der tatsächlichen Erfüllung auf. Das gleiche gilt sogar dann, wenn der Schuldner vorzeitig erfüllt, obschon er dazu nicht befugt ist; freilich braucht der Gläubiger die vorzeitige Erfüllung in diesem Fall nicht anzunehmen; nimmt er sie aber an, so hat er damit auf fernere Zinsen verzichtet.

2. Hieraus folgt aber nicht, daß nun auch ein Schuldner, der eine unverzinsliche Schuld erfüllt, bevor sie fällig geworden ist, von seiner Schuldsumme Zwischenzinsen (Diskont, Skonto) abziehen dürfte (272).

Abweichende Vereinbarungen sind auch in Ansehung der Regeln zu 1 und 2 zulässig. Beispiele: I. Hypothekenbanken gestatten ihren Schuldnern die Heimzahlung der Hypothekenskapitalien zu jeder Jahreszeit, behalten sich aber die Verzinsung bis zum Ende des Jahres vor, in dem die Zahlung erfolgt. II. Ein Verkäufer stundet dem Käufer den Kaufpreis unverzinslich auf 3 Monate, verspricht ihm aber bei sofortiger Zahlung ein Skonto von 2%.

IV. 1. Die Erfüllungszeit einer Forderung kann nachträglich hinausgeschoben werden. Dazu ist regelmäßig ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner (Stundungsvertrag) erforderlich.

2. Ebenso kann umgekehrt die Erfüllungszeit nachträglich näher herangerückt werden. Dies geschieht namentlich durch die Konkursöffnung über das Vermögen des Schuldners; denn diese macht alle Konkursforderungen sofort fällig, und zwar so, daß bei verzinslichen Forderungen der Forderungsbetrag unverändert bleibt, während bei unverzinslichen Forderungen ein Zwischenzins abgezogen wird (KonkOrdn. 65). Der Zwischenzins wird zu dem gesetzlichen Zinsfuß für die Zeit von der Konkursöffnung bis zum Fälligkeitstage berechnet und zwar nicht von der vollen Schuldsumme, sondern von dem geringeren Betrage, der unter Zurechnung dieser Zwischenzinsen der vollen Schuldsumme gleichkommt.

Beispiel. A. hat gegen B. eine unverzinsliche, am 1. Oktober 1908 fällige Konkursforderung von 6000 Mk.; am 1. Oktober 1903 fällt B. in Konkurs. Hier wird die Forderung des A. durch Abzug eines Zwischenzinses von 1000 Mk. auf 5000 Mk. herabgesetzt; denn 5000 Mk. mit 4% Zinsen auf 5 Jahre sind gleich 6000 Mk.

V. Bei vertragsmäßigen Verpflichtungen wird mitunter bestimmt, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistung „genau“ oder „fix“ zu einer bestimmten Zeit oder innerhalb einer bestimmten Frist zu bewirken habe. Das will besagen, daß der Gläubiger auf die pünktliche Erfüllung der Verpflichtung mit größter Strenge halten dürfe und eine auch nur um wenige Minuten verspätete Erfüllung nicht gelten zu lassen brauche. Ein Vertrag mit solcher

1) Zimmerwahr, Kündigung (98); Thiele, Arch. f. ziv. Pr. 89 S. 85.

Klausel heißt Fixgeschäft² und ist namentlich bei Spekulationsgeschäften gebräuchlich.

Beispiele. I. A. hat sich bei B. eine Droschke auf den 31. März Punkt 12 Uhr bestellt. II. C. hat von B. 30 Dresdner Bankaktien, lieferbar Ultimo März Punkt 12 Uhr, gekauft. Hier liegt ein Fixgeschäft nur zu II vor. Die Zeitbestimmung lautet freilich bei beiden Geschäften gleich genau. Sie ist aber nur bei dem zweiten Geschäft in voller Strenge gemeint.

VI. Am Erfüllungstage darf die Leistung nur zu der Zeit gefordert und angeboten werden, die der Verkehrssitte entspricht (s. 242).

4. Nichterhaltung der Erfüllungszeit.

a) Verzug.

α) Verzug des Schuldners (Erfüllungsverzug).¹

§ 105.

I. Ein Schuldner, der die ihm obliegende Leistung nicht bewirkt, kommt in Erfüllungsverzug (*mora debitoris*), wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

1. Die Verpflichtung des Schuldners muß fällig, d. h. die Zeit, zu der der Gläubiger die Erfüllung fordern kann, muß herangekommen sein.

2. a) Regelmäßig gerät der Schuldner mit der Fälligkeit seiner Verpflichtung nicht sofort in Verzug. Vielmehr muß der Gläubiger den Schuldner um die Erfüllung noch besonders mahnen (284 I). Die Mahnung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, wie die Kündigung. Sie muß deutlich bekunden, daß der Gläubiger die sofortige Erfüllung verlangt; deshalb gilt die bloße Zusendung einer Rechnung noch nicht als Mahnung, da sie zunächst nur den Zweck verfolgt, dem Schuldner die Höhe seiner Verpflichtung bekannt zu machen oder ihn an seine Verpflichtung zu erinnern; dagegen gilt es selbstverständlich als Mahnung schärfster Art, wenn der Gläubiger den Schuldner auf sofortige Erfüllung seiner Verpflichtung verklagt. Außerdem ist erforderlich, daß die Mahnung erst nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung und daß sie, wie die Kündigung, unbedingt erfolgt: eine vorzeitige oder bedingte Mahnung ist ungültig.

b) Ausnahmeweise ist eine Mahnung nicht erforderlich, wenn die Zeit, zu der der Schuldner seine Verbindlichkeit erfüllen muß, kalendermäßig fest bestimmt ist oder zwar von einer Kündigung abhängt, aber, sobald die Kündigung geschehen, aus dem Kalender berechnet werden kann (284 II).²

Beispiele. I. Keine Mahnung ist nötig, wenn ein rückständiger Kaufpreis zahlbar ist „am 5. Mai 1909“, „Weihnacht 1908“, „im November d. J.“, „am nächsten Donnerstag“, „14 Tage nach Kündigung“. II. Mahnung ist dagegen nötig, wenn der Kaufpreis zahlbar

2) Hochgürtel, Fixgeschäft (Diff. 07).

1) Päch, Leistungsverzug (02).

2) RG. 60 S. 84.

ist „Zug um Zug gegen Lieferung der Ware“, „nachdem die Ware empfangen und gut befunden“, „14 Tage nach Lieferung der Ware“, „zu Anfang des Winters“.

3. Trotz der Mahnung oder des Eintritts der kalendermäßig bestimmten Erfüllungszeit kommt der Schuldner dann nicht in Verzug, wenn die ihm obliegende Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (285). Hiernach läßt sich, da der Schuldner grundsätzlich nur zu vertreten hat, was er verschuldet, der Verzug als „schuldhafte“ Verzögerung der Leistung bezeichnen. Doch ist dabei folgendes zu beachten.

a) Dem eignen Verschulden des Schuldners ist nach den früher entwickelten allgemeinen Regeln ein Verschulden seiner Gehülfen und Stellvertreter gleichgestellt (278).

b) In gewissem Umfang muß der Schuldner auch solche Umstände vertreten, die rein zufälliger Art sind. Es kommen hier die Grundsätze analog zur Anwendung, die für den Fall gelten, daß die dem Schuldner obliegende Leistung unmöglich ist oder unmöglich wird; insbesondere muß bei Verpflichtungen, deren Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, der Schuldner sein Unvermögen zur rechtzeitigen Leistung auch dann vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, es sei denn, daß die rechtzeitige Leistung aus der betreffenden Gattung objektiv unmöglich ist (§. 279).³

c) Der Schuldner muß die Umstände nachweisen, aus denen folgt, daß er die Verspätung seiner Leistung nicht zu vertreten braucht (§. 282).

Beispiel. Der Maler A. hat sich verpflichtet, dem B. eine bereits in Arbeit befindliche Landschaft bis zum 15. März fertig zu liefern und hat dem C. eine Zahlung von 10000 Mk. auf ebendiesen 15. zugesagt; am 10. März erkrankt er plötzlich und ist 14 Tage lang völlig unfähig zu irgendwelchen Arbeiten oder Geschäften; die Folge ist, daß er ohne das mindeste Verschulden seinerseits mit dem Bilde nicht fertig wird und auch die Geldzahlung verjäumt. Hier ist A. wegen des Geldes, nicht aber auch wegen des Bildes in Verzug geraten; denn das Bild war individuell, das Geld war nur der Gattung nach bestimmt.

Dafür, daß der Schuldner Dinge, die nur der Gattung nach bestimmt sind, rechtzeitig zur Hand hat, muß er ohne Rücksicht darauf, ob ihm ein Verschulden zur Last fällt oder nicht, auch dann einstehen, wenn er diese Dinge nicht unmittelbar zu leisten braucht, sondern sie bloß als Hilfsmittel für eine andre an und für sich individuell bestimmte Leistung nötig hat.⁴ — Beispiel. A. hat eine individuell bestimmte Sache von B. gekauft und an C., noch bevor A. sie ihm geliefert hat, weiter verkauft; nun kann er sie an C. nicht rechtzeitig liefern, weil B. sie nur gegen Barzahlung herausgeben will und A. infolge des unerwarteten Bankrotts seines Bankiers außerstande ist, den Kaufpreis aufzubringen. Hier gerät A. gegenüber C. in Verzug, obschon seine Leistung an C. individuell bestimmt war und man ihm nach Lage des Falls ein Verschulden nicht zum Vorwurf machen kann; denn die Ursache für sein Unvermögen besteht ja lediglich in Mangel an Geld.

4. Daraus, daß nur eine vom Schuldner zu vertretende Verzögerung der Leistung als Verzug gilt, folgt, daß ein Verzug des Schuldners auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger eine ihm Zug um Zug obliegende Gegenleistung zu bewirken unterläßt. Denn so lange ist ja der Schuldner seine eigne Leistung zu verweigern geradezu berechtigt. Und zwar braucht die

3) Endemann 1 § 137¹⁷.

4) Bland Anm. 2 zu § 279.

Unterlassung auf seiten des Gläubigers nicht etwa gleichfalls ein eigentlicher Verzug zu sein, sondern auch eine unverschuldete Unterlassung des Gläubigers befreit den Schuldner vom Vorwurf des Verzuges.

Muß der Gläubiger, um den Schuldner in Verzug zu setzen, ihm die Gegenleistung anbieten? Die Frage ist zu bejahen, wenn der Gläubiger die Gegenleistung bringen, zu verneinen, wenn der Schuldner die Gegenleistung holen muß.

II. 1. Dadurch, daß der Schuldner in Verzug gerät, wird die Forderung des Gläubigers verschärft und um einen Schadensersatzanspruch erweitert.

a) Die Verschärfung der Forderung besteht in folgendem:

α) Solange der Schuldner in Verzug ist, kann der Gläubiger ihn, auch wenn er bisher bloß für grobes Verschulden oder sogar nur für Vorsatz einstand, für jedes noch so geringe Verschulden haftbar machen (287 Satz 1). Ja, wenn die Leistung während des Verzuges unmöglich wird, haftet der Schuldner sogar für Zufall und wird nur dann frei, wenn er nachweist, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde (287 Satz 2); man drückt dies auch durch die Formel aus: der in Verzug befindliche Schuldner trägt die „Gefahr“ der geschuldeten Leistung.

Beispiele. I. A. ist mit der Rückgabe eines Pfandes, das der mit ihm im selben Hause wohnende B. ihm gegeben hat und nunmehr einlösen will, in Verzug gekommen; da entsteht durch Zufall Feuer in seiner Wohnung, und das Pfand verbrennt, ohne daß A. oder seine Leute es zu retten vermögen. Hier muß A. dem B. den Wert des Pfandes ersetzen. II. Derselbe Fall; nur hat der Brand auch die Wohnung B.s mit ergriffen. Hier ist A. haftfrei, wenn er beweisen kann, daß das Pfand auch dann verbrannt wäre, wenn er es dem B. rechtzeitig zurückgegeben hätte.

β) Geht die Forderung auf eine Geldzahlung, so kann der Gläubiger von dem Schuldner, solange dieser in Verzug ist, 4% „Verzugszinsen“ fordern, wenn seine Forderung vorher geringere Zinsen trug oder unverzinslich war. Dagegen laufen bei Forderungen, die schon vorher 4% Zinsen oder mehr brachten, die bisherigen Zinsen einfach fort. War die Geldschuld, mit der der Schuldner in Verzug kam, eine Zinsschuld, so sind hiervon Verzugszinsen nicht zu entrichten (288 I, 289 Satz 1).

Muß der Schuldner dafür Ersatz leisten, daß ein Gegenstand während der Dauer des Verzuges verloren geht oder zerstört oder verschlechtert wird, so muß er auch von der Ersatzsumme Verzugszinsen zahlen. Diese Zinsen beginnen mit dem Tage zu laufen, der der Berechnung des von dem Schuldner zu erstattenden Wertes zugrunde gelegt wird (290). Meist wird dies der Tag sein, an dem der Umstand eintrat, der den Schuldner zum Ersatz verpflichtete.

b) Der Schadensersatzanspruch, um den sich die Forderung des Gläubigers erweitert, umfaßt den gesamten Schaden, den der Gläubiger dadurch erleidet, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht rechtzeitig erfüllt (286 I: Schadensersatz wegen Verspätung). Auch bei Geldforderungen greift dieser Anspruch insoweit Platz, als der dem Gläubiger durch den schulnerischen Verzug erwachsene Schaden die Zinsvergütung, die der Schuldner nach der Regel zu a β ohnehin gewähren muß, nachweislich übersteigt (288 II); ja sogar bei Zinsforderungen, für die, wie wir sahn, Verzugszinsen nicht

zu entrichten sind, ist dieser Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen (289 Satz 2).

Beispiel. A. hat dem B. am 1. April 6000 Mk. nebst 4% Zinsen auf ein Jahr, zusammen 6240 Mk. zu zahlen, leistet aber die Zahlung erst am 1. Oktober, obgleich er am 1. April gewußt hat, daß B. für die ganze Summe vom 1. April ab eine gute mit 6% verzinsliche Anlage ausfindig gemacht hat. Hier muß A. dem B. am 1. Oktober außer den 6240 Mk. als Schadensersatz wegen Verspätung noch 6% von dieser Summe auf ein halbes Jahr = 187,20 Mk. zahlen.

2. Unter Umständen wird die Wirkung des schuldnerischen Verzuges noch mehr verschärft: es wird nämlich dem Gläubiger das Recht zugesprochen, die Leistung, mit der der Schuldner in Verzug geraten, als verspätet zurückzuweisen.

a) Regelmäßig muß der Gläubiger, ehe er die geschuldete Leistung als verspätet zurückweist, zuvor ein Erkenntnis erwirken, das den Schuldner zu der Leistung verurteilt, und muß, nachdem dies Erkenntnis rechtskräftig geworden, dem Schuldner noch eine letzte angemessene Nachfrist zur Nachholung der Leistung unter der Androhung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Ist die Nachfrist verstrichen, ohne daß der Schuldner die Leistung nachgeholt, so kann der Gläubiger nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, gerade so, wie wenn die Leistung nachträglich durch einen von dem Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden wäre (oben § 99); dagegen ist der Anspruch auf Nachholung der Leistung und Schadensersatz wegen Verspätung fortan ausgeschlossen (283 I Satz 1, 2, II). Die Stellung der Nachfrist nach Rechtskraft des Urteils kann unterbleiben, wenn schon in dem Urteil selbst auf Antrag des Klägers eine Nachfrist gestellt war (RPO. 255).

b) Erheblich günstiger ist der Gläubiger gestellt, wenn seine Forderung auf einem gegenseitigen Vertrage beruht. Denn er braucht hier nicht erst ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner zu erwirken, bevor er ihm die letzte Nachfrist stellt, sondern kann die Nachfrist sofort stellen, sobald der Schuldner in Verzug geraten ist. Außerdem hat der Gläubiger, wenn der Schuldner die Nachfrist hat verstreichen lassen, neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wahlweise das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten (326).

c) Noch günstiger ist die Rechtslage des Gläubigers, wenn er infolge des Verzuges des Schuldners an der Nachholung der Leistung nachweislich gar kein Interesse hat. Denn er hat alsdann den zu a und b genannten Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das zu b genannte Rücktrittsrecht sofort, ohne daß es zuvor der Erwirkung eines rechtskräftigen Urteils gegen den Schuldner oder auch nur der Stellung einer Nachfrist oder einer Androhung der Zurückweisung der Leistung bedarf; auch treten in diesem Fall der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Rücktrittsrecht nicht an die Stelle des Rechts auf Nachholung der Leistung und auf Schadensersatz wegen Verspätung, sondern sie treten wahlweise neben dies Recht (286 II, 326 II). In derselben Art fällt zwar nicht das Erfordernis der Erwirkung

eines rechtskräftigen Urteils, wohl aber das Erfordernis der Stellung einer Nachfrist und einer Androhung der Zurückweisung der Leistung fort:

α) wenn der Schuldner die Nachholung der Leistung ernstlich verweigert hat;⁵

β) wenn der Schuldner zur Nachholung der Leistung so viel Zeit gebrauchen würde, daß eine „angemessene“, d. h. nicht bloß seinen eignen, sondern auch den Interessen des Gläubigers entsprechende Nachfrist ihm nichts helfen würde;

γ) bei Firgeschäften.

Beispiele. A. hat ein ihm gehöriges Gemälde dem Maler B. auf dessen Bitte unentgeltlich zum Kopieren geliehen und hat dem B. etwas später die fast vollendete Kopie zur Lieferung binnen 14 Tagen abgekauft; B. liefert aber die Kopie binnen der 14 Tage trotz Mahnung nicht und gibt sogar, obschon A. ihn auch darum gemahnt hat, nicht einmal das Originalgemälde zurück. Hier kann A. die nachträgliche Lieferung der Kopie unter Festsetzung einer angemessenen Nachfrist ablehnen und gleich nach Ablauf der Frist Schadensersatz in Geld fordern. Dagegen muß er, wenn er auch die nachträgliche Zurückgabe des Originals zurückweisen will, zuvor den B. auf Rückgabe des Bildes verklagen und ein rechtskräftiges Urteil gegen ihn erstreiten. Denn in Ansehung der Kopie stützt sich A. auf einen gegenseitigen, in Ansehung des Originals auf einen einseitigen Vertrag!

III. Aufhebung des Verzuges tritt ein, wenn der Schuldner seine Verpflichtungen einschließlich ihres durch den bisherigen Verzug erwachsenen Zuwachses nachträglich erfüllt oder wenn der Gläubiger die nachträgliche Erfüllung grundlos zurückweist oder endlich wenn die Verpflichtung des Schuldners aufgehoben wird. Von nun ab fallen auch die Folgen des Verzuges fort; der Schuldner braucht also keine Verzugszinsen mehr zu zahlen, haftet nicht mehr für Zufall usw.

β) Verzug des Gläubigers (Annahmeverzug).¹

§ 106.

I. Ein Gläubiger, der die ihm vom Schuldner gebotene Leistung nicht annimmt oder die ihm selber obliegende Mitwirkung bei der Leistung unterläßt, gerät in *Annahmeverzug* (*mora creditoris*), wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

1. Es muß der Zeitpunkt da sein, in dem der Schuldner zu leisten befugt ist; dagegen ist Fälligkeit der Forderung nicht nötig (s. oben S. 424).

2. a) Regelmäßig gerät der Gläubiger, wenn dieser Zeitpunkt gekommen, noch nicht sofort in Verzug, sondern, so gut wie der Gläubiger, der den Schuldner in Verzug setzen will, ihn erst mahnen muß, so gut muß der Schuldner, der den Gläubiger in Verzug setzen will, ihm erst die Leistung anbieten. Und zwar muß das Angebot durch die Tat geschehn, d. h. der Schuldner muß alles tun, was von seiner Seite zu der geschuldeten Leistung gehört. Nur wenn der Gläubiger dem Schuldner im voraus erklärt hat, daß er die Leistung

⁵) RG. 51 S. 350, 66 S. 420, 431.

1) G. U. Leist, Arch. f. ziv. Pr. 83 S. 161; Hirsch, z. Rev. d. L. vom Gläubigerverzuge (95); Rosenberg, Jahrb. f. Dogm. 43 S. 141.

nicht annehmen werde oder wenn er die Mitwirkung, die ihm bei der Leistung des Schuldners obliegt, unterläßt, ist ein tatsächliches Angebot nicht erforderlich, sondern es genügt, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Leistung wörtlich anbietet oder ihn zur Mitwirkung bei der Leistung auffordert, es sei denn, daß der Schuldner tatsächlich nicht imstande ist, die Leistung sofort zu bewirken (294, 295, 297).

b) Diese Regel wird durch eine Ausnahme durchbrochen, ähnlich der, die für den Verzug des Schuldners gilt: ein Angebot der Leistung von Seiten des Schuldners soll nämlich nicht erforderlich sein, wenn der Gläubiger bei der Leistung mitzuwirken hat und die Zeit für seine Mitwirkung kalendermäßig fest bestimmt ist oder zwar von einer Kündigung abhängt, aber, sobald die Kündigung geschehn, aus dem Kalender berechnet werden kann, — es sei denn auch hier, daß der Schuldner außerstande ist, die Leistung sofort zu bewirken (296, 297).

Beispiel. Der Verleiher gerät in Annahmeverzug erst dann, wenn der Entleiher ihm die geborgten Sachen zurückbringt oder zurückschickt. Hat er jedoch versprochen, die Sachen zu holen, so kommt er schon dann in Verzug, wenn der Entleiher ihn um Abholung bittet — es sei denn, daß der Entleiher die Sachen weiterverborgt hat und also zur sofortigen Rückgabe gar nicht imstande ist. Hat er endlich versprochen, die Sachen „am 1. April“ abzuholen, so kommt er an diesem 1. April in Verzug, ohne daß der Entleiher ihn um Abholung zu bitten braucht.

Geht die Forderung des Gläubigers auf Lieferung von Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind, so kann er in Annahmeverzug geraten, ohne daß der Schuldner eine einzelne zur Gattung gehörige Sache für ihn ausgeschieden haben müßte; denn mindestens dann, wenn von Seiten des Schuldners ein wörtliches Angebot der geschuldeten Leistung genügt oder wenn es eines Angebots der Leistung überhaupt nicht bedarf, setzt der Annahmeverzug des Gläubigers nur voraus, daß der Schuldner eine solche Ausscheidung vorzunehmen imstande ist, nicht aber auch, daß er sie tatsächlich vornimmt. Doch hat ein Annahmeverzug des Gläubigers ohne tatsächliche Ausscheidung eines Sachindividuumes nur beschränkte Wirkungen, indem er z. B. bei einer verzinslichen Geldforderung den Zinsenlauf beendet (s. unten II, 1 a δ). Dagegen ist bei andern Wirkungen des Annahmeverzuges die zuvorige Ausscheidung eines Sachindividuumes unerläßlich (s. unten II, 1 a γ); ja eine besonders merkwürdige Wirkung des Annahmeverzuges (s. unten zu II, 1 a β) setzt sogar voraus, daß das ausgeschiedene Sachindividuum als solches dem Gläubiger angeboten ist!

3. a) Daß dem Gläubiger ein Verschulden zur Last fällt, ist, abweichend von der für den Verzug des Schuldners geltenden Regel, nicht erforderlich. Demnach kommt er auch dann in Verzug, wenn er in gutem Glauben die ihm vom Schuldner angebotene Leistung für mangelhaft hält oder wenn er von seiner Berechtigung gar nichts weiß oder wenn er durch höhere Gewalt verhindert war, die Leistung anzunehmen oder pflichtmäßig bei ihr mitzuwirken.

b) Nur dann, wenn die Leistungszeit nicht bestimmt war oder wenn der Schuldner berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu leisten, wird dieser strenge Satz etwas abgeschwächt: der Gläubiger kommt nämlich in diesem Fall nicht in Verzug, wenn er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist. Doch kann der Schuldner ihm diesen Vorteil dadurch wieder entziehen, daß er ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher ankündigt (299).

4. Wenn der Schuldner die ihm obliegende Leistung nur Zug um Zug gegen eine Gegenleistung des Gläubigers zu bewirken braucht, kommt der Gläubiger auch dadurch in Verzug, daß er zwar die Leistung des Schuldners annehmen will, aber seine Gegenleistung versäumt. Für diesen Gegenleistungsverzug gelten zunächst die gleichen Voraussetzungen wie für den eigentlichen Annahmeverzug: der Schuldner muß also zuvörderst der Regel nach die ihm obliegende Leistung anbieten; außerdem ist erforderlich, daß der Schuldner die Gegenleistung besonders verlangt. Ist dies beides geschehn, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Gegenleistung nicht anbietet (298). Und zwar muß dies Angebot, wie das des Schuldners, ein tatsächliches sein; ein wörtliches genügt nur, wenn der Schuldner bei der Gegenleistung mitzuwirken hat oder wenn er im voraus erklärt, die Gegenleistung in der von dem Gläubiger beabsichtigten Art nicht anzunehmen.

II. 1. Wie die Forderung des Gläubigers durch den Erfüllungsverzug des Schuldners verschärft und um einen Schadensersatzanspruch erweitert wird, so wird sie durch seinen eigenen Annahmeverzug abgeschwächt und mit einem Schadensersatzanspruch des Schuldners belastet.

a) Die Abschwächung der Forderung des Gläubigers besteht in folgendem:

α) Solange der Gläubiger in Annahmeverzug ist, kann er den Schuldner, auch wenn dieser bisher für jedes Verschulden oder sogar für Zufall einstand, nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftbar machen (300 I).

β) Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr der Sache auf den Gläubiger über, sobald dieser dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt (300 II). Wird also, nachdem der Gläubiger in dieser Art in Annahmeverzug geraten ist, die Sache ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Schuldners von einem Unfall betroffen, der die Leistung der Sache verhindert, so braucht nicht allein der Schuldner diesen Unfall nicht zu vertreten, sondern er wird sogar so behandelt als habe er die Leistung rechtzeitig bewirkt.

Beispiel. A. hat dem B. ein unverzinsliches Darlehn von 200 Mk. für den 1. April auf ein Jahr zugesagt; B. soll sich das Geld am 1. April vormittags bei A. abholen, findet sich aber, durch plötzliche Erkrankung verhindert, bei A. nicht ein, gerät also in Annahmeverzug; in der Nacht darauf entsteht bei A. ein Brand, bei dem ohne ein Verschulden seinerseits das Geld, das er dem B. leihen wollte, verbrennt. I. Erster Fall: A. hatte die 200 Mk., die er dem B. geben wollte, aus seinem Geldvorrat noch nicht ausgeschieden, sondern gedachte die Ausscheidung erst vorzunehmen, wenn B. sich zur Abholung einfinden würde. Hier wird A. durch den Brand von der Pflicht zur Hingabe der 200 Mk. nicht befreit, sondern muß das Geld trotz des Annahmeverzuges des B. anderweitig beschaffen. II. Zweiter Fall: A. hatte das Geld bereits am Vormittag des 1. April ausgeschieden, indem er es in einen Umschlag mit der Adresse B.s legte. Hier wird A. von seiner Verpflichtung zur Hingabe der 200 Mk. durch den Brand befreit; andererseits braucht aber auch B. nach Ablauf des Jahres die 200 Mk. nicht zu erstatten, da er sie ja tatsächlich nicht bekommen hat und auch, weil ein „Angebot“ des Geldes unterblieben ist, die Gefahr der 200 Mk. nicht trägt. III. Dritter Fall: A. hatte das Geld nicht nur in der genannten Art für B. ausgeschieden, sondern hatte dies dem B. auch am Nachmittag des 1. April telephonisch mitgeteilt und ihm das Geld zur sofortigen Abholung angeboten. Hier wird A. nicht bloß von der Hingabe des

Geldes an B. befreit, sondern es wird angenommen, er habe das Geld an B. bar bezahlt; B. muß also das Geld dem A. nach Ablauf eines Jahres erstatten.

γ) Beruht die Forderung des in Annahmeverzug befindlichen Gläubigers auf einem gegenseitigen Vertrage und geht diese Forderung während des Annahmeverzuges dadurch unter, daß die Leistung des Schuldners durch einen von keiner Partei zu vertretenden Umstand unmöglich wird, so hat dies abweichend von den allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Regeln (oben S. 405) nicht auch den Untergang der Gegenforderung des Schuldners zur Folge: vielmehr verliert der Gläubiger nur seine eigne Forderung, während er Schuldner der Gegenleistung bleibt (§. 324 II). Man gebraucht hierfür eine ähnliche Formel wie die zu β genannte: bei gegenseitigen Verträgen geht im Fall des Annahmeverzuges einer Partei die Gefahr auf die säumige Partei über.

Beispiele. I. Man setze in dem zu β besprochenen Fall an die Stelle der Darlehenszusage den Kauf einer individuell bestimmten Sache, die B. als Käufer am 1. April bei A. abholen soll. Hier wird, wenn die Sache in der Nacht vom 1. auf den 2. April bei A. abbrennt, A. von der Pflicht zur Lieferung der Sache befreit, behält aber seinen Anspruch auf den Kaufpreis. Daß er die Sache dem B. angeboten hat, ist in diesem Fall nicht nötig. II. Derselbe Fall; nur handelt es sich um eine Sache, die bloß der Gattung nach bestimmt war. Hier ist, falls A. am 1. April vormittags eine bestimmte zur Gattung gehörige Sache für B. ausgeschieden hatte und diese Sache in der Nacht darauf verbrennt, dieselbe Entscheidung wie zu I geboten. Ein Angebot der ausgeschiedenen Sache an A. ist in diesem Fall gleichfalls nicht erforderlich (vgl. 243 II mit 300 II).²

δ) Von einer verzinslichen Geldschuld kann der Gläubiger, solange er in Annahmeverzug ist, keine Zinsen beanspruchen, weder rechtsgeschäftliche noch gesetzliche (301).

ε) Hat der Schuldner Nutzungen herauszugeben, so kann der Gläubiger für die Zeit seines Annahmeverzuges nur solche Nutzungen in Anspruch nehmen, die der Schuldner tatsächlich gezogen und nicht auch solche, die er schuldhaft zu ziehen versäumt hat (302).

ζ) Betreibt der Schuldner wegen einer Gegenforderung die Zwangsvollstreckung wider den Gläubiger, so hat dieser, solange er sich in Annahmeverzug befindet, wegen seiner eignen Forderung weder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages noch ein Zurückbehaltungsrecht (322 III; 274 II; s. auch 322 II, III).

η) Der Schadensersatzanspruch des Schuldners gegen den in Annahmeverzug befindlichen Gläubiger ist eng begrenzt: er geht nur auf den Ersatz der Mehraufwendungen, die der Schuldner für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes hat machen müssen (304).

2. Wie der Gläubiger durch den Erfüllungsverzug des Schuldners unter Umständen das Recht gewinnt, eine nachträgliche Leistung des Schuldners als

²) Landberg S. 349.

verspätet zurückzuweisen, so verliert er durch seinen eignen Annahmeverzug unter Umständen das Recht, auf einer nachträglichen Leistung des Schuldners seinerseits zu bestehen: der Schuldner wird also unter Umständen infolge des Annahmeverzuges des Gläubigers von seiner Leistungspflicht gänzlich befreit. Doch tritt diese Befreiung nicht gleichmäßig bei allen Verpflichtungen ein. Insbesondere ist, wenn die Verpflichtung auf die Herausgabe von Sachen geht, folgendermaßen zu unterscheiden.

a) Ist ein Grundstück herauszugeben, so wird der Schuldner erst dann frei, wenn er den Besitz des Grundstücks preisgibt: und zwar muß er die Preisgabe dem Gläubiger zuvor angedroht haben, es sei denn, daß die Androhung — etwa weil der Schuldner den Aufenthalt des Gläubigers nicht erfahren konnte — untunlich war (303).

b) Sind Gelder, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten herauszugeben, so wird der Schuldner erst dann frei, wenn er die Gegenstände bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle derart hinterlegt, daß er kein Recht auf Rücknahme hat (378; s. unten S. 439).

Landesgesetzlich kann die Hinterlegung auch für andre Sachen zugelassen werden (EG. 146). Doch hat wohl kein Staat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht.

c) Sind andre Sachen herauszugeben, so wird der Schuldner erst frei, wenn er sie durch formellen Selbsthülfeverkauf veräußert und den Erlös unter Ausschluß des Rücknahmerechts öffentlich hinterlegt (383 I, 378).

α) Der Selbsthülfeverkauf muß regelmäßig mittels öffentlicher Versteigerung durch einen Gerichtsvollzieher oder einen amtlich bestellten Auktionator erfolgen (383 I, III). Bloß wenn die Sache einen Markt- oder Börsenpreis hat, kann der Verkauf auch freihändig geschehn, jedoch nur zum laufenden Preise und nur durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch einen amtlich bestellten Auktionator (385).

Der Verkauf ist der Regel nach am Leistungsort und nur, wenn hier kein angemessener Erfolg zu erwarten ist, an einem geeigneten andern Ort vorzunehmen (383 II). Ob Gläubiger und Schuldner dabei als Käufer auftreten können, ist gesetzlich nicht bestimmt (siehe aber 1239, §WB. 373); doch ist die Frage wohl zu bejahen.³

β) Der Selbsthülfeverkauf ist dem Gläubiger zuvor anzudrohn, und sobald Zeit und Ort des Verkaufs feststeht, ist ihm auch hiervon Anzeige zu machen, damit er für die Abgabe angemessener Kaufgebote zu sorgen vermag. Wird die Androhung versäumt, so ist der Verkauf für den Gläubiger unverbindlich; ist die Androhung geschehn, aber die Anzeige des Orts und der Zeit des Verkaufs unterblieben, so ist der Verkauf für den Gläubiger zwar verbindlich, der Schuldner aber schadensersatzpflichtig. Die Androhung und die Anzeige können unterbleiben, wenn sie untunlich, die Androhung kann außerdem auch unterbleiben, wenn die Sache dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist (384).

3) Sohm, Ztschr. f. Handelsrecht 53 S. 105.

γ) Die Kosten des Selbsthülfeverkaufs fallen dem Gläubiger zur Last (f. 386).

III. Der Annahmeverzug hört auf, wenn der Gläubiger den Schuldner nachträglich zur Leistung auffordert und, soweit er bei der Leistung mitzumirken oder eine Gegenleistung zu gewähren hat, auch seine eignen Obliegenheiten erfüllt. Ebenso hört der Verzug auf, wenn die Forderung des Gläubigers erlischt.

IV. Nicht selten kommt eine und dieselbe Person zugleich als Schuldner und als Gläubiger in Verzug, namentlich bei gegenseitigen Verträgen. Dann wird sie auch von den doppelten Verzugsfolgen getroffen.

b) Nichteinhaltung der Erfüllungszeit abgesehen vom Verzuge.

§ 107.

In manchen Fällen hat das Ausbleiben der rechtzeitigen Erfüllung von seiten des Schuldners besondere Rechtswirkungen auch dann, wenn weder ein Erfüllungsverzug des Schuldners noch ein Annahmeverzug des Gläubigers vorliegt, also insbesondere dann, wenn der Schuldner durch Umstände, die er nicht zu vertreten brauchte, an der rechtzeitigen Erfüllung behindert war. Es handelt sich hier demnach um Rechtswirkungen, die nicht an einen „Verzug“ des Schuldners oder Gläubigers, sondern an die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit als solche geknüpft sind.

I. Erster Fall: der Gläubiger hat seine Forderung gegen den Schuldner eingeklagt oder in anderer Art rechtshängig gemacht. Hier treten mit dem Beginn der Rechtshängigkeit folgende Rechtswirkungen ein, mag der Schuldner durch die Rechtshängigkeit in Erfüllungsverzug geraten sein oder nicht.

1. Geht die Forderung auf eine fällige Geldzahlung, so muß der Schuldner fortan in derselben Art „Prozeßzinsen“ zahlen, wie er, wenn er in Verzug wäre, „Verzugszinsen“ zahlen müßte (291; f. oben S. 428).

2. Geht die Forderung auf die Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes, so muß der Schuldner fortan nicht bloß den Gegenstand selbst, sondern auch die Nutzungen, die er von dem Gegenstande seit Beginn der Rechtshängigkeit gezogen hat oder nach den Regeln guter Wirtschaft hätte ziehen können, herausgeben oder ihren Wert vergüten (292 II, 987). Wenn der Gegenstand nach Beginn der Rechtshängigkeit infolge seines Verschuldens verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern Grunde nicht herausgegeben werden kann, ist der Schuldner schadensersatzpflichtig (292 I, 989). Hat der Schuldner nach Beginn der Rechtshängigkeit auf den Gegenstand Verwendungen gemacht, so kann er vom Gläubiger Erstattung nur wie ein auftragloser Ge-

schäftsführer fordern und auch dies nur unter der Voraussetzung, daß die Verwendungen nötige waren (292 II, 994 II, 996).

II. Zweiter Fall: der Gläubiger hat wegen seiner Forderung gegen den Schuldner ein rechtskräftiges Erkenntnis erstritten und dem Schuldner eine angemessene Nachfrist zur Nachholung der Leistung unter der Androhung gestellt, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Hier kann, wenn der Schuldner sich nicht in Erfüllungsverzug befindet, der Gläubiger nach Ablauf der Frist zwar nicht, wie im Verzugsfall, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (283 I Satz 3); wohl aber hat der Fristablauf die Folge, daß, wie im Verzugsfall, weder er die Leistung einfordern noch der Schuldner sie ihm aufdrängen darf und daß demgemäß, wenn die Forderung des Gläubigers auf einem gegenseitigen Vertrage beruht, auch die ihm selber obliegende Pflicht zur Gegenleistung in Fortfall kommt (s. 283, 325 II).

III. Dritter Fall: die Forderung des Gläubigers beruht auf einem Fixgeschäft. Hier hat der Gläubiger, wenn der Schuldner die rechtzeitige Leistung unterläßt, ohne in Erfüllungsverzug zu geraten, zwar nicht, wie im Verzugsfall, ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wohl aber das Recht sofortigen Rücktritts (361).

IV. Vierter Fall: die Einhaltung der Erfüllungszeit ist für die geschuldete Leistung so wesentlich, daß sie, würde sie nach Ablauf der Erfüllungszeit nachgeholt, zu einer Leistung anderer Art werden würde. Hier gelten, wenn die Leistung nicht rechtzeitig geschieht, ohne Rücksicht darauf, ob sich der Schuldner in Erfüllungsverzug befindet, nicht die Regeln von der Verspätung, sondern von der Unmöglichkeit der Leistung. Es ist demnach eine Nachholung der Leistung von Rechts wegen ausgeschlossen, ohne daß der Gläubiger dies zuvor besonders erklären müßte: nicht nur kann der Schuldner die Nachholung der Leistung dem Gläubiger nicht aufdrängen, sondern auch der Gläubiger kann sie dem Schuldner nicht aufzwingen.

Beispiel. A. hat dem B. eine Wohnung auf die Zeit vom 1. April 08 bis 1. April 09 vermietet, aber trotz Mahnung nicht übergeben; nun verlangt B. im März 09 „Nachlieferung“ der Wohnung für das neue mit dem 1. April 09 beginnende Jahr. Hier braucht A. dem Verlangen B.'s nicht zu entsprechen. Denn eine Mietwohnung nach Ablauf der bedungenen Mietzeit nachzuliefern ist unmöglich.

V. Fünfter Fall: der Schuldner ist aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit seinerseits beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers nicht in der Lage, seine Verbindlichkeit mit Sicherheit zu erfüllen, ohne daß sich der Gläubiger in Annahmeverzug befindet. Hier kann der Schuldner den Schuldgegenstand in derselben Art öffentlich hinterlegen wie im Fall des Annahmeverzuges (372 Satz 2); und ist der Verderb der zu leistenden Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden, so hat er sogar das Recht des formellen Selbsthilfeverkaufs (383 I Satz 2).

Beispiel. A. ist durch Testament des verstorbenen B. als dessen Erbe verpflichtet, an

£. 1000 M. zu zahlen; wo £. sich befindet und ob er überhaupt noch lebt, kann A. trotz aller Nachforschung nicht ermitteln. Hier braucht A., um das Geld hinterlegen zu können, den £. nicht in Annahmeverzug zu versetzen, wozu es erforderlich wäre, daß dem £. zunächst ein Vormund oder Pfleger bestellt würde, sondern er kann die Hinterlegung auch ohne Annahmeverzug vornehmen.

5. Verletzung der Leistungspflicht durch positive Zuwiderhandlung.¹

§ 108.

Alle Rechtsfolgen, die das Gesetz in dem Fall eintreten läßt, daß der Schuldner die Vornahme der geschuldeten Leistung zur Erfüllungszeit unterläßt, treten selbstverständlich auch dann ein, wenn der Schuldner positive Handlungen vornimmt, die seiner Verbindlichkeit widerstreiten. Auf derartige Handlungen kommen demnach — sei es unmittelbar, sei es analog — zur Anwendung:

I. wenn die tatsächliche Wirkung, die die Zuwiderhandlung als solche für den Gläubiger gehabt hat, nicht mehr beseitigt werden kann, die Regeln, die bei Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung gelten,

II. andernfalls die Regeln, die bei Nichteinhaltung der Erfüllungszeit gelten.

Beispiel. A. läßt durch B. ein Haus bauen, sucht aber die Tapeten bei £. selber aus; £. soll die Tapeten spätestens bis zum 15. auf den Bau liefern, liefert sie aber schon am 5. ab, jedoch durch eine Verwechslung andre Tapeten als A. ausgesucht; am 14. entdeckt er den Irrtum und schickt noch am 15. die richtigen Tapeten; inzwischen hat aber B., der von der Verwechslung nichts wissen konnte, die falschen Tapeten bereits ankleben lassen. Hier ist B., obschon er das, was er zu liefern hatte, rechtzeitig geliefert hat, doch wegen der ersten falschen Lieferung schadensersatzpflichtig, d. h. er muß dem A. den Tapeziererlohn für das unnütze Ankleben der falschen Tapeten ersetzen.

V. Aufhebung der Forderungen ohne Erfüllung.¹

1. Leistung an Erfüllungsstatt.

§ 109.

Eine Forderung erlischt insoweit, als der Gläubiger eine Leistung an Erfüllungsstatt annimmt.

I. 1. Eine Leistung an Erfüllungsstatt (*datio in solutum*) liegt vor, wenn der Schuldner oder ein Dritter für ihn an Stelle der geschuldeten Leistung eine Ersatzleistung vornimmt, ohne daß der Schuldner kraft einer sog. *facultas alternativa* (oben S. 363 g) ein Recht auf diesen Austausch hätte. Der Gläubiger kann eine Leistung an Erfüllungsstatt nach Willkür zurückweisen. Nimmt er sie aber an, so erlischt die Forderung ebenso wie durch Erfüllung (364 I).

Beispiel. A., der dem B. auf den 1. Mai eine Zahlung von 80 M. schuldig ist,

1) Staub, positive Vertragsverletzungen (04); S. Lehmann, Arch. f. ziv. Pr. 96 S. 60.

1) Appel, Erlöschen und Wiederaufleben von Forderungen (Diff. 03).

bietet ihm am Zahltag statt baren Geldes an Zahlungsstatt seine Uhr; B. erklärt, daß er die Uhr zwar nicht selber brauchen könne, aber verkaufen werde, und nimmt das Angebot A.s an. Hier ist B.s Forderung sofort am 1. Mai voll getilgt, auch wenn B. die Uhr erst am 15. Oktober verkauft und nur 60 M. dafür erzielt.

Bei der Leistung an Erfüllungsstatt müssen die Beteiligten sich darüber im klaren sein, daß die vom Schuldner oder für den Schuldner gebotene Leistung nicht Erfüllung, sondern bloß Erfüllungsfurrogat sein soll. Wenn also ein Darlehnschuldner seine Schuld nicht, wie er nach dem Gesetz soll, in Gold, sondern in Banknoten bezahlt oder wenn ein Verkäufer nicht, wie er nach dem Gesetz muß, eine mangelfreie, sondern eine mit offenbaren Mängeln behaftete Ware liefert und der Darlehnsgläubiger oder der Käufer diese keineswegs „geschuldete“ Leistung sich aus irgendwelchen Gründen gefallen läßt, so ist hierin eine Leistung an Erfüllungsstatt nicht zu sehen. Denn die Parteien geben und nehmen in einem solchen Fall die Leistung „als“ Erfüllung und nicht „statt“ Erfüllung.

2. Stellt sich heraus, daß die Ersatzleistung mit einem Mangel behaftet ist, so muß der Leistende dafür in derselben Art aufkommen wie ein Verkäufer (s. 365). Das will besagen: der Gläubiger kann je nach Lage des Falls eine Minderung des „Preises“ der Leistung beanspruchen oder die Leistung „wandeln“, d. h. unter Rückgabe der Leistung die Wiederherstellung seiner alten Forderung verlangen² oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder endlich darauf bestehen, daß die Ersatzleistung nochmals mangelfrei wiederholt wird (440 I, 462, 463, 480). Dagegen ist davon keine Rede, daß seine alte Forderung um jenes Mangels willen von selbst wieder auflebte.

Beispiel. A. hat dem B. einen Kunstschrank verkauft, bestimmt aber, da ihm auf den Schrank ein höheres Gebot gemacht wird, den B., statt seiner an Erfüllungsstatt einen alten Perserteppich anzunehmen; nachträglich wird festgestellt, daß der Teppich, ohne daß dies für A. oder B. erkennbar war, an erheblichen Mängeln leidet. Hier kann B. den Teppich behalten und Preisminderung fordern; er kann aber ebensogut den Teppich zurückgeben und auf Lieferung des Schrankes bestehen; er kann endlich, wenn der Teppich nur der Gattung nach bestimmt gewesen war, ihn zurückgeben und Lieferung eines andern mangelfreien Teppichs verlangen.

II. Der Leistung an Erfüllungsstatt nahe steht die Leistung erfüllungshalber; denn auch sie ist dazu bestimmt, dem Gläubiger für die geschuldete Leistung einen Ersatz zu gewähren. Sie unterscheidet sich aber von der Leistung an Erfüllungsstatt dadurch, daß sie nicht selber diesen Ersatz darstellen, sondern daß der Gläubiger den Ersatz erst nachträglich aus ihr gewinnen soll. Demnach tilgt sie die Forderung des Gläubigers nicht sofort, wenn er sie annimmt, sondern erst dann, wenn es ihm gelingt, sich aus ihr Befriedigung zu verschaffen. Doch folgt daraus keineswegs, daß er solange, als er aus der Leistung keine Befriedigung gewonnen hat, sie völlig ignorieren und seine Forderung gerade so geltend machen dürfte, als sei überhaupt noch gar nichts geleistet. Vielmehr ist er der Regel nach gehalten, wenigstens den Versuch zu machen, die Leistung zu seiner Befriedigung zu verwenden, und darf erst dann, wenn dieser Versuch mißlingt oder sich als aussichtslos herausstellt, auf seine Forderung zurückgreifen.

Beispiel. A., der dem B. auf den 1. Mai eine Zahlung von 80 M. schuldig ist,

2) Abw. Endemann 1 § 142⁷.

bletet ihm am Zahltage statt baren Geldes seine Uhr und bittet ihn, sich durch Verkauf der Uhr bezahlt zu machen; B. nimmt das Angebot A.s an. Hier ist, wenn dem B. der Verkauf erst am 15. Oktober gelingt und dabei nur ein Erlös von 60 Mk. herauskommt, B.s Forderung erst am 15. Oktober und nur in Höhe von 60 Mk. getilgt.

Über das sogenannte Schuldkonstitut siehe unten § 113 a.

2. Hinterlegung.¹

§ 110.

Eine Forderung erlischt insoweit, als der Leistungsgegenstand für den Gläubiger rechtmäßig unwiderruflich hinterlegt wird.

I. Die Hinterlegung (*depositio*) greift nur bei Verpflichtungen Platz, die auf Zahlung von Geld oder Lieferung von Wertpapieren, andern Urkunden oder Kostbarkeiten gehen; sie findet bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle statt (372 I). Die Hinterlegungsstelle bewahrt die hinterlegten Sachen entweder getrennt auf oder vermischt sie mit den eigenen Beständen; im letztern Fall ist sie zur Herausgabe des Werts der Sachen samt Zinsen verpflichtet.

Das Nähere bestimmen die Hinterlegungsordnungen der einzelnen Staaten: ÖG. 144, 145; preuß. HOrdn. v. 14. März. 79 (abgeändert durch preuß. AusfGes. 84); bayr. AusfGes. 167 XXII u. bayr. HOrdn. v. 18. Dez. 99; sächs. Ges. v. 15. Juni 00 102 ff.; württemb. AusfGes. 143 ff.; bad. HOrdn. v. 7. Juni 84 (abgeändert durch bad. AusfGes. 37) usw.

1. In Preußen sind als regelmäßige H.stellen für Gelder, Kostbarkeiten, Inhaberpapiere und Legitimationspapiere die Bezirksregierungen (an deren Stelle für Berlin eine besondre Behörde tritt), für andre Urkunden die Amtsgerichte bestimmt; in dringlichen Fällen sind die Amtsgerichte auch für die Hinterlegung der erstgenannten Gegenstände zuständig, jedoch nur vorläufig. In Bayern, Sachsen, Hamburg dienen die Amtsgerichte, in Württemberg und Hessen die Amts- und Landgerichte sowie u. U. das Oberlandesgericht, in Elsaß-Lothringen die Staatsdepositalverwaltung als H.stellen.

2. Hinterlegtes Geld geht in Preußen und den meisten Staaten sofort in das Eigentum des Staats über; dagegen ist in Bayern bestimmt, daß das Geld erst dann Staatseigentum wird, wenn die H.stelle es zinsbar anlegt (pr. HOrdn. 7; württemb. AusfGes. 151; bayr. HOrdn. 8). Andre hinterlegte Gegenstände verbleiben dem bisherigen Eigentümer und sind von der H.stelle getrennt aufzubewahren (preuß. HOrdn. 36; württemb. AusfGes. 144 usw.).

II. 1. Die Hinterlegung ist im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner nur rechtswirksam, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug oder die Leistung an ihn aus einem andern in seiner Person liegenden Grunde oder infolge einer vom Schuldner nicht verschuldeten Ungewißheit über seine Person unmöglich oder unsicher ist (372).² Doch prüft die Hinterlegungsstelle nicht, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, sondern nimmt die Hinterlegung auf einseitigen Antrag des Schuldners kritiklos an; ihre eignen Verpflichtungen gegenüber Gläubiger und Schuldner sind denn auch die gleichen, mag die Hinterlegung gerechtfertigt sein oder nicht.

2. Der Schuldner soll dem Gläubiger die Hinterlegung, wenn tunlich,

1) Beer, Hinterlegung (00); Müller, Jahrb. f. Dogm. 41 S. 411.

2) Siehe RG. 55 S. 50.

anzeigen; andernfalls bleibt zwar die Hinterlegung rechtswirksam, der Schuldner ist aber dem Gläubiger schadensersatzpflichtig (374 II).

III. Der Gläubiger erwirbt durch die Hinterlegung gegenüber der Hinterlegungsstelle ein eignes Recht auf die hinterlegten Sachen oder deren Wert; der Hinterlegungsvertrag, den der Schuldner mit der Hinterlegungsstelle abschließt, ist also ein Vertrag zu seinen Gunsten. Doch unterliegt sein Recht zunächst dem Widerruf des Schuldners, indem dieser die Sachen oder ihren Wert beliebig zurücknehmen kann. Dies Widerrufsrecht fällt aber fort (376):

1. wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf das Widerrufsrecht verzichte;

2. wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er die Hinterlegung annehme;

3. wenn der Hinterlegungsstelle ein rechtskräftiges zwischen Gläubiger und Schuldner ergangenes Urteil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt.

Das Widerrufsrecht kann von den Gläubigern des hinterlegenden Schuldners nicht gepfändet werden; auch kann es der Schuldner selber nicht geltend machen, wenn er sich im Konkurse befindet (377). Hat der Schuldner einmal erklärt, daß er von dem Widerrufsrecht Gebrauch mache, so behält er dies Recht, auch wenn der Gläubiger nachträglich erklärt, die Hinterlegung anzunehmen.³

IV. Wenn der Gläubiger die Erfüllung seiner Forderung nur gegen eine von ihm zu bewirkende Gegenleistung fordern kann, darf der Schuldner die Sachen mit der Beschränkung hinterlegen, daß der Gläubiger die Herausgabe der Sachen oder ihres Werts bloß verlangen darf, wenn er die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt (373).

V. 1. Solange der Schuldner die Hinterlegung widerrufen darf, dauert die Forderung des Gläubigers gegen ihn fort. Doch kann der Schuldner verlangen, daß der Gläubiger sich an die hinterlegten Sachen hält;⁴ auch trägt der Gläubiger die Gefahr der Sachen; Zinsen braucht der Schuldner nicht zu zahlen, Ersatz für nicht gezogene Nutzungen nicht zu leisten. Nimmt aber der Hinterleger die Sachen zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt (379).

2. Sobald das Widerrufsrecht des Schuldners fortgefallen, ist die Forderung des Gläubigers endgültig aufgehoben; und zwar wird die Aufhebung auf den Zeitpunkt der Hinterlegung zurückbezogen (378).

Das Recht des Gläubigers auf die hinterlegten Sachen oder ihren Wert erlischt in 30 Jahren, nachdem die Hinterlegung ihm angezeigt ist oder er sich bei der Hinterlegungsstelle gemeldet hat. Alsdann ist der Schuldner zur Rücknahme berechtigt, selbst wenn er vorher darauf verzichtet hatte (382); macht er ein Jahr lang von seinem Recht keinen Gebrauch, so werden nach den meisten Landesgesetzen die hinterlegten Sachen oder ihr Wert mit der Wirkung öffentlich aufgeboden, daß sie, wenn sich in dem Verfahren kein Berechtigter meldet, endgültig dem Staat verfallen (ÖG. 145; preuß. HOrdn. 58 a, 69; sächs. Ges. v. 15. Juni 00 §§ 111, 112, 117; württemb. AusfGes. 159 ff.; anders Bayern HOrdn. 33 [Aufgebot nicht nötig]).

3) Beer S. 72; Müller S. 488. Abw. Bland Anm. 2b zu 376.

4) RG. 59 S. 15.

VI. Die Kosten der rechtmäßigen Hinterlegung trägt der Gläubiger, es sei denn, daß der Schuldner die Hinterlegung zurücknimmt (381).

3. Aufrechnung.

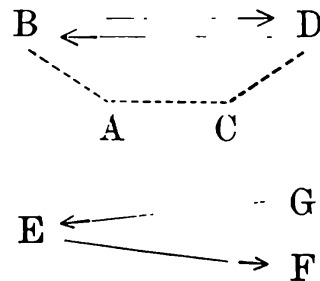
§ 111.

Eine Forderung erlischt insoweit, als mit ihr oder gegen sie rechtmäßig aufgerechnet wird.

I. Die Aufrechnung (*compensatio*) setzt zwei gegenüberstehende Forderungen² voraus: eine, mit der aufgerechnet, eine, gegen die aufgerechnet wird; wir können die erstere in diesem Zusammenhang als Aktiv-, die andre als Passivforderung bezeichnen und auch die Inhaber der beiden Forderungen als Aktiv- und Passivgläubiger unterscheiden. Die Aufrechnung besteht darin, daß der Aktivgläubiger seine Forderung derart geltend macht, daß die Erfüllung aller beiden Forderungen insoweit, als sie sich decken, unterbleibt, beide Forderungen sich also insoweit gegenseitig aufheben.

1. a) Die Aufrechnung ist grundsätzlich nur statthaft, wenn der Aktivgläubiger Schuldner der Passivforderung, der Passivgläubiger Schuldner der Aktivforderung ist (387).

Beispiele. I. A. hat als Bevollmächtigter des B. dem C. eine Zahlung zugunsten des D. derart versprochen, daß D. sofort ein eignes Recht auf diese Zahlung erlangt hat; dem B. steht eine Gegenforderung wider D. zu. Hier kann B. gegen die Forderung D.'s nur mit der Gegenforderung wider D. und nicht etwa auch mit Forderungen gegen C., und ebenso kann D. gegen die Forderung B.'s nur mit seiner eignen Forderung gegen B. und nicht etwa auch mit Forderungen gegen A. aufrechnen. II. E. hat dem minderjährigen F. unter Zustimmung von F.'s Vater G. 1000 Mk. geborgt und ist bald darauf dem G. selbst 1000 Mk. schuldig geworden. Hier kann E. seine Forderung gegen F. auf seine Schuld an G. nicht aufrechnen. Doch ändert sich die Sachlage, sobald G. gestorben und von F. als Alleinerben beerbt worden ist: fortan ist die Aufrechnung des E. unbedenklich zulässig, da ja nunmehr F. Schuldner der Aktiv- und als Erbe G.'s auch Gläubiger der Passivforderung ist.



b) Ausnahmeweise kann eine Aufrechnung auch stattfinden, wenn diesem Erfordernis nicht genügt ist; insbesondere muß sich ein Gläubiger, der eine Forderung durch Abtretung erworben hat, in gewissem Umfang gefallen lassen, daß sein Schuldner Gegenforderungen zur Aufrechnung bringt, die nicht gegen ihn, sondern gegen den ursprünglichen Gläubiger gerichtet sind (s. unten § 113).

c) Umgekehrt wird das Erfordernis, daß der Aktivgläubiger Schuldner der Passivforderung und der Passivgläubiger Schuldner der Aktivforderung sein

1) F. Leonhard, *Kompensation* (96); Liebknecht, *Vorbehaltzahlung und Eventualaufrechnung* (99); Eiber, *Kompensation* (99); Welsmann, *Ztschr. f. Ziv.-Proz.* 26 S. 1; Götte, *Arch. f. BR.* 17 S. 164; Weigelin, *Recht z. Aufrechnung* (04); Lang, *Aufrechnungsrecht* (06); Feder, *Ztschr. f. Handelsrecht* 54 S. 434.

2) Siehe *RG.* 54 S. 142.

muß, wesentlich verschärft, wenn es sich um eine Aufrechnung gegen Forderungen des Reichsfiskus handelt: hier genügt es nämlich nicht, daß die Aktivforderung gegen den Reichsfiskus als Schuldner geht, sondern es ist außerdem nötig, daß die Aktiv- und Passivforderung bei der nämlichen Kasse zu berichtigen ist, obschon doch diese Kassen keineswegs selbständige juristische Personen darstellen. Die gleiche Regel gilt zugunsten jedes deutschen Landesfiskus sowie der deutschen Gemeinden und sonstigen Kommunalverbände (395).

d) Über den Fall, daß die Aktiv- oder die Passivforderung mehreren Gläubigern zugleich zusteht, siehe unten §§ 118 f. sowie im Gemeinschaftsrecht.

2. a) Beide Forderungen müssen ihrem Gegenstande nach gleichartig sein (387). Deshalb ist die Aufrechnung praktisch am wichtigsten bei Forderungen, die auf die Leistung von Geld oder Wertpapieren gehen.

b) Die Aktivforderung muß fällig, d. h. es muß der Zeitpunkt gekommen sein, in dem der Schuldner sie zu erfüllen verpflichtet ist. Bei der Passivforderung genügt es dagegen, wenn der Zeitpunkt gekommen ist, in dem der Schuldner sie zu erfüllen berechtigt ist (387).

c) Daß die beiden Forderungen an verschiedenen Orten zu erfüllen sind, steht der Aufrechnung nicht entgegen. Doch muß der Aktivgläubiger dem Passivgläubiger den Schaden ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er infolge der Aufrechnung die ihm gebührende Leistung nicht an dem bestimmten Ort erhält oder die ihm obliegende Leistung nicht an dem bestimmten Ort bewirken kann (391 I).

Beispiel. A. hat in Breslau im März 09 dem B. ebenda 6000 Mk. dreiprozentige Konfols und 4000 Mk. bar, ohne Kündigung rückzahlbar am 1. Oktober 09, geliehen; am 1. August 09 ist C., ein gemeinsamer Verwandter von A. und B., gestorben und hat den A. zu seinem alleinigen Erben berufen, während er zugunsten B.'s das Folgende bestimmt hat: „meinem Vetter B. vermache ich 10000 Mk., zahlbar spätestens sechs Monate nach meinem Tode bei der Deutschen Bank in Berlin“. Hier ist eine Aufrechnung zwischen A. und B. möglich; denn A. hat gegen B. aus dem Darlehn, B. hat gegen A. als Erben C.'s aus dem Vermächtnis eine Forderung. Doch sind beide Forderungen nur so weit aufrechenbar, als sie auf Geld gehen: die Forderung A.'s auf Rückgewähr von 6000 Mk. Konfols scheidet also aus. Auch beginnt das Aufrechnungsrecht für A. erst am 1. Oktober 09, für B. sogar erst sechs Monate nach dem Tode C.'s, also am 1. Febr. 10. Macht B. von seinem Aufrechnungsrecht Gebrauch, so muß er dem A. dafür Schadensersatz leisten, daß dieser sein Bar-darlehn nicht in Breslau, sondern gewissermaßen in Berlin zurückerhält; er muß ihm also das Porto für die Sendung der 4000 Mk. von Berlin nach Breslau vergüten.

Ausnahme: ist bei einer Forderung vereinbart, daß sie zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort erfüllt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß wider sie die Aufrechnung mit einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen sein soll (391 II). — Beispiel. A. in Bremen hat sich am 1. Mai von B. ebenda auf den 15. Mai eine Zahlung von 1000 Mk. bei dem Bankhause von C. in Bremerhaven versprechen lassen; am 2. Mai verkauft und übergibt B. dem A. Wertpapiere für 1000 Mk. unter der Abrede, daß A. den Kaufpreis binnen einer Woche an ihn zahle; A. hat aber die Zahlung bis zum 15. Mai nicht bewirkt. Hier kann zwar A. seine Forderung gegen die B.'s, nicht aber kann auch B. seine Forderung gegen die A.'s aufrechnen.

Örtmann bezieht die vorstehende Ausnahme nur auf Fixgeschäfte.³ Dafür dürfte wenig sprechen.

3) Örtmann, Anm. 2 zu § 391.

3. a) Die Aktivforderung muß rechtsgültig sein, und es darf ihr auch eine Einrede nicht gegenüberstehn.⁴ Doch gilt eine Ausnahme für die Verjährung: die Aufrechnung mit einer Forderung, die zu der Zeit, da sie tatsächlich zur Aufrechnung gegen die andre Forderung verwendet wird, verjährt war, ist statthaft, wenn die Forderung schon in einem früheren Zeitpunkt zum gleichen Zweck hätte verwendet werden können und damals noch nicht verjährt war (390).

b) Auch die Passivforderung muß gültig sein.⁵ Dagegen schadet es nichts, wenn ihr eine Einrede entgegensteht: denn ob diese Einrede geltend zu machen ist, steht ja im Belieben des Aktivgläubigers; das Vorhandensein der Einrede kann ihn also nicht daran hindern, seine eigne Forderung auf die Passivforderung aufzurechnen.^{5a}

Beispiele. I. A. ist dem B. aus einem Darlehn 1000 Mk. schuldig; darauf hat aber B. an A. 1000 Mk. im Spiel verloren. Hier kann weder A. die Spiel- gegen die Darlehns- noch B. die Darlehns- gegen die Spielforderung aufrechnen. II. E. hat seinen Vater D. beerbt; dessen Nachlaß ist aber überschuldet und der Aktivbestand so gering, daß er nicht einmal die Konkurskosten deckt; E. kann also, wie wir im Erbrecht sehn werden, die Bezahlung der Nachlassschulden durch Einrede verweigern (1990); zu den Nachlassgläubigern gehört auch E. mit einer Forderung von 1000 Mk.; ebendieser E. ist dem C. aus einem Darlehn 1000 Mk. schuldig. 1. Erster Fall: E. macht seine Darlehnsforderung gegen C. geltend; C. rechnet dagegen seine Nachlassforderung auf. Hier kann C. die Aufrechnung dadurch verhindern, daß er gegen die Nachlassforderung die vorgedachte Einrede erhebt. 2. Zweiter Fall: E. macht seine Nachlassforderung gegen C. geltend; C. macht wissentlich oder unwissentlich von jener Einrede keinen Gebrauch, sondern rechnet gegen E.'s Anspruch seine Darlehnsforderung auf. Hier muß C. sich diese Aufrechnung gefallen lassen. III. F. ist dem G., G. ist dem F. 2000 Mk. schuldig; die Forderung F.'s war schon 06 fällig und ist Ende 08 verjährt; die Forderung G.'s war in zwei gleichen Raten am 1. April 08 und 1. April 09 rückzahlbar, nicht später, aber auch nicht früher; im Sommer 09 klagt G. gegen F. auf Zahlung der ihm gebührenden 2000 Mk., und F. rechnet mit seiner verjährten Gegenforderung auf. Hier ist F.'s Aufrechnung nur gegenüber der ersten 08 fällig gewordenen Rate von G.'s Forderung zulässig.

4. Gleichgültig ist, ob die Forderungen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen, miteinander in rechtlichem Zusammenhang stehn; ebensowenig kommt etwas darauf an, ob sie „liquid“, d. h. unstreitig oder sofort zu beweisen sind. Nur für die Behandlung der Aufrechnung im Prozeß ist sowohl der rechtliche Zusammenhang wie die Liquidität der Forderungen von Belang (390. 145 III, 302).

5. Gleichgültig ist ferner, ob die Aktivforderung ebensogroß wie die Passivforderung oder größer oder kleiner ist; doch wirkt die Aufrechnung nur soweit, als beide Forderungen sich decken. Die Folge ist, daß die Aufrechnung vor der Erfüllung eigentümlich bevorzugt wird: wenn die Aktivforderung kleiner als die Passivforderung ist, muß der Passivgläubiger sich eine Teilaufrechnung gefallen lassen, während er, wie wir wissen, eine Teilerfüllung zurückzuweisen befugt ist.

4) Siehe aber oben S. 330 b.

5) Abw. Leonhard, Arch. f. B.R. 21 S. 171.

5a) Siber S. 93.

6. Gegen manche Forderungen ist die Aufrechnung ausgeschlossen, namentlich:⁶

a) gegen Forderungen aus einem vorsätzlich begangenen Delikt (393);⁷

b) gegen andre Forderungen insoweit, als sie einer Pfändung nicht unterworfen sind (s. 394 und *EG.* 81, *bahr. AusfGes.* 12).⁸

7. Vertragsmäßig können die Erfordernisse der Aufrechnung sowohl verschärft wie gemindert werden;⁹ nur die Regel zu 6 a ist zwingenden Rechts.

II. 1. Die Aufrechnung geschieht durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Aktivgläubigers, nämlich durch dessen formlose an den Passivgläubiger gerichtete Erklärung, daß er die Aufrechnung vornehme (388 Satz 1).

a) Die Erklärung ist unwiderruflich.

b) Sie darf nicht durch Bedingungen oder Befristungen beschränkt werden (388 Satz 2). Doch ist damit die sogenannte *Eventualaufrechnung*¹⁰ nicht ausgeschlossen, d. h. die Erklärung, der Gläubiger wolle seine Forderung nur für den Fall, daß eine vom Schuldner behauptete Gegenforderung zu Recht bestehe, gegen diese aufrechnen. Denn hier handelt es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Bedingung, sondern um eine gesetzliche Voraussetzung der Aufrechnung.¹¹ Ist doch die Aufrechnung von Rechts wegen unwirksam, wenn die Passivforderung in Wahrheit nicht besteht!¹² Sollte nun die Aufrechnung dadurch ungültig werden, daß der Aktivgläubiger überflüssigerweise auf diese Voraussetzung ausdrücklich verweist?

2. a) Solange die Aufrechnung von keinem Gläubiger befugtermaßen erklärt ist, dauern die beiderseitigen Forderungen unverändert fort, mag auch ihre Aufrechnung unbedenklich zulässig sein. Jeder Gläubiger bleibt also in Höhe seiner Schuld dem Gegner nach wie vor zu pünktlicher Erfüllung verpflichtet. Demnach haben sie sich gegenseitig die vereinbarten oder gesetzlichen Zinsen weiter zu zahlen; demnach gerät jede Partei, wenn sie die Erfüllung verzögert, in Verzug und verfällt sogar in die für den Verzugsfall bedungene Vertragsstrafe; der Gegner kann von dem für den Verzugsfall festgesetzten Rücktrittsrecht Gebrauch machen usw.

b) Dies Rechtsverhältnis ändert sich mit einem Schlage, sobald ein Gläubiger befugtermaßen die Erklärung der Aufrechnung abgibt: nunmehr sind beide Forderungen soweit, als sie sich decken, aufgehoben. Und zwar hat diese Aufhebung rückwirkende Kraft: sie wird bis auf den Zeitpunkt zurückbezogen, von dem ab jener Gläubiger die Aufrechnung zu erklären befugt war (389). Die Folge ist, daß mit Wirkung von diesem Zeitpunkt ab alle zu a aufgeworfenen Fragen in entgegengesetztem Sinn zu entscheiden sind: der Zinslauf der beiden Forderungen fällt mit dem Zeitpunkt fort, auf den die

6) *RG.* 56 S. 236. 7) *RG.* 56 S. 321.

8) *RG.* 55 S. 2. 9) *RG.* 56 S. 320.

10) Stölzel, *Schulung für ziv. Praxis* 3. Aufl. (02); *ders.*, *Arch. f. ziv. Pr.* 95 S. 1, 96 S. 234; *Martinius*, *ebenda* 97 S. 104; *ders.*, *Arch. f. BR.* 24 S. 277.

11) *Pland*, *Ann.* 3 zu § 388; *RG.* 57 S. 101.

12) *Siber* S. 92. *Abw. Weismann* S. 28. *Vgl. Leonhard*, *Arch. f. BR.* 21 S. 171.

Wirkung der Aufrechnung zurückbezogen wird; etwaige Verzugswirkungen, die nach diesem Zeitpunkt eingetreten sind, werden wieder aufgehoben usw. Doch gilt hier eine Ausnahme: hat eine Partei wegen Nichterfüllung der der Gegenpartei obliegenden Leistungen den Rücktritt erklärt, so wird diese Rücktrittserklärung durch eine von der Gegenpartei erklärte Aufrechnung nur dann hinfällig, wenn die Aufrechnungserklärung unverzüglich auf die Rücktrittserklärung folgt (357).

Beispiele. I. A. hat von B. 1000 Mk. nebst 6% Zinsen seit dem 1. April 08, B. von A. 800 Mk. nebst 4% Zinsen seit demselben Tage zu fordern; beide Forderungen werden am 1. April 09 fällig; am 1. Oktober 10 rechnet B. seine Forderung gegen die A. auf. Hier wirkt die Aufrechnung bis auf den 1. April 09 als den Fälligkeitstag zurück; B. muß also an A. außer der Kapitaldifferenz von 200 Mk. zahlen: 1. an Zinsdifferenz für die Zeit vom 1. April 08 bis zum 1. April 09 6% Zinsen von 1000 — 4% Zinsen von 800 Mk. = 28 Mk.; 2. weitere 6% Zinsen von 228 Mk. seit dem 1. April 09 = 13,7 Mk. jährlich. II. Hätte B. in eben diesem Fall die Aufrechnung nicht erklärt, so hätte er die 6% Zinsen auf 1000 Mk. auch nach dem 1. April 09 weiter entrichten müssen, während A. seine 800 Mk. in derselben Zeit nur mit 4% zu verzinsen brauchte. Im Ergebnis hätte also B. seit dem 1. April 09 an Zinsen 28 — 13,7 = 14,3 Mk. jährlich mehr aufbringen müssen.

3. Hiernach ist das Aufrechnungsrecht des Aktivgläubigers von einem bloßen Einrederecht bestimmt zu unterscheiden. Denn eine Einrede hemmt oder lähmt das Recht, gegen das sie gerichtet ist; die Aufrechnung führt dagegen zu einer vollständigen Zerstörung des Rechts.

III. 1. Wenn der Aktivgläubiger eine Mehrheit aufrechenbarer Forderungen an den Passivgläubiger hat oder umgekehrt und diese Forderungen nicht sämtlich voll aufgerechnet werden, so entsteht die Frage, welche der Aktiv- und welche der Passivforderungen bei der Aufrechnung zu bevorzugen sind.¹³ Die Antwort ist die gleiche wie in dem verwandten Fall, daß ein Schuldner, der mehrere Verpflichtungen gegen den Gläubiger hat, eine Erfüllungsleistung macht, die nicht sämtliche Verpflichtungen deckt. Doch besteht ein Unterschied. Der Schuldner, der erfüllt, darf bei der Erfüllung die Vorzugsfrage nach Willkür abweichend von den gesetzlichen Regeln entscheiden. Der Aktivgläubiger, der aufrechnet, hat dagegen das gleiche Recht nicht; allerdings kann auch er zunächst die Vorzugsfrage entscheiden, wie er will; wenn aber der Passivgläubiger dieser Entscheidung unverzüglich widerspricht, hat es bei der gesetzlichen Entscheidung sein Bewenden (396 I; s. oben S. 417 VII, 1).

2. Wenn der Aktivgläubiger dem Passivgläubiger außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten schuldet, so kommt die für die Erfüllung geltende Regel analog zur Anwendung (396 II; s. oben S. 418 b).

Beispiel. A. hat von B. aus zwei am 1. April 09 abgeschlossenen Kaufgeschäften zwei sofort fällige Forderungen von je 1000 Mk. samt 4% Zinsen; am 1. Juli erwirbt B. gegen A. eine fällige Gegenforderung von 1000 Mk., die er alsbald aufrechnet. Hier werden,

13) Seeler, Arch. f. BR. 15 S. 104; J. Goldschmidt, ebenda 15 S. 153; Sontag, ebenda 21 S. 10.

wenn B. nichts anderes bestimmt hat, beide Forderungen gleichmäßig getilgt, und zwar eine jede zunächst in Höhe der bis dahin mit 1% aufgelaufenen Zinsen: jede Forderung beträgt also fortan 510 Mk. nebst 4% Zinsen.

Sehr oft kommt es vor, daß ein Gläubiger A., der von seinem Schuldner B. den fälligen Betrag x zu fordern hat und weiß, daß B. eine zweifelhafte Gegenforderung, die auf den Betrag von y geht, gegen ihn geltend machen wird, der Einfachheit wegen zunächst nur den unstreitigen Betrag $x - y$ gegen B. einklagt und daß B. alsdann in dem Prozeß erklärt, seine Gegenforderung gerade auf den jetzt eingeklagten Teil der klägerischen Forderung aufzurechnen, während A. ihn mit der Aufrechnung umgekehrt auf den nicht eingeklagten Teil der Forderung verweist. Hier ist B. im Recht; denn der eingeklagte Teil der Forderung ist für den Gläubiger ebenso sicher, aber für den Schuldner lästiger als der nicht eingeklagte; B. ist also wohl befugt, seine Gegenforderung gerade gegen den eingeklagten Teil aufzurechnen.¹⁴ Wollte A. dies vermeiden, so hätte er der Aufrechnung B.s zuvorzukommen und seinerseits die Aufrechnung mit dem nicht eingeklagten Teil bereits vor der Klagerhebung erklären müssen.

IV. 1. Die Tatsache, daß sich zwei aufrechenbare Forderungen gegenüberstehen, ist, solange keiner der Gläubiger die Aufrechnung erklärt, grundsätzlich für alle andern bei dem Bestande einer der Forderungen interessierten Personen unerheblich. Diese Personen können also erstlich das nicht tun, was die Gläubiger selber nicht wollen, nämlich die Aufrechnung als solche mit ihren zu II, 2 genannten Wirkungen erklären. Ebenso wenig können sie sich auf den Schwebezustand, der dadurch entsteht, daß die Gläubiger von ihrem Aufrechnungsrecht zurzeit noch keinen Gebrauch machen, in anderer Art berufen. Dies gilt namentlich für die Mitschuldner (422 II): hat einer von ihnen eine aufrechenbare Gegenforderung wider den gemeinsamen Gläubiger, so geht dies die andern Mitschuldner schlechterdings nichts an; sie können nicht verlangen, daß der Gläubiger gerade durch Aufrechnung seiner Forderung gegen die Gegenforderung des Mitschuldners oder umgekehrt befriedigt werde. Nur bei der Bürgschaft greift eine beschränkte Ausnahme Platz (770 II).

2. Auch hier tritt aber alsbald ein Wechsel ein, sobald die Aufrechnung von einem der Gläubiger gültig erklärt ist: nunmehr können sich auch dritte Personen darauf berufen; und dies Recht kann ihnen selbst dadurch nicht genommen werden, daß die Gläubiger die Aufrechnung vertragsmäßig rückgängig machen.

V. Besondere Regeln gelten für die Aufrechnung im Konkurse. Siehe KonkOrdn. 53 ff.

VI. Der Aufrechnung verwandt ist die Kontration. Von ihr ist im Handelsrecht zu sprechen.

4. Rücktritt.

§ 112.

Eine Forderung erlischt, wenn sie auf einem Vertrage beruht und eine der Vertragsparteien von dem Vertrage rechtmäßig zurücktritt.

14) RÖ. 66 S. 267.

I. Rücktritt ist die Erklärung einer Vertragspartei, daß sie das durch ihren Vertrag geschaffene Rechtsverhältnis rückgängig mache. Dem Rücktritt ähnlich und doch von ihm zu unterscheiden sind folgende Parteierklärungen:

1. Eine Vertragspartei erklärt, daß sie die Leistung, die ihr die Gegenpartei schuldet, zurückweise und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere. Damit geht sie von dem Vertrage ab, da sie ja von einer vertragsmäßigen Erfüllung der gegnerischen Verpflichtung Abstand nimmt. Andererseits bleibt sie aber auch bei dem Vertrage stehn; denn indem sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, verlangt sie gerade, daß ihr aller Vorteil, den ihr der Vertrag bei ordnungsmäßiger Erfüllung versprach, unverkürzt verbleibe. Hingegen eine Partei, die zurücktritt, will von dem Vertrage überhaupt nichts wissen, weder von dem Schaden, den er bringt, noch von dem Gewinn, den er verheißt; sie erstrebt nicht den Zustand, wie er sein würde, wenn der Gegner den Vertrag ordentlich erfüllt hätte, sondern den Zustand, wie er sein würde, wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen wäre. Anders gesagt: die Partei, die Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, verbleibt auf dem Boden des Vertrages; die Ansprüche, die sie erhebt, sind deshalb als vertragsmäßige anzusehn und unterliegen der gleichen, vielleicht sehr abgekürzten Verjährung wie die Ansprüche auf gewöhnliche Vertragserfüllung; die Partei, die vom Vertrage zurücktritt und etwa Rückgabe dessen, was sie der Gegenpartei gegeben, fordert, verläßt dagegen den Boden des Vertrages; ihre Ansprüche sind deshalb nicht als vertragsmäßige anzusehn und unterliegen stets der langen Verjährung von dreißig Jahren.

2. Eine Vertragspartei erklärt, daß sie ein vertragsmäßiges Rechtsverhältnis auflöse oder aufkündige. Damit will sie das Rechtsverhältnis nur für die Zukunft beseitigen, während der Rücktritt den Bestand des Verhältnisses auch in der Vergangenheit rückgängig macht.

II. 1. Daß eine Partei berechtigt ist, von einem Vertrage, den sie bindend abgeschlossen hat, nachträglich zurückzutreten, kann auf einer besondern dem Vertrage eingefügten rechtsgeschäftlichen Rücktrittsklausel beruhn. Für ein durch solche Klausel vertragsmäßig ausbedungenes Rücktrittsrecht gelten folgende Bestimmungen.

a) Ob das Rücktrittsrecht allen beiden Parteien oder ob es nur einer von ihnen zustehn soll, hängt von der Vereinbarung ab. Ingleichen kann frei vereinbart werden, daß die zum Rücktritt berechtigte Partei den Rücktritt nur aus bestimmten Gründen oder daß sie ihn völlig willkürlich erklären darf. Besonders häufig ist:

α) die kassatorische Klausel, d. h. die Vereinbarung, daß eine Partei nur dann vom Vertrage zurücktreten darf, wenn die Gegenpartei ihre vertragsmäßigen Verpflichtungen nicht gehörig erfüllt;

β) Die Neugeldklausel, d. h. die Vereinbarung, daß eine Partei

vom Vertrage willkürlich zurücktreten darf, aber im Fall des Rücktritts an die Gegenpartei ein Neugeld zahlen muß.

Beispiele. I. A. verkauft sein Pferd an B.; die Übergabe und Bezahlung des Pferdes soll drei Tage später erfolgen; binnen 24 Stunden ist A. befugt, nach freiem Belieben von dem Vertrage zurückzutreten. II. C. und D. schließen Anfang Februar miteinander einen Gesellschaftsvertrag, der am 1. März in Kraft treten soll; bis zum 25. Februar können beide Parteien nach freiem Belieben gegen Zahlung eines Neugeldes zurücktreten. III. E. und F. vertauschen ihre Güter x und y durch gegenseitige Auflassung am 1. März; F. hat, um den Minderwert seines Guts auszugleichen, an E. bis zum 1. Mai eine bare Zuzahlung von 6000 Mk. zu leisten, widrigenfalls E. befugt ist, von dem Tauschvertrage zurückzutreten. IV. G. verkauft sein Haus an H., behält sich aber ein Rücktrittsrecht für den Fall vor, daß jemand binnen 14 Tagen ein besseres Gebot auf das Haus machen wird.

Nur ein anderer Ausdruck für die cassatorische Klausel ist es, wenn die Parteien vereinbaren, der Schuldner solle seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein, wenn er seine Verpflichtungen nicht erfülle (360), obschon man aus dem Wortlaut dieser Vereinbarung folgern könnte, der Verlust der Rechte des Schuldners bei Nichterfüllung seiner Verpflichtungen trete von selber ein, so daß eine Rücktrittserklärung des Gläubigers entbehrlich wäre.

Behauptet die Gegenpartei, sie habe ihre Verbindlichkeit erfüllt und der Rücktritt der andern Partei sei deshalb trotz der cassatorischen Klausel unstatthaft, so ist die Beweislast die gleiche, wie wenn die Parteien um die Verwirkung einer Vertragsstrafe streiten: es muß also die Gegenpartei die Erfüllung beweisen, es sei denn, daß ihre Verpflichtung auf ein bloßes Unterlassen gerichtet ist (358). Dagegen wird in einer andern Beziehung die cassatorische Klausel und die Vertragsstrafe verschieden behandelt: während der Schuldner (außer bei Unterlassungen) den Strafanspruch des Gläubigers abwendet, wenn er beweist, daß er an der Nichterfüllung seiner Verpflichtungen keine Schuld habe, muß er den Rücktritt des Gläubigers auch bei schuldloser Nichterfüllung seiner Pflichten über sich ergehen lassen.

b) Der Regel nach wird in einem Vertrage, der einer Partei ein Rücktrittsrecht einräumt, bestimmt, daß der Rücktritt nur innerhalb bestimmter Frist zulässig sein soll. Ist eine solche Bestimmung nicht getroffen, so kann die Gegenpartei die Lücke durch eine einseitige Erklärung ausfüllen: sie kann nämlich dem Berechtigten eine angemessene Frist zur Abgabe seiner Rücktrittserklärung setzen; läßt der Berechtigte diese Frist verstreichen, so ist sein Rücktrittsrecht erloschen (355).

Beispiele. I. In den beiden ersten Fällen zu a ist eine Rücktrittsfrist vertragsmäßig bestimmt. II. In dem dritten Fall zu a fehlt eine solche Fristbestimmung. Demgemäß braucht sich E., wenn F. die Zahlung der 6000 Mk. bis zum 1. Mai nicht leistet, mit der Rücktrittserklärung nicht zu beeilen; F. kann ihm aber von sich aus zu jeder Zeit eine Rücktrittsfrist von vielleicht einer Woche setzen. IV. In dem vierten Fall fehlt, wenn man sich lediglich an den Wortlaut der Parteivereinbarung hält, eine vertragsmäßige Fristbestimmung gleichfalls. Doch wird man die Parteivereinbarung wohl frei dahin auslegen müssen, daß nicht bloß die Abgabe eines besseren Gebots an G., sondern auch die Abgabe der für diesen Fall dem G. freistehenden Rücktrittserklärung binnen 14 Tagen erfolgen muß.

c) Ist ein Rücktrittsrecht einmal vertragsmäßig ausbedungen, so gilt es auch dann, wenn der Berechtigte die ihm aus dem Vertrage erwachsenen Verpflichtungen bereits tatsächlich erfüllt hat. Dasselbe ist der Fall, wenn auch die Gegenpartei die ihr vertragsmäßig obliegenden Leistungen bereits vollzogen und der Berechtigte sie vorbehaltlos angenommen hat. Ja das Rück-

trittsrecht bleibt sogar erhalten, wenn der Berechtigte einen Gegenstand, den er auf Grund des Vertrages von der Gegenpartei empfangen, vor der Rücktrittserklärung in Gebrauch genommen und dadurch abgenutzt oder wenn er ihn an einen Dritten veräußert oder zu dessen Gunsten belastet hat oder wenn der Gegenstand bei ihm oder dem Dritten durch Zufall untergegangen ist (§. 350). Dagegen geht das Rücktrittsrecht verloren (§. 352, 351, 353 I):

α) wenn der Berechtigte oder der Dritte oder ein Rechtsnachfolger des Dritten den Gegenstand durch Verarbeitung oder Umbildung wesentlich umgestaltet hat;

β) wenn der Berechtigte oder der Dritte oder ein Rechtsnachfolger des Dritten oder die gesetzlichen Vertreter oder Gehülfen dieser Personen den Gegenstand schuldhaft verschlechtert oder die Herausgabe des Gegenstandes an die Gegenpartei schuldhaft unmöglich gemacht haben.

Beispiele. I. A. kauft am 1. Mai von B. zwei Fahrräder, behält sich aber den Rücktritt vom Kauf binnen vier Wochen vor; am 2. Mai läßt er die Räder abholen und entrichtet dabei zugleich den bedungenen Kaufpreis; sodann ereignet sich das Folgende: 1. Das erste Rad verschenkt A. sofort an seinen Bruder C.; dieser veräußert es gleich darauf an D.; bei letzterem wird das Rad, ohne daß ihm oder seinen Leuten ein Verschulden zur Last fällt, am 25. Mai gestohlen. 2. Das zweite Rad behält A. für sich und benutzt es so eifrig, daß es, obgleich er es im übrigen vorzüglich hält, schon nach 14 Tagen starke Gebrauchsspuren zeigt; am 25. Mai stürzt er durch Verschulden des C. mit dem Rade; die Folge ist, daß das Rad schwer beschädigt wird. Wenn hier A. sich das Doppelunglück des 25. Mai so zu Herzen nimmt, daß er dem B. am 26. Mai den Rücktritt vom Kauf erklärt, so ist er durchaus im Recht. B. muß also nach den Regeln zu g den Kaufpreis beider Räder an A. zurückzahlen und darf nur soviel abziehen, als einem Mietzinse für die Räder auf die Zeit vom 2. bis 26. Mai entspricht; dafür erhält er von A. das zweite Rad, übel zugerichtet wie es ist, zurück, während er wegen des ersten Rades sich nur an Dieb und Fehler halten kann. Anders wäre freilich zu entscheiden, wenn man in dem „eifrigen“ Gebrauch des zweiten Rades ein Verschulden A.s erblicken dürfte. Doch kann davon keine Rede sein. Denn A. war ja Eigentümer des Rades und konnte es also so „eifrig“ benutzen und abnutzen wie er wollte, ohne daß man ihm deshalb rechtlich oder wirtschaftlich ein Verschulden vorwerfen darf. Daß er das Rad nur mit dem Vorbehalt des Rücktritts erworben hat, ändert hieran nicht das mindeste; denn er kann sich rechtlich wie wirtschaftlich dabei beruhigen, daß dem B. für die Benutzung und Abnutzung des Rades eine ausreichende Vergütung zuteil wird. II. Derselbe Fall wie zu I; nur ist das erste Rad bei D. bloß deshalb gestohlen, weil seine Leute es nicht ordentlich verwahrt haben, und das zweite Rad ist bei A. bloß deshalb so stark verschliffen, weil er es nachlässig gefahren und schlecht gereinigt hat. Hier hat A. sein Rücktrittsrecht teils durch die Schuld des D., teils durch eigne Schuld verwirkt. III. Frau F. ist mit dem neuen Seidenkleide, das die Schneiderin ihr soeben abgeliefert, unzufrieden, weil die Farbe des Stoffs zu ihrem Teint nicht paßt; da erinnert sie sich, daß sie den Stoff ahnungsvoll nur unter Vorbehalt des Rücktritts gekauft hat, und entschließt sich, von ihrem Rücktrittsrecht wirklich Gebrauch zu machen; sie weigert sich also, den Stoff dem G., von dem sie ihn bezogen hat, zu bezahlen und bietet ihm dafür die Rückgabe des Stoffs in seinem jetzigen verarbeiteten Zustande als fertiges Kleid an, indem sie ihre Auslagen an Schneiderlohn und Zutaten preisgibt. Hier ist Frau F. im Unrecht. Denn man wird in der Verarbeitung des Stoffs zu einem Kleide zwar keine schuldhafte Verschlechterung, wohl aber eine wesentliche Umgestaltung des Stoffs sehen.

Dem Fall, daß der Berechtigte den empfangenen Gegenstand an einen Dritten veräußert oder zugunsten eines Dritten belastet, steht im Sinn der obigen Regeln der Fall gleich, daß über den Gegenstand zugunsten eines Dritten im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrest-

vollziehung oder durch den Konkursverwalter verfügt wird (353 II). Beispiel: wenn eine Maschine, die A. von B. unter Vorbehalt des Rücktritts käuflich erworben hat, von seinem Gläubiger C. gepfändet, auf die Pfandkammer geschafft und dort durch den Gerichtsvollzieher schuldhaft beschädigt wird, geht das Rücktrittsrecht A.s verloren.

d) Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn der Berechtigte darauf verzichtet. Der Verzicht muß aber vertragsmäßig geschehen, d. h. gegenüber der Gegenpartei erklärt und von ihr angenommen werden. Selbstverständlich kann der Verzicht auch stillschweigend erfolgen.

Beispiel. Wenn G. in dem vierten Fall zu a noch vor Ablauf der bestimmten 14 Tage beim Grundbuchamt einen Termin zur Auflassung des Hauses erbittet und das Haus dem H. in diesem Termin auch wirklich vorbehaltlos aufläßt, wird er seines Rücktrittsrechts verlustig gehen. Denn hierin ist nach Lage des Falls ein stillschweigender vertragsmäßiger Verzicht auf das Rücktrittsrecht zu finden.

e) Der Rücktritt geschieht durch eine Erklärung des Berechtigten. Die Erklärung ist einseitig, aber empfangsbedürftig (349). Einer Form bedarf sie nicht.

f) Das Rücktrittsrecht ist unteilbar. Deshalb muß, wenn bei einem Vertrage auf der einen oder der andern Seite mehrere Personen beteiligt sind, das Recht von allen und gegen alle ausgeübt werden; erlischt das Recht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen (356).

g) Der Rücktritt bewirkt, daß die beiderseitigen Forderungen und Verpflichtungen aus dem Vertrage erlöschen¹: ihre Erfüllung kann von nun ab nicht mehr gefordert werden, weder von der Partei, die den Rücktritt erklärt hat, noch von der Gegenpartei. Sind die Forderungen bereits ganz oder teilweise erfüllt, so sind beide Parteien verpflichtet, gegenseitig herauszugeben, was sie voneinander empfangen haben (346 Satz 1). Einzelheiten:

α) Was auf Grund des Vertrages eine Partei der andern geleistet hat, verbleibt auch nach erklärtem Rücktritt zunächst im Vermögen des Empfängers: der Rücktritt bedeutet nicht, daß das auf den Vertrag Geleistete sofort kraft Gesetzes an den Leistenden zurückfällt, sondern nur, daß der Empfänger für seine Person verpflichtet ist, das Geleistete an den Leistenden zurückzugeben.

Beispiel. Wenn in dem dritten zu a genannten Fall E. den Rücktritt von dem Tauschvertrage erklärt, sind E. und F. verpflichtet, die Güter y und x einander zurückaufzulassen. Bis dies geschieht, verbleibt es dabei, daß y dem E. und x dem F. gehört.

β) Hat eine Partei auf Grund des Vertrages Dienstleistungen empfangen, so ist eine „Herausgabe“ dieser Dienste in Natur selbstverständlich ausgeschlossen; es tritt deshalb an die Stelle der Herausgabe der Dienste eine Erstattung ihres Werts in Geld; als Wert der Dienste ist, falls in dem Vertrage eine Gegenleistung in Geld ausbedungen war, ebendiese vertragsmäßig bestimmte Gegenleistung anzusehen, so daß der Vertrag insoweit des Rücktritts ungeachtet aufrecht erhalten wird; ist eine solche Gegenleistung nicht ausbedungen, so ist der Wert der Dienste durch Schätzung zu ermitteln. Eine

1) Örtmann, Blätter für Rechtsanwendung 69 S. 65.

analoge Regel gilt, wenn einer Partei auf Grund des Vertrages eine Sache zur Benutzung überlassen war (346 Satz 2).

Beispiel. Wenn A. den B. zu sofortigem Dienstantritt auf ein Jahr gegen einen Tagelohn von 4 Mk. als Gärtner angestellt hat und nach einer Woche kraft eines vertragsmäßig ausbedungenen Rücktrittsrechts vom Vertrage zurücktritt, so muß er ihm für die abgelaufene Woche als Vergütung 24 Mk. bezahlen; der Rücktritt wirkt also im Ergebnis wie eine Kündigung.

γ) Da der Rücktritt, anders als eine bloße Kündigung, alle Wirkungen des Vertrages nach rückwärts hin beseitigen soll, müssen beide Parteien auch die Nutzungen herausgeben oder vergüten, die sie von dem auf Grund des Vertrages Empfangenen seit der Zeit des Empfanges tatsächlich gezogen haben oder nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft hätten ziehen müssen; haben sie Geld empfangen, so müssen sie es vom Tage des Empfanges mit 4 % verzinsen (347 Satz 2, 3, 987).

δ) Hat eine der Parteien das, was sie aus dem Vertrage empfangen, seit dem Empfang schuldhaft verschlechtert oder zerstört oder sich die Rückgabe in anderer Art schuldhaft unmöglich gemacht, so ist sie, falls nicht etwa infolge dieses ihres Verhaltens nach der oben zu c entwickelten Regel der Rücktritt ganz ausgeschlossen ist, der Gegenpartei Schadensersatzpflichtig (347 Satz 1, 989).

Beispiele. I. A. hat dem B. ein Haus unter Vorbehalt des Rücktritts verkauft, übergeben und aufgelassen; als er später von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht und die Rückgabe des Hauses fordert, stellt sich heraus, daß B. das Haus inzwischen ohne dringenden Grund an C. veräußert hat und C. sich weigert, es dem B. oder dem A. zurückzugeben. Hier hat B. sich die Herausgabe des Hauses an A. schuldhaft unmöglich gemacht² und ist deshalb, ohne daß es darauf ankommt, ob die Veräußerung des Hauses an C. vor oder nach der Rücktrittserklärung geschehen ist, Schadensersatzpflichtig. II. Derselbe Fall; nur steht das Rücktrittsrecht nicht dem Verkäufer A., sondern dem Käufer B. zu. 1. B. erklärt den Rücktritt vom Vertrage erst, nachdem er das Haus bereits an C. weiter veräußert hatte. Hier ist seine Rücktrittserklärung nach der Regel oben zu c β ungültig. 2. B. hatte, als er das Haus an C. weiter veräußerte, den Rücktritt vom Vertrage bereits erklärt. Hier bleibt seine Rücktrittserklärung gültig; doch ist er dem A. gerade wie im Fall I Schadensersatzpflichtig. Siehe aber noch unten zu h α. III. Derselbe Fall wie zu II; nur hat B. das Haus nicht freihändig an C. veräußert, sondern es ist ohne sein Verschulden von seinen Gläubigern zwangsweise versteigert. Hier kann man nicht sagen, daß die Unmöglichkeit der Herausgabe des Hauses von B. „verschuldet“ sei.³ Sonach ist sein Rücktritt gültig, und er braucht an A. auch nicht einmal Schadensersatz zu leisten, sondern hat ihm lediglich seine etwaige Bereicherung herauszugeben. IV. Dieselben Fälle wie zu I—III; nur ist der Erstehende des Hauses C. bereit, das Haus dem B. gegen eine angemessene Vergütung zurückzugewähren. Hier liegt eine Unmöglichkeit der Herausgabe des Hauses überhaupt nicht vor,⁴ sondern B. muß auf das Gebot C.s eingehen und das Haus für A. von C. zurück erwerben.

ε) Verwendungen, die eine Partei auf den Gegenstand, den sie der Gegenpartei herausgeben muß, gemacht hat, sind ihr nur zu erstatten, wenn sie notwendig waren, und nur nach den für die Ansprüche eines auftraglosen Geschäftsführers geltenden Regeln (347 Satz 2, 994 II).

2) RG. 56 S. 261.

3) Siehe RG. 54 S. 225, 56 S. 260, 269.

4) RG. 54 S. 224.

γ) Die Herausgabe dessen, was die Parteien aus dem Vertrage voneinander empfangen haben, sowie die sonstigen Leistungen, die sie einander nach den vorstehenden Regeln schulden, sind Zug um Zug zu bewirken nach den für die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages geltenden Regeln (348).

h) Der einmal erklärte Rücktritt ist unwiderruflich und kann nicht einmal mit Einwilligung der Gegenpartei rückgängig gemacht werden.⁵ Dagegen wird er kraft Gesetzes unwirksam in folgenden zwei Fällen.

α) Kommt der Berechtigte, nachdem er den Rücktritt erklärt hat, mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes in Verzug, so kann die Gegenpartei ihm eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß sie die Annahme nach dem Ablauf der Frist ablehne; läßt der Berechtigte die Frist ungenützt verstreichen, so ist der Rücktritt unwirksam (354).

β) Ist im Fall des Rücktritts ein Neugeld zu zahlen, so wird der Rücktritt unwirksam, wenn der Berechtigte das Neugeld nicht sofort bei Erklärung des Rücktritts berichtet und die Gegenpartei die Rücktrittserklärung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist; doch kann der Berechtigte die Rücktrittserklärung wieder wirksam machen, wenn er die Zahlung des Neugeldes unverzüglich nach der Zurückweisung nachholt (359).

2. Außer dem durch eine besondere Vertragsklausel bedungenen kommt in zahlreichen Fällen auch ein gesetzliches Rücktrittsrecht vor. Soweit nicht ausnahmsweise ein anderes bestimmt ist, kommen die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden zu 1. entwickelten Regeln auch auf das gesetzliche Rücktrittsrecht zur Anwendung (286 II Satz 2, 327 Satz 1, 467 Satz 1).

Beispiel. Bei gegenseitigen Verträgen ist, wenn eine Partei in Erfüllungsverzug kommt, die Gegenpartei unter gewissen Voraussetzungen kraft Gesetzes zum Rücktritt vom Vertrage befugt (326 I Satz 2).

5. Schuldverlaß.

§ 113.

Eine Forderung erlischt insoweit, als der Gläubiger auf sie Verzicht leistet oder, was dasselbe besagt, dem Schuldner seine Schuld erläßt. Dem Schuldverlaß des Gläubigers steht ein Schuldverlaß eines Dritten gleich, der zur Verfügung über die Forderung zuständig ist (s. oben S. 411).

I. Der Schuldverlaß kann nur durch einen Vertrag mit dem Schuldner vonstatten gehn (397 I): ohne die Einwilligung des Schuldners kann der Gläubiger auf seine Forderung nicht verzichten!

Beispiel. A. schreibt seinem Schuldner B., daß er ihm seine Schuld erlasse und zugleich auf das von B. für die Schuld bestellte Pfandrecht Verzicht leiste; B. erwidert um-

5) RG. 66 S. 432

gehend, daß er dankend annehme; dieser Annahmeprief geht aber auf der Post verloren. Hier ist der Schulderlaß ungültig, der Verzicht auf das Pfandrecht gültig. Denn der Verzicht auf das Pfandrecht kann vom Gläubiger einseitig erklärt werden (1255, 1273), der Verzicht auf die Forderung nicht. Das Ausbleiben der Annahmeerklärung B. S ist also für ersteren Verzicht unschädlich, während er letzterem Verzicht die Wirksamkeit nimmt. Aus welchen Gründen der Gesetzgeber sich zu einer so verschiedenen Behandlung der beiden Verzichte entschlossen hat, ist sein Geheimnis geblieben.

Übrigens ist die Regel, daß ein Schulderlaß nur mit Einwilligung des Schuldners vorgenommen werden kann, eine leere Formalität. Denn der Gläubiger braucht, wenn der Schuldner seine Einwilligung verweigert, nur einen Strohmännchen zu bestellen, der jenem eigensinnigen Schuldner die Schuld abnimmt (414), und kann dann den Schulderlaß mit Einwilligung des Strohmännchens erklären.

II. Der Schulderlaß kann auch verschleiert in der Art erklärt werden, daß der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß die Schuld nicht bestehe (397 II).

III. Im übrigen finden auf den Schulderlaß die für Verfügungen über Forderungsrechte im allgemeinen geltenden Regeln (oben S. 410 ff.) Anwendung.

6. Novation.

§ 113 a.

Eine Forderung erlischt insoweit, als eine Novation eintritt, d. h. insoweit, als an ihre Stelle eine andre Forderung gesetzt wird.

I. Die Novation erfolgt stets vertragsmäßig. An dem Vertragsschluß muß auf der einen Seite derjenige, dem die Verfügungsmacht über die alte Forderung zusteht, auf der andern Seite der Schuldner der neuen Forderung teilnehmen. Daß auch der Schuldner der alten Forderung teilnimmt, ist nur erforderlich, wenn er mit dem Schuldner der neuen Forderung identisch ist.

II. Die neue Forderung muß sich von der alten irgendwie unterscheiden. Denn sonst hätte es ja keinen Zweck, sie an deren Stelle zu setzen.

III. Die Novation kann eine Leistung an Erfüllungsstatt auf die alte Forderung darstellen (oben § 109): der Gläubiger erwirbt die neue Forderung, um ebendadurch einen Ersatz für die Erfüllung der alten Forderung zu erhalten. Ebenfogut kann die Novation aber auch andern Zwecken dienen, zumal dann, wenn die alte Forderung noch nicht fällig und deshalb von ihrer Erfüllung zunächst noch nicht die Rede ist: ein solcher Zweck ist vor allem, gewisse Schwierigkeiten, die bei der dereinstigen Geltendmachung der alten Forderung zu besorgen sein würden, dadurch zu beseitigen, daß an die Stelle der alten eine neue leichter zu handhabende Forderung gesetzt wird.

IV. Von der Novation zu unterscheiden ist das sog. Schuldkonstitut.¹ Dies besteht darin, daß eine neue Forderung nicht an die Stelle der alten Forderung, sondern neben sie gesetzt und daß vereinbart wird, durch Be-

1) R. G. 65 S. 80.

friedigung des Gläubigers wegen der einen Forderung solle auch die andre Forderung aufgehoben sein. Ob die Begründung einer neuen Forderung zum Zweck der Novation einer alten Forderung erfolgt oder ob sie nur ein Schuldkonstitut darstellt, läßt sich bloß im Einzelfall entscheiden; doch ist im Zweifel das letztere anzunehmen (s. 364 II).

Beispiel. A. hat von dem bei ihm zur Miete wohnenden B. 600 Mk. rückständigen Mietzins zu fordern; außerdem hat er ihm aus seinem Geschäft Waren für zusammen 400 Mk. geliefert und ihm 1000 Mk. geborgt; nun läßt er sich von B. einen Schuldschein geben, der lautet: „Hiermit verpflichte ich mich, an Herrn A. spätestens am 1. April kommenden Jahrs 2000 Mk. zu zahlen und die Summe mit 5% vom 1. März d. Js. ab zu verzinsen. M. den 1. Juli 09. B.“ Hier kann dies Schuldsprechen B.s eine Novation der alten Forderungen A.s, es kann aber auch ein Schuldkonstitut bedeuten. Der Unterschied ist, daß die alten Forderungen A.s im ersten Fall erlöschen, im zweiten Fall fortbestehn. Im zweiten Fall würde also A., wenn er wollte, nach wie vor auch die alten Forderungen geltend machen können; das hätte für ihn den Vorteil, daß er in Höhe von 600 Mk. das gesetzliche Vermieterpfandrecht geltend machen könnte. Im ersten Fall wäre dagegen eine Geltendmachung der alten Forderungen ausgeschlossen.

7. Konfusion.¹

§ 113 b.

Eine Forderung erlischt insoweit, als eine Konfusion eintritt, d. h. insoweit, als Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht in einer Person zusammen trifft. Doch erleidet diese Regel einige Ausnahmen, namentlich im Erbrecht; davon soll aber erst später gesprochen werden.

Beispiel. A., der sein Fabrikgeschäft auf einem dem B. abgemieteten Grundstück betreibt, hat Ende Mai 09 dies Grundstück dem B. laut notarieller Urkunde abgekauft; Anfang Juni 09, noch ehe das Grundstück ihm aufgelassen worden ist, überträgt A. sein ganzes Geschäft samt allen dazu gehörigen Forderungen gegen ein Entgelt von 600000 Mk. ebendiesem B.; Anfang Juli 09 wird durch mündliche Vereinbarung zwischen A. und B. dieser Übertragungsvertrag wieder aufgehoben. Hier kann A. trotz des notariellen Kaufvertrages vom Mai die Auflassung des Geschäftsgrundstücks von B. nicht fordern. Denn die diesem Vertrage entsprungene Forderung A.s auf Auflassung ist ja im Juni samt dem ganzen Geschäft A.s auf B. übertragen und damit durch Konfusion erloschen. Soll sie wieder ins Leben gerufen werden, so genügt dazu der mündliche Vertrag vom Juli nicht, sondern B. muß das Grundstück durch einen zweiten notariellen Vertrag von neuem an A. verkaufen.

8. Andre Aufhebungsgründe.¹

§ 113 c.

Außer in der bisher geschilderten kann eine Forderung auch noch in anderer Art erlöschen. Namentlich geschieht dies:

I. dadurch, daß die Erfüllung der Forderung durch einen vom Schuldner

1) Kretschmar, Theorie d. Konfusion (99); Schwedler, Erlöschen d. Schuldverhältnisse durch Vereintigung (97).

1) Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung (05).

nicht zu vertretenden Umstand nachträglich unmöglich gemacht wird (s. oben S. 401 c);

II. bei manchen Forderungen dadurch, daß der Gläubiger stirbt (s. 847).

VI. Übergang der Forderungen auf einen neuen Gläubiger.¹

1. Übertragung durch Rechtsgeschäft.

§ 114.

Die Übertragung einer Forderung auf einen neuen Gläubiger heißt, wenn sie durch Rechtsgeschäft erfolgt, Abtretung oder Zession.

I. 1. Eine Forderung kann auf einen neuen Inhaber rechtsgeschäftlich übertragen werden wie andre Vermögensrechte auch (398); durch einen solchen Wechsel des Rechtsinhabers wird die Identität der Forderung nicht zerstört.

2. Doch gilt die Übertragbarkeit der Forderungen nicht ausnahmslos.²

a) Gewisse Forderungen sind nur dann übertragbar, wenn der Schuldner in die Übertragung willigt (399). Es sind dies:

α) alle Forderungen, deren Abtretung durch Vertrag mit dem Schuldner rechtsgeschäftlich ausgeschlossen ist;

β) alle Forderungen, bei denen die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne erhebliche Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann.

Beispiele. I. Nur mit Zustimmung des Schuldners können abgetreten werden: die Ansprüche des Dienstberechtigten auf Dienstleistung bei den meisten Dienstverträgen (s. 613), der Anspruch dessen, dem die Hingabe eines Darlehns zugesagt ist (*pactum de mutuo dando*);³ der Anspruch eines Reisenden auf Unterkunft und Beföstigung in einem Gasthause. II. Dagegen sind auch ohne Zustimmung des Schuldners abtretbar der Regel nach die Ansprüche des Käufers auf Lieferung der Kaufsache. Allerdings kann auch die Abtretung dieser Ansprüche für den Verkäufer sehr unangenehm sein, z. B. wenn der ursprüngliche Käufer anspruchloser Natur, sein Rechtsnachfolger dagegen sehr kritisch ist. Doch muß der Schuldner auf derartige Änderungen seiner Rechtslage ohnehin gefaßt sein.

b) Gewisse Forderungen können nicht einmal mit Einwilligung des Schuldners abgetreten werden. Hierher gehören vor allem sämtliche Forderungen, die das Gesetz für unpfändbar oder für beschränkt pfändbar erklärt, soweit ihre Pfändung ausgeschlossen ist, insbesondere die Ansprüche der Lohnarbeiter auf ihren noch nicht verdienten Lohn (400, *RPD.* 850).

Siehe ferner *BOB.* 717, 847 I Satz 2 usw.

Streitig ist, ob auch eine künftige Forderung im voraus abgetreten werden kann, noch ehe sie begründet ist; Beispiel: A. gibt seinem Bruder B. Vollmacht, sein Haus zu einem beliebigen Kaufpreise an einen beliebigen Käufer zu verkaufen, und tritt ihm schon jetzt die Forderung auf den von ihm zu bedingenden Preis ab. Das Reichsgericht hat die Frage allgemein bejaht.⁴

1) *Affolter, Arch. f. RN.* 13 S. 296.

2) Siehe *RG.* 58 S. 71.

3) Siehe aber auch *RG.* 66 S. 361.

4) *RG.* 55 S. 334; ebenso von *Lühr, Bankarchiv* 7 S. 277.

II. 1. Die Abtretung einer Forderung geschieht stets durch Vertrag. Und zwar müssen an dem Vertragsschluß als Parteien regelmäßig der alte und der neue Gläubiger, die man in diesem Fall als Zedent und Zessionar zu bezeichnen pflegt, mitwirken. Dagegen ist die Teilnahme des Schuldners nur in den oben zu I, 2 a genannten Ausnahmefällen erforderlich; ja es ist nicht einmal eine Anzeige der Abtretung an den Schuldner nötig: so wichtig eine solche Anzeige, wie alsbald zu zeigen, für den Grad der Wirksamkeit der Abtretung ist, so ist sie doch für die Gültigkeit der Abtretung nicht schlechthin geboten. Keine Bedeutung für die Abtretung hat es, wenn über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt ist; es ist also für die Gültigkeit der Abtretung die Aushändigung des Scheins an den neuen Gläubiger nicht wesentlich, und auch ein Vermerk der Abtretung auf dem Schein ist durchaus überflüssig.

Siehe die Beispiele zu III.

2. Von der Abtretung der Forderung zu unterscheiden ist ein Vertrag, durch den der alte Gläubiger sich persönlich zur Abtretung der Forderung an den neuen Gläubiger verpflichtet (*pactum de cedendo*). Ein derartiger Vertrag überträgt die Forderung auf den neuen Gläubiger nicht, sondern beläßt sie so lange beim alten Gläubiger, bis ihm ein zweiter Vertrag nachfolgt, der die Abtretung selbst enthält.

Beispiele. I. 1. A. hat sein Landgut samt einer in seinem Landwirtschaftsbetriebe entstandenen Forderung gegen B. am 16. Juni an C. verkauft; die Auflassung und Übergabe des Guts soll am 1. Juli stattfinden; tatsächlich findet sie, wegen Erkrankung C.s, erst am 15. Juli statt; am 1. August zeigt A. dem B. an, daß er seine Forderung dem C. abgetreten habe. Hier ist die Forderung des A. gegen B. nicht schon am 16. Juni auf C. übergegangen, weil A. sich an diesem Tage zur Übertragung der Forderung auf C. nur persönlich verpflichtet hat. Wohl aber ist der Übergang am 15. Juli geschehen; denn indem A. an diesem Tage das verkaufte Gut an C. übergab, hat er stillschweigend auch die mitverkaufte Forderung dem C. abgetreten. 2. Derselbe Fall; nur hat A. bei der Übergabe des Guts ausdrücklich erklärt, daß er sich die Abtretung der Forderung gegen B. noch überlegen wolle; C. hat ihn darauf am 1. Oktober auf Abtretung der Forderung verklagt; am 16. Dezember ist A. dem Klageantrage gemäß verurteilt; am 1. Februar des folgenden Jahrs ist dies Urteil rechtskräftig geworden. Hier ist die Forderung A.s gegen B. am 1. Februar auf C. übergegangen; denn ein Urteil, das den alten Gläubiger zur Abtretung verurteilt, steht, sobald es rechtskräftig geworden, der Abtretung gleich (ZPD. 894). II. D. hat am 1. Februar seine Forderung gegen E. dem F., „mit Wirkung vom 1. April ab“, verkauft. Hier geht die Forderung am 1. April auf E. über, ohne daß A. die Abtretung an diesem Tage besonders erklären mußte. Denn es ist anzunehmen, daß in dem „Verkauf“ der Forderung mit Wirkung vom 1. April ab stillschweigend auch die „Abtretung“ der Forderung, aufschlebend befristet bis zum 1. April, mitenthalten ist.

III. 1. Im Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger ist der Abtretungsvertrag alsbald mit dem Abschluß in vollem Umfang wirksam: die abgetretene Forderung ist dem alten Gläubiger sofort verloren, dem neuen Gläubiger sofort gewonnen, es sei denn, daß der Abtretungsvertrag mit einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung abgeschlossen ist.

Beispiel. Am 1. Mai 1909 hat A. eine ihm gegen B. zustehende erst nach einem Jahr fällige unverzinsliche Forderung von 1000 Mk. dem C. gegen eine Barzahlung von 900 Mk. mündlich abgetreten und dabei mit C. vereinbart, die Abtretung solle zunächst vor

B. geheimgehalten werden; den über die Forderung ausgestellten Schuldschein B. hat A. unter dem Vorgeben, er habe ihn verlegt, zurückbehalten; tags drauf bietet A. dem B. den Erlaß der Forderung gegen sofortige Zahlung von 900 M. an, indem er ihm die Abtretung der Forderung an C. sorglich verschweigt; B. geht auf dies Angebot ein und zahlt die 900 M., worauf A. vor seinen Augen den Schuldschein B. zerreißt. Hier hat sich A. eines Betruges und in Ansehung des Schuldscheins auch einer Sachbeschädigung schuldig gemacht; denn die Forderung, die er einzog, und der Schuldschein, den er zerriß, gehörte am 2. Mai nicht mehr ihm, sondern dem C. (§. 952); daß der Schuldner B. über die Abtretung der Forderung nicht unterrichtet und der Schuldschein B. bei A. zurückgeblieben war, ändert an dieser Entscheidung nichts.

2. Dagegen macht das Verhältnis des Schuldners zu dem alten und dem neuen Gläubiger eine allmähliche Entwicklung durch, in der drei Stadien zu unterscheiden sind.

a) Erstes Stadium: der Schuldner hat noch keine sichere Kenntnis von der Abtretung, sondern ist entweder ganz ohne Mitteilung oder die ihm gemachten Mitteilungen sind nicht völlig überzeugend (407 I, 410). Dann kann er, wenn er will, die Abtretung zu seinen Gunsten ausnutzen, also eine Mahnung oder Kündigung des alten Gläubigers als ungültig behandeln oder bei einer Klage des alten Gläubigers die Abweisung wegen mangelnder Aktivlegitimation des Klägers beantragen.⁵ Dem entspricht es, daß er den neuen Gläubiger schon jetzt als rechtmäßigen Inhaber der Forderung anerkennen darf: er kann ihm kündigen und eine Kündigung von ihm annehmen; er kann ihm Erfüllung anbieten und ihn in Annahmeverzug versetzen. Doch gilt dies alles eben nur, wenn der Schuldner will. Ebenso gut kann also der Schuldner die Abtretung ganz unbeachtet lassen.⁶ Sonach darf er nach wie vor an den alten Gläubiger erfüllen; ebenso sind sonstige Verhandlungen zwischen ihm und dem alten Gläubiger in betreff der Forderung vollgültig, namentlich eine Kündigung, ein Schulderlaß. Dem entspricht es, daß er die Gläubigerstellung des neuen Gläubigers durchaus nicht anzuerkennen braucht; vielmehr kann er Mahnungen oder Kündigungen des Gläubigers als nichtig zurückweisen, dies freilich mit der Beschränkung, daß er die Zurückweisung unverzüglich erklären muß (410 I Satz 2); bei einer Klage des neuen Gläubigers kann er die Abweisung wegen mangelnder Aktivlegitimation beantragen usw. Schließlich kann der Schuldner auch einen Mittelweg einschlagen, nämlich die Abtretung weder anerkennen noch bestreiten, sondern als unsicher behandeln: die Folge ist alsdann, daß er weder an den alten noch an den neuen Gläubiger erfüllt, sondern die Erfüllung bis zur Klärung der Sachlage allen beiden Gläubigern verweigert oder sich (soweit zulässig) durch Hinterlegung oder formellen Selbsthülfeverkauf freimacht.

b) Zweites Stadium: der Schuldner hat sichere Kenntnis von der Abtretung, aber noch keine formelle Mitteilung darüber bekommen. Dann hört das Recht des Schuldners, die Abtretung einfach unbeachtet zu lassen auf (407 I).

5) RG. 52 S. 184. Abw. Endemann 1 § 152²².

6) RG. 61 S. 245.

Denn die Abtretung steht fortan mindestens in dem negativen Sinn auch dem Schuldner gegenüber fest, daß die Rolle des alten Gläubigers ausgespielt ist: der Schuldner darf an ihn nicht mehr erfüllen; er darf ihm weder kündigen noch von ihm eine Kündigung annehmen; er darf mit ihm keine Verträge über die Schuld abschließen usw. Der Faden, der den Schuldner mit dem alten Gläubiger verknüpft, ist also endgültig zerschnitten. Hingegen bleibt die positive Wirkung der Abtretung, der Eintritt des neuen Gläubigers in die Forderung, noch ebenso unsicher wie im ersten Stadium: der Schuldner kann den neuen Gläubiger anerkennen, wenn er will, ist aber dazu nicht verpflichtet. Woher der Schuldner die sichere Kenntnis von der Abtretung gewinnt, ist gleichgültig; es kann dies auf einer formlosen Mitteilung des alten oder neuen Gläubigers, es kann aber ebensogut auf einer zufälligen Mitteilung eines Unbeteiligten beruhen; nur muß die Mitteilung unbedingt glaubhaft sein.⁷ Daß der Schuldner die Kenntnis gehabt hat, muß ihm im Streitfall nachgewiesen werden. Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich.

c) Drittes Stadium: dem Schuldner ist die Abtretung formell angezeigt (410). Die Anzeige (denuntiatio) geschieht entweder durch den alten Gläubiger und bedarf dann der Schriftform. Oder sie geschieht durch den neuen Gläubiger: alsdann kann sie mündlich geschehen; der neue Gläubiger muß aber dem Schuldner eine vom alten Gläubiger ausgestellte Abtretungsurkunde vorlegen und, wenn der Schuldner erfüllt, sie ihm auch aushändigen. Damit ist nun auch die positive Wirkung der Abtretung sicher gestellt; der neue Gläubiger ist jetzt in den Vollbesitz der Gläubigerrechte getreten; er kann jetzt auch gegen den Willen des Schuldners mahnen, kündigen, Erfüllung fordern.

Beispiele. A. hat drei Forderungen, die ihm gegen B., C. und D. zustehen und gegen eine dem Gläubiger wie dem Schuldner zustehende dreimonatige Kündigung zahlbar sind, dem C. abgetreten; B. hat die Abtretung durch eine mündliche, C. hat sie durch eine schriftliche Anzeige A.s, D. hat sie durch eine ganz unzuverlässige Mitteilung der Ehefrau E.s erfahren. I. Erster Fall: alle drei Schuldner kündigen die Forderung an die Adresse E.s. Hier sind die drei Kündigungen gültig. II. Zweiter Fall: alle drei Schuldner kündigen an die Adresse A.s. Hier sind die Kündigungen des B. und des C. ungültig, die des D. ist gültig. III. Dritter Fall: A. kündigt die Forderungen an die Adresse der drei Schuldner. Hier ist die Kündigung gegenüber B. und C. ungültig; ob die Kündigung auch gegenüber D. ungültig ist, hängt von dessen Gutdünken ab, ohne daß eine Frist bestände, binnen deren D. sich darüber zu erklären hätte, ob er die Kündigung A.s gelten lassen will oder nicht. IV. Viertes Fall: E. kündigt die drei Forderungen. Hier ist die Kündigung gegenüber C. gültig; dagegen ist die Kündigung gegenüber B. und D. ungültig, wenn beide Schuldner sie unverzüglich zurückweisen.

3. a) Dritten Personen gegenüber wird die Abtretung sofort mit dem Vertragsschluß wirksam; ein Gläubiger des alten Gläubigers kann also nach dem Abschluß des Abtretungsvertrages die Forderung nicht mehr mit Beschlagnahme belegen, mag auch die Abtretung dem Schuldner noch nicht angezeigt sein.

b) Daraus ergibt sich noch folgende Regel: wenn der alte Gläubiger

7) RG. 61 S. 245.

seine Forderung mehrmals an verschiedene Personen abtritt, ist nur die erste Abtretung gültig. Doch muß der erste Erwerber der Forderung alle Leistungen, die der Schuldner an den späteren Erwerber gemacht hat, und alle Rechtsgeschäfte, die zwischen dem Schuldner und dem späteren Erwerber über die Forderung vorgenommen worden sind, gegen sich gelten lassen, sofern der Schuldner zur Zeit der Leistung oder des Rechtsgeschäfts die erste allein gültige Abtretung nicht erweislich gekannt hat (408 I).

Beispiel. A. hat seine fällige Forderung von 1000 Mk. gegen B. am 1. Mai mündlich dem C., am 5. Mai schriftlich unter Aushändigung des über die Forderung ausgestellten Schuldscheins dem D. abgetreten; am 6. Mai zeigt D. unter Vorlegung der Abtretungsurkunde des A. dem B. die Abtretung an und B. macht eine Abschlagszahlung von 500 Mk. an ihn; am 7. Mai teilt A. dem B. auch die Abtretung der Forderung an C. mit. Hier ist A. durch die Zahlung der 500 Mk. an D. auch gegenüber C. befreit; dagegen darf er den Rest seiner Schuld fortan nur an C. zahlen.

Die Regel zu b gilt analog auch dann, wenn eine bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß eine bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf ihn (den Dritten) übergegangen ist (408 II).

IV. 1. Der neue Gläubiger kann die Forderung in dem vollen Umfang, in dem sie ihm abgetreten ist, geltend machen.⁸ So auch dann, wenn der alte Gläubiger ihm die Forderung mit einem „Damno“ übertragen, d. h. als Entgelt sich nicht den Nennwert der Forderung, sondern nur einen geringeren Betrag ausbedungen hat.

2. Die Forderung steht dem neuen Gläubiger mit allen Vorzügen zu, die sie vor der Abtretung besaß. So gehen alle Hypotheken und Faustpfandrechte, die für die Forderung bestanden, die Ansprüche aus einer für die Forderung bestellten Bürgschaft, alle Vorzugsrechte, deren die Forderung sich für den Fall des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung erfreute, auf den neuen Gläubiger über.⁹ Auch für die Nebenansprüche, die die Forderung begleiteten, mögen sie nun auf Zinsen, mögen sie auf Schadensersatz, mögen sie auf Vertragsstrafen u. dgl. gerichtet sein, gilt das gleiche wenigstens insoweit, als sie erst nach der Abtretung fällig werden, während bei Nebenansprüchen auf rückständige Zinsen und bereits verfallene Strafen besonders bewiesen werden muß, daß auch sie mit abgetreten sind.¹⁰

3. Aber auch die Mängel, die der Forderung zur Zeit der Abtretung anhafteten, bleiben nach der Abtretung fortbestehn. Die Forderung bleibt also nichtig oder anfechtbar, wenn sie es vorher war, ihre Verjährung setzt ohne Unterbrechung ihren Lauf fort, alle Einreden, die gegen den ursprünglichen Gläubiger begründet waren, gehen nunmehr auch gegen den neuen Gläubiger (404). Doch gelten hier folgende Besonderheiten.

a) Wenn der Schuldner gegen den alten Gläubiger den Einwand erheben

8) Siehe auch RG. 55 S. 404.

9) RG. 65 S. 418. Siehe auch ebenda 60 S. 370, 65 S. 169.

10) Abw. Schollmeyer Ann. 1 zu § 401; Endemann 1 § 152⁵.

konnte, die Forderung beruhe auf einem Scheingeschäft¹¹ und sei deshalb nichtig, so darf er diesen Einwand an und für sich auch gegen den neuen Gläubiger richten. Hat er jedoch die Forderung durch eine schriftliche Urkunde begründet oder anerkannt und hat der alte Gläubiger diese Urkunde vor oder bei der Abtretung dem neuen Gläubiger vorgelegt, so ist der Einwand des Scheingeschäfts gegen letzteren ausgeschlossen, es sei denn daß der neue Gläubiger bei der Abtretung die Sachlage gekannt hat oder hätte kennen müssen (405). Auf den Einwand, daß die Forderung wegen Irrtums, Betruges, Zwanges usw. anfechtbar oder angefochten oder daß der in der Urkunde angegebene Inhalt der Forderung nachträglich abgeändert worden sei, ist diese Regel nicht ausgedehnt.

Beispiel. A. erwirbt von den Erben des B. eine Forderung des B. gegen C., die von C. durch folgenden dem A. mitübergewebenen Schuldschein verbrieft ist: „ich bekenne, von B. 5000 Mk. Darlehn, zu 6% verzinslich, empfangen zu haben, und verspreche pünktliche Rückzahlung“; nun wendet C. ein, er habe dem B. seinerzeit jenen Schuldschein gebracht, B. habe ihn auch an sich genommen, aber nur eine Darlehenssumme von 4000 Mk. ausbezahlt; mündlich habe B. mit ihm Rückzahlung des Darlehns nach 10 Jahren ausgemacht; später habe er 1000 Mk. an B. abbezahlt; demnächst habe B. die Zinsen auf 3% ermäßigt und 1000 Mk. der Darlehenssumme ganz erlassen. Hier muß A. sich alle diese Einwendungen gefallen lassen außer der einen, daß C. nicht, wie er urkundlich anerkannt, 5000 Mk. als Darlehn empfangen habe; denn letztere Einwendung läuft darauf hinaus, daß der Schuldschein die Höhe der Darlehenssumme nur zum Schein auf 5000 Mk. angegeben habe. So nach hat A. von C. 3000 Mk. nebst 3% Zinsen, rückzahlbar nach Ablauf jener 10 Jahre, zu verlangen.

Ebenso wie der Einwand der Simulation ist noch der weitere Einwand beschränkt, der Schuldner habe mit dem alten Gläubiger die Abtretung vertragsmäßig ausgeschlossen: war diese Vereinbarung in der Urkunde nicht erwähnt, so wirkt sie gegen den neuen Gläubiger nur, wenn er sie bei der Abtretung gekannt hat oder hätte kennen müssen (405).

b) Wird hiernach die Verteidigung des Schuldners gegen den neuen Gläubiger in gewisser Richtung beschränkt, so wird sie in anderer Richtung wieder erweitert: der Schuldner kann nämlich auch solche Einwendungen gegen den neuen Gläubiger vorbringen, die gegen den alten Gläubiger erst nach der Abtretung, also zu einer Zeit begründet sind, da dieser gar nicht mehr Gläubiger war, vorausgesetzt, daß der Schuldner zu dieser Zeit die Abtretung noch nicht gekannt hat. Das gilt namentlich, wenn der Schuldner nach der Abtretung seine Schuld zu Händen des alten Gläubigers durch Erfüllung oder Leistung an Erfüllungsstatt getilgt hat, wenn der alte Gläubiger nach der Abtretung die Forderung erlassen oder gestundet hat usw. (407 I). Die Abtretung soll eben zum Nachteil des Schuldners erst dann wirksam werden, wenn der Schuldner sie kennt.

c) Daraus ergibt sich insbesondere für das Aufrechnungsrecht des Schuldners folgende Regel: der Schuldner kann mit einer Gegenforderung, die ihm gegen den alten Gläubiger zusteht, auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er entweder die Forderung erst erworben hat, als er die Abtretung bereits kannte, oder daß er sie zwar schon vorher erworben hatte,

11) Siehe auch RG. 60 S. 23.

die Forderung aber später als die abgetretene Forderung und erst, nachdem er die Abtretung bereits erfahren hatte, fällig geworden ist (406).

Beispiel. A. hat eine Forderung wider B., die am 1. Juli 1902 fällig wird, am 1. Juni 1901 an C. abgetreten, und B. hat die Abtretung am 1. August 1901 erfahren; nun hat B. vier Gegenforderungen wider A.; die erste und zweite hat er 1900, die dritte im Juli, die vierte im September 1901 erworben; die erste ist 1900, die dritte und vierte im Januar 1902, die zweite im September 1902 fällig. Hier kann B. gegen C. nur mit der ersten und dritten Forderung aufrechnen.

d) Auf ein Urteil, das in einem Prozeß zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner ergeht, kann der Schuldner sich auch gegenüber dem neuen Gläubiger berufen, sofern der Prozeß zu einer Zeit anhängig wurde, zu der die Abtretung der Forderung noch nicht geschehen oder doch dem Schuldner noch nicht bekannt geworden war (407 II).

4. Ist die Abtretung erfolgt, so kann die Forderung nunmehr neue Vorzüge oder neue Mängel bekommen. Insbesondere kann der Schuldner fortan auch mit Gegenforderungen aufrechnen, die ihm gegen den neuen Gläubiger zustehen.

V. Hat der Gläubiger dem Schuldner angezeigt, daß er die Forderung einem andern abgetreten habe, so muß er die angezeigte Abtretung dem Schuldner gegenüber gegen sich gelten lassen, auch wenn sie in Wahrheit nicht erfolgt oder nicht wirksam ist, und zwar so lange, bis er die Anzeige unter Zustimmung des angeblichen neuen Gläubigers zurücknimmt; der Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde darüber ausstellt, daß er die Forderung einem andern abgetreten hat oder abtritt, und wenn er diese Urkunde dem andern aushändigt und dieser sie dem Schuldner vorlegt (409).

1. Die Abtretungsanzeige ist der früher besprochenen Vollmachtsanzeige (oben S. 279) nahe verwandt. Sie ist also kein Rechtsgeschäft, muß aber doch nach Analogie der Rechtsgeschäfte behandelt werden.

2. a) Die Abtretungsanzeige wirkt nur gegenüber dem Schuldner, nicht gegenüber dritten Personen.

b) Sie wirkt gegenüber dem Schuldner nur zu dessen Gunsten, nicht zu dessen Lasten.

c) Sie wirkt zugunsten des Schuldners auch dann, wenn dieser weiß, daß die Abtretung in Wahrheit nicht erfolgt oder daß sie ungültig ist.

Beispiele. I. A., dem eine fällige Forderung gegen B. zusteht, hat dem B. angezeigt, daß er diese Forderung an C. abgetreten habe; im Vertrauen hierauf zahlt der gutgläubige B. die Schuldschuld sofort an C. aus; nun stellt sich aber heraus, daß die Abtretung in Wahrheit gar nicht oder doch nicht rechtsgültig erfolgt ist, und es fragt sich, ob B. von seiner Schuld gegenüber A. durch die Zahlung an C. befreit ist. 1. Erster Fall: die Abtretung war ungültig, weil A., als er sie vornahm und dem B. anzeigte, noch minderjährig war und ohne die erforderliche Zustimmung seines Vormundes gehandelt hat. Hier ist jene Frage zu verneinen: denn hier ist ja nicht bloß die Abtretung selbst, sondern auch die Abtretungsanzeige ungültig. B. muß also an den Vormund A.'s noch einmal zahlen. 2. Zweiter Fall: die Abtretung war ungültig, weil C. sie nur mit einer Beschränkung angenommen hat, auf die A. nicht eingegangen ist. Hier ist jene Frage zu bejahen: denn hier ist nur die Abtretung selbst ungültig, die Abtretungsanzeige dagegen gültig. B. braucht also seine Zahlung nicht zu wiederholen. II. Derselbe Fall wie zu I, 2; nur war die Forderung A.'s, gleich nachdem die Abtretungsanzeige bei B. eingegangen und noch ehe B. seine Zahlung an C. geleistet

hatte, sowohl von Gläubigern A. als wie von Gläubigern C. mit Beschlagnahme belegt. Hier ist nur die Beschlagnahme zugunsten der Gläubiger A. gültig. Denn gegenüber den Gläubigern des Gläubigers kommt es nicht auf die Abtretungsanzeige, sondern nur auf die Abtretung selbst an. III. Derselbe Fall wie zu I, 2; nur hat B. nicht an C. gezahlt; wohl aber hat C. die ihm angeblich abgetretene Forderung A. dazu benutzt, sie auf eine fällige Gegenforderung, die dem B. wider ihn zustand, aufzurechnen. Hier kann B. diese Aufrechnung nach seinem Belieben als gültig oder als ungültig behandeln; denn die Abtretungsanzeige ist ja nur zu seinen Gunsten wirksam. Eine Frist, binnen deren er sich über die Anerkennung der Aufrechnung entscheiden müßte, besteht nicht. IV. Derselbe Fall wie zu I, 2; nur hat A. keine Abtretungsanzeige, noch ehe B. an C. zahlte, unter Mitteilung des Sachverhalts widerrufen; B. hat, als er die Zahlung an C. bewirkte, ihn von dem Widerruf A. in Kenntnis gesetzt, aber sich mit einer ausweichenden Antwort C. zufrieden gegeben. Hier ist B. sicher nicht für gutgläubig anzusehen. Trotzdem wird er durch die Zahlung an C. auch hier befreit. Denn es kommt auf seinen guten oder schlechten Glauben gar nicht an.

VI. Im übrigen kommen auf die Abtretung von Forderungen die für Verfügungen über Forderungen geltenden allgemeinen Regeln (oben § 101) zur Anwendung. Aus diesen Regeln ergibt sich unter anderm, daß, wenn eine Forderung durch eine Kette aufeinanderfolgender Übertragungen mehrfach den Gläubiger wechselt, der letzte Gläubiger zu seiner Legitimation nicht bloß die Gültigkeit der letzten, sondern ebenso auch die Gültigkeit einer jeden vorausgehenden Abtretung nachweisen muß. Denn war eine der früheren Abtretungen ungültig, so fehlte dem, der durch diese Abtretung Gläubiger der Forderung geworden sein soll, die Verfügungsmacht über die Forderung, und er konnte demnach, so wenig er selbst Gläubiger geworden war, so wenig die ihm folgenden Zessionare zu Gläubigern machen. Diese Vorschrift ist für die Erwerber einer Forderung offenbar sehr ungünstig. Sie ist aber auch für den Schuldner äußerst lästig, weil sie ihn dazu nötigt, bei einer mehrfach hintereinander abgetretenen Forderung die Gültigkeit sämtlicher Abtretungen zu prüfen; und jeder Irrtum bei dieser Prüfung geht auf seine Gefahr. Doch wird die Prüfungspflicht des Schuldners durch die Regel zu V wesentlich vereinfacht.

Beispiel. Die fällige Forderung A. gegen B. soll durch eine Kette schriftlicher Abtretungen nacheinander auf C., auf D., auf E. und auf F. übergegangen sein; in Wahrheit ist aber die Abtretung von C. an D. ungültig, weil C. durch Drohungen zu ihr gezwungen ist und sie rechtmäßig gegenüber D. angefochten hat. Hier ist auch die Abtretung von D. an E. und von E. an F. ungültig und zwar sogar dann, wenn sie geschehen ist, ehe C. seine Abtretung angefochten hat, und wenn C. und F. weder vorher von der Anfechtbarkeit noch nachträglich von der Anfechtung der Abtretung Kenntnis erlangt haben oder erlangen konnten. Gläubiger der Forderung ist also nach wie vor C. Würde der Schuldner B. in gutem Glauben an F. Zahlung leisten, so würde er nicht befreit werden, sondern müßte an C. noch einmal zahlen! Wegen diese Gefahr des Zwanges zur Doppelzahlung gibt es einen sichern Schutz nicht. Insbesondere würde es dem B. nichts helfen, wenn er sich von F. die von den vier Vorgläubigern ausgestellten Abtretungsurkunden vorlegen ließe: denn die Abtretungsurkunde des C. ist ja, sobald ihre Ausstellung wegen Bedrohung angefochten wird, nichtig, hat also nach den zu V, 1 entwickelten Regeln keinerlei Rechtswirkung.

VII. Für das innere Rechtsverhältnis zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger stellt das Gesetz nur drei allgemeine Regeln auf: 1. der alte

Gläubiger muß dem neuen über die Forderung sachgemäße Auskunft geben; 2. er muß ihm die Beweisurkunden, die er über die Forderung in Händen hat, ausliefern; 3. er muß ihm auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung ausstellen (402, 403). Im übrigen kommt alles darauf an, aus welchem Rechtsgrunde die Abtretung erfolgt ist; denn es liegt auf der Hand, daß die Beziehungen zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger durchaus verschieden sind, wenn jener diesem die Forderung geschenkt oder wenn er sie ihm verkauft hat.

Beispiel. A. hat eine angebliche Forderung seines Erblassers B. gegen C. dem D. abgetreten; nachträglich stellt sich heraus, daß B. die Forderung dem C. erlassen hatte. Hier muß A. dem D. für den Bestand der Forderung aufkommen, d. h. ihm vollen Schadenserfaß leisten, wenn er ihm die Forderung verkauft, er ist haftfrei, wenn er ihm die Forderung geschenkt hatte (437, 521 ff.).

VIII. Besondere Regeln gelten für die Übertragung von Forderungen aus Wertpapieren sowie für hypothekarisch gesicherte Forderungen. Davon ist später in der Lehre von den Wertpapieren und im Sachenrecht zu sprechen.

2. Nicht rechtsgeschäftliche Übertragung.

§ 115.

I. In zahlreichen Fällen geht eine Forderung von dem bisherigen auf einen neuen Gläubiger über, auch ohne daß jener sie diesem rechtsgeschäftlich abtritt. Von den hierher gehörigen Fällen seien einstweilen folgende drei erwähnt.

1. Eine Forderung geht mit dem Tode des bisherigen Gläubigers kraft Gesetzes auf seinen Erben über, es sei denn, daß sie ausnahmsweise unerblich ist.

2. Eine Forderung geht, wenn der bisherige Gläubiger statt von dem Schuldner von einem Dritten auf Grund eines dem Dritten zustehenden eignen Rechts durch Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung oder Aufrechnung befriedigt wird, kraft Gesetzes auf den Dritten über (§. 268 II, III und oben S. 416).

3. Eine Forderung geht von dem bisherigen auf einen neuen Gläubiger über, wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung gegen ersteren vom Vollstreckungsgericht dem letzteren überwiesen wird (ZPO. 835 II).

II. In allen Fällen, in denen eine Forderung ohne rechtsgeschäftliche Abtretung kraft Gesetzes den Gläubiger wechselt, kommen die Regeln von der rechtsgeschäftlichen Abtretung der Forderungen entsprechend zur Anwendung (412). Demnach kann der Schuldner an den alten Gläubiger so lange mit befreiender Kraft erfüllen, bis er von der Übertragung der Forderung sichere Kenntnis gewinnt; und der neue Gläubiger darf den Schuldner erst dann auf Erfüllung belangen, wenn er ihn von der Abtretung formell in Kenntnis gesetzt hat. Ausnahmen:

1. Unanwendbar ist die Regel, daß der Einwand, die übertragene Forderung beruhe auf einem bloßen Scheingeschäft, dem neuen Gläubiger vom Schuldner nur beschränkt entgegengesetzt werden kann (s. 412, 405).

2. In den zu I 2 genannten und einigen verwandten Fällen darf der neue Gläubiger den Übergang der Forderung auf sich nicht zum Nachteil des alten Gläubigers geltend machen.

Er darf also, wenn er den alten Gläubiger bloß wegen eines Teils der Forderung befriedigt und also auch nur einen Teil der Forderung erworben hat, wegen dieser Teilforderung gegen den Schuldner nur dann vorgehen, wenn der Schuldner zur Erfüllung der ganzen Forderung imstande ist; denn andernfalls würde er mit seiner Teilforderung der Restforderung des alten Gläubigers zu dessen Schaden Konkurrenz machen.

VII. Übergang der Verpflichtungen auf einen neuen Schuldner.¹

1. Übertragung durch Rechtsgeschäft.

§ 116.

So gut wie die Forderungen auf einen neuen Gläubiger können auch die Verpflichtungen auf einen neuen Schuldner durch Rechtsgeschäft übertragen werden, ohne daß sie dabei ihr Wesen ändern. Diese Übertragung kann in zweifacher Art vor sich gehen: die erste Art wird „privative Schuldübernahme“ oder „Schuldübernahme“ schlechthin genannt, während der zweiten Art der Name „kumulative Schuldübernahme“ beigelegt ist.

I. 1. Die privative Schuldübernahme bedeutet, daß der alte Schuldner vollständig aus seiner Verpflichtung gegen den Gläubiger entlassen wird und daß an seiner Stelle der neue Schuldner in die Verpflichtung eintritt.

2. a) Die Schuldübernahme kann durch einen Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger bewerkstelligt werden (414); da der alte Schuldner durch den Vertrag lediglich begünstigt wird, braucht er ihm nicht beizutreten, sondern wird durch den Vertragschluß zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger sofort befreit, ohne daß er es weiß oder will.

b) Die Schuldübernahme kann aber auch durch einen Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner bewerkstelligt werden. Dann ist natürlich keine Rede davon, daß man die Schuldübernahme etwa als eine Begünstigung des Gläubigers auffassen könnte: freilich soll der Gläubiger dadurch einen neuen Schuldner gewinnen; aber er soll zugleich den alten Schuldner verlieren, der vielleicht weit besser ist als der neue. Demgemäß wird der Schuldübernahmevertrag dem Gläubiger gegenüber erst wirksam, wenn dieser ihm im voraus zustimmt² oder ihn nachträglich genehmigt; und der Gläubiger darf seine Genehmigung den Parteien nicht aufdrängen, sondern muß abwarten,

1) v. Blume, Jahrb. f. Dogm. 39 S. 390, 40 S. 109; Regelsberger, ebenda 39 S. 463
Hollwig, Vertr. auf Leistung an Dritte (99) S. 159; Horn, Schuldübernahme (02).

2) RG. 60 S. 416.

bis entweder der alte oder der neue Schuldner ihn dazu auffordert; bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder ganz aufheben. Für die Genehmigung besteht eine gesetzliche Frist nicht; wohl aber kann der alte wie der neue Schuldner dem Gläubiger eine beliebige³ Frist setzen; erklärt sich der Gläubiger binnen dieser Frist nicht, so gilt seine Genehmigung als verweigert (415).

a) Erteilt der Gläubiger seine Genehmigung, so ist der Schuldübernahmevertrag vollwirksam; der alte Schuldner ist also frei, der neue Schuldner tritt ganz an seine Stelle. Und zwar hat die Genehmigung rückwirkende Kraft; die Schuldübernahme gilt also als erfolgt nicht erst im Augenblick der Genehmigung, sondern schon im Augenblick des Vertragschlusses zwischen dem alten und dem neuen Schuldner (184).

β) Verweigert der Gläubiger die Genehmigung, so gilt die Schuldübernahme als nicht geschehen. Der Übernahmevertrag ist mithin auch im Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Schuldner unverbindlich, mag auch der Gläubiger sich etwa nachträglich zur Genehmigung bereit erklären.

Eine abweichende Konstruktion der Schuldübernahme vertreten v. Blume und Hellwig a. a. O. Insbesondere behauptet Hellwig, daß auch in dem zu b genannten Fall ein Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger vorliege: was das Gesetz „Genehmigung“ des Gläubigers nenne, sei in Wahrheit die Annahme einer ihm vom neuen oder mit dessen Ermächtigung vom alten Schuldner gemachten Vertragsofferte.

3. Einer Form bedarf der Schuldübernahmevertrag nicht, selbst wenn er schenkungsweise abgeschlossen wird oder auf die Übereignung eines Grundstücks abzielt.

4. Wenn die Schuldübernahme rechtswirksam geworden ist, tritt der neue Schuldner in die Verpflichtungen des alten Schuldners dem Gläubiger gegenüber ein: er haftet in gleicher Art wie der alte Schuldner, nicht milder, aber auch nicht strenger. Demgemäß muß er nicht bloß die Haupt-, sondern auch die Nebenverpflichtungen des alten Schuldners an Zinsen, Schadensersatz usw. erfüllen, wenigstens soweit als diese Verpflichtungen sich auf die Zeit nach der Schuldübernahme beziehen. Andererseits kann er sich auch auf alle Einwendungen berufen, die dem alten Schuldner zustanden (417 I). Doch erleiden diese Regeln einige Ausnahmen.

a) Konnte der Gläubiger im Konkurse des alten Schuldners ein Vorzugsrecht geltend machen, so steht ihm im Konkurse des neuen Schuldners dies Vorzugsrecht nicht zu (418 II). Das gleiche muß für Vorzugsrechte gelten, die sich auf die Zwangsvollstreckung außerhalb des Konkurses beziehen.

b) Mit Gegenforderungen, die dem alten Schuldner gegen den Gläubiger zustehn, darf der neue Schuldner nicht aufrechnen; dagegen kann er sich auf eine Aufrechnung, die der alte Schuldner bereits erklärt hat, berufen (417 I).

c) Häufig wird in der Schuldübernahme ein Anerkenntnis der Schuld seitens des neuen Schuldners liegen; dann ist zu prüfen, inwieweit etwa der

3) Vgl. Romeid, z. Technik d. BGB. § (01) S. 50.

neue Schuldner damit auf die Einwendungen, die dem alten Schuldner zustanden, Verzicht geleistet hat.

5. Aus dem Rechtsverhältnis, das zwischen dem alten und dem neuen Schuldner besteht, kann der neue Schuldner Einwendungen gegen den Gläubiger nicht entnehmen, mag dies Rechtsverhältnis auch dem Schuldübernahmevertrage zugrunde gelegt sein (417 II); insbesondere geht der Zweck, den der alte und der neue Schuldner mit der Schuldübernahme verfolgt haben, den Gläubiger nichts an; die Schuldübernahme ist also eine abstrakte Zuwendung. Ist jedoch die Schuldübernahme als solche nichtig oder anfechtbar, so muß auch der Gläubiger dies gegen sich gelten lassen.

Beispiel. A. hat durch Vertrag mit B. dessen Schuld an C. gegen die Zusage einer sofortigen Zahlung von 100 Mk. übernommen; C. hat genehmigt und belangt nun A. als seinen neuen Schuldner. Hier kann A. gegen C. nicht einwenden, daß B. ihm die versprochenen 100 Mk. nicht bezahlt habe. Wohl aber kann er sich darauf berufen, daß B. ihn durch Drohungen zum Abschluß des Vertrages bestimmt und daß er deshalb die Schuldübernahme angefochten habe.

6. Waren Faustpfandrechte oder Bürgschaften für die Forderung bestellt, so gehn sie mit der Schuldübernahme unter; bestand für die Forderung eine Hypothek, so wird sie behandelt, als habe der Gläubiger auf sie verzichtet (418 I). Begreiflich genug; denn für den, der für eine Schuld die Bürgschaft übernimmt oder ein Pfandrecht bestellt, ist die Person des Schuldners höchst wesentlich; deshalb muß seine Haftung erlöschen, wenn der ursprüngliche Schuldner aus seinen Verpflichtungen entlassen wird und ein anderer Schuldner an seine Stelle tritt. Dem entspricht es, daß die Bürgschaft und das Pfandrecht bestehen bleibt, wenn der Bürge oder der Pfandeigentümer in die Schuldübernahme eingewilligt haben.

7. a) Von der Schuldübernahme scharf zu unterscheiden ist der Schuldbefreiungs- oder Erfüllungsübernahmevertrag. Diesen schließt der Schuldner mit einem Dritten dahin ab, daß der Dritte ihn durch geeignete Maßregeln von seinen Verpflichtungen gegen den Gläubiger befreien, d. h. den Gläubiger an des Schuldners Statt befriedigen oder von dem Gläubiger einen Schulderlaß erwirken solle. Durch einen derartigen Vertrag wird das Schuldverhältnis dem Gläubiger gegenüber zunächst gar nicht berührt: weder scheidet der Schuldner aus seinen Verpflichtungen gegen den Gläubiger aus, noch tritt der Dritte in die Verpflichtungen gegen den Gläubiger ein. Vielmehr wirkt der Vertrag durchaus nur zwischen den Vertragsparteien. Der Gläubiger darf also den Dritten wegen der von ihm übernommenen Leistung nicht belangen und kann nichts dagegen einwenden, wenn der Schuldner und der Dritte den Vertrag wieder aufheben; noch weniger ist daran zu denken, daß der Schuldner, wenn er auf Erfüllung der Verpflichtung belangt wird, den Gläubiger an den Dritten verweisen dürfte.

b) Gerade weil der Schuldbefreiungsvertrag von einem Schuldübernahmevertrage verschieden ist, kann er ergänzend mit einem solchen verbunden werden;

das Gesetz nimmt sogar an, daß bei einem zwischen dem alten und dem neuen Schuldner abgeschlossenen Schuldübernahmevertrage ein ergänzender Schuldbefreiungsvertrag sich von selber verstehe, wenn die Parteien nicht das Gegenteil ausgemacht haben (415 III). Dieser stillschweigende Schuldbefreiungsvertrag ist aber nur wirksam, solange die Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger noch aussteht oder wenn die Genehmigung verweigert wird, d. h. in den Fällen, in denen die Wirksamkeit der Schuldübernahme noch in der Schwebe oder bereits ausgeschlossen ist. Das will besagen: wenn der Schuldner von seiner Verpflichtung gegen den Gläubiger auch nicht sofort frei wird, wie er es durch den Schuldübernahmevertrag bezweckt, soll der Dritte doch gemäß dem Schuldbefreiungsvertrage wenigstens dafür sorgen, daß der Schuldner unter seiner Verpflichtung nicht zu leiden habe; sobald aber der Gläubiger seine Genehmigung zur Schuldübernahme erteilt hat, ist von dem Schuldbefreiungsvertrage keine Rede mehr, weil die Schuldbefreiung des alten Schuldners ja jetzt eine vollzogene Tatsache ist.

8. Für einen besonders wichtigen Fall der Schuldübernahme, nämlich für die Übernahme hypothekarisch gesicherter Schulden seitens des Erwerbers des Pfandgrundstücks, gelten besondere Regeln (416). Von ihnen wird erst im Hypothekenrecht die Rede sein.

II. Die kumulative Schuldübernahme besteht darin, daß der neue Schuldner in die Verpflichtungen des alten Schuldners eintritt, der alte Schuldner aber aus seinen Verpflichtungen nicht entlassen wird, sondern neben dem neuen Schuldner haftbar bleibt.⁴

1. Die kumulative Schuldübernahme kann, wie die privative, durch einen Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger oder durch einen Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner bewerkstelligt werden. Nur besteht ein wichtiger Unterschied: in letzterem Fall ist die Genehmigung des Vertrages durch den Gläubiger entbehrlich; denn da der alte Schuldner haftbar bleibt, ist diese Art der Schuldübertragung eine reine Begünstigung des Gläubigers; es sind also die Regeln von den Verträgen zugunsten Dritter anwendbar.⁵

2. Die Rechtsstellung des neuen Schuldners dem Gläubiger gegenüber ist die gleiche wie bei der privaten Schuldübernahme, unterliegt also den oben zu I, 3, 4, 5 entwickelten Regeln. Insbesondere bedarf der Vertrag keiner Form.⁶

3. Bürgschaften, Pfandrechte und Hypotheken, durch die die Schuld gesichert war, werden durch die kumulative Schuldübernahme nicht berührt.

4. Daß ein Schuldbefreiungsvertrag mit der kumulativen Schuldübernahme verbunden ist, wird vom Gesetz nicht als selbstverständlich angesehen, sondern ist im Einzelfall besonders festzustellen.

4) Salling, Arch. f. DR. 28 S. 81; RG. 59 S. 233.

5) RG. 65 S. 167.

6) Siehe RG. 59 S. 233.

2. Nicht rechtsgeschäftliche Übertragung.

§ 117.

I. Der Hauptfall ist der Übergang der Schulden kraft Erbrechts.

II. Ein zweiter Fall liegt vor, wenn jemand das Vermögen eines andern durch Vertrag erwirbt.

1. Hier kann der Erwerber die Schulden des Vorbesizers vertragsmäßig mitübernehmen, so daß er nicht bloß in das Aktiv-, sondern auch in das Passivvermögen des Vorbesizers eintritt. Dann kommen die Regeln des vorigen Paragraphen zur Anwendung.

2. Der Erwerber soll aber in die Schulden des Vorbesizers auch dann eintreten, wenn er es vertragsmäßig nicht vereinbart, ja sogar dann, wenn er es vertragsmäßig ausgeschlossen hat (419 I, III; BPD. 729). Der Eintritt geschieht von Gesetzes wegen, sobald der Erwerbsvertrag abgeschlossen ist, und gilt für alle Verpflichtungen, die zur Zeit des Vertragsschlusses gegen den Vorbesizer begründet waren, mögen sie auch erst später fällig geworden sein; ob der Erwerber sie gekannt hat, ist gleichgültig. Doch beschränkt sich die Haftung des Erwerbers auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Verträge zustehenden Ansprüche gegen den Vorbesizer, in ähnlicher Art, wie die Haftung des Erben für die Nachlassschulden bei Dürftigkeit des Nachlasses auf dessen Bestand beschränkt ist (419 II). Selbstverständlich ist, daß der Vorbesizer für alle seine Verpflichtungen neben dem Erwerber haftbar bleibt.

III. Andre Fälle eines gesetzlichen Eintritts in fremde Schulden werden später zu erwähnen sein.

VIII. Mehrheit von Gläubigern und Schuldner.

1. Teilgläubigerschaft und Teilverpflichtung.

§ 118.

I. Eine Teilgläubigerschaft liegt vor, wenn eine mehreren Gläubigern zustehende Forderung, die ihrer äußern Gestalt nach ein einheitliches Recht darstellt, unter Wahrung dieser ihrer formalen Einheit materiell in so viel Teilforderungen zerlegt wird, als Gläubiger da sind. Ebenso liegt eine Teilverpflichtung vor, wenn eine gegen mehrere Schuldner gerichtete Forderung, die ihrer äußern Gestalt nach ein einheitliches Recht darstellt, unter Wahrung ihrer formalen Einheit materiell in so viel Teilforderungen zerlegt wird, als Schuldner vorhanden sind. Die Teilgläubigerschaft und Teilverpflichtung bedeutet, daß jeder Gläubiger nur einen Teil der insgesamt ge-

schuldeten Leistung einfordern darf und jeder Schuldner nur einen Teil der insgesamt geschuldeten Leistung zu bewirken braucht.

II. Daß eine formell einheitliche Forderung in Teilforderungen zerlegt wird, setzt voraus, daß die Forderung an sich teilbar ist, d. h. auf eine teilbare Leistung (oben S. 369) geht. Bei solchen teilbaren Forderungen ist aber, wenn sie mehreren Gläubigern zustehn oder gegen eine Mehrheit von Schuldnern gerichtet sind, die Zerlegung in Teilforderungen nicht bloß zulässig, sondern bildet sogar die Regel, d. h. die Zerlegung findet überall statt, wo nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ausnahmsweise vorgeschrieben ist, daß die Forderung ungeteilt bleiben soll (420). Doch sind die Ausnahmen, die das Gesetz von dieser Regel macht, so häufig und so wichtig, daß sie praktisch eine weit größere Rolle spielen als die Regel. Von einigen dieser Ausnahmen wird schon im nächstfolgenden Paragraphen die Rede sein.

III. 1. Wenn eine formell einheitliche Forderung materiell in Teilforderungen zerlegt wird, verliert ihre formale Einheit doch nicht alle rechtliche Bedeutung. Vielmehr werden in einem Prozeß um die Forderung alle Gläubiger und alle Schuldner, soweit sie an dem Prozeß teilnehmen, als Streitgenossen angesehen (ZPO. 59). Wenn ferner bei einem gegenseitigen Vertrage eine der Leistungen an mehrere Teilgläubiger zu bewirken ist, kann die Leistung gegenüber sämtlichen Teilgläubigern verweigert werden, wenn auch nur einer von ihnen mit dem ihm obliegenden Teil der Gegenleistung im Rückstande ist (320 I Satz 2).

2. Im übrigen sind aber die Teilforderungen völlig selbständiger Art. Jeder Teilgläubiger kann also seine Forderung allein geltend machen, ohne daß den andern Gläubigern irgendein hemmender oder fördernder Einfluß darauf zustände; hervorzuheben ist, daß, wenn ein Teilgläubiger die Annahme der ihm angebotenen Teilleistung ablehnt, nur er in Annahmeverzug kommt, nicht auch die Mitgläubiger, ferner, daß jeder Teilgläubiger dem Schuldner die Aufrechnung mit solchen Gegenforderungen gestatten muß, die dem Schuldner gerade gegen ihn zustehn, usw. Ebenso ist jeder Teilschuldner nur für die ihm selber obliegende Teilleistung haftbar; es ist also — vorbehaltlich von Ausnahmefällen — keine Rede davon, daß, wenn einer der Teilschuldner zu seiner Teilleistung außerstande ist, die andern Schuldner ergänzend für seinen Anteil aufkommen müßten.

IV. Die Anteile der einzelnen Gläubiger und Schuldner sind im Zweifel gleich groß (420).

2. Ungeteilte Mitgläubigerschaft und ungeteilte Mitverpflichtung.

§ 119.

I. Die ungeteilte Mitgläubigerschaft bedeutet, daß eine Forderung mehreren Gläubigern ganz — also ohne in Teilforderungen zugunsten jedes

der Gläubiger zerlegt zu werden — zusteht. Von ihr soll erst im zweiten Bande dieses Werks, im Gemeinschaftsrecht, gehandelt werden.

II. Die ungeteilte Mitverpflichtung bedeutet, daß eine Verbindlichkeit mehreren Schuldern ganz — also ohne in Teilverpflichtungen zu Lasten jedes der Schuldner zerlegt zu werden — obliegt. Sie kommt in zwei Hauptformen vor, als Gesamtschuld und als Schuld zur gesamten Hand.

1. Die Gesamtschuld bedeutet, daß jeder Mitschuldner die geschuldete Leistung für sich allein ganz zu leisten hat, so jedoch, daß die Schuldner zusammen die Leistung nur einmal zu bewirken haben.

a) Eine Gesamtschuld liegt im Zweifel vor, wenn mehrere Schuldner eine Verbindlichkeit durch gemeinsamen Vertrag übernehmen (427). Außerdem sollen als Gesamtschuldner haften: alle Personen, die einen aus einem bestimmten Delikt entstandenen Schaden nebeneinander zu verantworten haben (840); alle Personen, die aus irgendeinem Rechtsgrunde zusammen zu einer unteilbaren Leistung verpflichtet sind (431) usw.

b) Da bei einer Gesamtschuld jeder Schuldner die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, kann der Gläubiger sich wegen seiner Forderung nach Gutdünken an einen beliebigen von ihnen halten, ohne daß diesem Schuldner das Recht zustände, den Gläubiger ganz oder teilweise an die andern Schuldner zu verweisen; doch kann der Gläubiger, wenn er will, auch sämtliche Schuldner gemeinsam belangen (421). Man sagt demgemäß: die Schuldner haften „samt und sonders“ (solidarisch).

Beispiele. I. Wenn A. dem B. und C. gemeinsam ein Darlehn von 1000 Mk. gibt, kann er bei Fälligkeit nach Gutdünken von B. 500 oder 800 oder auch die ganzen 1000 Mk. einfordern, ohne daß B. ihn ganz oder anteilig an seinen Mitschuldner C. verweisen kann. II. Ebenso haftet, wenn die Malermeister D. und E. gemeinsam bestimmte Malerarbeiten für F. übernehmen, sowohl D. wie E. für die rechtzeitige und gute Ausführung der ganzen Arbeit. So auch dann, wenn F. weiß, daß weder D. noch E. in der Lage ist, die Arbeit allein auszuführen, sei es weil keiner von beiden für sich allein die nötigen Arbeiter und Gerätschaften zur Verfügung hat, sei es, weil es sich um besonders schwierige Arbeiten handelt, von denen einige eine Spezialität des D., andre eine Spezialität des E. bilden; ja selbst der Umstand, daß D. und E. dem F. bei Abschluß des Vertrages erklären, sie würden die Arbeit unter sich verteilen, ändert an ihrer gesamtschuldnerischen Haftung gegenüber F. nichts, sondern hat rechtliche Bedeutung höchstens für das Innenverhältnis zwischen D. und E.

c) Die Gesamtschuldner brauchen die geschuldete Leistung zusammen nur einmal zu bewirken. Demgemäß hat jeder von ihnen auf die Verpflichtung der andern den allergrößten Einfluß: indem er seine eigne Verpflichtung erfüllt, befreit er nicht bloß sich selber, sondern auch alle Mitschuldner (422 I Satz 1); der Erfüllung ist die Leistung an Erfüllungsort und die Hinterlegung sowie die Aufrechnung gleichgestellt (422 I Satz 2). Wenn ferner ein Gläubiger mit einem Schuldner vereinbart, daß die ganze Gesamtschuld erlassen sein solle, so gilt dies gleichfalls zugunsten sämtlicher Mitschuldner (423). Damit in Zusammenhang steht die Regel, daß, wenn ein Schuldner

den Gläubiger in Annahmeverzug versetzt, der Gläubiger auch gegenüber den Mitschuldnern als säumig gilt (424).

Beispiel. Gesetzt, daß in dem ersten zu b genannten Fall C. eine aufrechenbare Gegenforderung von 1000 Mk. gegen A. hat, so kann A. trotzdem die ganze Darlehenssumme mit 1000 Mk. von B. einfordern, ohne daß B. sich auf das Aufrechnungsrecht des C. berufen kann; sobald aber C. gegenüber A. erklärt, von seinem Aufrechnungsrecht Gebrauch machen zu wollen, ist die Forderung A.s nicht bloß gegenüber C., sondern auch gegenüber B. erloschen, so daß A. von B. gar nichts mehr fordern kann.

d) Mit diesen Regeln ist aber der Einfluß, den ein Gesamtschuldner auf die Rechte und die Verpflichtungen der Mitschuldner ausübt, erschöpfend bestimmt. Darüber hinaus steht ihm ein Einfluß auf die Mitschuldner nicht zu: wenn also ein Schuldner in Erfüllungsverzug gerät, so zieht das den Erfüllungsverzug der andern Mitschuldner nicht nach sich; wenn ein Schuldner kündigt oder wenn ihm vom Gläubiger gekündigt wird, wird nur seine eigne Verpflichtung fällig, während die der andern befristet bleibt; wenn im Prozeß mit einem Schuldner ein Urteil ergeht, wirkt das weder für noch gegen die andern Schuldner; wenn in der Person eines Gesamtschuldners Forderung und Schuld zusammentrifft, erlischt nur die Verbindlichkeit dieses einzelnen Schuldners, während die andern Schuldner verhaftet bleiben, usw. (425).

Beispiele. I. Wenn in dem zweiten oben zu b genannten Fall die von D. und E. gemeinsam übernommenen Arbeiten nicht rechtzeitig fertig werden, weil D. nicht bloß für seine Person säumig arbeitete, sondern auch den E. an prompter Arbeit hinderte, so ist allein D. schadensersatzpflichtig, während E. sich darauf berufen kann, daß er durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand an der Erfüllung seiner Pflicht verhindert worden ist. II. Anders ist die Rechtslage, wenn D. ohne Grund einfach von der Arbeit fortgeblieben ist. Hier ist E. durch das Ausbleiben D.s keineswegs entschuldigt, sondern mußte, da er als Gesamtschuldner für die Ausführung der ganzen Arbeit haftbar war, an die Stelle D.s einspringen, indem er sich die fehlenden Arbeitskräfte, Gerätschaften usw. anderweit beschaffte. Und ist er hierzu außerstande, so ändert das an seiner Haftung nichts. Denn dies sein Unvermögen, die von ihm als Gesamtschuldner allein übernommene Arbeit auch wirklich allein auszuführen, ist nicht erst durch die Säumnis D.s entstanden, sondern lag schon bei Abschluß des Vertrages mit F. vor. Ergebnis: die Schadensersatzpflicht trifft in diesem Fall sowohl den D. wie den E.

e) Daß jeder Gesamtschuldner für sich allein die ganze Schuld zu tragen hat, gilt nur im Verhältnis zum Gläubiger. Dagegen sind im Verhältnis untereinander die Gesamtschuldner bloß zu einem Anteil und zwar im Zweifel jeder zu einem gleichen Anteil verhaftet.¹ Demgemäß kann ein Schuldner, der die Gesamtschuld ganz oder teilweise² erfüllt hat, von den übrigen Schuldnern eine anteilige Erstattung der von ihm bewirkten Leistung fordern; ist einer der Mitschuldner zur Erstattung seines Anteils nicht imstande, so ist der Ausfall von sämtlichen Mitschuldnern nach Verhältnis zu tragen (426 I). — Den Erstattungsanspruch kann der Mitschuldner aus eigenem Recht, auf Grundlage der zwischen ihm und den andern Mitschuldnern bestehenden Gemeinschaft, erheben. Er kann die Erstattung aber auch aus einem von der Person des durch

1) F. Schulz, Rückgriff und Wettergriff (07).

2) Siehe aber Örtmann Anm. 1 zu § 426.

ihn befriedigten Gläubigers abgeleiteten Recht fordern: denn, soweit er den Gläubiger befriedigt hat und von den Mitschuldnern Erstattung zu fordern berechtigt ist, geht die Forderung des Gläubigers von Gesetzes wegen auf ihn über (426 II Satz 1). Dadurch wird freilich der Umfang des dem Schuldner zustehenden Erstattungsanspruchs nicht vergrößert; der Schuldner kann insbesondere die Mitschuldner nicht als Gesamtschuldner, sondern nur als Teilschuldner haftbar machen. Aber unter Umständen wird der Erstattungsanspruch durch seine Ableitung aus dem Gläubigerrecht wenigstens sicherer gemacht; haben die Mitschuldner dem Gläubiger etwa eine Hypothek bestellt, so kommt diese Hypothek auch dem gegenseitigen Erstattungsanspruch der Schuldner zugute. Übrigens darf ein Gesamtschuldner die auf ihn übergegangene Forderung des Gläubigers nicht zu des Gläubigers Nachteil gebrauchen (426 II Satz 2).

Beispiel. In dem ersten zu b genannten Fall kann B., wenn er die vollen 1000 Mk. allein an A. gezahlt, sich im Zweifel die Hälfte von C. erstatten lassen.

2. Die Schuld zu gesamter Hand bedeutet, daß die geschuldete Leistung nur von allen Schuldnern zusammen bewirkt zu werden braucht: der Gläubiger kann hier nur alle Schuldner gemeinsam mahnen; ebenso kann er ihnen nur zusammen kündigen, wie auch nur die Schuldner zusammen ihm kündigen können, usw. Sie greift namentlich Platz, wenn die Mitschuldner mit einem bestimmten Sondervermögen haften, also namentlich für die Gesellschafter, soweit sie mit dem Gesellschaftsvermögen, und für die Miterben, soweit sie mit dem Nachlaß haften und den Nachlaß noch nicht geteilt haben. Genaueres hierüber im Gemeinschafts- und im Erbrecht.

IX. Rückblick auf das bisherige Recht.

§ 120.

Die Vorschriften, die das bürgerliche Gesetzbuch über das Recht der Forderungen im allgemeinen aufstellt, weichen von den Normen des bisherigen Rechts in zahlreichen Punkten ab. Besonders bemerkenswert ist folgendes:

I. Das bisherige gemeine und das sächsische Recht erkannten nur solche Forderungsrechte an, die auf eine geldwerte oder für Geld zu beschaffende Leistung gingen.¹

II. Nach bisherigem gemeinen Recht war ein Antragsteller so lange, als der Antragsempfänger die Annahme des Antrages nicht erklärt hatte, an sein Wort nicht gebunden; er konnte also den Antrag in dieser Zwischenzeit beliebig widerrufen, mochte auch der Widerruf bei dem Antragsempfänger später eintreffen als der Antrag. Das nämliche galt nach sächsischem Recht, es

1) Dernb. 2 § 17^o; Hellwig, Arch. f. ziv. Pr. 86 S. 223; sächs. GB. 662. Abw. Thering, Jahrb. f. Dogm. 18 S. 1.

sei denn, daß der Antragsteller auf den Widerruf für eine bestimmte Zeit verzichtet hatte.²

III. Nach bisherigem preußischen Recht war bei gegenseitigen Zug um Zug zu erfüllenden Verträgen die Bereitschaft jeder Partei zur Vollziehung der ihr obliegenden Leistung die positive Voraussetzung für den Anspruch der Partei auf die ihr versprochene Gegenleistung. Klagte also etwa beim Kauf der Verkäufer auf den Kaufpreis, so durfte er nicht abwarten, daß der Beklagte ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenstellte, sondern mußte aus eigenem Antriebe erklären, daß er die Kaufsache bereits geliefert habe oder zur Lieferung Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises bereit sei.³

IV. Das bisherige gemeine und französische Recht hatte für Verträge, die die Veräußerung von Grundstücken abzielten, erschwerende Formvorschriften nicht aufgestellt: selbst die größten Grundstücke konnten formlos verkauft werden. Dagegen hatte das preußische Recht für derartige Verträge Schriftlichkeit, das bayrische Recht die Errichtung einer notariellen, das württembergische Recht die Errichtung einer gerichtlichen Urkunde vorgeschrieben.⁴

V. 1. Der Satz, daß ein Schuldner, der laut Vereinbarung mehr als 6 % Zinsen zahlen muß, das unverzichtbare Recht hat, die Kapitalschuld binnen bestimmter Frist zu kündigen, ist bereits durch norddeutsches Bundesgesetz vom 14. Nov. 1867 eingeführt, hatte aber in Bayern und einigen andern Rechtsgebieten keine Geltung.⁵

2. Der gesetzliche Zinsfuß betrug nach bisherigem Recht 5 %.⁶

3. Das Verbot der Vereinbarung von Zinsezinsen hatte nach bisherigem Recht nicht in allen Teilen Deutschlands Geltung; insbesondere galt es nicht in Hamburg und Frankfurt a. M.⁷

VI. 1. a) Das mittelalterliche Recht hat die Regel, daß, wer einem andern Schadensersatz zu leisten hat, das ganze „Interesse“ des andern erstatten muß, so wie es sich nach den besondern Umständen des Einzelfalles gestaltet, nicht gekannt; eine derartige Regel widerspricht der Vorliebe unsres alten Rechts für einfache, typische Rechtsverhältnisse. Vielmehr hat das mittelalterliche Recht den Inhalt und Umfang der Schadensersatzansprüche wenigstens der Regel nach schablonenmäßig bestimmt: es hat die Ansprüche immer auf Schäden bezogen, die „gewöhnlich“ vorzukommen pflegen. Freilich wurde die Schablone allmählich freier. Der kühne Gedanke aber, daß man die Schablone ganz entbehren und rein individuell verfahren könne, beherrscht unser Recht erst seit der Rezeption.⁸

b) Doch ist unserm Recht zunächst vor seiner eignen Kühnheit bange gewesen. Denn es hat, indem es den Schadensersatzanspruch des Geschädigten

2) Siehe oben § 76 a I, 4. 3) Eccius 1 § 83¹¹.

4) Mot. 2 S. 189¹. 5) Mot. 2 S. 196.

6) Mot. 2 S. 15. 7) Mot. 2 S. 196. 8) Feuzler 1 S. 63.

auf dessen individuelles Interesse bezog, den Anspruch doch zugleich in gewisse Schranken zu bannen gesucht. So hat das bisherige gemeine Recht bestimmt, daß, wenn der unmittelbare Schaden, auf den ein Ersatzanspruch sich bezieht, einen festen Geldwert hat, der Anspruch durch Einrechnung des entgangenen Gewinns oder sonstigen mittelbaren Schadens höchstens auf das Doppelte jenes Werts gesteigert werden dürfe; das preußische Landrecht hat angeordnet, daß jemand, der nur wegen eines geringen Versehens Schadenersatz zu leisten habe, überhaupt bloß den unmittelbaren Schaden ersetzen müsse; das französische Recht endlich hat den Schadenersatzanspruch außer im Fall der Arglist auf den Schaden beschränkt, dessen Entstehung der Schuldner voraussehen konnte, und hat auch einen Anspruch auf Ersatz mittelbaren Schadens nur ausnahmsweise zugelassen.⁹ Erst das ältere Handelsgesetzbuch und das sächsische Gesetzbuch haben das Wagestück versucht, den Anspruch auf die Vergütung des Interesses ins Grenzenlose auszudehnen.¹⁰

2. Nach dem preußischen Landrecht mußte ein Schuldner, der um einer vorsätzlich begangenen Rechtsverletzung willen Schadenersatzpflichtig war, nicht bloß das Vermögens-, sondern auch das Affektionsinteresse des Geschädigten vergüten. Auf einem ähnlichen Standpunkt stand das französische Recht.¹¹

VII. Nach bisherigem preußischen Recht erwarb aus Verträgen, die zugunsten eines Dritten abgeschlossen wurden, der Dritte ein selbständiges eignes Recht erst dadurch, daß er dem Vertrage beitrat, und dieser Beitritt war nur zulässig, wenn beide Vertragsparteien damit einverstanden waren; bloß bei Altenteilsverträgen und bei der Lebensversicherung auf den Todesfall ließ die Praxis eine Ausnahme zu.¹² Auf dem nämlichen Standpunkt stand das bisherige französische und sächsische Recht.¹³ Dagegen hielt die herrschende Meinung für das bisherige gemeine Recht eine Beitrittserklärung des Dritten nicht bloß bei gewissen Vertragsarten, sondern ganz allgemein für unnötig.¹⁴

VIII. 1. a) Das mittelalterliche Recht sah jede Zinsstipulation, mochte sie auch einen sehr mäßigen Zinssatz betreffen, als strafbaren Zinswucher an und erklärte sie demnach — vorbehaltlich einiger Ausnahmen zugunsten jüdischer oder ausländischer Wucherer — für ungültig.¹⁵

b) Seit der Rezeptionszeit ist dies allgemeine Zinsverbot verschwunden und an seine Stelle die Bestimmung eines Zinsmaximums — 5 oder 6 % —

9) Windscheid § 258⁹; pr. LN. I, 6 § 15; c. c. 1150, 1151.

10) Älteres HGB. 283; sächs. GB. 124, 125.

11) Pr. LN. I, 6 §§ 87, 96, 97; Crome 2 § 141²⁰.

12) Pr. LN. I, 5 § 75; Eccius 2 § 146¹¹; Ehrenberg, Versicherungsrecht (93) 1 S. 178.

13) C. c. 1121; sächs. GB. 854.

14) Windscheid § 316^{13, 15}.

15) M. Neumann, Gesch. des Wuchers in Deutschl. (65); W. Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre I (74); Junl, Gesch. d. kirchlichen Zinsverbots (76); Amiet, franz. u. lombardische Geldwucherer (77).

getreten: Zinsvereinbarungen bis zu dem Maximum sollten gültig, Zinsvereinbarungen darüber hinaus sollten ungültig sein.

c) Im Lauf des vorigen Jahrhunderts ist auch die Bestimmung eines festen Zinsmaximums aufgegeben, außer in Elsaß-Lothringen.¹⁶ An ihre Stelle trat anfänglich volle Freiheit des Zinswuchers; nur ein einziger bescheidener Schutz wurde den Zinsschuldnern insofern gewährt, als sie, wie schon erwähnt, eine auf mehr als 6% festgesetzte Zinsschuld unter Einhaltung gewisser Fristen durch Kündigung und Tilgung der Kapitalschuld abschütteln konnten, und auch diese Schranke ist nur in einem Teil Deutschlands anerkannt worden.¹⁷ Erst das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 hat sich wieder von der Freiheit des Zinswuchers abgekehrt; seine Regeln stimmen, soweit sie den Zinswucher betreffen, im wesentlichen mit den jetzt geltenden Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs überein.

2. a) Ein Verbot des Sachwuchers hat sich erst viel später entwickelt als das Verbot des Zinswuchers. Insbesondere ging noch das oben erwähnte Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 über den Sachwucher schweigend fort, und auch das zur Ergänzung dieses Gesetzes ergangene Reichsgesetz vom 19. Juni 1893 stellte den Sachwucher dem Kreditwucher nur unter der Voraussetzung gleich, daß er gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betrieben wurde.

b) Als Ersatz eines allgemeinen Verbots des Sachwuchers galt im Mittelalter ein Spezialverbot gewisser besonders wucherverdächtiger Geschäfte. So wurde namentlich der Verkauf von Früchten auf dem Halm entweder ganz verboten¹⁸ oder nur zu dem Marktpreise erlaubt, der zur Zeit des Verkaufs galt oder vierzehn Tage nach der Ernte gelten würde.¹⁹ So wurde nach römischem Vorbilde ein Geschäft, bei dem eine Partei außerordentlich geschädigt wurde, der Anfechtung wegen *laesio enormis* unterworfen; freilich war das Gebiet, auf dem dies Anfechtungsrecht Platz greifen sollte, sehr verschieden bemessen: nach bisherigem gemeinen Recht sollte die Anfechtungsbefugnis sowohl dem Verkäufer, der die Sache unter dem halben Wert verschleudert, als auch dem Käufer, der die Sache doppelt zu teuer gekauft hatte, zustehen, während nach preussischem Landrecht nur der geschädigte Käufer, nach französischem Recht nur der geschädigte Verkäufer zur Anfechtung befugt war.²⁰ So wurde auch die römische *lex Anastasiana* bei uns rezipiert, die bestimmte, daß der Käufer einer Forderung, der einen hinter dem Nennwert der Forderung zurückbleibenden Kaufpreis ausgemacht hatte, vom Schuldner

16) Bad. Landrecht Satz 1907 a; württemb. Ges. v. 1839; sächs. Ges. v. 1864 usw.; zuletzt nordd. Bundesgesetz vom 14. Nov. 1867 (nicht eingeführt in Bayern und Elsaß-Lothringen). Siehe Hirschius in f. Ztschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspflege Bd. 2.

17) Siehe oben bei Anm. 5.

18) Kapitulär Karls d. Gr. v. 809; pr. RN. II, 7, § 12.

19) RPolizeiordn. v. 1577, 19 § 3.

20) Windscheid 2 § 396¹⁰; pr. RN. I, 11 § 59; c. c. 1674.

nicht den vollen Betrag der Forderung, sondern nur den Betrag des Kaufpreises betreiben dürfe.²¹ Die meisten dieser Bestimmungen sind aber bereits vor Erlass des bürgerlichen Gesetzbuchs aufgehoben worden.

Aufgehoben ist I. die Beschränkung des Verkaufs der Früchte auf dem Stalm in Württemb. 1839, in Preußen 1843, in Bayern 1871, II. die Anfechtung wegen *laesio enormis* für Handelsgeschäfte durch das ältere HGB. 286, allgemein in Sachsen (1863) Bremen, Hamburg, III. die *lex Anastasiana* für Handelsgeschäfte durch das ältere HGB. 299, außerdem in Preußen (1864), Hamburg, Bremen usw.

IX. 1. Nach französischem Recht kam der Schuldner in Zahlungsverzug nur durch eine „*Sommation*“, d. h. eine förmliche, durch einen Notar oder Gerichtsvollzieher übermittelte Mahnung.²²

2. Nach französischem Recht mußte sich ein Gläubiger, der wegen einer Geldschuld bei Verzug des Schuldners Schadensersatz wegen Verspätung forderte, mit den Verzugszinsen begnügen, auch wenn sein Schaden nachweislich größer war; das gleiche galt nach preussischem Recht, es sei denn, daß der Schuldner sich böswillig oder grobfahrlässig verhalten hatte.²³

3. Nach bisherigem gemeinen, preussischen und sächsischen Recht hatte der Gläubiger bei Verzug des Schuldners im allgemeinen bloß das Recht auf nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen Verspätung; das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf einfachen Rücktritt vom Vertrage hatte der Gläubiger nur, wenn die nachträgliche Erfüllung wegen ihrer Verspätung nachweislich kein Interesse für ihn hatte.²⁴ Dagegen standen das französische Recht und beim Kauf auch das ältere Handelsgesetzbuch in der Behandlung des säumigen Schuldners dem bürgerlichen Gesetzbuche nahe.²⁵

X. 1. Nach bisherigem Recht war es streitig, ob ein Gläubiger auch dann in Annahmeverzug geriet, wenn er an der Annahme durch Umstände, die er nicht zu vertreten hatte, gehindert war.²⁶

2. Das bisherige preussische, französische und sächsische Recht gab dem Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers das Recht zum Selbsthilfeverkauf gar nicht oder doch nur in Notfällen.²⁷

3. Nach bisherigem gemeinen und preussischen Recht erlosch der Zinslauf bei einer verzinslichen Schuld nicht schon durch den Annahmeverzug des Gläubigers, sondern erst durch die Hinterlegung der Schuldsomme.²⁸

XI. Die Aufrechnung wurde nach bisherigem Recht nicht als selbständiges, konstitutiv wirkendes Rechtsgeschäft, sondern als Erhebung einer Einrede auf-

21) Windscheid 2 § 333.

22) Förtich S. 169.

23) C. c. 1153; pr. RN. I, 11 §§ 833, 834.

24) Windscheid 2 § 280¹; Dernb. pr. PrR. 2 § 72; sächs. GB. 864, 865.

25) C. c. 1184; älteres HGB. 354, 355.

26) Windscheid 2 § 345¹⁰; Dernb., pr. PrR. 2 § 73¹¹.

27) Mot. 2 S. 93.

28) Windscheid 2 § 346⁷; Dernb. pr. PrR. 73¹².

gefaßt: daß Gegenüberstehen zweier aufrechenbarer Forderungen bewirkt also deren gegenseitigen Ausgleich von Rechtswegen.²⁹

XII. Nach bisherigem gemeinen Recht wurde die Abtretung einer Forderung dem Schuldner gegenüber erst dann vollwirksam, wenn sie ihm vom neuen Gläubiger angezeigt war; die Anzeige des alten Gläubigers genügte zu diesem Zweck nicht.³⁰

XIII. Eine Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner war dem bisherigen Recht nicht bekannt. Vielmehr war dazu ein Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger erforderlich.³¹

XIV. Das bisherige gemeine, sächsische und französische Recht bestimmte, daß Mitschuldner, deren Verpflichtung auf einem gemeinsam abgeschlossenen Vertrage beruhte, im Zweifel nicht als Gesamt-, sondern als Teilschuldner haftbar sein sollten. Dagegen entschied sich das preußische Landrecht und mit Bezug auf Handelsgeschäfte auch das ältere Handelsgesetzbuch im Zweifel für Gesamtschuldnerschaft.³²

Zusatz zu §§ 80 ff.

I. Kollisionsnormen.

1. Als allgemeine Kollisionsnormen sind, da die Gesetze schweigen und auch eine sichere gewohnheitsrechtliche Norm nicht vorhanden ist, aus dem früher entwickelten „Prinzip des internationalen Privatrechts“¹ die folgenden Regeln abzuleiten.

a) Die Hauptregel ist, daß auf eine Forderung die Gesetze des Rechtsgebiets anzuwenden sind, in dem die Forderung zu erfüllen ist (Statut des Erfüllungsorts); denn in der übergroßen Mehrzahl der Fälle hat der Staat, in dessen Gebiet der Erfüllungsort liegt, das relativ größte Interesse daran, den Bestand und die Wirkung der Forderung nach eigenem Ermessen zu normieren. Beispiel: zwei in Barcelona wohnende Engländer A. und B. reisen zusammen nach München; während der Fahrt durch Frankreich vereinbaren sie, daß A. sofort nach Petersburg weiterfahren und B. bis zur Rückkehr des A. nach Berlin dessen wertvolles Gepäck in Verwahrung nehmen solle; hier kommt die Anwendung des spanischen, des englischen, des französischen, des deutschen und des russischen Rechts in Frage; den Vorzug verdient die Anwendung des deutschen Rechts.

b) Bei der Regel zu a muß es grundsätzlich auch dann verbleiben, wenn es sich um Forderungen aus gegenseitigen Verträgen handelt und der Erfüllungsort der beiderseitigen Forderungen in verschiedenen Rechtsgebieten liegt: es kommt also auf jede der Forderungen ein anderes Recht zur Anwendung;² führt das Ineinanderspielen der verschiedenen Rechte zu einem unlöslichen Widerspruch, so ist der Vertrag unwirksam. Beispiel: der Österreicher A. wohnt in Troppau, der Preuße B. in Ratibor; auf einer Reise treffen beide sich in Mailand und vereinbaren dort den Tausch ihrer beiden Wohnhäuser; hier kommt auf A.s Vertragspflicht österreichisches, auf B.s Vertragspflicht deutsches Recht zur Anwendung.

c) Doch erleidet die Hauptregel zu a einschließlich der Zusatzregel zu b erhebliche Ausnahmen bei gewissen Forderungstypen: für sie ist entgegen der Hauptregel zu a das

29) Windscheid 2 § 349; Dernb., pr. PrR. 2 § 104.

30) Windscheid 2 § 331^o.

31) Windscheid 2 § 338; Dernb. pr. PrR. 2 § 65.

32) Windscheid § 292¹; c. c. 1202; sächs. GB. 663, 1021; preuß. LR. I, 5 § 424; älteres HGB. 280.

1) Siehe oben § 13.

2) So auch RG. 54 S. 316, 63 S. 19, 65 S. 357, 66 S. 76.

Recht des Erfüllungsorts überhaupt nicht oder es ist entgegen der Zusatzregel zu b nur das Recht eines der mehreren für die Forderungen in Betracht kommenden mehreren Erfüllungsorte maßgebend.

d) Ehe die Hauptregel zu a oder die Zusatzregel zu b auf eine Forderung angewendet wird, muß natürlich festgestellt werden, wo der Erfüllungsort der Forderung liegt. Und zwar ist für diese Frage, wie es scheint, das Recht des Orts maßgebend, an dem die Forderung begründet wird. Beispiel: hätte in dem oben bei b genannten Fall A. in Mailand das Automobil, auf dem er seine italienische Reise machte, an B. verkauft und dabei ausgemacht, das Automobil solle dem B. vier Wochen später übergeben, der Kaufpreis aber nach drei Monaten bezahlt werden, so ist der Erfüllungsort für die beiderseitigen Verpflichtungen nach italienischem Recht zu bestimmen. Wie es zu halten ist, wenn das Recht dieses Erfüllungsorts seinerseits den Erfüllungsort in ein andres Rechtsgebiet verlegt, sei hier dahingestellt; ähnliche Komplikationen werden sich ja auch dann ergeben, wenn man sich für irgendeine andre Kollisionsnorm entscheidet als die von uns vertretene.

e) Möglich ist es, daß bei rechtsgeschäftlich begründeten Forderungen die Parteien sich irgendeinem andern Recht unterwerfen als dem, das nach den Kollisionsnormen zu a—d zuständig ist. Eine derartige rechtsgeschäftliche Klausel ist im allgemeinen gültig, es sei denn, daß es sich um zwingende Normen des zuständigen Rechts handelt. Doch hat die Klausel nicht den Sinn, daß das gewillkürte Recht auf die Forderung als objektives Recht angewendet werden müßte, sondern alle Regeln dieses Rechts haben nur den Wert rechtsgeschäftlicher Bestimmungen: ein Kauf z. B., der eigentlich dem deutschen Recht unterliegt, aber kraft Parteivillkür dem französischen Recht unterstellt wird, ist so zu behandeln, als sei die ganze französische Gesetzgebung von A bis Z in den Vertrag als Parteivereinbarung mit aufgenommen. Das wird besonders deutlich, wenn die Parteien als gewillkürtes Recht irgendein bereits aufgehobenes Recht, etwa das preußische Landrecht, bestimmt hätten, was doch gleichfalls zulässig ist.

f) Völlig abweichend von den Regeln zu a—e ist die Theorie des Reichsgerichts: ihr zufolge ist auf eine rechtsgeschäftlich begründete Forderung in erster Reihe nicht das Statut des Erfüllungsorts, sondern das Statut anzuwenden, dem die Forderung nach der mutmaßlichen Absicht der Parteien hat unterstellt werden sollen; und zwar soll das von den Parteien gewillkürte Statut nicht etwa als Teil des Rechtsgeschäfts behandelt werden, sondern soll als objektives Recht anwendbar sein.³ Hiergegen ist nachdrücklich Widerspruch einzulegen. Denn jene Theorie läuft darauf heraus, die Parteien mit der obersten Gesetzgebungsgewalt zu bekleiden: die ganze deutsche Gesetzgebung über rechtsgeschäftliche Obligationen mit Ausnahme der zwingenden Normen enthielte lediglich unverbindliche Vorschläge an die Parteien, die erst dann als objektives Recht anzuerkennen wären, wenn die Parteien sich ihnen mutmaßlich(!) haben unterwerfen wollen.

g) Noch in einem andern Punkt weicht das Reichsgericht in seiner neuesten Praxis von den Regeln ab, die wir oben zu a—e entwickelt haben: es will für den Fall, daß die mutmaßliche Absicht der Parteien über das anzuwendende Recht nicht zu ermitteln ist, nicht das Statut des Erfüllungsorts, sondern nach dem Vorgang von v. Bar und Zitelmann das Personalstatut des Schuldners zur Anwendung bringen.⁴

II. Übergangsvorschriften.

1. Auf eine Forderung kommt der Regel nach das Recht zur Anwendung, das zur Zeit ihrer Begründung gegolten hat (EG. 170).⁵

2. Wird unter der Herrschaft des neuen Rechts ein Rechtsgeschäft vorgenommen, das auf eine unter der Herrschaft des alten Rechts begründete Forderung Bezug hat, so kommt

3) RG. 4 S. 246; 54 S. 316; 55 S. 117; 58 S. 367; 68 S. 205.

4) RG. 61 S. 343; 62 S. 380; v. Bar, internat. Privatrecht (89) 2 S. 9; Zitelmann, internat. Privatrecht 1 S. 126; 2 S. 366, 384.

5) RG. 52 S. 265; 53 S. 200, 422; 56 S. 222; 57 S. 17, 378; 61 S. 138; 66 S. 409.

auf dies Rechtsgeschäft grundsätzlich neues Recht zur Anwendung; Beispiel: eine 1899 begründete Forderung wird 1902 an einen andern abgetreten und 1908 durch Leistung an Erfüllungsstatt getilgt.⁶ Nur für die Frage, ob die Forderung ihrer Art nach ein derartiges Rechtsgeschäft zuläßt, gilt eine Ausnahme: ob also eine 1899 begründete Forderung rechtsgültig abgetreten werden kann, ist auch dann nach altem Recht zu beurteilen, wenn die Abtretung erst 1902 erfolgt.⁷

3. Die Höhe der Verzugszinsen richtet sich seit 1900 auch bei älteren Verbindlichkeiten nach neuem Recht. Denn die Verzugszinsen sind tarifierter Schadenserfaß; wie hoch aber ein Schadenserfaß zu tarifieren ist, hängt von dem Gesetz ab, das zu der Zeit gilt, da sich der zu ersetzende Schaden ereignet.⁸

6) R.G. 56 S. 303; 57 S. 99.

7) Pland zu E.G. 170; Habicht §§ 19 ff.

8) Habicht § 23, R.G. 46 S. 74. Abw. Dernb. W.R. 2 § 72⁴.

Zweiter Abschnitt.

Einzelne Arten der Forderungen.

Einleitung.

§ 120 a.

I. Die Zahl der einzelnen Forderungsarten ist unübersehbar groß. Denn es steht im freien Belieben der Beteiligten, im Wege des Rechtsgeschäfts täglich neue Arten von Forderungen ins Leben zu rufen. Deshalb hat sich das Gesetz darauf beschränkt, nur eine gewisse Anzahl von ihnen wegen ihrer praktischen Wichtigkeit oder wegen ihrer Schwierigkeit besonders zu regeln. Dagegen kommen für die übrigen im Gesetz schweigend übergangenen Forderungsarten lediglich die Parteibestimmungen, die allgemeinen Rechtsregeln und das sogenannte Recht der Wissenschaft (oben S. 33) in Betracht.

Beispiel. Nicht gesetzlich geregelt ist der Fall, daß A. sich verpflichtet, sein Haus dem B. gegen eine Geldzahlung von 100 000 Mk. zu übertragen, wenn A. ausgesprochenermaßen der Meinung ist, das Haus sei 200 000 Mk. wert, während B. den Wert des Hauses in derselben Art auf nur 100 000 Mk. annimmt. Hier liegt nämlich kein Kauf vor; denn beim Kauf müssen die Parteien darüber einig sein, daß die von B. zu zahlenden 100 000 Mk. einen „Kaufpreis“ für das Haus darstellen, d. h. dem Wert des Hauses gleich kommen. Andererseits liegt auch keine Schenkung vor; denn bei der Schenkung müssen beide Parteien darüber einig sein, daß die von B. zu zahlenden 100 000 Mk. kein Entgelt für das Haus bilden, d. h. hinter dem Wert des Hauses zurückbleiben. Ebensovwenig läßt sich endlich das Rechtsgeschäft zwischen A. und B. unter irgendeine andre der im Gesetz besonders geregelten Geschäftstypen bringen.

II. Die einzelnen Forderungsarten werden am deutlichsten durch den Rechtsgrund charakterisiert, auf dem sie beruhen, und werden im folgenden demgemäß nach ihren Rechtsgründen (Kauf, Miete, Schenkung, Delikt usw.) geordnet.

Darüber, wie diese Rechtsgründe zu systematisieren und in welcher Reihenfolge sie darzustellen sind, kann man verschiedener Meinung sein. Manche Juristen legen auf diese Frage besonders Wert und sind bemüht, vor allem die verschiedenen im Gesetz geregelten Typen der obligatorischen Rechtsgeschäfte kunstvoll zu gruppieren, indem sie z. B. Umsatzgeschäfte, Arbeitsgeschäfte, Sicherungsgeschäfte usw. unterscheiden. Wie mir scheint, ist die Frage belanglos.

I. Der Kauf.¹

1. Begriff und Abschluß.

§ 121.

I. 1. Der Kauf (*emptio venditio*) geht auf den vertragsmäßigen Umsatz von Gütern gegen Geld: die eine Partei, der Verkäufer, übernimmt die Verpflichtung, irgendein wirtschaftliches Gut von dem alten auf einen neuen Inhaber zu übertragen, während die andre Partei, der Käufer, die Zahlung einer Geldsumme als Entgelt für jenes Gut verspricht (§. 433).

Beispiel. A. fragt bei Buchhändler B. nach einer bestimmten Ausgabe von Jean Pauls Werken; B. erwidert, daß sie 8 M. koste, im Augenblick nicht vorrätig sei, aber binnen 4 Tagen besorgt werden könne; darauf „bestellt“ A. das Buch. Hier liegt, obgleich die Parteien das Wort „Kauf“ nicht brauchen, doch ein Kaufvertrag vor; denn B. soll das Buch, nachdem er es hat kommen lassen, von sich auf A. übertragen, und A. soll dafür als Entgelt 8 M. zahlen.

2. So einfach und klar die Begriffsbestimmung zu 1 scheint, so ist es doch nicht immer leicht, den Kauf gegen andre Vertragsarten, namentlich den Tausch, die Pacht, den Werkvertrag, scharf abzugrenzen. Doch soll davon erst bei der Darstellung dieser andern Verträge die Rede sein.

II. 1. Als Gegenstand des Kaufs nennt das Gesetz einerseits Sachen — und zwar sowohl Grundstücke wie Fahrnisachen, sowohl individuell bezeichnete, wie nur der Gattung nach bestimmte Sachen —, andererseits Rechte (433, 436, 455, 480 usw.). Doch kommen daneben auch alle sonstigen wirtschaftlichen Güter, die von einem Inhaber auf einen andern übertragen werden können, als Gegenstände des Kaufs in Betracht, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, die Kundschaft eines Kaufmanns, die Praxis eines Arztes usw.²

Daß das Gesetz den Kauf von „Sachen“ und den von „Rechten“ in Gegensatz bringt, ist willkürlich; denn auch beim Kauf von Sachen wird ein Recht, nämlich das Eigentum an der Sache verkauft. Siehe oben S. 159 a.

Auch Geld kann Gegenstand des Kaufs sein, namentlich ausländisches Geld, seltne Goldstücke.

Über den Kauf von Wertpapieren siehe unten im 2. Bande.

2. Es kann geschehn, daß der Gegenstand des Kaufs zur Zeit des Kaufabschlusses tatsächlich nicht vorhanden ist. Alsdann ist folgendermaßen zu unterscheiden:

a) Als Regel ist anzusehn, daß der Kauf, weil auf eine zurzeit unmögliche Leistung gerichtet, nichtig ist (306); der Verkäufer braucht also weder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, noch ist er, wenn der Gegenstand nachträglich entsteht, zur Nachlieferung verpflichtet; ebensowenig braucht der Käufer den Kaufpreis zu zahlen; doch kann im Einzelfall eine Partei der

1) Emerich, Kauf u. Werklieferungsvertrag (99); Bernhöft bei B. u. F. (89).

2) Vgl. RG. 63 S. 59; Enneccerus 1 § 324 II, 4.

ändern zur Leistung des negativen Vertragsinteresses verbunden sein (307; s. oben S. 407). Ist der verkaufte Gegenstand beim Kaufabschluß nur zu einem Teil vorhanden, so ist der Kauf als Ganzes, also auch in Ansehung dieses vorhandenen Teils, nichtig, es sei denn, daß anzunehmen ist, die Parteien würden den Kauf auch über den vorhandenen Teil für sich allein abgeschlossen haben (139).

b) Die Regel zu a erleidet aber zwei Ausnahmen.

α) Der Verkauf eines nicht vorhandenen Gegenstandes ist gültig, wenn der Gegenstand ein Recht ist; das will besagen: der Verkäufer ist verpflichtet, für den Bestand des verkauften Rechts einzustehn, und muß, falls das Recht in Wahrheit nicht besteht, vollen Schadenersatz leisten (437 I).³

β) Der Verkauf eines nicht vorhandenen Gegenstandes ist gültig, wenn der Gegenstand als ein zukünftiger verkauft ist; das will besagen: der Verkäufer ist verpflichtet, den verkauften zukünftigen Gegenstand dem Käufer zu liefern, sobald er entsteht; ja er muß sich sogar, je nach Abrede, darum bemühen, daß der Gegenstand zur Entstehung gelangt (308 I).

Beispiele. I. A. verkauft am 2. März an B. einen beim Spediteur C. lagernden Posten Wolle sowie eine ihm gegen D. zustehende Forderung, und zwar, um rasch zu Gelde zu kommen, beides 20% unter dem Wert; nachträglich stellt sich heraus, daß die Wolle bei C. schon am 1. März verbrannt war und D. an ebendiesem 1. März seine Schuld an A.s Generalbevollmächtigten E. bezahlt hatte, ohne daß A. oder B. dies wissen konnte. Hier ist der Verkauf der nicht mehr existierenden Wolle nichtig, der Verkauf der nicht mehr existierenden Forderung gültig. Demgemäß kann B. von A. wegen der Forderung Schadenersatz, nämlich Ersatz des entgangenen Gewinns mit 20%, fordern; dagegen hat er wegen der Wolle kein Recht auf Schadenersatz. II. 1. F. in Stettin hat am 1. März sein in Stolp belegenes noch im Bau begriffenes Haus samt Garten an G. verkauft, ohne zu wissen, daß das Haus am Morgen des 1. März noch vor dem Kaufabschluß eingestürzt ist. Hier ist der ganze Kauf nichtig, obschon doch die Bodenfläche, auf der das Haus stand, das Fundament des Hauses und der Garten nach wie vor vorhanden sind. 2. Derselbe Fall; nur hat der Unfall bloß ein Gartenhaus des F. betroffen. Hier bleibt der Kauf gültig; doch ist der Kaufpreis entsprechend zu ermäßigen. III. H. hat das nächste Fohlen seiner Stute an J. verkauft, obschon die Stute noch gar nicht trächtig ist. Hier ist der Verkauf gültig und H. demgemäß verpflichtet, sobald seine Stute ein Fohlen werfen wird, es dem J. zu liefern. Ja er kann je nach Abrede sogar verpflichtet sein, das seine dazu zu tun, daß die Stute ein Fohlen werfe, d. h. dafür zu sorgen, daß die Stute von einem ihrem Stande entsprechenden Hengst gedeckt wird.

Über den sog. Hoffnungskauf s. unten § 132.

3. Gültig ist ein Kauf auch dann, wenn das verkaufte Gut nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten, dagegen ist er ungültig, wenn das Gut dem Käufer gehört. Denn im ersten Fall ist die Übertragung des Guts auf den Käufer objektiv möglich, im zweiten ist sie objektiv unmöglich.

Beispiele. I. Frau A. verkauft ein zum Nachlaß ihres eben verstorbenen Manns gehöriges Haus an ihren Schwager B., im Glauben, daß sie kraft Testaments die Alleinerbin ihres Manns geworden sei; nachträglich stellt sich heraus, daß ihr Mann das Testament, in dem er sie als Erbin eingesetzt hat, heimlich widerrufen und statt ihrer seine Maitresse C. als Erbin bestellt hat. Hier ist der Verkauf des Hauses gültig. Frau A. mag also zusehn,

3) Siehe aber RG. 68 S. 293.

wie sie die C. dazu bestimmt, das Haus dem B. zu übereignen, und muß, wenn es ihr nicht gelingt, dem B. Schadensersatz leisten. II. Derselbe Fall nur hat der verstorbene Mann der A. zu seinem Meinerben nicht die C., sondern seinen Bruder B., also gerade den Käufer des Hauses, berufen. Hier ist der Verkauf ungültig.

Im Einzelfall kann übrigens die Entscheidung der beiden zu 3 erörterten Fragen auch anders ausfallen. — Beispiele. I. A. verkauft „aus dem Nachlaß seines verstorbenen Vaters B.“ ein Buch an C.; nachträglich wird ermittelt, daß B. sich das Buch von seinem Freunde D. bloß geliehen hatte. Hier ist Unwirksamkeit des Verkaufs anzunehmen; denn A. hat das Buch offenbar nur unter der Voraussetzung verkauft, daß es wirklich zum väterlichen Nachlaß gehöre. II. E. kauft eine Sache, die sein verstorbener Vater F. vor etwa 40 Jahren dem gleichfalls verstorbenen G. geliehen hatte, dem Erben G. & H. ab, in der Meinung, F. habe die Sache damals dem G. geschenkt. Hier ist der Kauf, auch wenn E. Meinerbe des F. und somit Eigentümer der Sache geworden ist, mindestens dann gültig, wenn G. & H. Eigentumsanspruch verjährt und damit sein Eigentum gänzlich entwertet war.

4. Ungültig ist ein Kauf, wenn der Kaufgegenstand unveräußerlich ist; denn auch in diesem Fall ist er auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet.

Beispiel. Soweit ein Arbeiter seine Lohnforderung nicht auf einen andern Gläubiger übertragen kann (s. oben S. 455 b), soweit kann er sie auch nicht gültig verkaufen.

II. 1. Das Entgelt, das der Käufer für den vom Verkäufer zu liefernden Gegenstand zu leisten hat, heißt Kaufpreis. Es muß stets in Geld bestehen.

2. a) Die Höhe des Kaufpreises wird im Vertrage meistens fest bestimmt.

Ist der Preis nach dem Gewicht der Ware bestimmt, so ist maßgebend, falls nicht die unter Berücksichtigung der Verkehrsitten auszulegenden Erklärungen der Parteien ein andres ergeben, das Rein- oder Nettogewicht der Ware; das ist freilich im Gesetz nur für den Handelskauf ausdrücklich angeordnet (§ 380), muß aber gleichmäßig auch für den bürgerlichen Kauf gelten. Ist als Kaufpreis der „Marktpreis“ bestimmt, so gilt im Zweifel derjenige Marktpreis als vereinbart, der dereinst zur Erfüllungszeit am Erfüllungsort maßgebend sein wird (453), also ein Preis, der bei Abschluß des Vertrages beiden Parteien unbekannt ist.

b) Nicht selten wird aber im Kaufvertrage eine Preisbestimmung nicht getroffen. Alsdann liegt sie im Zweifel beim Verkäufer (316). Doch darf der Verkäufer seine Entscheidung nicht nach Willkür, sondern nur „nach billigem Ermessen“ abgeben. Er muß also je nach Lage des Falls den Marktpreis der Ware, seine eignen Unkosten, seine bisherigen Preisansätze u. dgl. billig berücksichtigen.

Beispiele. Wirte und andre Gewerbetreibende, die nach der Verkehrsitten „ständige“ Preise haben, dürfen ihren Kunden ohne weiteres diese Preise berechnen: es ist nur „billig“, wenn sie in ihrem Geschäft ihre eignen Preise anwenden; der Kunde, der ohne Preisvereinbarung kauft, muß sich also den ständigen Preisen des Verkäufers fügen, mögen sie auch recht hohe sein; ebenso kann er aber auch, wenn die ständigen Preise des Verkäufers ungewöhnlich niedrig sind, diese Preisansätze zu seinen Gunsten in Anspruch nehmen. So die Regel. Im Einzelfall kann die Entscheidung dagegen anders ausfallen, z. B. wenn die Preisansätze so hoch sind, daß der Kunde unmöglich darauf vorbereitet sein konnte, oder umgekehrt, wenn der Kunde Ansprüche erhebt, denen der Gewerbetreibende mit seinen gewöhnlichen niedrigen Preisen unmöglich genügen kann.

Hat der Verkäufer dem Käufer gegenüber einmal den Preis bestimmt, so ist er an diese Bestimmung gebunden, mag sie auch vom Käufer verworfen werden. Denn die Preisbestimmung ist nicht ein Antrag auf vertragmäßige Ergänzung der im ursprünglichen Kaufvertrage offen gelassenen Lücke; vielmehr stellt sie eine einseitige, unwiderrufliche Entscheidung des Verkäufers dar (s. oben S. 368). Selbstverständlich ist sie aber wegen Irrtums anfechtbar.

Ein Kaufabschluß ohne feste Preisbestimmung ist nicht schon dann anzunehmen, wenn die Parteien eine ausdrückliche feste Preisbestimmung verjäumen. Vielmehr kann eine feste Preisbestimmung auch stillschweigend getroffen werden, und alsdann ist von einem Recht des Verkäufers zur Preisfestsetzung nach billigem Ermessen keine Rede. Beispiel: Kaufmann A. bezeichnet am 1. März dem B. auf dessen briefliche Anfrage als Preis seiner Butter „2,8 Mk. das Kilo“; am 2. März erhöht A. den Preis in seinem Geschäft auf 3 Mk., am 3. März bestellt B. 50 Kilo Butter, ohne den Preis zu erwähnen; A. sendet die Butter sofort ab, gleichfalls ohne Preisangabe; hier muß der Preis von 2,8 Mk. als vereinbart gelten.

Selbstverständlich ist ferner, daß das Bestimmungsrecht des Verkäufers nur dann Platz greift, wenn der Kauf trotz Unbestimmtheit des Kaufpreises wirklich abgeschlossen wurde. Diese Voraussetzung wird bei Gegenständen, deren Wert zweifelhaft ist, z. B. beim Kauf eines Hauses, eines Kunstwerks, sehr häufig nicht erfüllt sein; alsdann stellen die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen solange, als die Höhe des Kaufpreises nicht festgesetzt ist, eine unverbindliche Vorverhandlung dar. Doch wird man nicht behaupten dürfen, daß bei derartigen Gegenständen ein Kaufabschluß ohne Preisfestsetzung geradezu unmöglich sei.

3. Daß der Preis ein objektiv angemessener sei, ist nicht erforderlich. Wohl aber muß er subjektiv angemessen sein, d. h. er muß dem von den Parteien angenommenen Wert der Ware gleichkommen.

Die Gründe, die die Parteien bestimmen können, einen andern Wert der Ware als den objektiven (d. h. den durchschnittlicher Schätzung entsprechenden) anzunehmen, sind mannigfach: Irrtum über den objektiven Wert, Geldverlegenheit des Verkäufers, Liebhaberei des Käufers, freundschaftliche Beziehungen der Parteien usw.

Die Wertannahme der Parteien darf keine Fiktion sein, sondern muß auf einer ernstlichen Abschätzung des Werts der Ware einerseits, des Werts des Kaufpreises andererseits beruhen. Indes wird es im Einzelfall recht schwierig sein festzustellen, daß die Wertannahme der Parteien eine bloße Fiktion ist. Beispiel: A. hat sich einen schottischen Schäferhund kommen lassen und den objektiv angemessenen Preis dafür mit 400 Mk. sowie 4 Mk. Fracht bezahlt; kaum angekommen, heißt der Hund das Kind des A.; in der Erregung „verkauft“ A. den Hund an seinen zufällig anwesenden Nachbarn B. für den Betrag der Fracht, also für 4 Mk. Hier ist der Unterschied zwischen diesem Preise und dem objektiven Wert des Hundes ein außerordentlicher; dennoch ist der Preis nicht als fiktiv zu bezeichnen; denn im Augenblick des Kaufabschlusses nahm A. ernstlich an, daß der Wert des Hundes subjektiv für ihn, den A., eher weniger als 4 Mk. betrage, und B. schloß sich dieser Wertschätzung des A. gleichfalls ernstlich an.

III. Außer den für das Kaufgeschäft wesentlichen Hauptleistungen — Lieferung des Kaufgegenstandes einerseits, Zahlung des Kaufpreises andererseits — können Verkäufer und Käufer noch beliebige andre Leistungen übernehmen. Doch muß es sich dabei bloß um Nebenleistungen handeln; denn sobald diese anderweitigen Leistungen in den Vordergrund treten, verliert der Vertrag den Charakter eines Kaufvertrages und wird zu einem Vertrage anderer Art.

Beispiele. I. A. „verkauft“ sein Haus an B. für 20000 Mk.; dabei verspricht A. dem B. außerdem, alle Reparaturen, die innerhalb des nächsten Jahres in dem Hause notwendig werden sollten, unentgeltlich zu besorgen, während B. die Verpflichtung übernimmt, im nächsten Jahr ein Drittel von dem Obstertrage des zu dem Hause gehörigen Gartens an A. abzuliefern. Hier liegt ein echter Kauf mit Nebenleistungen beider Parteien vor. II. C. „verkauft“ sein Geschäft an D. für 30000 Mk.; dabei verspricht C. dem D. außerdem, das Geschäft die nächsten fünf Jahre in Person unentgeltlich zu leiten, während D. die Verpflichtung übernimmt, das Geschäft binnen dieser fünf Jahre dem C. jederzeit auf Verlangen für einen bestimmten Preis zurückzuverkaufen. Hier liegt kein Kauf, sondern ein Vertrag eigener Art vor.

IV. 1. Für den Abschluß des Kaufvertrages gelten die allgemeinen Regeln. Hervorgehoben sei an dieser Stelle nur,

a) daß die Parteien sich über alle wesentlichen Punkte des Kaufvertrages bindend geeinigt haben müssen, also insbesondere über die Kaufsache und den Kaufpreis, ferner, falls dies im Einzelfall als wesentlich erscheint, auch über die Zeit, zu der die Kaufsache geliefert, der Kaufpreis bezahlt werden soll, usw.;

b) daß der Kauf eines Grundstücks gerichtlicher oder notarieller Form bedarf (313), während der Kauf beweglicher Sachen oder unförperlicher Güter regelmäßig formlos abgeschlossen werden kann.

2. Nur in einer einzigen Beziehung gilt für den Abschluß des Kaufs eine Sonderbestimmung: wird nämlich ein Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung vollzogen, so dürfen der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs beauftragte Beamte und die von ihm zugezogenen Gehülfen den zum Verkauf gestellten Gegenstand nicht selber kaufen, weder unmittelbar noch durch einen andern, weder im eignen Namen noch im Namen eines Dritten (456), weil andernfalls ihre für ihre Mitwirkung beim Verkauf dringend erforderliche Unparteilichkeit gefährdet sein würde.

Dem Verkauf in der Zwangsvollstreckung stehen die freihändigen Verkäufe des Konkursverwalters gleich (456, 457). Ebenso stehen ihm Verkäufe gleich, die kraft gesetzlicher Vorschrift durch einen Beauftragten für Rechnung einer andern Person als des Auftraggebers erfolgen, z. B. ein formeller Selbsthülfeverkauf (457). — Ein der Regel zu 2. widersprechender Verkauf und ebenso die auf seiner Grundlage erfolgende Übereignung oder sonstige Übertragung des verkauften Guts ist unwirksam, es sei denn, daß die an dem Verkauf als Schuldner, Gläubiger oder Eigentümer beteiligten Personen ihm sämtlich, im voraus oder nachträglich, zustimmen; sonach ist der Käufer zunächst an das Geschäft gebunden, alle andern Beteiligten dagegen sind, solange sie nicht zugestimmt haben, frei; ist die Zustimmung nicht im voraus erfolgt, so kann der Verkäufer jeden Beteiligten auffordern, sich darüber zu äußern, ob er die Zustimmung nachträglich geben wolle; erfolgt diese nachträgliche Zustimmung nicht binnen 14 Tagen nach der Aufforderung, so gilt sie als verweigert, und der Verkauf ist nunmehr auch für den Käufer unverbindlich (458 I). — Wird infolge der Verweigerung der Genehmigung ein neuer Verkauf vorgenommen, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs sowie für einen Mindererlös aufzukommen (458 II). — Daß der Leiter des Verkaufs auch nicht „durch einen andern“ kaufen darf, bezieht sich sowohl auf den Fall, daß der andre als Stellvertreter, wie auf den, daß er in eigenem Namen, aber für Rechnung des Verkaufsleiters handelt; in letzterem Fall ist für den bei einem etwaigen zweiten Verkauf eintretenden Mindererlös der „andre“ persönlich haftbar, nicht der Verkaufsleiter.

3. Hier und da finden sich Vorschriften, daß Beamte gewisse Gegenstände nicht kaufen dürfen. So dürfen z. B. preußische Bergbeamte ohne ministerielle Genehmigung Bergwerke, die in ihrem Bezirk liegen, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht erwerben, also namentlich nicht kaufen (preuß. Bergges. v. 24. 6. 65 § 195). Doch sind diese Vorschriften privatrechtlich bedeutungslos: ein verbotswidrig abgeschlossener Kauf ist für alle Beteiligten voll verbindlich.

2. Der Kauf von Sachen.

a) Gegenseitige Abhängigkeit der Verpflichtungen des Verkäufers und Käufers. Übergang der Gefahr der Kaufsache.

§ 122.

Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag (oben S. 370²), so daß sich die Verpflichtungen des Verkäufers und die des Käufers in der bereits früher geschilderten Art gegenseitig bedingen (s. oben S. 371 II, 1; 404 III). Hieraus ergeben sich unter andern die folgenden Regeln.

I. 1. Geht die Kaufsache, ehe der Verkäufer sie geliefert hat, infolge eines Zufalls — d. h. eines Umstandes, den weder der Verkäufer noch der Käufer zu vertreten braucht — vollständig unter, so wird nicht bloß der Verkäufer selbst von der Pflicht zur Lieferung der Sache, sondern auch der Käufer von der Pflicht zur Bezahlung des Kaufpreises befreit (323 I, erster Halbsatz). Das nämliche muß gelten, wenn eine unteilbare Kaufsache auch nur zu einem Teil untergeht; geht dagegen eine teilbare Kaufsache nur zu einem Teil unter, so wird der Käufer auch von seiner Kaufpreisschuld nur zu einem verhältnismäßigen Teil befreit (s. 323 I, zweiter Halbsatz).

Beispiel. Gleich nachdem A. von B. ein aus mehreren Bänden bestehendes Buch gekauft hat, geht einer der Bände zufällig zugrunde. Hier ist A. von der Kaufpreisschuld ganz befreit, wenn der zerstörte Band im Handel nicht einzeln zu haben ist; andernfalls ist er von der Kaufpreisschuld nur in Höhe des gerade auf den Band entfallenden Teils des Preises befreit.

2. Die Regeln zu 1 müssen sich aber eine weitgehende Ausnahme zugunsten des Verkäufers gefallen lassen: der zufällige Untergang der verkauften Sache hat nämlich von einem bestimmten Zeitpunkt ab befreiende Wirkung nur für den Verkäufer, nicht für den Käufer; jener braucht die Kaufsache fortan nicht zu liefern, dieser muß sie trotzdem bezahlen. Demgemäß sagt man, daß in diesem Zeitpunkt die Gefahr des Unterganges der Kaufsache vom Verkäufer auf den Käufer übergegangen sei.

a) Als Zeitpunkt des Gefahrüberganges gilt im allgemeinen der Augenblick, in dem der Verkäufer die verkaufte Sache dem Käufer übergibt (446 I): Gefahrübergang und Übergabe der Kaufsache fallen der Regel nach zusammen. In einigen Fällen wird aber der Gefahrübergang auf einen andern Zeitpunkt verlegt.

α) Erster Fall: verkauft ist ein Grundstück; schon vor der Übergabe läßt der Verkäufer das Grundstück dem Käufer vor dem Grundbuchamt auf, und der Käufer wird als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Hier geht die Gefahr bereits im Augenblick dieser Eintragung auf den Käufer über (446 II).

β) Zweiter Fall: verkauft ist eine Fahrnisache; auf Verlangen des

Käufers soll sie ihm vom Verkäufer nach einem andern Ort als dem Erfüllungsort zugesandt werden. Hier geht die Gefahr bereits im Augenblick der Absendung auf den Käufer über (447; s. auch unten S. 505).

γ) Dritter Fall (im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt!): verkauft ist ein Grundstück oder eine Fahrnisache; der Verkäufer ist rechtsgeschäftlich von der Verpflichtung befreit, die Sache auf Grund des Kaufvertrages dem Käufer zu übergeben. Hier geht die Gefahr bereits in dem Augenblick auf den Käufer über, in dem der Kaufvertrag abgeschlossen oder derjenige Rechtsakt vorgenommen wird, der laut Parteivereinbarung an die Stelle der Übergabe tritt (s. unten S. 503 I).¹

δ) Vierter Fall: verkauft ist ein Grundstück oder eine Fahrnisache; der Käufer ist in Annahmeverzug geraten. Hier geht die Gefahr bereits mit dem Augenblick auf den Käufer über, in dem dessen Verzug beginnt (300 II).

Beispiele. I. A. hat sein neugebautes Haus Ende März an B. für 100000 Mk. verkauft; die Übergabe soll im April, die Auflassung mit Rücksicht darauf, daß die katastermäßige Vermessung des Grundstücks noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird, erst im Mai geschehn; am 2. April treffen sich A. und B. im Hause, sehn sich alles an und vereinbaren, daß A. noch eine kleine bauliche Änderung vornehmen soll; darauf übergibt A. dem B. einen Haus Schlüssel, während er einen zweiten Schlüssel, „weil ja noch nicht alles erledigt ist“, zurückbehält; schließlich verlassen beide das Haus, und zwar nach Austausch einiger Komplimente A. als erster, B. als zweiter, nachdem letzterer die Worte: „jetzt bin ich hier zu Hause“ fallen gelassen hat; Tags darauf brennt das Haus ab, und es entsteht dadurch ein Schaden von 60000 Mk., der durch Feuerversicherung nur zu $\frac{2}{3}$ gedeckt ist. Hier trifft der Schaden allein den B.; denn in der Verhandlung vom 2. April ist, wie aus den Schlussworten B.s hervorgeht, eine Übergabe des Hauses von A. an B. zu finden, so daß damit auch die Gefahr des Unterganges des Hauses von A. auf B. übertragen ist. Die Höflichkeitssloskel B.s kostet ihm also 20000 Mk. II. 1. Derselbe Fall wie zu I.; nur soll die Auflassung schon im April, die Übergabe erst im Mai stattfinden, da A. noch mancherlei in dem Hause umändern soll und B. sich auf die Übergabe erst nach diesen Änderungen einlassen will; demgemäß findet die Auflassung am 2. April statt, und am 3. April wird B. als Eigentümer des Hauses im Grundbuch eingetragen; an eben diesem Tage brennt das Haus ab. Hier hat den Brandschaden wiederum der Käufer B. zu tragen, falls die Umschreibung des Hauses auf seinen Namen im Grundbuch schon vor Entstehung des Brandes erfolgt ist. Dagegen trifft, wenn die Umschreibung erst während des Brandes oder nachher geschah, der Schaden teilweise oder ganz den Verkäufer A. Es kann also im Einzelfall eine Minute, um die die Eintragung beschleunigt oder verzögert wird, für eine der Parteien einen Gewinn oder Verlust von Tausenden bedeuten. Deshalb wird sich A., wenn er ein guter Jurist ist, gleich nachdem er von dem Feuer Kenntnis erlangt, nicht bloß an die Feuerwehr, sondern auch an das Grundbuchamt wenden und dort sofort den Zeitpunkt der Umschreibung des Hauses auf B. bis auf die Minute festzustellen suchen; denn wenn er den Zeitpunkt der Umschreibung erst später zu ermitteln versucht, wird die Antwort des Grundbuchamts minder genau sein. 2. 3. Siehe die Beispiele unten S. 503 I, 505, 2. 4. C. hat ein Pferd an D. verkauft; D. soll es am 1. März abholen, ist aber nicht imstande dazu, weil er am 28. Febr. auf Grund einer unbegründeten Denunziation plötzlich verhaftet und ihm am ersten Tage jeder Verkehr mit der Außenwelt versagt wird; am 2. März wird das Pferd durch den Steinwurf eines Unbekannten ohne jedes Verschulden des C. und seiner Leute getötet. Hier trägt D. die Gefahr des Pferdes; denn er befand sich ja in Annahmeverzug.

1) Pland-Greif Anm. 2 b a zu § 446. Abw. einerseits Crome 2 S. 416, andererseits Endemann 1 § 159 a³⁰.

Ein fünfter Fall, in dem Gefahrübergang und Übergabe der Kaufsache auseinanderfallen, ist der, daß eine Fahrnißsache verkauft und unter Vorbehalt des Eigentums übergeben ist (s. unten S. 513); hier ist anzunehmen, daß die Gefahr auf den Käufer erst übergeht, wenn der Eigentumsvorbehalt erledigt ist.²

b) Aus den Regeln zu a folgt, daß der Gefahrübergang, selbst wenn man von dem anomalen Fall des Annahmeverzuges des Käufers absieht, keineswegs nach einem einheitlichen Prinzip behandelt wird. Insbesondere ist keine Rede davon, daß etwa die Gefahr der gekauften Sache notwendig in demselben Zeitpunkt auf den Käufer überginge wie das Eigentum und der Besitz der Sache. Vielmehr gibt es Fälle, in denen der Käufer die Gefahr der Sache trägt, obschon er nur das Eigentum, nicht aber den Besitz oder nur den Besitz, nicht aber das Eigentum oder weder das Eigentum noch den Besitz der Sache erlangt hat. Es wäre also sehr ungenau, wollte man das Prinzip des Gefahrüberganges durch die früher öfters gebrauchte Parömie: *casum sentit „dominus“* wiedergeben.³

Beispiele. Die Gefahr geht auf den Käufer über: I. beim Grundstückskauf, wenn die Übergabe der Umschreibung im Grundbuch vorausgeht, mit der Übergabe, obschon der Käufer dadurch zwar Besitz, nicht aber auch Eigentum gewinnt; II. beim Grundstückskauf, wenn die Umschreibung im Grundbuch der Übergabe vorausgeht, mit der Umschreibung, obschon der Käufer dadurch zwar Eigentum, nicht aber notwendig auch Besitz gewinnt; III. beim Fahrnißkauf, wenn die Ware dem Käufer auf dessen Verlangen nach einem andern Ort als dem Erfüllungsort zugesendet wird, mit der Absendung, obschon der Käufer dadurch regelmäßig weder Eigentum noch Besitz gewinnt.

Ein Grund, der diese feltjam prinziplose Regelung des Gefahrüberganges rechtfertigte, ist wohl kaum aufzufinden. Vor allem ist nicht einzusehn, warum beim Versendungskauf die Gefahr schon mit der Absendung auf den Käufer übergehen soll. Denn es ist offensichtlich unnatürlich, den Käufer mit der Transportgefahr zu belasten, da er doch während des Transports weder Besitz noch Eigentum der Kaufsache hat und da, wenn die Sache auf dem Transport untergeht, er nicht einmal in der Lage ist, eigne Ersatzansprüche gegen den Transporteur zu erheben, sondern auf die Mitwirkung des Absenders angewiesen ist. Nun wird freilich auf die Schwierigkeit hingewiesen, die darin liegt, daß ein gewerbsmäßiger Verkäufer, dem man die Transportgefahr aufbürden würde, seine Preise um eine Transportrisikoprämie erhöhen und zu diesem Zweck für die verschiedenen auswärtigen Käufer je nach der Gefährlichkeit des Transports zu ihnen die Preise verschieden berechnen müßte. Allein diese technische Schwierigkeit ist nicht so groß wie die eben genannte juristische.

Eigentümlich liegt folgender Fall: A. hat durch ein Versehen sein Haus im März erst an B. und dann an C. verkauft; mit B. ist vereinbart, daß die Übergabe sofort, die Auflassung erst in 14 Tagen erfolgen solle, während mit C. die gegenteilige Abrede getroffen ist; demgemäß wird das Haus auch wirklich am 1. April dem B. übergeben, dem C. aufgelassen; am 5. April, nachdem C. bereits als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, wird das Haus durch Brand zerstört. Hier ist die Gefahr des Hauses sowohl auf B. wie auf C. übergegangen. Es scheint also, als ob alle beide den Kaufpreis zahlen müßten. Doch ist dem in Wirklichkeit nicht so (s. auch unten zu 3 b); denn B. und C. brauchen nur zu zahlen, wenn die Bodenfläche, auf der das Haus stand, jenem nachträglich übereignet, diesem nachträglich übergeben wird, und beides zugleich kann A. nicht bewerkstelligen, sondern höchstens — nämlich wenn B. die Bodenfläche dem A. zurückübergibt oder C. sie ihm zurückkauft

2) Örtmann Anm. 6 zu § 455. Abw. Rechtspr. d. LZG. 8 S. 445.

3) Vgl. aber Örtmann Anm. 1c zu § 446.

eins von beiden; im günstigsten Fall erhält also A. den Kaufpreis nur von B. oder nur von C.⁴

3. Der Satz, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges der Kaufsache in dem zu 2 genannten Zeitpunkt vom Verkäufer auf den Käufer übergeht, bedarf nach zwei Richtungen hin noch einer genaueren Bestimmung.

a) Erster Fall: der Untergang der Kaufsache ist vor dem Gefahrübergange erfolgt. Hier bedeutet jener Satz weiter nichts, als daß der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis verliert, weil er infolge des Unterganges der Sache zur vollständigen Erfüllung seiner Verkäuferpflichten außerstande und demnach allgemeinen Regeln zufolge auch der Käufer von seinen Käuferpflichten befreit ist. Dagegen besagt der Satz nicht auch, daß der Verkäufer dem Käufer für die untergegangene Sache irgendeinen Ersatz leisten müßte. Vielmehr verbleibt es in dieser Beziehung bei der Vorschrift, daß der Verkäufer eine zufällig verursachte Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Pflichten nicht zu vertreten braucht.

Beispiel. A. hat dem B. eine Sache für 1000, B. hat sie sofort weiter an C. für 1200 Mk. verkauft; B. teilt letzteres dem A. mit und bittet ihn, die Sache unmittelbar an C. zu senden; noch vor der Absendung verbrennt die Sache. Hier braucht B. an A. die 1000, C. an B. die 1200 Mk. nicht zu zahlen; B. kann aber nicht etwa beanspruchen, daß A. den ihm hierdurch entgehenden Gewinn von 200 Mk. ersetzt.

Den der Regel zu a zu Grunde liegenden Gedanken drückt man auch durch die Formel aus, daß der Verkäufer, solange die Gefahr nicht auf den Käufer übergegangen, wohl das *periculum obligationis*, nicht aber auch das *periculum rei trage*.⁵

b) Zweiter Fall: der Untergang der Kaufsache ist nach dem Gefahrübergange erfolgt. Hier bedeutet jener Satz weiter nichts, als daß der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis behält, auch wenn er infolge des Unterganges der Sache zur vollständigen Erfüllung seiner Verkäuferpflichten außerstande ist und demnach allgemeinen Regeln zufolge auch der Käufer von seinen Käuferpflichten befreit sein würde. Dagegen besagt der Satz nicht auch, daß der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis sogar dann behält, wenn er zur vollständigen Erfüllung seiner Verkäuferpflichten nicht ausschließlich infolge des Unterganges der Sache, sondern auch infolge anderer davon unabhängiger Umstände außerstande ist. Vielmehr verbleibt es in dieser Beziehung bei der Vorschrift, daß der Verkäufer den Kaufpreis nur beanspruchen kann, wenn er seinen eignen Verkäuferpflichten voll nachkommen kann.

Beispiele. I. A. hat die Sachen x, y und z an B. verkauft; x gehört ihm; y gehört dem C. und ist dem A. von C. nur zur Verwahrung übergeben; A. nimmt aber in entschuldbarem Irrtum an, C. habe ihn zum Verkauf ermächtigt; z endlich gehört dem D., ist ihm aber vor einem Jahr gestohlen und von dem Diebe an den redlichen A. veräußert; nun sendet A. die drei Sachen dem B. auf dessen Verlangen zu; auf dem Transport verbrennen sie. Hier kann A. den Kaufpreis für x zweifellos fordern; denn wäre die Sache nicht verbrannt, so würde er sie dem B. übergeben und ihm auch das Eigentum daran verschafft

4) Abw. Endemann 1 S. 956; Blanck-Greif Ann. 2b, 3 zu § 416; Martinius, Arch. f. W. 17 S. 72.

5) Siehe Crome 2 S. 414².

haben; er ist also an der Erfüllung seiner Verkäuferpflichten (434 I) nur durch den Untergang der Sache verhindert. Ebenso kann er den Kaufpreis für y verlangen; denn hier ist die Rechtslage die nämliche (932).⁶ Dagegen hat er den Kaufpreis für z nicht verdient; denn das Eigentum an z hätte B. selbst dann nicht erlangt, wenn die Sache heil bei ihm angekommen wäre (935). II. Siehe oben S. 489⁴.

4. Der Satz, daß die Gefahr des Unterganges der Kaufsache in dem zu 2 genannten Zeitpunkt vom Verkäufer auf den Käufer übergeht, gilt auch beim Gattungskauf (Genuskauf), d. h. beim Kauf von Sachen, die beim Kaufabschluß nur der Gattung nach bestimmt worden sind. Doch ist dabei vorausgesetzt, entweder, daß die Verpflichtung des Käufers sich nachträglich auf eine einzelne zur vertragsmäßig bedungenen Gattung gehörige Sache konzentriert hatte und gerade diese Sache untergegangen ist oder aber daß der Untergang die Gattung als Ganzes betroffen hat; denn nur in diesen beiden Fällen kann man beim Gattungskauf wirklich von einem Untergange der verkauften Sache sprechen. Demgemäß ist folgendermaßen zu unterscheiden:

a) Die Vorschriften zu 2 sind regelmäßig unverändert anwendbar, wenn es sich um den Gefahrübergang durch Übergabe, Eintragung im Grundbuch oder Absendung handelt; denn in allen diesen Fällen hat sich regelmäßig in dem für den Gefahrübergang maßgebenden Zeitpunkt die Verpflichtung des Verkäufers von selbst auf eine einzelne zur Gattung gehörige Sache konzentriert. Das nämliche wird auch beim Gefahrübergange durch Befreiung des Verkäufers von der Übergabepflicht gelten.

b) Anders steht es beim Gefahrübergange wegen Annahmeverzuges des Käufers. Denn dieser Annahmeverzug wird sehr oft eintreten, ohne daß sich die Lieferungsspflicht des Verkäufers auf eine bestimmte Einzelsache konzentriert hat; er genügt also für sich allein nicht, um die Gefahr des Unterganges einer nur der Gattung nach bestimmten Sache auf den Käufer zu übertragen.

Beispiele. A. hat bei B. ein Buch, von dem dieser 10 Exemplare vorrätig hat, telefonisch bestellt, und B. hat die Bestellung sofort angenommen. I. Erster Fall: A. hatte gebeten, ihm der Eile wegen das Buch sofort durch einen Boten zuzuschicken; auf dem Transport wird das Buch zufällig zerstört. Hier trägt A. die Gefahr; denn durch die Übergabe des Buchs an den Boten ist die Schuld des Verkäufers auf das eine dem Boten ausgehändigte Exemplar, also eine Speziessache, konzentriert und zugleich die Gefahr dieses Exemplars auf A. übertragen. II. Zweiter Fall: A. hatte versprochen, das Buch persönlich bei B. abzuholen, hat aber die Abholung trotz Mahnung unterlassen und ist dadurch in Annahmeverzug geraten. Hier trägt A. die Gefahr nur, wenn B. ein bestimmtes Exemplar des Buchs erkennbar für A. aussondert und gerade dies Exemplar zufällig zerstört wird. Dagegen verbleibt die Gefahr bei B., wenn er eine solche Aussonderung unterläßt und nun alle 10 in seinem Besitz befindlichen Exemplare durch einen Zufall untergehen; nur wenn außer den 10 verbrannten überhaupt keine andern Exemplare des Buchs vorhanden sind, trägt A. die Gefahr des Brandes auch in diesem Fall.

Sehr häufig ist es dem Verkäufer nach der Verkehrssitte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben gestattet, nicht bloß ein einziges Exemplar aus der vertragsmäßig bestimmten Gattung, sondern eine Mehrheit von Exemplaren auszusondern, unter denen dann

6) Endemann 1 § 159 a²⁹. Abw. Crome 2 S. 439⁹.

später die engere Wahl, — sei es durch den Verkäufer, sei es durch den Käufer — stattfinden soll. Alsdann wird, wie bereits oben S. 365 g angedeutet, die Gattungsschuld des Verkäufers in eine alternative Speziesschuld verwandelt und demgemäß der Gefahrübergang zum Nachteil des Käufers verschoben. Im Gesetz ist das freilich nicht bestimmt, aber doch wohl selbstverständlich. — Beispiel: A. und B. bestellen getrennt voneinander bei C. je 50 Flaschen Moselwein derselben Sorte auf denselben Tag; da sie nahe beieinander wohnen, schickt C. die 100 Flaschen in einem Wagen ab, ohne die für A. bestimmten Flaschen von den für B. bestimmten abzusondern; auf dem Transport werden die 100 Flaschen zufällig zerstört. Hier ist die Gefahr der Sendung mit der Absendung auf A. und B. übergegangen.⁷

5. a) War der Kauf unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, so wird der Übergang der Gefahr auf den Käufer bis zum Eintritt der Bedingung hinausgeschoben. Wird also die Kaufsache durch einen Zufall zerstört, noch ehe die Bedingung eingetreten ist, so ist der Käufer von der Bezahlung des Kaufpreises selbst dann befreit, wenn die Sache ihm bereits übergeben oder bereits an ihn abgesendet war, ehe jener Zufall sich ereignete.⁸

b) Dagegen schließt eine auflösende Bedingung während ihres Schwebens den Gefahrübergang nicht aus.⁹

Beispiel. I. Der Ruderklub in M. bestellt bei N. in O. ein schwimmendes Bootshaus unter der Bedingung, daß die Strompolizei die Anlegung des Hauses am Werft in M. gestattet; vertragsgemäß soll die Lieferung des Hauses erfolgen, sobald das Haus fertiggestellt und jene polizeiliche Erlaubnis erteilt ist; doch liefert N., der gerade einen Schlepper zur Verfügung hat, das Haus schon am 1. Juni, noch ehe die polizeiliche Erlaubnis erteilt ist, in M. ab, da er sicher darauf rechnet, daß sie nicht verweigert werden wird; der Klub läßt sich diese vorzeitige Lieferung auch vorbehaltlos gefallen, nimmt aber aus Respekt vor der Polizei das Haus zunächst nur in Besitz, nicht aber in Benutzung; am 5. Juni wird die polizeiliche Erlaubnis erteilt; einen Tag vorher ist das Haus durch Blitzschlag zerstört. Hier trägt N. die Gefahr des Hauses. II. Derselbe Fall; nur hat der Klub das Haus sofort nach der Ablieferung im Einverständnis mit N. in Benutzung genommen. Hier ist die Gefahr des Hauses auf den Klub übergegangen. Denn es ist anzunehmen, daß die Parteien durch die vorzeitige Lieferung und Abnahme des Hauses die aufschiebende Bedingung der polizeilichen Genehmigung in die auflösende Bedingung der Nichtgenehmigung verwandelt haben.

6. Mitunter werden die vorstehenden Regeln durch Vereinbarung der Parteien abgeändert, etwa in der Art, daß die Gefahr der Kaufsache sofort mit dem Kaufabschluß auf den Käufer übergehen solle.

II. Dem Fall, daß die Kaufsache nach dem Kaufabschluß untergeht, ist der Fall gleichzustellen, daß die Sache nach dem Abschluß des Kaufs gestohlen, unterschlagen oder mit Rechten Dritter belastet wird. Ebenso steht ihm der Fall, wenn auch nicht gleich, so doch nahe, daß die Sache nach dem Abschluß des Kaufs beschädigt wird; von den besondern Rechten, die der Käufer in diesem Fall hat, wird aber erst später (s. unten S. 514, 515 e) zu handeln sein.

Beispiel. Wird die Kaufsache dem Käufer auf dessen Verlangen nach einem andern Ort als dem Erfüllungsort zugesandt, so trägt der Verkäufer nicht bloß die Gefahr, daß die Sache während des Transports abbrennt, sondern auch die Gefahr, daß sie unterwegs ent-

7) Örtmann Ann. 5 b zu § 243. Abw. R. 22 Nr. 64, 23 Nr. 51; Goldmann 1 S. 482¹². 8) Crome 2 S. 420³⁷.

9) Örtmann Ann. 6 b β zu § 446. Vgl. Crome 2 S. 420³⁹.

wendet, daß sie von dem Transporteur einem gutgläubigen Dritten verpfändet, daß sie beschmugt wird.

Ob ein Unfall, der die Kaufsache trifft, als Untergang oder als bloße Beschädigung der Kaufsache aufzufassen ist, wird nicht immer leicht zu entscheiden sein. Wird z. B. durch den Brand eines Hauses das Hausgrundstück (bestehend aus Haus und Bodenfläche) beschädigt oder ist es teilweise untergegangen? Wie steht es, wenn ein Pferd stirbt oder wenn es ein Bein bricht, so daß es totgeschossen werden muß?

b) Die einzelnen Verpflichtungen des Verkäufers.

a) Übergabe der Kaufsache.

§ 123.

I. 1. a) Die erste Verpflichtung des Verkäufers ist, daß er die Kaufsache dem Käufer zu übergeben hat (433 I). Die Übergabe besteht in der Übertragung des unmittelbaren Besitzes der Sache auf den Käufer oder dessen Vertreter. Inwiefern mit der Kaufsache auch deren Zubehör übergeben werden muß, ist bereits früher erörtert (s. oben S. 375).

Was zur Übergabe gehört, ist erst in der Lehre vom Besitz genauer zu erörtern. Ganz einfach ist die Frage nicht; vielmehr ist es in der Praxis überaus häufig sehr zweifelhaft, ob eine Übergabe erfolgt ist oder nicht: siehe z. B. den Fall I oben S. 487. Sehr beachtenswert ist auch in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 52 S. 277: will man die Rechtsprechung des Reichsgerichts kritisch würdigen, so darf man dies geradezu unbegreifliche Urteil nicht unberücksichtigt lassen.

b) Die Übergabepflicht fällt fort, wenn die Sache vor oder nach Abschluß des Kaufvertrages bereits in den Besitz des Käufers oder seines Vertreters gelangt ist.

Beispiel. A. entschließt sich dazu, das Landhaus des B., das er seit Jahren als Mieter allein bewohnt, dem B. abzukaufen. Hier bedarf es einer Übergabe des Hauses von B. an A. nicht.

2. Die Kosten der Übergabe treffen den Verkäufer; hierher gehören namentlich, wenn die Kaufsache nach Maß oder Gewicht verkauft ist, die Kosten des Messens und Wägens (448 I).

3. Zeit und Ort der Übergabe bestimmen sich nach allgemeinen Regeln. Demnach ist die Übergabe sofort nach dem Abschluß des Kaufvertrages an dem Ort vorzunehmen, wo der Verkäufer zur Zeit des Vertragsschlusses seinen Wohn- oder Geschäftssitz hatte (271, 269 I, II).

Beispiel. A. hat einen sehr zerbrechlichen Kronleuchter, der in seiner Wohnung hängt, gelegentlich eines Umzuges an seinen Freund B. verkauft. Hier liegt es dem A. ob, den Kronleuchter von der Decke abzulösen: denn das gehört zur Übergabe. Dagegen ist die Verpackung und der Transport des Kronleuchters Sache des B.: A. braucht sich mit dieser riskanten Angelegenheit selbst dann nicht zu befassen, wenn B. sich erbietet, alle Kosten zu tragen.

II. Ist es streitig, ob der Verkäufer seiner Übergabepflicht genügt hat, so trifft nach allgemeiner Regel die Beweislast den Verkäufer (s. oben S. 416 V).

III. Gerät der Verkäufer mit der Erfüllung seiner Übergabepflicht in Verzug, so kommen die bei gegenseitigen Verträgen für den Fall des Erfüllungsverzuges geltenden allgemeinen Regeln (s. oben S. 426, 429 b) zur Anwendung. Da diese Regeln gerade beim Kauf besonders wichtig sind, ist hier nochmals genauer auf sie einzugehen.

1. Als Übergabeverzug gilt es nicht bloß, wenn der Verkäufer die Übergabe der Kaufsache zur bestimmten Zeit ganz versäumt, sondern auch, wenn er zwar die Übergabe rechtzeitig anbietet, die von ihm angebotene Sache aber von vertragswidriger Beschaffenheit ist und der Käufer deshalb die Annahme der Sache verweigert.

2. a) Liegt der Fall des Übergabeverzuges vor, so hat der Käufer, wie selbstverständlich, zunächst das Recht, auf der nachträglichen Lieferung der Kaufsache zu bestehen; daß er sich dies Recht durch eine Erklärung gegenüber dem Verkäufer besonders wahren müßte, ist (abgesehen von einer dem Handelsrecht angehörigen Ausnahme [HGB. 376 I]) nicht vorgeschrieben. Außerdem hat er aber auch das Recht, wegen der Verspätung die nachträgliche Lieferung der Kaufsache abzulehnen (326 I).

b) In einigen Fällen hat der Käufer zwischen dem Recht, die nachträgliche Lieferung der Sache trotz der Verspätung zu fordern und dem Recht, sie wegen der Verspätung zurückzuweisen, die freie Wahl, nämlich — wenn wir zunächst von den Fixgeschäften (unten S. 506 III) absehen — erstens, wenn die Nachlieferung wegen ihrer Verspätung¹ gar kein Interesse für ihn haben würde, zweitens, wenn der Verkäufer vor oder nach Beginn des Verzuges die Nachlieferung endgültig abgelehnt hat,² drittens, wenn der Verkäufer außerstande ist, selbst innerhalb einer ihm vom Käufer etwa bewilligten Nachfrist die Nachlieferung vertragsmäßig zu bewirken. Die Folge ist, daß der Verkäufer in diesen drei Fällen übel daran ist, weil er nicht weiß, ob der Käufer ihn zur Nachlieferung der Kaufsache zwingen oder umgekehrt die Annahme der Nachlieferung ablehnen wird. Doch erlischt das Wahlrecht des Käufers und damit auch die Unsicherheit der Lage des Verkäufers, sobald der Käufer ihm gegenüber erklärt hat, die Annahme der Kaufsache der Verspätung wegen abzulehnen; denn alsdann ist er an diese seine Entscheidung gebunden und kann die Nachlieferung der Kaufsache nicht mehr fordern (s. 326 II, I Satz 2). Das nämliche wird gelten, wenn der Verkäufer dem Käufer eine angemessene Frist zur Ausübung seines Wahlrechts gesetzt und der Käufer innerhalb der Frist eine Erklärung nicht abgegeben hat.

Beispiele. I. 1. A. will am Mittwoch einen Maskenball besuchen und kauft deshalb Montag früh von B. einen Maskenanzug lieferbar Montag abend; B. bietet aber die Lieferung erst am Donnerstag an, und A. weist sie als verspätet zurück, da es unsicher ist, ob er noch an einem späteren Maskenball teilnehmen wird. Hier ist A. im Recht;

1) RG. 70 S. 131.

2) RG. 52 S. 151, 53 S. 12, 57 S. 113, 66 S. 421, 67 S. 314. Abw. Bland 2d zu § 326.

denn es hat keinen Sinn, wenn er wegen der bloßen Möglichkeit, daß er schließlich doch noch auf einen andern Maskenball geht, sich schon jetzt in den Besitz eines Maskenanzuges setzt; er hat also an der Lieferung des Anzuges insolge der Verspätung kein Interesse. Ob B. gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß A. den Anzug nur für Mittwoch haben wollte, ist gleichgültig (?). 2. Derselbe Fall wie zu 1; nur hat B. den Anzug zwar nicht Montag Abend, aber noch Dienstag Mittag angeboten; A. ist aber inzwischen erkrankt und kann deshalb nicht auf den Ball gehn. Hier ist A. im Unrecht. Freilich hat auch in diesem Fall die Nachlieferung kein Interesse für ihn; der Grund ist aber seine Krankheit und nicht die Verspätung der Lieferung. 3. Derselbe Fall wie zu 2; nur ist A. gesund geblieben und will auch den Maskenball besuchen; er hat sich aber, weil B. am Montag Abend nicht geliefert hat, schon am Dienstag früh bei C. einen andern Anzug gekauft. Hier ist A. gleichfalls im Unrecht. Freilich ist auch jetzt die Nachlieferung für ihn ohne Interesse; der Grund ist aber nicht allein die Verspätung der Lieferung, sondern außerdem die Voreiligkeit A.s, sich sofort, ohne erst bei B. nochmals Nachfrage zu halten, einen andern Anzug anzuschaffen.

II. D. hat an E. Ware, lieferbar am 1. Mai, verkauft, die er sich erst mit großen Unkosten aus dem Auslande kommen lassen muß; durch irgendein Mißverständnis hält er das Geschäft für ungültig und weigert sich, als E. ihn am 1. Mai mahnt, die Ware zu liefern. Hier muß er diese Übereilung damit büßen, daß E. nach Belieben die Nachlieferung fordern oder ablehnen kann; D. weiß also nicht, ob er die Bestellung der Ware im Auslande so rasch wie möglich nachholen soll oder ob er die Bestellung vergeblich machen würde. Er wird demnach gut tun, wenn er den D. auffordert, sich binnen 24 Stunden zu erklären, ob er auf der Nachlieferung besteht oder nicht.

Die Regel, daß der Käufer im Fall des Lieferungsverzuges des Verkäufers eine nachträgliche Lieferung sofort zurückweisen kann, falls der Verkäufer die Nachlieferung vorher endgültig verweigert hatte, ist übrigens keineswegs zweifellos. Für sie spricht eigentlich nur die ständige Praxis des Reichsgerichts, die so beharrlich durchgeführt wird, daß ihr wohl der Charakter eines Gewohnheitsrechts zuzusprechen ist. Hiervon abgesehen würde sich die Regel nur billigen lassen, wenn nicht bloß der Verkäufer die Lieferung verweigert, sondern außerdem der Käufer unverzüglich erklärt hat, daß er sich bei der Weigerung beruhige und auf eine Nachlieferung verzichte.

c) Dagegen kann der Käufer im übrigen das Recht, die nachträgliche Lieferung wegen Verspätung zurückzuweisen, erst ausüben, wenn er zuvor dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur Lieferung bestimmt hat (326 I Satz 1, 2).

α) Die Bestimmung der Nachfrist kann erfolgen, wann es dem Käufer beliebt. Es ist also einerseits statthaft, daß er die Nachfrist schon bestimmt, noch ehe der Verkäufer in Verzug geraten ist³; andrerseits steht aber auch nichts im Wege, wenn er sich erst dazu entschließt, nachdem der Verzug des Verkäufers bereits jahrelang andauert hat.⁴

Beispiel. A. hat sich am 1. Juni bei B. ein Buch lieferbar binnen 14 Tagen bestellt; nun hört er, daß B. solche Bestellungen oft nachlässig ausführt, und schreibt ihm deshalb schon am 3. Juni: „ich bemerke Ihnen, daß ich das Buch dringend brauche und seine Lieferung nach dem 20. Juni unter keinen Umständen annehmen werde.“ Hier liegt zweifellos eine gültige Nachfristbestimmung vor.

Auffälligerweise wird vielfach behauptet, die Bestimmung der Nachfrist könne gültig erst geschehen, wenn der Verkäufer bereits in Verzug sei. Ja Örtmann⁵ geht sogar soweit, zu behaupten, daß in allen Fällen, in denen der Verkäufer erst durch eine Mahnung des Käufers in Verzug gerät, die Fristsetzung nicht einmal mit der Mahnung verbunden werden dürfe, sondern ihr nachfolgen müsse. Welchem Interesse soll aber diese Lehre dienen? Ist

3) Siehe RG. 52 S. 152.

4) Siehe RG. 52 S. 316.

5) Örtmann Anm. 2a zu § 326.

eß etwa ein Nachteil für den Verkäufer, wenn er die Fristsetzung des Käufers schon vor Beginn seines Verzuges erfährt?

β) Die Bestimmung der Nachfrist muß aus eigenem Antriebe des Käufers geschehen: daß der Verkäufer die Nachfrist erst besonders erbitten müßte, ist nicht vorgeschrieben.

γ) Die Bestimmung der Nachfrist muß mit der Erklärung erfolgen, daß der Käufer nach Ablauf der Frist die Annahme der Nachlieferung ablehne. Dadurch unterscheidet sie sich aufs schärfste von einer gewöhnlichen Mahnung zur Nachlieferung.

Beispiel. Das Haus, das A. von B. gekauft hat, soll vertragsmäßig am 1. Mai übergeben werden. Hier genügt, wenn B. in Verzug gerät, eine Nachfristbestimmung, die lautet: „nach dem 15. Mai nehme ich das Haus nicht mehr“, „wenn Sie mir das Haus bis zum 15. Mai nicht übergeben, können Sie es behalten“, „am 16. Mai kaufe ich mir ein andres Haus“. Dagegen wäre die Nachfristbestimmung ungültig, wenn ihr Wortlaut wäre: „ich setze Ihnen jetzt eine allerletzte Frist bis zum 15. Mai“, „ich setze Ihnen eine Nachfrist bis zum 15. Mai; nach dem Ablauf werde ich mich nach einem andern Hause umsehen“.

δ) Die Bestimmung der Nachfrist muß eine „angemessene“ sein. Eine unangemessene Fristbestimmung ist also unwirksam und steht einer gänzlichen Fristverweigerung gleich. Doch gilt eine Fristbestimmung nur dann als unangemessen, wenn sie allzu kurz ausgefallen ist, während es bei der Bewilligung einer unangemessen langen Frist einfach sein Bewenden behält.

Beispiel. A. soll ein dem B. am 1. Mai verkauftes Haus am 15. Mai übergeben, versäumt aber den Übergabetermin; nun setzt B. ihm eine Nachfrist bis zum 20. Mai; A. bietet aber die Übergabe erst am 1. Oktober an; B. weist sie als verspätet zurück; als es wegen des Streits hierüber zum Prozeß kommt, entscheidet das Gericht, B. habe die Nachfrist um einen Tag zu kurz bestimmt. Hier ist B. im Unrecht; denn er ist so zu behandeln, als habe er eine Nachfrist überhaupt nicht bestimmt, und muß demnach das Haus noch am 1. Oktober annehmen.⁶

Es liegt sehr nahe, die eben gegebene Entscheidung für sinnlos zu erklären; wie soll es sich rechtfertigen lassen, daß B., weil er die Nachfrist um einen einzigen Tag zu kurz bestimmt hat, die Kaufsache nicht nur noch am ersten Tage nach Ablauf dieser Frist, sondern sogar noch volle drei Monate später annehmen muß? Allein das Gesetz hat es nun einmal so angeordnet, was insbesondre dann deutlich wird, wenn man die etwas unbestimmte Fassung der hier maßgebenden Gesetzesstelle (326: „wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt“) mit der bestimmtern Fassung einer andern verwandten Vorschrift (354: „wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablauf der Frist erfolgt“) vergleicht. Auch ist die Anordnung des Gesetzgebers wohl nicht ganz so sinnlos wie sie scheint. Vielmehr kann der Käufer der ihm vom Gesetz gestellten Falle enttrinnen, wenn er entweder die Frist vorsichtshalber so lang bestimmt, daß selbst ein sehr langmütiger Richter sie für lang genug befinden muß, oder wenn er sich bei seiner Fristbestimmung absichtlich undeutlich ausdrückt, also etwa mit den eignen Worten des Gesetzes dem Verkäufer „eine angemessene Frist“ bestimmt, ohne hinzuzufügen, wieviel Stunden, Tage oder Wochen diese Frist dauern soll. Doch ist auf das letzte Auskunftsmittel kein sicherer Verlaß, weil vielfach behauptet wird, der Käufer müsse sich über die Dauer der Frist bestimmt äußern.⁷

6) Pandf Anm. 2b zu § 250; Endemann 1 S. 708⁴². Abw. unsre 4. Aufl. 1 S. 422^β; RG. 56 S. 234, 62 S. 68, 68 S. 333; Romeid, z. Technik des BGB. 1 S. 44, 49.

7) So unsre 4. Aufl. 1 S. 422^δ; Wendt, Arch. f. ziv. Pr. 92 S. 194. Wie oben Pandf Anm. 2a zu § 250; Romeid a. a. O. S. 40, 49.

ε) Die Bestimmung der Nachfrist bedeutet einerseits, daß der Verkäufer bis zum Ablauf der Frist zur Nachlieferung der Kaufsache berechtigt und verpflichtet bleibt, andererseits, daß, wenn der Verkäufer die Nachlieferung nicht bis zum Ablauf der Frist bewirkt hat, sowohl sein Recht wie auch seine Pflicht zur Nachlieferung nunmehr erlischt (326 I Satz 2).

Beispiel. A. hat von B. ein Haus gekauft und ihm, als er am 1. Mai mit der Übergabe in Verzug geriet, sofort erklärt, daß er die Übergabe nach dem 10. Mai nicht mehr annehmen werde; B. hat gegen diese Fristsetzung am 2. Mai Widerspruch erhoben, weil eine neuntägige Nachfrist zu kurz sei, und hat die Übergabe auch tatsächlich bis zum Ablauf der Frist nicht bewirkt; darauf hat A. gegen B. am 11. Mai Klage auf Übergabe des Hauses erhoben; B. beantragt Abweisung der Klage, weil A. am 10. Mai das Recht verloren habe, die Übergabe zu fordern; A. erwidert, daß er inzwischen selber eingesehen habe, seine Fristsetzung sei allzu kurz und deshalb ungültig gewesen, könne also sein Recht auf Nachholung der Übergabe nicht beieitigt haben. Hier ist A. im Recht, wenn seine Fristsetzung wirklich zu kurz gewesen ist; ist sie dagegen „angemessen“ gewesen, so ist er im Unrecht.

Der nachträglichen Übergabe innerhalb der Nachfrist ist anscheinend ein vergebliches Angebot der Übergabe innerhalb der Frist gleichzustellen: dies Angebot hätte also die Wirkung, daß einerseits der Verkäufer das Recht behält, die Übergabe auch nach Ablauf der Frist anzubieten, andererseits der Käufer berechtigt bleibt, die Übergabe auch nach Ablauf der Frist zu fordern. Ob das Angebot vergeblich blieb, weil der Käufer es nicht annehmen konnte oder weil er die Annahme zu Unrecht ablehnte, scheint keinen Unterschied zu machen.

ζ) Die Bestimmung der Nachfrist kann, wenn sie dem Verkäufer einmal zugegangen, vom Käufer nicht mehr widerrufen oder abgeändert werden.

Beispiel. In dem zu ε genannten Fall kann A., wenn das gekaufte Haus einen hohen Affektionswert für ihn hat und er deshalb die von ihm vorgenommene Fristsetzung bereut, seine Rechtslage nicht dadurch bessern, daß er am 9. Mai, also noch vor Ablauf der Frist, die Fristsetzung widerruft oder die Frist um ein Jahr verlängert,⁸ sondern er kann einseitig nichts an ihr ändern: war sie zu kurz, so bleibt sie ungültig; war sie angemessen, so bleibt sie gültig.

Mit der Regel zu ζ wird aber natürlich nur eine einseitige, nicht auch eine vertragsmäßige Änderung der Fristsetzung für unzulässig erklärt. Demnach würde ich es in dem eben besprochenen Fall für zulässig erachten, wenn A. seine Fristsetzung unverzüglich, nachdem B. gegen sie protestiert hat, widerrufen und damit B.s Protest angenommen hätte (s. 146 ff.).

3. a) Besteht der Käufer auf der Nachlieferung der Kaufsache durch den säumigen Verkäufer, so wird der Kaufvertrag in vollem Umfang aufrechterhalten, und es bleiben demgemäß auch die eignen Verpflichtungen des Käufers aus dem Vertrage, insbesondere seine Kaufpreisschuld, in Kraft. Nur in einer Beziehung tritt eine Änderung ein: der Verkäufer ist außer zur Nachlieferung der Kaufsache auch zur Erstattung des Schadens verpflichtet, der dem Käufer durch die Verspätung der Lieferung erwächst (286 I).

b) Ganz anders ist die Rechtslage, wenn der Käufer die Annahme der nachträglichen Lieferung der Kaufsache wegen der Verspätung rechtmäßig verweigert: hier kann der Käufer nach freier Wahl entweder von dem Kaufvertrage ganz zurücktreten oder den Kaufvertrag dadurch aufrechterhalten, daß er auf Grund des Vertrages statt der Nachlieferung der Kaufsache Schadensersatz wegen Nichtlieferung dieser Sache fordert (326 I).

8) Abw. Örtmann Anm. 2e zu § 326.

α) Erklärt der Käufer den Rücktritt vom Vertrage, so ist er von seinen eigenen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage frei und kann insbesondre nicht bloß die Bezahlung des noch ausstehenden Kaufpreises verweigern, sondern sogar die Zurückerstattung des bereits bezahlten Kaufpreises fordern, es sei denn, daß er ihn erst nach Erklärung des Rücktritts in Kenntnis der Aufhebung des Vertrages bezahlt hat (326 I, 327, 346 ff., 814). Außerdem kann der Käufer als Schadensersatz die Erstattung des negativen Vertragsinteresses fordern (§. 286 I).

β) Verlangt der Käufer Schadensersatz wegen Nichtlieferung der Kaufsache, so kann er bei seinen Käuferverpflichtungen verbleiben, indem er den vom Verkäufer zu leistenden Schadensersatz als Surrogat der Lieferung der Kaufsache behandelt. Er kann sich aber nach Gutdünken auch auf den Standpunkt stellen, daß der vom Verkäufer zu leistende Schadensersatz der Erfüllung der vertragsmäßigen Verkäuferpflichten keineswegs gleichzusetzen ist und daß demnach der Kaufvertrag, auch wenn Schadensersatz wegen Nichtlieferung der Kaufsache geleistet wird, doch von seiten des Verkäufers nicht eigentlich erfüllt ist; hiernach kann er, fast ebenso wie im Fall des Rücktritts vom Vertrage, nicht bloß die Bezahlung des noch ausstehenden Kaufpreises verweigern,⁹ sondern auch die Rückerstattung des bereits gezahlten Kaufpreises fordern, es sei denn, daß er ihn erst, als er zur Annahme der Kaufsache nicht mehr verpflichtet war, in Kenntnis seiner Nichtschuld bezahlt hat (§. oben S. 406⁴). Als Schadensersatz gebührt ihm nicht das negative, sondern das volle positive Vertragsinteresse mit der Maßgabe, daß er sich, wenn er die Zahlung des Kaufpreises verweigert oder die Rückerstattung des bereits bezahlten Kaufpreises fordert, das dadurch Ersparte von der Schadensersatzsumme kürzen lassen muß.

Beispiele. I. A. hat von B., der sein Tuchgeschäft aufgegeben, dessen gesamtes Warenlager für 60 000 Mk. mit der Abrede gekauft, daß er den Kaufpreis in drei gleichen Jahresraten zu entrichten, bis zur Vollzahlung aber mit 5% zu verzinsen und durch Wertpapiere sicherzustellen hat; B. gerät mit der Übergabe in Verzug. 1. Erster Fall: A. besteht auf der nachträglichen Übergabe, die denn auch drei Monate nach dem vereinbarten Termin erfolgt; der durch die Verzögerung dem A. erwachsene Schaden beträgt 6000 Mk. Hier verbleibt es dabei, daß A. dem B. in drei Jahresraten je 20 000 Mk. zahlen und den jeweils ausstehenden Betrag des Kaufpreises, wie vereinbart, verzinsen und sicherstellen muß; doch kann A. gegen die erste Rate seinen Schadensersatzanspruch mit 6000 Mk. aufrechnen. 2. Zweiter Fall: A. tritt von dem Vertrage zurück; sein negatives Vertragsinteresse beträgt 2000 Mk. Hier ist die Kaufpreisschuld A.s erloschen, und der einzige Rest von Rechtswirkung des ganzen Kaufvertrages ist, daß B. dem A. 2000 Mk. zahlen muß. 3. Dritter Fall: A. verlangt von B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages; der zu erstattende Betrag macht 90 000 Mk. aus. Hier kann A. die sofortige Auszahlung der 90 000 Mk. fordern, muß dann aber seine eigne Kaufpreisschuld in drei Jahresraten abzahlen und bis zur Abzahlung verzinsen und sicherstellen wie vereinbart. Er kann aber auch seine Kaufpreisschuld als erloschen betrachten und muß alsdann die ganze Kaufpreissumme von 60 000 Mk. ohne Zinsen auf die ihm gebührende Schadensersatzsumme in Anrechnung bringen, kann also an Schadensersatz nur 30 000 Mk. beanspruchen. Hat er im

9) RG. 58 S. 174, 69 S. 383.

Augenblick viel bares Geld nötig, so wird er sich für das erstere, ist ihm die fünfprozentige Verzinsung der 60 000 Mk. lästig, wird er sich für das letztere entscheiden. II. Andre Beispiele siehe unten zu 5.

Übrigens sind die Regeln zu 3, insbesondere die zu β sehr bestritten. Siehe über die verwandte Streitfrage bei Unmöglichkeit der Erfüllung oben S. 406.

4. a) Ist ein Verkäufer, der eine im Rechtsinn teilbare Lieferung übernommen hat, nur mit einem Teil der Lieferung im Verzuge, so kann der Käufer alle ihm wegen des Verzuges zustehenden Rechte auf eben diesen Teil beschränken. Er kann aber, wenn er will, die Rechte auch in Ansehung der ganzen Lieferung geltend machen, und zwar in Ansehung der noch ausstehenden Teile schlechthin, da er ja eine Teilerfüllung nicht anzunehmen braucht (266), in Ansehung der bereits geleisteten Teile wenigstens dann, wenn er an der Lieferung dieser Teile gar kein Interesse hat (326 I Satz 3). Ob der Verkäufer die verschiedenen Teile der Lieferung auf einmal oder in verschiedenen aufeinanderfolgenden Terminen (Sukzessivlieferung) zu bewirken hat, macht keinen Unterschied.

b) Anders steht es, wenn der Verkäufer mit einem Teil einer Lieferung in Verzug gerät, die im Rechtsinn unteilbar ist: hier kann der Käufer die ihm wegen des Verzuges zustehenden Rechte nur in Ansehung der ganzen Lieferung geltend machen.

Beispiele. I. A. hat dem B. laut eines im März 1910 abgeschlossenen Kaufvertrages in den Monaten Mai bis Oktober 1910 je 20 Tonnen Walzeisen zu liefern; die Lieferung für Mai ist pünktlich bewirkt; mit der Lieferung für Juni ist A. in Verzug geraten. 1. Hier wird die Mailieferung durch diesen Verzug nicht berührt: B. muß sie also behalten und vertragsmäßig bezahlen; denn daß sie ohne die folgenden Lieferungen für B. gar kein Interesse hätte, läßt sich schwerlich annehmen. 2. Dagegen hat B. wegen der Junilieferung die bekannten drei Rechte. 3. Was endlich die letzten vier Lieferungen anlangt, so kann B. sich verschieden verhalten. a) Er kann, wenn er dem A. eine Nachfrist wegen der Junilieferung setzt, sofort erklären, daß er, falls A. diese Lieferung nicht binnen der Nachfrist bewirken sollte, auch die folgenden Lieferungen nicht annehmen werde; hat er dies getan, so kann er nach Ablauf der Nachfrist keine der noch ausstehenden fünf Lieferungen mehr fordern, sondern hat nur die Wahl, von dem ganzen Vertrage, soweit er nicht die Mailieferung betrifft, zurückzutreten oder wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages mit Ausnahme der Mailieferung Schadensersatz zu verlangen. b) Er kann aber auch, wenn er wegen der Junilieferung die Nachfrist setzt, sich auf die Erklärung beschränken, daß er nach Ablauf der Frist eben diese Junilieferung nicht mehr annehmen werde; hat er dies getan, so behält er das Recht, die vier spätern Lieferungen zu fordern und kann sich, wenn A. später auch mit ihnen in Verzug gerät, wegen jeder Lieferung von neuem selbständig entscheiden. c) Dagegen wäre es unzulässig, wenn B. bei der Bestimmung der Nachfrist wegen der Junilieferung erklärte, daß er, falls A. die Nachfrist versäumen sollte, die Juni- und die Julilieferung nicht mehr annehmen werde, dagegen auf den drei letzten Lieferungen bestehen bleibe. II. C. hat dem D. eine Maschine in der Art verkauft, daß er nur die einzelnen Maschinenteile zu liefern hat, die Zusammensetzung aber dem D. überlassen wird, und gerät mit der Lieferung einiger Teilstücke in Verzug. Hier kann D. alle seine Rechte nur wegen sämtlicher Maschinenteile einschließlich der bereits gelieferten einheitlich geltend machen.

Etwas milder gegen den Verkäufer ist das Reichsgericht: es will beim Sukzessivlieferungsvertrage dem Käufer das Recht, wegen eines Verzuges bei einer einzigen Ratenlieferung auch die folgenden Ratenlieferungen zurückzuweisen, nur unter der Voraussetzung geben, daß

nach den Umständen des Einzelfalls ein Verzug auch bei den folgenden Lieferungen zu be-
sorgen ist.¹⁰

5. a) Fordert der Käufer außer der Nachlieferung der Kaufsache Schadens-
ersatz wegen Verspätung der Lieferung (s. oben zu 3 a), so muß er dartun,
welcher Schaden ihm dadurch entstanden ist, daß er die Kaufsache nicht recht-
zeitig — d. h. nicht in dem Zeitpunkt, in dem der Verkäufer in Lieferungs-
verzug geriet —, sondern verspätet bekommt.

α) Am einfachsten führt der Käufer diesen Beweis, wenn er den Wert,
den die Kaufsache bei Beginn des Verzuges gehabt hat (m), mit dem Wert,
den sie zur Zeit der verspäteten Lieferung hatte (n), vergleicht: ist ersterer
Wert höher, so stellt der Unterschied (m — n) den Schaden des Käufers dar;
diese Schadensberechnung wird als die *abstrakte* bezeichnet, da sie dem Käufer
das Eingehen auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, also auf die besondern
Verlegenheiten, in die ihn der Verzug des Verkäufers versetzt hat, erspart.
Doch steht dem Verkäufer der Gegenbeweis frei, daß der Käufer die Kaufsache,
wäre sie rechtzeitig geliefert worden, bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie tat-
sächlich geliefert worden ist, behalten haben würde und also von dem Wert-
verlust auch bei rechtzeitiger Lieferung betroffen wäre: gelingt ihm dieser Be-
weis, so braucht er dem Käufer für den Wertverlust nicht einzustehn.

Beispiel. U. hat am 1. März von B. 100 Tonnen Roggen, zum Preise von 186 Mark
die Tonne, lieferbar am 1. Mai gekauft; B. liefert den Roggen aber erst am 1. Juni; am
1. Mai war der Marktpreis für Roggen auf 192 Mk. gestiegen, am 1. Juni wieder auf
187,5 Mk. gefallen. Hier muß B. dem U. den Preisunterschied von $192 - 187,5 = 4,5$ Mk.,
zusammen 450 Mk. erstatten, es sei denn, daß er beweist, U. würde den Roggen bei recht-
zeitiger Lieferung nicht vor dem 1. Juni verkauft haben.

Die Zulässigkeit der abstrakten Schadensrechnung ist im BGB. nicht ausdrücklich aner-
kannt, ergibt sich aber aus folgender (übrigens nicht völlig zweifelsfreier) Erwägung: hätte
der Verkäufer rechtzeitig geliefert, so wäre, wenn wir den bedungenen Kaufpreis mit p be-
zeichnen, das Vermögen des Käufers um $m - p$ vermehrt; tatsächlich ist aber infolge des
Verzuges des Verkäufers dem Vermögen des Käufers nur $n - p$ zugeflossen; der Käufer hat
also durch den Verzug wirklich einen Schaden von $(m - p) - (n - p) = m - n$ erlitten.
Und zwar bleibt diese Erwägung auch dann stichhaltig, wenn die Möglichkeit besteht, daß der
Käufer die Sache bei rechtzeitiger Lieferung bis zu dem Tage, an dem ihr Wert auf n sank,
behalten haben würde; denn auch, wenn man diese Möglichkeit zugibt, muß es dabei bleiben,
daß der Wertverlust $m - n$ den Käufer tatsächlich betroffen hat, weil ihm zu spät geliefert
ist, nicht aber, weil er die Sache zu lange behalten hat. Anders dagegen, wenn es nicht bloß
möglich, sondern gewiß ist, daß der Käufer die Sache bis zum Eintritt des Wertverlusts
behalten haben würde: hier fehlt es an einem zureichenden Grunde, den Verkäufer um seines
Verzuges willen für den Verlust haften zu lassen.

β) Außer in der eben geschilderten abstrakten kann der Käufer den ihm
obliegenden Beweis auch in konkreter Art führen. Hierher gehören namentlich
folgende drei Fälle.

αα) Der Käufer hat die Kaufsache im Vertrauen darauf, daß der Ver-
käufer sie ihm pünktlich liefern werde, an einen Dritten weiter verkauft, gerät

10) RG. 53 S. 166, 58 S. 420, 61 S. 129, 67 S. 7. Siehe auch Müller-Erzbach
D. JurZtg. 9 S. 1158; Örtmann Anm. 3a zu 326.

nun aber, da der Verkäufer ihn im Stich läßt, dem Dritten gegenüber in Verzug und muß diesem Schadensersatz leisten oder eine Vertragsstrafe zahlen: hier hat der Verkäufer ihm die als Schadensersatz oder als Strafe geleisteten Beträge zu erstatten.

Beispiel. Derselbe Fall wie zu α ; nur hat A. den Roggen am 1. April, lieferbar zum 15. Mai, für einen Sonnenpreis von 187 Mk. an C. weiter verkauft und ihm für jeden Tag, um den sich die Lieferung verzögern würde, eine Vertragsstrafe von 40 Mk. zugesagt; da B. den Roggen erst am 1. Juni an A. liefert, kann auch A. seine Lieferung an C. erst an diesem Tage bewirken, so daß er dem C. an Vertragsstrafe $40 \times 15 = 600$ Mk. zahlen muß; der Roggenpreis ist inzwischen ständig bis auf 190 gestiegen. Hier könnte A. von B. nach abstrakter Rechnung einen Schadensersatz nicht fordern; nach konkreter Rechnung beläuft sich aber der ihm zu erstattende Schaden auf 600 Mk.

Bei Anwendung der Regel zu $\alpha\alpha$ ist natürlich die Vorschrift vom BGB. 254 wohl zu beachten. Bei einer Strafe, die verhältnismäßig so gering ist wie in dem eben besprochenen Fall, ändert diese Vorschrift an der dort getroffenen Entscheidung nichts. Dagegen würde, wenn die von A. zu zahlende Strafe auf 1000 Mk. für jeden Tag der Verspätung festgesetzt wäre und A. demgemäß an C. 15000 Mk. zu zahlen hätte, ein Erstattungsanspruch des A. gegen B. in dieser Höhe höchstens dann begründet sein, wenn A. dem B. von der Strafvereinbarung rechtzeitig Anzeige gemacht hätte.

$\beta\beta$) Der Käufer hat die Kauffache, da er sie an dem bedungenen Lieferungsstermin notwendig brauchte, durch einen sogenannten Deckungskauf von einem Dritten gekauft und später, als der Verkäufer sie seinerseits nachlieferte, entweder die von dem Dritten oder die vom Verkäufer gelieferte Sache mit Verlust weiterverkauft: hier hat der Verkäufer diesen Verlust zu erstatten.¹¹

Beispiel. Derselbe Fall wie zu $\alpha\alpha$; nur hat A., um seinen Verpflichtungen gegen C. nachzukommen, am 15. Mai einen Deckungskauf abgeschlossen, nämlich von D. 100 Tonnen Roggen zu sofortiger Lieferung an C. gekauft; dagegen hat er den von B. am 1. Juni nachträglich gelieferten Roggen am 2. Juni an C. verkauft; den wechselnden Marktpreisen des Roggens entsprechend ist der Sonnenpreis bei dem Kauf von B. auf 186, bei dem Kauf von D. auf 192, bei dem Verkauf an C. auf 187, bei dem Verkauf an C. auf 190 festgesetzt; A. hat also dadurch, daß er zu dem Deckungskauf genötigt wurde, $192 - 190 = 2$ Mk. für die Tonne, zusammen 200 Mk. verloren. Hier muß B. dem A. diese 200 Mk. erstatten.

$\gamma\gamma$) Die Kauffache hat in der Zwischenzeit zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Verkäufer in Verzug geriet, und dem Zeitpunkt, in dem er die Sache nachlieferte, einen Wert (r) erreicht, der höher ist als der Wert in ersterem und in letzterem Zeitpunkt (m, n): hier hat der Verkäufer den Unterschied zwischen jenem Wert und dem Wert der Lieferzeit ($r - n$) zu erstatten, falls der Käufer es wahrscheinlich machen kann, daß er die Sache bei rechtzeitiger Lieferung gerade zu einem jenem Wert entsprechenden Preise (r) verkauft haben würde (s. 252).

Beispiel. Derselbe Fall wie zu α ; nur ist der Marktpreis des Roggens seit dem 1. Mai zunächst von 192 bis auf 194 Mk. gestiegen, seit dem 5. Mai aber bis auf 187,5 Mk. gefallen. Hier kann A., wie zu α gezeigt, die Erstattung von $192 - 187,5 = 4,5$ Mk. für die Tonne ohne weiteres fordern; kann er aber glaubhaft machen, daß er bei rechtzeitiger

11) Vgl. RG. 14 S. 112.

Lieferung den Roggen am 4. Mai zu 194 verkauft haben würde, so steigert sich sein Erfahsanspruch auf 6,5 Mk. für die Tonne.

Im einzelnen gelten für den Deckungskauf beim Schadenserfaß wegen Verspätung analoge Regeln wie beim Schadenserfaß wegen Nichterfüllung (s. unten zu c, β).

b) Fordert der Käufer unter Rücktritt vom Vertrage Erfaß seines negativen Vertragsinteresses (s. oben S. 497 α), so muß er dartun, welcher Schaden ihm dadurch entstanden ist, daß sein Vertrauen auf die Erfüllung des Vertrages sich als hinfällig erwies. Hierher gehört namentlich der Fall, daß er in Erwartung der Aufrechterhaltung des Kaufvertrages Aufwendungen gemacht hat, die sich nun, da der Kaufvertrag durch seinen Rücktritt aufgelöst wird, als nutzlos erweisen.

Beispiel. A. in M. hat von B. ein in N. gelegenes Haus gekauft und die Übergabe auf den 1. April vereinbart; er schickt demgemäß Ende März sein ganzes Mobiliar von M. nach N.; B. verzögert aber die Übergabe des Hauses derart, daß A. nach Abwartung einer dem B. bewilligten angemessenen Nachfrist von dem Vertrage zurücktritt und die Möbel wieder nach M. zurückschaffen läßt. Hier kann A. fordern, daß B. ihm die Kosten für den Hin- und Rücktransport der Möbel erstattet.

c) Fordert der Käufer unter Ablehnung der Nachlieferung der Kaufsache Schadenserfaß wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages, so muß er dartun, welcher Schaden ihm dadurch entstanden ist, daß ihm die Kaufsache gar nicht geliefert ist.

α) Am einfachsten führt der Verkäufer diesen Beweis, gerade wie wenn er Schadenserfaß wegen Verspätung der Lieferung verlangt, in abstrakter Art durch Vergleich zweier Werte der zu liefernde Sache.¹² Doch kommen hier andre Werte in Betracht als die, die der Berechnung des Schadens wegen Verspätung zugrunde gelegt werden, nämlich der beim Kaufabschluß in Gestalt des Kaufpreises vertragsmäßig festgesetzte Wert (p) und der Wert, den die Sache an dem Tage gehabt hat, an dem er das Recht auf die Nachlieferung verlor (s): ist letzterer Wert höher, so stellt der Unterschied (s—p) den Schaden des Käufers wegen Nichterfüllung dar.¹³

Beispiel. Derselbe Fall wie zu a α ; nur hat B. den Roggen auch am 1. Juni nicht geliefert; A. hat ihm deshalb eine Nachfrist bis zum 15. Juni mittags gesetzt und verlangt nun, da B. diese Frist versäumt hat, Schadenserfaß wegen Nichterfüllung. Hier muß, wenn der Marktpreis des Roggens am 15. Juni 189 betrug, B. dem A. $189 - 186 = 3$ Mk. für die Tonne ersetzen.

Die Zulässigkeit der abstrakten Schadensberechnung ist für den Schadenserfaß wegen Nichterfüllung nur vom Handelsrecht und auch von ihm bloß innerhalb sehr enger Grenzen ausdrücklich anerkannt (HGB. 376). Doch läßt sich ihre Zulassung auch für das bürgerliche Recht nicht beanstanden; die Gründe sind dieselben wie bei der abstrakten Schadensberechnung wegen Verspätung.

β) Außer in der eben geschilderten abstrakten kann der Käufer den ihm obliegenden Beweis auch hier in konkreter Art führen. Dabei kommen die

12) Siehe RG. 68 S. 164.

13) Düringer-Hachenburg, Kommentar z. HGB. 2 S. 162.

nämlichen drei Hauptfälle in Betracht wie bei der konkreten Berechnung des Schadenersatzes wegen verspäteter Lieferung. Einer besonderen Erörterung bedarf hier nur der Fall des Deckungskaufs.

αα) Der Deckungskauf geht „glatt“ vonstatten, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: die Kaufsache hat einen Markt- oder Börsenpreis; der Deckungskauf wird unverzüglich vorgenommen, nachdem der Käufer das Recht verloren hat, die Lieferung der Kaufsache auf Grund des Hauptverkaufs zu fordern, und ist auf unverzügliche Lieferung der Kaufsache gegen Zahlung des laufenden Markt- oder Börsenpreises gerichtet; abgesehen von der Person des Verkäufers, dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der Erfüllungszeit und dem Kaufpreise stimmen Haupt- und Deckungskauf vollkommen überein. Ist der Kaufpreis, den der Käufer auf Grund eines solchen glatten Deckungskaufs zu zahlen hat (t), zuzüglich der üblichen dem Käufer zur Last fallenden Kosten (u) größer als der im Hauptkauf bestimmte Preis (p), so stellt der Unterschied ($t + u - p$) den dem Käufer zu leistenden Schadenersatz wegen Nichterfüllung dar.

ββ) Ist eine der genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, so muß der Käufer den von ihm vorgenommenen Deckungskauf besonders rechtfertigen; er muß also nachweisen, daß der Deckungskauf geeignet war, den ihm durch den Verzug des Verkäufers drohenden Schaden so weit als möglich abzuwenden oder zu vermindern. Gelingt ihm dieser Nachweis, so muß der Verkäufer denselben Ersatz leisten wie bei einem glatt abgeschlossenen Deckungskauf.¹⁴

γγ) Einer besondern Form bedarf der Deckungskauf als solcher nicht. Daß er dem Verkäufer vorher angedroht oder nachträglich angezeigt wird, ist nur dann erforderlich, wenn der Käufer wissen mußte, daß der Verkäufer ein Interesse daran hatte, und eine dem Käufer schädliche Verzögerung des Deckungskaufs dadurch nicht herbeigeführt wurde.

δδ) Selbstverständlich ist, daß der Deckungskauf im eignen Namen und für eigne Rechnung des Käufers und nicht etwa im Namen und für Rechnung des Verkäufers abgeschlossen wird. Daraus folgt, daß, wenn es dem Käufer gelingt, den Deckungskauf zu einem geringeren als im Hauptkauf vereinbarten Preise abzuschließen, keine Rede davon sein kann, daß der Käufer den Preisunterschied an den Verkäufer herauszahlen müßte.

εε) Selbstverständlich ist ferner, daß die Vornahme eines Deckungskaufs bloß ein Recht, nicht eine Pflicht des Käufers ist. Nur wenn der Käufer wissen muß, daß er durch einen Deckungskauf ohne erhebliche Mühe und ohne großes Risiko den ihm durch den Verzug des Verkäufers erwachsenden Schaden mindern kann und den Abschluß trotzdem unterläßt, muß er sich eine entsprechende Kürzung seines in anderer Art berechneten Schadenersatzanspruches gefallen lassen (254).

14) RG. 52 S. 152.

Beispiele. I. Derselbe Fall wie zu c α; nur hat A. am 15. Juni den Roggen durch glatten Deckungskauf zum Preise von 189 Mt., dem Marktpreise des 15. Juni, bei E. eingekauft; die Kosten, die dem A. durch diesen Kauf üblicherweise erwachsen sind (Stempel, Maklergebühr, Porto u. dgl.), betragen 20 Pfennig für die Tonne. Hier muß B. dem A. den Unterschied von $189,20 - 186 = 3,20$ Mt., zusammen 320 Mt. erstatten. II. Dagegen müßte A. es besonders rechtfertigen, wenn er den Deckungskauf erst am 16. Juni zum Marktpreise dieses Tages vorgenommen, falls der Preis des 16. höher ist als der des 15. Die Rechtfertigung wird z. B. gelingen, wenn A. beweist, daß er am 15. nach 12 Uhr keine Zeit mehr hatte, einen Deckungskauf abzuschließen oder wenn am 15. die allgemeine Ansicht dahin ging, der Preis würde in den nächsten Tagen nicht weiter steigen. III. Ebenso bedürfte es der Rechtfertigung, wenn E., der ein Haus gekauft hat, sich dem säumigen Verkäufer D. gegenüber dadurch „deckt“, daß er sich von E. ein ähnliches aber teureres Haus kauft und Erstattung der Preisdifferenz von D. fordert; denn Häuser haben keinen Marktpreis. Die Rechtfertigung wird z. B. gelingen, wenn E. beweist, daß er ein Haus unbedingt gebrauchte und ein andres geeignetes Haus als das des E. nicht zu haben war. IV. Der Baumeister F. muß an den Bauherrn G. 3000 Mt. Schadensersatz zahlen, weil er den von ihm übernommenen Bau nicht rechtzeitig vollendet hat: die Ursache seiner Säumnis ist, daß das Baumaterial, das er von H. gekauft, von diesem auch innerhalb der ihm gesetzten Nachfrist nicht rechtzeitig geliefert ist; F. weigert nunmehr die Annahme des von H. nach Ablauf der Frist angebotenen Materials und verlangt, daß H. ihm als Schadensersatz wegen Nichtlieferung die 3000 Mt. erstattet, die er dem G. hat zahlen müssen; H. beweist aber, daß F. das Material sich im Wege des Deckungskaufs rechtzeitig hätte beschaffen können und zwar zu dem nämlichen Preise, der in dem Kauf zwischen F. und H. verabredet worden war. Hier ist F.'s Ersatzforderung unbegründet; denn hätte er sich rechtzeitig gedeckt, so hätte er einen Schaden nicht erlitten.

IV. Ebenso wie im Fall des Übergabeverzuges kommen die für gegenseitige Verträge geltenden allgemeinen Regeln auch in dem Fall dauernder Unmöglichkeit der Übergabe zur Anwendung, soweit nicht die besondern Vorschriften über den Gefahrübergang beim Kauf (oben S. 486 ff.) eine Abweichung bedingen. Auf diese Regeln braucht hier nicht nochmals eingegangen zu werden. Doch sei daran erinnert, daß, wenn die Unmöglichkeit erst nach Abschluß des Kaufs eintritt, der Verkäufer von jeder Schadensersatzpflicht frei ist, sobald er beweist, daß die Unmöglichkeit auf Umständen beruht, die er nicht zu vertreten braucht.

Beispiel s. oben S. 489 a.

Fortsetzung. Besondere Parteivereinbarungen.

§ 124.

I. Die Parteien vereinbaren häufig, daß die Übergabe der Kaufsache seitens des Verkäufers an den Käufer durch einen Überweisungsakt anderer Art ersetzt wird.

Beispiele. I. A. verkauft sein Haus, das er allein bewohnt, an B., mietet es aber von ihm sofort zurück. Hier wird die Übergabe im Zweifel dadurch ersetzt, daß der Mietvertrag von den Parteien in Kraft gesetzt wird. II. C. verkauft sein Haus, das sich im alleinigen Mietbesitz des D. befindet, an E. Hier wird, wenn der Mietvertrag des D. auch nach dem Kauf in Kraft bleiben soll, die Übergabe im Zweifel dadurch ersetzt, daß E. dem D. unter Zustimmung des E. mitteilt, er habe fortan den E. als Vermieter anzusehen. III. F. verkauft die reifen Trauben seines Weinberges auf dem Stock an G. Hier wird die

Übergabe im Zweifel dadurch ersetzt, daß F. den G. ermächtigt, die Weinlese selbst zu halten und G. diese Ermächtigung annimmt. IV. S. hat seinen Ring an J. verkauft; vor der Übergabe wird der Ring gestohlen und bei dem Diebe polizeilich beschlagnahmt; S. tritt nunmehr seinen Herausgabeanspruch gegen Dieb und Polizei an J. ab. Hier wird die Übergabe im Zweifel zwar nicht schon durch diese Abtretung, wohl aber dadurch ersetzt, daß J. auf Grund der Abtretung den Besitz des Ringes erlangt. V. R. hat sein Pferd an L. verkauft und soll es ihm am 1. Mai übergeben; am 30. April bittet er aber den L., das Pferd ihm bis zum 8. Mai leihweise zu belassen. Hier wird, obschon der Fall dem zu I genannten sehr ähnlich ist, darin, daß die Parteien den Leihvertrag in Kraft setzen, ein Ersatz der Übergabe im Zweifel nicht zu finden sein. Wenn also R. das Pferd dem L. am 8. Mai versprochenemmaßen übergibt, erfüllt er damit nicht bloß seine Übergabepflicht als Entleiher, sondern zugleich seine bisher nur aufgeschobene Übergabepflicht als Verkäufer.

Besonders wichtig ist die Frage, ob die Übergabe durch irgendein Übergabefurrogat ersetzt wird, für den Gefahrübergang. Beispielsweise geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald die Parteien in dem Fall I den Mietvertrag, nicht aber, sobald sie in dem Fall V den Leihvertrag in Kraft setzen.¹

II. Die Parteien vereinbaren überaus häufig, daß nicht der Käufer die Kaufsache beim Verkäufer holen, sondern der Verkäufer sie ihm zusenden soll (Versendungskauf).

1. a) Regelmäßig wird beim Versendungskauf der gesetzliche Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Verkäufers nicht an den Ort verlegt, an den die Kaufsache zu versenden ist, sondern bleibt da, wo er sein würde, wenn der Verkäufer die Versendung nicht übernommen hätte, also im Zweifel am Wohn- oder Geschäftssitz des Verkäufers (§. 269). Diese Regel erklärt sich dadurch, daß die Versendungspflicht eine bloße Nebenverpflichtung des Verkäufers ist. In der Tat sind es meistens nur nebensächliche Zweckmäßigkeitsgründe, die den Verkäufer veranlassen, dem Käufer die Mühe des Abholens zu ersparen: der Schwerpunkt der Verkäuferobligation bleibt also da, wo der Verkäufer wohnt oder sein Geschäft hat; hier ist es, wo er sich um die Beschaffung und Bereitstellung der Kaufsache bemühen muß („gewöhnlicher Versendungskauf“).

b) Indessen kann ausnahmsweise auch das Gegenteil vereinbart werden: die Parteien können die Zusendung der Ware derart in den Vordergrund stellen, daß der Schwerpunkt der Verkäuferobligation und damit auch der Erfüllungsort an den Bestimmungsort der Kaufsache verlegt wird. Doch ist eine derartige Vereinbarung („qualifizierter Versendungskauf“) daraus allein, daß der Verkäufer die Kosten der Zusendung übernimmt, noch nicht zu folgern (269 III).²

Beispiele. U. in M. hat bei B. in N. eine Maschine gekauft. I. Hier liegt ein gewöhnlicher Versendungskauf vor, wenn die Parteien vereinbart haben „die Maschine ist von B. nach M. zu senden“, „die Maschine ist von B. auf eigene Kosten nach M. zu senden“. II. Dagegen liegt ein qualifizierter Versendungskauf vor, wenn die Abrede lautete: „Erfüllungsort M.“ oder „die Maschine ist von B. auf eigene Kosten und eigene Gefahr (!) nach M. zu senden“.² III. Zweifelhaft ist die Entscheidung, wenn die Abrede dahin ging „liefer-

1) Abw. einerseits Crome 2 S. 416, andererseits Endemann § 159a³⁰.

2) Siehe auch RG. 68 S. 78.

bar franko M.“: es wird hier von den begleitenden Nebenumständen abhängen, ob man diese Abrede als gewöhnlichen oder als qualifizierten Versendungskauf zu deuten hat.

2. a) Beim gewöhnlichen Versendungskauf findet, wie bereits früher erwähnt, der Gefahrübergang nicht erst mit der Übergabe, sondern schon mit der Absendung der Kaufsache statt (s. oben S. 486): insbesondre gehn also Zufälle, die die Kaufsache gerade während der Versendung treffen, auf des Käufers Gefahr; ob die Versendung von einer Ortschaft in eine andre oder innerhalb einer Ortschaft von Haus zu Haus geschieht, macht keinen Unterschied.³ Die gesetzliche Formel für diese Regel ist: „die Gefahr geht auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat“ (447 I).

Beispiel. A. in M. hat dem B. in N. 100 Flaschen Wein verkauft und sendet sie ihm vertragsmäßig mit der Eisenbahn zu; auf dem Transport wird die Sendung durch einen Eisenbahnunfall vernichtet; es ist den Umständen nach fraglich, ob die Bahn für den Unfall gemäß Eisenbahnfrachtrecht haftbar ist. Hier darf B. die Bezahlung des Weins nicht etwa so lange verschieben, bis der Streit über die Haftpflicht der Bahn entschieden ist. Er muß vielmehr den Wein sofort an A. bezahlen, gerade so wie wenn er ihn heil empfangen hätte, und erst nachträglich zusehn, ob und wie er die an A. bezahlte Summe von der Bahn zurückerhält.

Die zu a zitierte schwerfällige Formel des Gesetzes legt den Gedanken nahe, daß die Regel zu a nur dann anwendbar sei, wenn der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer durch einen selbständigen Transportunternehmer zuwendet, nicht aber auch dann, wenn er sie dem Käufer durch seine Angestellten schickt oder sie ihm persönlich bringt. Doch glaube ich kaum, daß diese Auslegung des Gesetzes Beifall verdient.⁴ Damit soll aber natürlich nicht gesagt sein, daß die Rechtslage des Verkäufers, wenn er die Sache durch einen Transportunternehmer zu versenden hat, die gleiche ist, wie wenn er sie durch seine eignen Angestellten transportieren lassen muß; denn in ersterem Fall steht der Verkäufer nur dafür ein, daß er den Unternehmer sorgfältig ausjucht und instruiert; in letzterem Fall haftet er dagegen auch für ordentliche Ausführung des Transports.

Die Regel gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes nur, wenn die Versendung „auf Verlangen des Käufers“ erfolgt; doch ist dies Verlangen, sobald der Verkäufer sich zur Versendung verpflichtet hat, ohne weiteres zu unterstellen, es sei denn, daß der Käufer die Versendung verboten oder sich nähere Anweisung vorbehalten hat.

Die Gefahr kehrt vom Käufer zum Verkäufer zurück, wenn die Versendung durch einen Umstand, den er zu vertreten hat, ins Stocken kommt. Dasselbe ist anzunehmen, wenn die Versendung durch Umstände unterbrochen wird, die der Verkäufer zwar an und für sich nicht zu vertreten braucht, die aber doch in seiner Person oder seiner besondern Interessensphäre beruhen: Beispiel: die Kaufsache wird unterwegs auf Grund einer einseitigen gerichtlichen Verfügung angehalten, die ein Gläubiger des Verkäufers zu Unrecht erwirkt hat. Denn wie käme der Käufer dazu, unter einem solchen Zufall zu leiden?⁵

b) Dagegen steht der qualifizierte Versendungskauf, was den Gefahrübergang betrifft, unter der allgemeinen auch für den Abholungskauf geltenden Norm: die Gefahr geht regelmäßig erst mit der Übergabe auf den Käufer über, d. h. dann, wenn der Käufer die Sache am Bestimmungsort in Empfang nimmt.

3) Örtmann Anm. 4 zu § 447.

4) Endemann 1 § 159 a⁴¹; Enneccerus 1 § 326¹¹.

5) Abw. Endemann 1 § 159 a⁴¹, Pland-Griff Anm. 2 zu § 447.

3. Die Kosten der Versendung, einschließlich der Verpackungskosten, fallen in Ermanglung einer abweichenden Vereinbarung beim gewöhnlichen Versendungskauf dem Käufer, beim qualifizierten Versendungskauf dem Verkäufer zur Last (s. 448).

4. Sowohl beim gewöhnlichen wie beim qualifizierten Versendungskauf ist der Verkäufer verpflichtet, die Versendung mit aller Sorgfalt auszuführen, also die Sache, wenn es erforderlich ist, ordnungsmäßig zu verpacken, den Frachtführer gehörig auszusuchen usw. Dabei muß er auch die besondern Anweisungen, die der Käufer ihm über die Art der Versendung erteilt hat, genau beachten, es sei denn, daß dringende Gründe eine Abweichung von den Anweisungen gebieten. Verleßt der Verkäufer diese Verpflichtungen, so muß er allen aus seiner Sorglosigkeit oder Eigenmächtigkeit erwachsenden Schaden dem Käufer ersetzen (447 II).

Natürlich ist die Meinung des Gesetzes nicht, daß der Verkäufer sämtliche Anweisungen des Käufers bezüglich der Versendung der Sache positiv befolgen müßte: vielmehr kann er Anweisungen, die vertragswidrig sind oder ihn ungewöhnlich belasten (z. B. daß er den verkauften Kronleuchter auf dem Transport persönlich begleiten solle), den Gehorsam weigern: nur muß er alsdann, wenn nicht dringliche Gründe seine Eigenmächtigkeit rechtfertigen, die Versendung ganz unterlassen.

Die Pflicht zur sorgfältigen Versendung ist auch beim qualifizierten Versendungskauf wichtig. Allerdings trifft hier den Verkäufer ohnehin die Versendungsgefahr. Dieser Satz bedeutet indes, wie wir wissen, nur, daß bei einem der Sache während der Versendung zustößenden Unfall der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis verliert. Wenn er aber einen derartigen Unfall durch seine Sorglosigkeit selber verursacht, verliert er nicht bloß den Kaufpreis, sondern ist außerdem Schadenersatzpflichtig.

Der Verkäufer haftet für die Erfüllung seiner Versendungsspflicht nicht als Spediteur oder Frachtführer, sondern lediglich als Verkäufer, erfreut sich also z. B. nicht der kurzen Verjährung aus HGB. 414.

5. Macht der Käufer wegen Lieferungsverzuges des Verkäufers Schadenersatzansprüche geltend, so ist der maßgebende Ort für die Interesseliquidation der Bestimmungs-, nicht der Absendungsort.⁶

6. Von dem eigentlichen Versendungskauf, bei dem der Verkäufer zur Zusendung der Kaufsache an den Käufer verpflichtet ist, haben wir den Kauf, bei dem der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer tatsächlich aus freien Stücken zusendet, zu unterscheiden. Immerhin wird dieser freiwillige Versendungskauf in einigen Beziehungen dem Pflicht-Versendungskauf gleichgestellt.

a) Dies gilt zunächst für den Übergang der Gefahr der Kaufsache: wenigstens dann, wenn der Verkäufer die Sache auf Verlangen des Käufers versendet, geht die Gefahr schon mit der Absendung auf den Käufer über (447 I). Anders dagegen, wenn der Verkäufer die Sache aus eigenem Antriebe abgeschickt hat, sei es nun mit Ermächtigung des Käufers, sei es eigenmächtig: hier geht die Gefahr erst über, wenn der Käufer die Sache empfängt.

b) Ebenso sind die Regeln 3 und 4 auf den freiwilligen Versendungskauf anwendbar (447 II, 448).

III. Die Parteien vereinbaren mitunter, daß die Rechte des Käufers gegenüber dem in Lieferungsverzug geratenen Verkäufer verstärkt oder abgeschwächt werden. Hierher gehört namentlich der Fall des Firgeschäfts (oben S. 425 V): bei diesem kann der Käufer die nachträgliche Lieferung der Kauf-

6) RG. 21 Nr. 80: RG. 6 S. 27.

sache sofort ablehnen, ohne dem Verkäufer erst eine Nachfrist bewilligen zu müssen, auch wenn keiner der drei Fälle vorliegt, in denen der Käufer auch bei einem gewöhnlichen Kauf von der Bewilligung einer Nachfrist entbunden ist.

β) Lastenfreie Übereignung der Kaufsache.¹

§ 125.

I. 1. a) Mit der Übergabe, d. h. mit der Übertragung des Besitzes der Kaufsache auf den Käufer hat der Verkäufer seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage noch nicht vollständig erfüllt. Vielmehr muß er dem Käufer außer dem Besitz auch das Eigentum der Kaufsache verschaffen (433 I) und zwar frei von Rechten, die gegen den Käufer von Dritten geltend gemacht werden können (434).

Beispiele. I. A., der sein Haus dem B. verkauft hat, genügt seinen Verkäuferpflichten damit noch nicht, daß er das Haus dem B. übergibt, sondern muß es ihm außerdem noch auflassen. II. Siehe ferner die unten zu b genannten Beispiele.

Die zu a genannte Gesetzesformel ist übrigens offensichtlich ungenau. Denn der Verkäufer muß dem Käufer das Eigentum der Kaufsache nicht bloß frei von Rechten „Dritter“, sondern auch frei von Rechten, die einer der Vertragsparteien zustehen, verschaffen. Das ist namentlich dann wichtig, wenn auf einem verkauften Grundstück eine dem Verkäufer oder dem Käufer gehörige Hypothek ruht.²

b) Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache frei von Rechten Dritter zu verschaffen, kommt selbstverständlich dadurch allein noch nicht in Fortfall, daß der Verkäufer durch einen Mangel im Recht an der Erfüllung jener Verpflichtung behindert ist; insbesondere bleibt die Verpflichtung in Kraft, auch wenn das Eigentum der Kaufsache nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten zusteht oder wenn die Sache zugunsten eines Dritten mit einer Dienstbarkeit, einer Reallast, einem Pfandrecht oder einem gegen den Käufer wirksamen Mietrecht belastet ist. Demgemäß ist der Verkäufer verpflichtet, jedes derartige Recht des Dritten zugunsten des Käufers zu beseitigen. Ob der Dritte sein Recht tatsächlich geltend macht, also etwa kraft des Rechts dem Käufer den Besitz der Kaufsache entreißt (sogenannte Entwehrung oder Eviktion) oder ihm den Besitz der Sache vorenthält oder ihn im Gebrauch der Sache beschränkt, ist gleichgültig: schon der Umstand, daß ein Dritter vermöge eines ihm zustehenden Rechts dem Käufer den Genuß der Kaufsache zwar nicht verkümmert, aber doch zu verkümmern imstande ist, zeigt, daß der Verkäufer seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nicht nachgekommen ist. Ebenso ist es gleichgültig, ob der Verkäufer beim Abschluß des Kaufs gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß die Sache einem Dritten gehörte oder mit dem Rechte eines Dritten belastet war oder ob er den Kauf

1) Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mängel im Recht (00).

2) R.G. 59 S. 403.

in dem entschuldbaren Irrtum abgeschlossen hat, die Sache sei sein Eigentum und frei von Rechten Dritter.

Beispiele. I. A. hat Silbersachen, die er dem damaligen Eigentümer B. gestohlen hatte, 1901 an den gutgläubigen C., dieser hat sie 1909 an den gutgläubigen D. verkauft und übergeben; 1910 erfährt D. durch einen Zufall den Diebstahl. Hier kann D. seinen Verkäufer C. sofort haftbar machen; denn er ist nicht Eigentümer der Sachen geworden, sondern das Eigentum ist bei B. verblieben (935 I); C. hat also, als er die Sachen dem D. übergab, seine Verkäuferpflichten zwar zu erfüllen geglaubt, tatsächlich aber nicht erfüllt; D. kann demnach verlangen, daß C. das Eigentum B.s zu seinen gunsten nachträglich beseitigt, also etwa den B. durch Zahlung einer Abfindungssumme zum Verzicht auf sein Eigentum bestimmt. Und zwar ist C. dem D. nicht bloß haftbar, wenn B. sich bei D. meldet und die Sachen „evinziert“, sondern auch dann, wenn B. von dem Verbleibe der Sachen keine Kenntnis hat und nach menschlichem Ermessen auch nie erfahren wird, daß sie sich zurzeit im Besitz D.s befinden. II. E. hat Wertgegenstände, die er seinem Bruder F. zur Verwahrung übergeben hatte, dem G. verkauft und dadurch übereignet, daß er am 2. März seinen gegen F. gerichteten Herausgabeanspruch dem G. abgetreten hat; nachträglich stellt sich heraus, daß F. die Sachen am 1. März ungetreuerweise dem gutgläubigen H. verpfändet hatte. Hier kann G. verlangen, daß E. die Sachen von dem Pfandrecht des H. befreit. Dagegen wäre anders zu entscheiden, wenn F. die Sachen erst am 3. März verpfändet hätte; denn dann hätte ja E. seine Verpflichtung, dem G. das pfandfreie Eigentum der Sachen zu verschaffen, am 2. März erfüllt; daß die Sachen einen Tag später mit einem Pfandrecht zugunsten des H. belastet wurden, ginge den E. nichts mehr an.

c) Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer für einen Mangel im Recht einzustehen, erleidet aber mancherlei Beschränkungen.

a) Die Verpflichtung fällt fort beim Verkauf in der Zwangsvollstreckung (s. ZPO. 806, RZWO. 56).

β) Die Verpflichtung fällt fort, wenn der Käufer beim Kaufabschluß den Mangel im Recht nachweislich gekannt hat (439 I).³ Nur für Pfandrechte (Hypotheken, Grundschulden, Faustpfandrechte usw.) gilt eine Ausnahme: der Verkäufer muß sie auch dann beseitigen, wenn sie dem Käufer beim Kaufabschluß bekannt gewesen sind (439 II).⁴

Beispiele. I. 1. A. hat dem B. die Häuser x, y und z verkauft; B. hat beim Kaufabschluß gewußt, daß x nicht dem A., sondern der Ehefrau A.s gehörte, daß auf y ein Wegerecht zugunsten eines Nachbargrundstücks ruhte und daß z mit einer Hypothek des C. belastet war. Hier kann B. von A. die Übereignung von y und z und die Beseitigung der auf z lastenden Hypothek fordern; dagegen kann er die Übereignung von x und die Beseitigung des auf y ruhenden Wegerechts nicht beanspruchen. II. Derselbe Fall; nur hat B. irrtümlich angenommen, daß Frau A. ihren Mann zum Verkauf von x ermächtigt habe. Hier kann B. von A. auch die Übereignung von x (oder, wenn diese daran scheitert, daß Frau A. ihre Zustimmung verweigert, Schadensersatz) verlangen. III. Derselbe Fall; nur kann dem B. nicht nachgewiesen werden, daß er beim Kauf das auf y ruhende Wegerecht gekannt hat; freilich steht das Wegerecht im Grundbuch eingetragen; aber es ist nicht sicher, ob B. das Grundbuch sich genau angesehen hat. Hier kann B. von A. auch die Beseitigung des Wegerechts fordern; denn aus der Eintragung des Wegerechts im Grundbuch folgt höchstens, daß B. das Dasein des Rechts hätte kennen müssen, nicht aber auch, daß es ihm wirklich bekannt gewesen ist; das Kennenmüssen steht aber dem Kennen nicht gleich.⁵

γ) Die Verpflichtung fällt fort, wenn es sich um den Verkauf eines Grund-

3) Siehe hierzu RG. 52 S. 168, 275 (!).

4) RG. 57 S. 4. 5) RG. 59 S. 408.

stücks handelt und der Mangel im Recht des Verkäufers darin besteht, daß auf dem Grundstück eine sogenannte öffentliche Last ruht, die sich zur Eintragung im Grundbuch nicht eignet: eine solche Last braucht der Verkäufer selbst dann nicht zu beseitigen, wenn sie dem Käufer beim Kaufabschluß nachweislich unbekannt gewesen ist (436). Als „öffentlich“ ist jede Last anzusehen, die ihre Wurzel im öffentlichen Recht hat.

Beispiele sind Grundsteuern und Deichlasten.

a) Umgekehrt wird die Verpflichtung des Verkäufers, für einen Mangel im Recht einzustehen, beim Verkauf von Grundstücken und von Schiffen nach einer bestimmten Richtung hin eigentümlich erweitert: sind im Grundbuch oder Schiffsregister zu Lasten des verkauften Grundstücks oder Schiffs Rechte Dritter, die in Wirklichkeit nicht bestehen, fälschlich im Grundbuch oder Schiffsregister eingetragen, so muß der Verkäufer auch diese Scheinrechte auf seine Kosten zur Löschung bringen, gerade so, als ob es sich um echte Rechte handelte (s. 435).

2. a) Die Kosten der Eigentumsverschaffung trägt bei Grundstücken der Käufer (449 Satz 1), bei Fahrnisachen der Verkäufer.

Zu den Kosten der Eigentumsverschaffung wird man auch die Abgaben rechnen müssen, die Staat und Gemeinde bei einer Grundstücksveräußerung erheben (Kaufstempel, Umsatzsteuer u. dgl.). Doch ist die Frage streitig.⁶

Außer den Kosten der Eigentumsverschaffung treffen beim Grundstückskauf den Käufer auch die Kosten der Beurkundung des Kaufvertrages (449 Satz 2); dagegen werden diese Kosten beim Fahrniskauf von beiden Parteien gemeinsam zu tragen sein.

b) Die Kosten der Beseitigung von Rechten Dritter trägt sowohl bei Grundstücken wie bei Fahrnisachen der Verkäufer.

3. Die Zeit und der Ort der Eigentumsverschaffung soll tunlichst mit der Zeit und dem Ort der Übergabe zusammenfallen. Dagegen kann die Beseitigung der Rechte Dritter nach Belieben des Verkäufers auch zu einer frühern Zeit und an einem andern Ort geschehn.

II. 1. Ist es streitig, ob der Verkäufer wegen eines Mangels im Recht seiner Verpflichtung, dem Käufer das lastenfreie Eigentum der Kaufsache zu verschaffen, nicht genügt hat, so trifft, abweichend von den allgemeinen Beweisregeln (s. oben S. 416 V), die Beweislast den Käufer: dieser hat also darzutun, daß die Kaufsache nach wie vor nicht ihm, sondern einem Dritten gehört oder daß sie mit dem Recht eines Dritten belastet ist (442). Ob die Kaufsache dem Käufer bereits übergeben ist oder nicht, macht für diese Beweisregel anscheinend keinen Unterschied.

Beispiel. Wenn D. in dem oben S. 508 genannten ersten Fall wegen der dem B. gestohlenen und von ihm gutgläubig gekauften Silbersachen sich an seinen Verkäufer E. halten will, genügt es nicht, daß D. persönlich fest davon überzeugt ist, die bei E. gekauften und die bei B. gestohlenen Sachen seien identisch, sondern er muß für die Identität, sobald E. sie bestreitet, den Beweis erbringen.

2. Die Folge ist, daß, wenn ein Dritter irgendwelche Rechte an der Kaufsache geltend macht, ein vorsichtiger Käufer dies Recht erst dann anerkennen wird, wenn es zum Prozeß zwischen ihm und dem Dritten gekommen

6) Orome 2 S. 423¹⁸. Dagegen Rechtspr. d. OLG. 9 S. 32.

ist, er in diesem Prozeß dem Verkäufer den Streit verkündet hat und darauf ein rechtskräftiges Urteil zugunsten des Dritten ergangen ist; denn nur wenn all dies geschehn, ist der Käufer sicher, daß ihm durch Berufung auf das gegenüber dem Dritten ergangene Urteil der Beweis des gültigen Bestandes jener Rechte auch gegenüber dem Verkäufer gelingen wird (ZPO. 74).

III. 1. Kommt der Verkäufer mit der Erfüllung seiner Verpflichtung, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache frei von Rechten Dritter zu verschaffen, in Verzug, so gelten grundsätzlich dieselben Vorschriften, wie wenn der Verkäufer mit der Erfüllung seiner Übergabepflicht in Verzug geraten wäre (440 I). Der Käufer kann also auf der nachträglichen Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache oder auf der nachträglichen Beseitigung der auf der Sache lastenden Rechte Dritter bestehen und außerdem Schadensersatz wegen der Verspätung fordern. Ebenso gut kann er aber auch — regelmäßig allerdings erst nach fruchtlosem Ablauf einer dem Verkäufer gehörig bestimmten Nachfrist — die nachträgliche Eigentumsverschaffung oder die nachträgliche Beseitigung der Rechte Dritter als verspätet zurückweisen, den Kaufvertrag demgemäß als endgültig unerfüllt behandeln und nach seiner Wahl von dem Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

Beispiel. A. hat dem B. ein Landgut verkauft, auf dem eine Hypothek des C. von 10 000 Mk. ruht; zur bestimmten Zeit bietet er dem B. die Übergabe und Auflassung des Guts an, während er die Hypothek noch nicht zu beseitigen vermag, da sie noch auf fünf Jahre unkündbar und C. mit ihrer vorzeitigen Löschung nicht einverstanden ist. Hier kann B. dem A. eine vielleicht dreimonatige Nachfrist zur Beseitigung der Hypothek setzen und, wenn A. den C. binnen dieser Frist nicht umgestimmt hat, vom Vertrage zurücktreten. So selbst dann, wenn das Gut 10 Millionen Mk. wert ist, die Hypothek also nur $\frac{1}{10}$ % des Wertes ausmacht.⁷

2. Die Regeln zu 1 erleiden aber einige sehr erhebliche Einschränkungen für den Fall, daß die Übergabe der Kaufsache vom Verkäufer an den Käufer bereits vorgenommen oder durch irgendeinen andern Vorgang (s. oben S. 503 I) erfolgt ist.

a) Die erste Einschränkung betrifft sowohl das Rücktrittsrecht des Käufers wie seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Sie geht dahin, daß beide Rechte insoweit in Fortfall kommen, als ihre Ausübung nach den Umständen, insbesondre wegen verhältnismäßiger Geringsfügigkeit des „Mangels im Recht“, gegen Treu und Glauben verstoßen würde (s. 320 II und oben S. 372 b). An die Stelle beider Rechte tritt alsdann ein Anspruch auf Schadensersatz nicht wegen Nichterfüllung, sondern wegen mangelhafter Erfüllung.⁸

Beispiel. Derselbe Fall wie zu 1; nur hat B. die Übergabe und Auflassung des Guts von A. vorbehaltlos angenommen, weil er es als selbstverständlich ansah, daß die Hypothek des C. inzwischen gelöscht worden sei. Hier wird man dem B., wenn er nachträglich seinen Irrtum erfährt, ein Recht, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nicht-

7) Siehe aber Örtmann Anm. 1 b zu § 266.

8) RG. 56 S. 152.

erfüllung zu fordern, nicht geben, weil die Hypothek C. 3 im Verhältnis zum Wert des ganzen Guts zu geringfügig ist. Dagegen kann B. fordern, daß U. ihm das für die Deckung der Hypothekenansprüche C. 3 erforderliche Geld zur Verfügung stellt.

b) Die zweite Einschränkung betrifft nur das Rücktrittsrecht. Sie geht dahin, daß dies Recht in Fortfall kommt, wenn der Käufer sich selber schuldhaft außerstande gesetzt hat, die ihm übergebene Kaufsache dem Verkäufer zurückzugewähren oder wenn irgendein anderer Umstand eingetreten ist, der auch der Ausübung eines vertragsmäßig begründeten Rücktritts entgegenstehen würde (327 Satz 1).

Beispiele siehe unter §. 518 in der Lehre von der Wandlung.

c) Die dritte Einschränkung betrifft nur den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Hier ist in etwas peinlicher Art zwischen Fahrnißkauf und Grundstückskauf zu unterscheiden.

α) Bezüglich des Fahrnißkaufs hat der Gesetzgeber sehr ausführliche Regeln aufgestellt. Er bestimmt nämlich, daß bei einem Mangel im Recht der Verkäufer zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verpflichtet ist:

erstens, wenn der Käufer ihm die Kaufsache zurückgewährt oder, falls er nicht im unmittelbaren Besitz der Sache ist, aber ihre Herausgabe von dem unmittelbaren Besitzer fordern kann, seinen Herausgabeanpruch dem Verkäufer abtritt (440 II, IV);

zweitens, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen besseres Recht herausgibt (440 II);

drittens, wenn er den Dritten beerbt oder dessen Recht anderweit erwirbt oder ihn abfindet (440 III);

viertens, wenn er von dem Dritten beerbt wird (440 III);

fünftens, wenn die Sache untergeht (440 II).

Die wichtige Folge ist, daß der Käufer, wenn er die Sache inzwischen weiter veräußert hat, den Anspruch auf Schadensersatz regelmäßig nur dann geltend machen kann, wenn sein Rechtsnachfolger ihn in den Stand setzt, die Kaufsache entweder dem ursprünglichen Verkäufer oder dem Drittberechtigten herauszugeben.

Beispiele. I. Eine Sache ist von U. an B. und später von B. an C. verkauft und übergeben; nachträglich stellt sich heraus, daß sie vor 8 Jahren dem Eigentümer D. gestohlen ist. Hier hat weder U. gegenüber B., noch B. gegenüber C. seine Verkäuferpflicht erfüllt, da weder B. noch C. das Eigentum der Kaufsache erlangt haben (935). Demgemäß kann sowohl C. von B., wie B. von U. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, aber in verschiedener Art. 1. C. kann den Anspruch sofort erheben, indem er die Sache entweder dem B. oder dem D. herausgibt. 2. Dagegen kann B., obschon er ständig von dem Ersatzanspruch C. 3 bedroht ist, seinen eignen Ersatzanspruch gegen B. zunächst nicht geltend machen, sondern muß geduldig die Schritte abwarten, die C. gegenüber ihm oder gegenüber D. tun wird. II. Derselbe Fall wie zu I; nur ist die Sache bei C. verbrannt. Hier stehen sich C. und B. in ihren Ersatzansprüchen völlig gleich. Dasselbe ist anzunehmen, wenn die Sache bei C. spurlos verschwunden ist. III. Derselbe Fall wie zu I; nur hat C. die Sache bei E. verpfändet. Hier kann C. seinen Ersatzanspruch gegen B. auch dann geltend machen, wenn er zwar nicht die Sache selbst dem B. zurückgibt, aber seinen Herausgabeanpruch gegen E. dem B. abtritt: denn diese Abtretung des Herausgabeanpruchs wird ja vom Gesetz der

Zurückgabe der Sache gleichgestellt. Doch muß er zuvor seine Pfandschuld gegenüber C. erfüllen; denn nur dann ist sein Herausgabeanspruch fällig, und das Gesetz will, wie es scheint, der Rückgabe der Sache nur die Abtretung eines fälligen Herausgabeanspruches gleichstellen.

β) Bezüglich des Grundstückskaufs hat der Gesetzgeber von der Aufstellung besondrer Regeln abgesehen. Demgemäß ist anzunehmen, daß der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch ohne die für den Fahrnisverkauf geltenden Einschränkungen fordern darf, also namentlich auch dann, wenn er das Grundstück weiter veräußert hat, und nicht in der Lage ist, es dem Verkäufer oder dem Drittberechtigten herauszugeben.

Beispiel. A. hat das in seinem Besitz befindliche aus 20 Parzellen bestehende Landgut dem B. verkauft, übergeben und, wie er meint, auch übereignet; nachträglich stellt sich aber heraus, daß eine der Parzellen zwar von A. dem B. übergeben und aufgelassen, im Grundbuch aber nicht auf B. umgeschrieben ist, weil sie in Wahrheit dem C. gehört und auch im Grundbuch auf C.'s Namen eingetragen ist. Hier muß A. dem B. wegen dieser Parzelle Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten, ohne daß er die Rückgewähr der Parzelle an sich oder die Herausgabe an C. fordern dürfte. Denn die Tatsache, daß B. zunächst im Besitz der Parzelle bleibt, geht — so scheint die Auffassung des Gesetzes zu sein — den A. nichts an,⁹ sondern ist nur für das Rechtsverhältnis zwischen B. und C. von Belang.

Schwierig liegt folgender Fall: A. hat sein Haus dem B., B. hat es gleich darauf dem C. verkauft, übergeben und übereignet; nachträglich stellt sich heraus, daß auf dem Hause eine äußerst lästige Dienstbarkeit zugunsten des D. ruht, die, weil lange vor 1900 begründet, im Grundbuch nicht eingetragen und weder dem A. noch dem B. oder C. bekannt war; C. kann sich, als er die Dienstbarkeit erfährt, jahrelang nicht entschließen, ob er von B. Beseitigung der Dienstbarkeit oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern soll. Wie kann in diesem Fall B. seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen A. geltend machen?

IV. Ist dem Verkäufer die Erfüllung seiner Verpflichtung, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache frei von Rechten Dritter zu beschaffen, dauernd unmöglich, so gelten die Regeln zu III analog. Das will besagen: die Unmöglichkeit der Erfüllung jener Pflicht wird vorbehaltlich der zu III, 2 besprochenen Einschränkungen gerade ebenso behandelt wie die Unmöglichkeit der Übergabe der Kaufsache. Demnach ist der Verkäufer, wenn die Unmöglichkeit erst nach Abschluß des Kaufs eintritt, von jeder Schadensersatzpflicht frei, sobald er beweist, daß die Unmöglichkeit auf Umständen beruht, die er nicht zu vertreten braucht.¹⁰

Beispiel. Ein dem A. gehöriges und im Grundbuch auf seinen Namen eingetragenes Grundstück wird im Mai irrtümlich auf den Namen des B. umgeschrieben und im Juli von B. dem redlichen C. übereignet; eben dies Grundstück hat A. dem D. verkauft; erst als er es im August dem D. auflassen will, erfährt er, daß er insolge der Übereignung des Grundstücks an C. hierzu außerstande ist (s. 891); irgendein Verschulden fällt dem A. nicht zur Last. I. Hier ist A. dem D. zu Schadensersatz verpflichtet, wenn der Kaufvertrag zwischen beiden erst im August abgeschlossen ist; denn alsdann war ihm von Anfang an die Erfüllung seiner Verkäuferpflicht unmöglich (oben S. 400 b). II. Dagegen ist A. nicht ersatzpflichtig, wenn der Kaufvertrag schon im April abgeschlossen wurde; denn alsdann ist ihm die Erfüllung seiner Verkäuferpflicht erst nachträglich unmöglich geworden, und die Ver-

9) Abw. unsre 4. Aufl. S. 435^{1a}, Crome 2 § 219²³.

10) Bland-Greif Anm. 4a zu § 440.

pflichtung ist demnach, da er außer Schuld ist, erloschen (275). Doch ist natürlich auch der Käufer D. von seiner Kaufpreisschuld befreit (323).

Wird der Verkäufer an der Erfüllung seiner Pflicht, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache frei von Rechten Dritter zu beschaffen, durch einen Zufall behindert, der erst eintritt, nachdem die Gefahr der Kaufsache bereits auf den Käufer übergegangen war, so kann es geschehn, daß zwar er von der Erfüllung der Pflicht befreit wird, der Käufer dagegen zur Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt. Einige hierhergehörige Fälle s. oben S. 419 b, 491 II.

Fortsetzung. Besondere Vereinbarungen.

§ 126.

Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das lastenfreie Eigentum der Kaufsache zu verschaffen, wird sehr häufig vertragsmäßig abgeändert.

I. 1. Wird eine Fahrnißsache unter Stundung des Kaufpreises verkauft, so wird oft ausgemacht, daß der Verkäufer die Kaufsache zwar dem Käufer sofort zu übergeben und zu übereignen habe, jedoch der Übereignung die aufschiebende Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises hinzufügen dürfe; gleichbedeutend mit dieser Klausel soll es sein, wenn der Verkäufer vertragsmäßig das Recht hat, sich das Eigentum der Sache bis zur Vollzahlung des Preises „vorzubehalten“ (pactum reservati dominii [455]).

Hat der Verkäufer sich in der gedachten Art das Eigentum der Kaufsache bis zur Vollzahlung des Kaufpreises vorbehalten, so kann er auf diesen Vorbehalt jederzeit willkürlich verzichten und damit den Käufer sofort unbedingt zum Eigentümer der Kaufsache machen. Daß der Käufer diesen Verzicht annimmt, ist nicht erforderlich.¹

2. Beim Grundstückskauf ist eine derartige Abrede unzulässig, da Grundstücke nicht bedingt übereignet werden können (925 II).

II. Sehr oft wird vereinbart, daß gewisse auf der Kaufsache ruhende Lasten vom Verkäufer nicht beseitigt, sondern vom Käufer, sei es in Anrechnung auf den Kaufpreis, sei es ohne eine besondere Vergütung, übernommen werden sollen.² Doch ist jede solche Begünstigung des Verkäufers nichtig, wenn dieser den „Mangel im Recht“ arglistig verschwiegen hat (443).

III. Mitunter übernimmt es der Verkäufer ausdrücklich, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache zu verschaffen, obschon er der Verfügungsmacht über die Sache darbt und sowohl ihm wie dem Käufer dieser Umstand beim Abschluß des Kaufvertrages bekannt ist. Der Sinn dieser Vereinbarung ist, daß der Verkäufer dem Käufer unbedingt Schadensersatzpflichtig sein soll, wenn es ihm nicht gelingt, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache zu verschaffen, und zwar auch dann, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

1) RG. 66 S. 349.

2) Siehe RG. 66 S. 316.

γ) Gewähr für ordnungsmäßige Beschaffenheit der Kaufsache.¹

§ 127.

I. 1. Dem Verkäufer liegt außer der Pflicht, die Kaufsache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum der Sache frei von Rechten Dritter zu verschaffen, noch eine dritte Hauptpflicht ob: er hat dem Käufer dafür Gewähr zu leisten, daß die Sache ordnungsmäßig beschaffen oder, wie das Gesetz sich in negativer Fassung ausdrückt, daß die Sache nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (459 I).

a) Diese Gewährspflicht bezieht sich auf die Beschaffenheit der Kaufsache im weitesten Sinn, umfaßt also auch Verhältnisse der Sache, die mit ihrer physischen Natur nichts zu tun haben, aber trotzdem ihren Wert und ihre Brauchbarkeit beeinflussen.²

Beispiele. I. Der Verkäufer eines Baugrundstücks haftet dafür, daß das Grundstück nach den polizeilichen oder ortstatutarischen Bestimmungen bebaut werden kann.³ II. Der Verkäufer einer zum Weiterverkauf bestimmten Ware haftet dafür, daß der Verkauf der Sache nicht gegen das Patentrecht eines Dritten verstößt.

b) Was unter „ordnungsmäßiger“ Beschaffenheit der Kaufsache einer-, unter „Fehlerhaftigkeit“ der Sache andererseits zu verstehen ist, läßt sich nicht durch eine einheitliche Formel bestimmen; ebenso ist auch die „Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch“ kein eindeutiger Begriff, weil zahllose Abstufungen von dem höchsten erreichbaren Grade der Tauglichkeit zu der absoluten Untauglichkeit herabführen. Deshalb hängt die Entscheidung über den Umfang der Gewährleistungspflicht des Verkäufers von der Verkehrs-sitte ab: der Käufer kann die Beschaffenheit der Sache fordern, die von ordentlichen Verkäufern auch ohne besondere Vereinbarung der Sitte nach unter Mitberücksichtigung der Höhe des von den Parteien bedungenen Kaufpreises und aller sonstigen Umstände des Einzelfalles gewährleistet zu werden pflegt.⁴ Ist die Kaufsache nur der Gattung nach bestimmt, so muß der Verkäufer im Zweifel dafür Gewähr leisten, daß die Sache von mittlerer Art und Güte ist (243 I).

Beispiele. I. Wer einen Roman kauft, kann verlangen, daß keine Seite herausgerissen ist und keine Fettsflecken im Buch sind; dagegen muß er sich eine mäßige Zahl von Druckfehlern gefallen lassen und kann auch nichts dagegen einwenden, wenn der Roman für ihn zu hoch ist; ist der Roman widrig frivol, so kann er sich darüber beschweren, wenn er ihn als Einsegnungsgeschenk, nicht aber, wenn er ihn als Weihnachtsgeschenk gekauft hat. II. Wer einen Kanarienvogel ohne weiteren Zusatz kauft, kann beanspruchen, daß der Vogel ein Männchen ist. III. Wer eine Blumenvase kauft, kann fordern, daß sie nicht leckt; wer eine

1) Schollmeyer, Jahrb. f. Dogm. 49 S. 93.

2) RG. 52 S. 1, 59 S. 243, 69 S. 430, 70 S. 82.

3) Abw. RG. 52 S. 432.

4) Siehe RG. 67 S. 146.

Wase als Schaustück kauft, kann diese Forderung nicht erheben. IV. Wer eine schlichte goldne Taschenuhr kauft, kann größere Ansprüche an die Genauigkeit ihres Ganges erheben, wenn die Uhr 400, als wenn sie nur 80 Mk. kostet. Dagegen kann er sich darüber nicht beschweren, daß gleichartige Uhren derselben Fabrik in andern Geschäften um 10% billiger verkauft werden. V. Wer in einem Wirtshause nach der Mahlzeit eine Zigarre ohne Preisangabe bestellt, kann beanspruchen, daß sie zwar nicht im Vergleich zu allen im Handel befindlichen, wohl aber im Vergleich zu den in jenem Wirtshause feilgehaltenen Zigarren von mittlerer Art und Güte sei; er muß also je nach der Art des Wirtshauses auf eine sehr feine oder eine sehr bescheidene Zigarre gefaßt sein. Diese Entscheidung gilt aber nur „im Zweifel“; sie kann sich also ändern, wenn der Gast besondere Ansprüche an Zigarren macht, die dem Wirt erkennbar sind, sei es, daß er in dem Wirtshause häufig verkehrt, sei es, daß er ein besonders vornehmes oder besonders einfaches Mittagessen bestellt hat.

c) Die Gewährschaftspflicht des Verkäufers gilt auch bei Mängeln, die er selber nicht gekannt hat, und sogar bei Mängeln, die er gar nicht kennen konnte. Dagegen fällt sie fort:

α) bei Mängeln, die beim Kaufabschluß dem Käufer bekannt gewesen sind (460 Satz 1);

β) bei Mängeln, die dem Käufer beim Kaufabschluß zwar nicht bekannt waren, aber bei Anwendung einer ganz geringen Aufmerksamkeit hätten bekannt sein können, ausgenommen den Fall, daß der Verkäufer die Mängel ihm arglistig verschwiegen hat (460 Satz 2; s. unten S. 527 V);

γ) bei Mängeln, die dem Käufer zwar nicht bei Abschluß des Kaufs, aber doch bei Annahme der Kaufsache bekannt gewesen sind, es sei denn, daß er sich bei der Annahme⁵ seine Rechte wegen dieser Mängel besonders vorbehalten hatte (464) oder ein solcher Vorbehalt nicht möglich war;

δ) bei Mängeln, die der Käufer nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;⁶

ε) bei Mängeln, die erst entstanden sind, nachdem die Gefahr der Kaufsache bereits auf den Käufer übergegangen war (s. 459 I),⁷ es sei denn, daß dem Verkäufer ein Verschulden zur Last fällt;

ζ) bei Mängeln, die den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache nur unerheblich mindern (459 I Satz 2);

η) bei allen Mängeln, wenn die Kaufsache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als „Pfand“ oder wenn sie in der Zwangsvollstreckung verkauft wird (461; ZPO. 806; RZwGes. 56).

Beispiele. I. Der Hund, den A. von B. gekauft hat, erkrankt nach Abschluß des Kaufs und stirbt; der Tierarzt stellt fest, daß der Krankheitskeim schon vor dem Kaufabschluß in dem Tier gesteckt haben muß, obschon damals niemand etwas davon merken konnte. Hier ist B. dem A. haftbar. II. 1. E. kauft von D. einen Tisch, dessen Politur eine deutliche Schramme aufweist; auch E. hat die Schramme bemerkt, aber nichts darüber gesagt, weil er es für selbstverständlich ansah, daß D. sie beseitigen werde. Hier ist D. haftfrei, wenn nicht die Beseitigung der Schramme, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, besonders vereinbart war. 2. a) E. kauft von F. ein Haus, das sich offensichtlich in schlechtem Bauzustande befindet, bemerkt aber die Mängel nicht, weil es bei der Besichtigung des Hauses schon sehr

5) Siehe RG. 54 S. 82, 59 S. 105.

6) RG. 58 S. 264.

7) Siehe auch RG. 55 S. 207.

dunkel war und er obendrein, obgleich kurzsichtig, seine Brille vergessen hatte. Hier ist F., wenn er nicht arglistig gehandelt hat, haftfrei; denn darin, daß G. die Besichtigung bei Dunkelheit und ohne Brille vornahm, lag eine grobe Fahrlässigkeit. b) G. kauft von H. ein diesem gehöriges zurzeit bei dem Kunsthändler J. befindliches Bild, das er vor einigen Monaten genau besichtigt hat; nach der Besichtigung, aber vor dem Kauf ist durch einen Zufall der Rahmen des Bildes offensichtlich beschädigt. Hier ist H. haftfrei, wenn er die Beschädigung nicht erfahren hatte; denn darin, daß G. die Besichtigung nicht kurz vor dem Kauf wiederholt hat, lag eine grobe Fahrlässigkeit. Freilich lag auch auf seiten H.'s eine grobe Fahrlässigkeit vor, da auch er das Bild sich nochmals hätte ansehen sollen, ehe er es verkaufte; doch kommt es nur auf die Fahrlässigkeit des Käufers, nicht auch auf die des Verkäufers an. Doch ist bei dieser Entscheidung vorausgesetzt, daß G. das Bild bei J. kurz vor dem Kauf ohne besondere Mühe nochmals ansehen konnte; denn wenn er z. B. an einem andern Ort wohnte als J., wird man ihm die Unterlassung einer neuen Besichtigung höchstens als geringe Fahrlässigkeit zurechnen. 3. a) K. hat sich bei L. Gardinen gekauft; ein Arbeiter M. bringt sie dem K., um sie, wie vereinbart, aufzumachen; beim Auspacken entdeckt K. einen Riß in einer Gardine, der beim Kauf nicht erkennbar gewesen war, läßt die Gardinen aber ruhig aufmachen. Hier ist L. haftfrei; denn K. hätte sich vor dem Aufmachen seine Rechte durch eine Erklärung gegenüber dem Arbeiter vorbehalten müssen. b) Anders wäre zu entscheiden, wenn L. die Gardinen dem K. durch die Post zugestellt und K. das Aufmachen selber besorgt hätte; denn hier war K. bei der Annahme der Gardinen zum Vorbehalt seiner Rechte nicht imstande, weil der Postbote, selbst wenn er bei der Entdeckung des Risses noch anwesend gewesen wäre, zur Entgegennahme des Vorbehalts nicht ermächtigt war. Nun könnte man freilich denken, daß K. in einem solchen Fall den Vorbehalt unverzüglich nach der Annahme, etwa durch einen Brief an die Adresse M., hätte erklären müssen. Allein das Gesetz hat nur einen Vorbehalt „bei“, nicht „nach“ der Annahme vorgeschrieben. Und die Notwendigkeit eines nachträglichen Vorbehalts als selbstverständlich zu unterstellen, geht nicht an, weil ein Vorbehalt nach der Annahme nicht etwa im Vergleich zum Vorbehalt „bei“ der Annahme eine Minder- sondern im Gegenteil, weil er viel umständlicher ist, eine Mehrbelastung des Käufers bedeuten würde.⁸ 4. N. raucht die von O. gekauften und mit der Post zugesandten Zigarren auf, obgleich sie durch Mäuse erheblich gelitten haben, und macht sogar ohne Vorbehalt eine Neubestellung. Hier ist N. haftfrei; allerdings liegt darin, daß N. die Zigarren geraucht hat, noch keine Genehmigung ihrer Mängel, da N. hierdurch mindestens eines seiner auf diesen Mängeln beruhenden Rechte, nämlich das auf Preisminderung, keineswegs preisgab; wohl aber liegt eine Genehmigung der Mängel in der Neubestellung. 5. P. in Q. kauft von R. in S. eine kostbare Figur aus der Porzellanmanufaktur in Sevres; R. hat die Figur nicht vorrätig, läßt sie sich aber laut Vereinbarung mit R. aus Sevres nach Q. kommen und sendet sie auf Verlangen des P. durch einen eignen Boten nach dem nahen Q.; auf dem Transport wird die Figur durch Zufall beschädigt. Hier muß R. dem P. für den Mangel aufkommen, wenn die Beschädigung auf der Strecke Sevres bis Q., er muß es nicht, wenn die Beschädigung auf der Strecke Q. bis P. erfolgt ist. 6. S. entdeckt, daß in dem Tafelgeschirr, das er von T. gekauft hat, das Muster nicht bei allen Stücken gleichmäßig ausgefallen ist. Hier ist T. haftfrei, wenn die Ungleichheit nur bei ganz genauer Prüfung des Geschirrs zu bemerken ist. 7. U. hat ein Fahrrad, das V. von W. als Pfand erhalten und bei Verfall der Pfandforderung als Pfand veräußert hat, in der Versteigerung erstanden; nun stellt sich heraus, daß der Mechanismus des Rades so verschliffen ist, daß es keine längere Fahrt mehr aushält. Hier ist V. haftfrei, auch wenn W. die Mängel des Rades so geschickt verdeckt hatte, daß sie bei der Versteigerung nicht zu erkennen waren. Doch wird man wohl eine Ausnahme gelten lassen, wenn V. arglistig gehandelt hat.

2. Die Kosten, die dadurch entstehen, daß die Kaufsache in ordnungsmäßige Beschaffenheit gebracht wird, trägt allein der Verkäufer.

8) Abw. die 4. Aufl. d. Buchs 1 S. 447.

3. Zeit und Ort der Erfüllung der Gewährleistungspflicht fallen mit Zeit und Ort der Erfüllung der Übergabepflicht zusammen.

II. Ist es streitig, ob die Kaufsache ordnungsmäßig beschaffen ist, so trägt allgemeiner Regel gemäß die Beweislast, wenn die Kaufsache noch nicht angenommen ist, der Verkäufer,⁹ wenn die Annahme bereits erfolgt ist, der Käufer (s. oben S. 416 V; s. aber auch unten zu VII, 3). Ist es streitig, ob der Käufer einen Mangel der Kaufsache gekannt hat oder hätte kennen müssen oder ob der Verkäufer ihn arglistig verschwiegen hat, so ist beweispflichtig dort der Verkäufer, hier der Käufer.

III. Ergibt sich, daß die Kaufsache mit Mängeln behaftet ist, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, so stellt das Gesetz dem Käufer ausdrücklich vier Rechtsbehelfe zur Verfügung. Die drei ersten werden nicht selten in pietätvoller Erinnerung an das Edikt der römischen Ädilen, dem sie zum Teil ihre Entstehung verdanken, unter dem Namen *ädilizische Ansprüche* zusammengefaßt.

1. Erstens hat der Käufer ein Recht auf *Wandlung* des Kaufs (462), d. h. er kann vom Verkäufer verlangen, daß er in die Aufhebung des Kaufs willige (*Wandlungsanspruch*, *actio redhibitoria*).

a) Die *Wandlung* des Kaufs wird in vielen Beziehungen ebenso behandelt wie ein Rücktritt des Käufers vom Kauf (467).

α) Wie im Fall des Rücktritts, so ist auch im Fall der *Wandlung* der Käufer von der Pflicht zur Bezahlung des Kaufpreises befreit oder kann, wenn der Kaufpreis bereits bezahlt ist, dessen Rückerstattung samt 4 % Zinsen seit dem Zahlungstage fordern; ebenso wird auch der Verkäufer von der Verpflichtung zur Lieferung der Kaufsache befreit oder kann, wenn die Lieferung bereits erfolgt ist, die Rückgabe der Sache verlangen; ist sowohl der Kaufpreis bezahlt wie die Kaufsache geliefert, so ist die Rückerstattung des Preises und die Rückgabe der Sache Zug um Zug zu bewirken (467, 346 Satz 1, 347 Satz 3, 348). Kommt der Käufer mit der Rückgabe der Kaufsache in Verzug, so kann ihm der Verkäufer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne; holt der Käufer alsdann die Rückgabe nicht binnen der Frist nach, so wird die *Wandlung* unwirksam (467, 354).

Wenn der Käufer nötige *Verwendungen* auf die Sache gemacht hat,¹⁰ kann er deren *Erstattung* nur wie ein auftragloser Geschäftsführer fordern; andre als nötige *Verwendungen* werden ihm überhaupt nicht erstattet, auch wenn er sie zu einer Zeit gemacht hat, da ihm der Mangel der Sache noch unbekannt war (467, 347 Satz 2, 994 II, 996; s. aber auch 102).

Hat der Käufer seit dem Empfang der Kaufsache *Nutzungen* aus ihr gezogen, so muß er sie dem Verkäufer zugleich mit der Kaufsache selbst herausgeben oder vergüten; das nämliche gilt für *Nutzungen*, die er schuldhaft zu ziehn unterlassen hatte (467, 347 Satz 2, 987).

9) Siehe RG. 66 S. 279. Abw. die 4. Aufl. d. Buchs 1 S. 452.

10) Wolff bei Gruchot 48 S. 503.

Muß der Käufer die Kaufsache dem Verkäufer zurückgeben, so braucht er sie ihm nicht zu bringen, sondern kann abwarten, daß der Verkäufer sie da holt, wo sie sich zur Zeit der Wandlung befindet; an dem nämlichen Ort muß der Verkäufer auch den Kaufpreis zurückerstatten.¹¹

β) Wie der Rücktritt, so wird auch die Wandlung dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Sache seit dem Kaufabschluß zufällig untergeht oder zufällig verschlechtert wird. So auch dann, wenn der Zufall die Sache erst getroffen hat, als bereits ihre Gefahr auf den Käufer übergegangen war; es wird also im Fall der Wandlung die Gefahr der Sache mit rückwirkender Kraft auf den Verkäufer zurückübertragen: obgleich der Verkäufer die Kaufsache gar nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückerhält, muß er doch dem Käufer den vollen Kaufpreis erlassen oder zurückerstatten (467, 350, 351). Dagegen fällt das Wandlungsrecht fort, wenn die Kaufsache nicht zufällig, sondern durch Verschulden des Käufers untergeht oder wesentlich verschlechtert wird (467, 351);¹² dem eignen Verschulden des Käufers steht ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Gehülfen gleich, denen er die Obhut der Kaufsache übertragen hat (s. 467, 351, 278 und oben S. 387 c).

Beispiele. I. A. hat von B. zum Gebrauch für seine Frau eine Nähmaschine gekauft; die Maschine geht aber nicht, weil ein Metallstück verbogen ist; nun sucht Frau A. die Maschine mit Gewalt in Ordnung zu bringen und macht sie dadurch ganz entzwei. Hier hat A. durch dies schuldhafte Verhalten seiner „Gehülfin“ das Wandlungsrecht eingebüßt. II. Derselbe Fall, nur daß die Tochter A.s es war, die die Nähmaschine ohne Vorwissen der Eltern zu heilen versucht hat. Hier hat A., wenn ihm und seiner Frau persönlich keine Mitschuld zur Last fällt, das Wandlungsrecht behalten; denn die Tochter kann nicht ohne weiteres als Gehülfin der Eltern gelten.

Hat der Käufer die Sache nur unwesentlich verschlechtert, so verbleibt ihm das Wandlungsrecht; er ist aber dem Verkäufer, wenn er schuldhaft gehandelt hat, schadensersatzpflichtig (467, 351, 347 Satz 1, 989).

γ) Wie der Rücktritt, so wird auch die Wandlung dadurch, daß die Kaufsache durch eine Verfügung des Käufers oder eine gegen ihn gerichtete Zwangsvollstreckung an einen Dritten veräußert oder zugunsten eines Dritten dinglich belastet wird, nicht ausgeschlossen; doch muß der Käufer das Verhalten des Dritten wie sein eignes vertreten; er muß also den Dritten dazu bestimmen, die Sache dem Verkäufer zurückzugeben und auf seine Rechte an der Sache Verzicht zu leisten, und verliert sein Wandlungsrecht, wenn die Sache durch ein Verschulden des Dritten oder der Gehülfen desselben untergegangen oder wesentlich verschlechtert ist (467, 353).

Beispiele. I. A. hat bei B. eine Konzertgeige gekauft und seinem Freunde C. geschenkt. Hier kann, wenn die Geige sich als unbrauchbar erweist, der Kauf gewandelt werden, aber nicht von C., sondern von B.; weigert sich aber C., weil ihm der Verkäufer leid tut, die Geige an B. herauszugeben, so ist die Sachlage dieselbe, wie wenn A. selbst im Besitz der Geige wäre und sie nicht herausgeben wollte; B. kann demnach, nachdem er dem A. eine Frist gesetzt, die Wandlung rückgängig machen. II. Derselbe Fall wie zu I.; nur ist C. zur Herausgabe gern bereit; die Geige ist aber, weil er sie wegen ihrer Unbrauchbarkeit mit

11) RG. 55 S. 113, 57 S. 13. Abw. Ortmann Num. 4 zu § 467.

12) RG. 59 S. 97.

Nichtachtung behandelt hat, verdorben. Hier ist die Wandlung ausgeschlossen. III. Derselbe Fall wie zu II; nur ist die Geige heil geblieben, aber dem C. ohne sein Verschulden gestohlen. Hier bleibt A.'s Wandlungsrecht in Kraft; C. muß aber sein Eigentum an der Geige auf B. zurückübertragen.

d) Wie der Rücktritt, so kann auch die Wandlung, sobald bei dem Kauf mehrere Käufer oder mehrere Verkäufer beteiligt sind, nur mit Wirkung gegenüber allen Verkäufern und allen Käufern stattfinden; erlischt das Wandlungsrecht für einen Käufer, so erlischt es auch für die andern (467, 356).

Beispiel. Zwei Eheleute haben gemeinsam Möbel gekauft. Hier kann, wenn die Möbel mangelhaft sind, die Wandlung bloß von Mann und Frau gemeinsam erklärt werden. Nur wenn das Ehepaar in Gütergemeinschaft lebt, genügt eine Wandlung, die allein vom Ehemann ausgeht, weil hier die Wandlungserklärung des Mannes auch für die Frau verbindlich ist.

b) Andererseits fehlt es aber auch nicht an erheblichen Unterschieden zwischen Wandlung und Rücktritt.

α) Während der Rücktritt vom Kaufvertrage durch eine einseitige Erklärung des Käufers vollzogen wird, geht die Wandlung durch einen zweiseitigen Akt vonstatten: der Käufer muß sie beim Verkäufer beantragen und dieser muß sie bewilligen (465). Die Wandlung stellt also einen Vertragsschluß zwischen Käufer und Verkäufer dar.¹³ Doch kann der Käufer kraft seines Wandlungsanspruchs die Einwilligung des Verkäufers in den Wandlungsvertrag als sein Recht fordern; und ist der Verkäufer auf Klage des Käufers zur Einwilligung rechtskräftig verurteilt, so ersetzt das Urteil die Einwilligung, und der Wandlungsvertrag wird als abgeschlossen fingiert (ZPD. 894). In der Zwischenzeit, während deren die Wandlung vom Käufer beantragt, aber vom Verkäufer noch nicht bewilligt ist, befindet sich der Kauf in einem Schwebeverhältnis wie folgt:¹⁴

αα) Die Kaufpreisschuld des Käufers bleibt fortbestehn; denn die Wandlung ist ja noch nicht vollzogen, der Kauf noch in Kraft. Doch darf, wenn der Kaufpreis noch aussteht, der Käufer die Bezahlung auf die Dauer des Schwebeverhältnisses mittels Einrede verweigern (Wandlungseinrede [f. 478]). Dagegen kann er, wenn der Kaufpreis bereits entrichtet ist, nicht etwa auch die Zurückzahlung des Preises auf die Dauer des Schwebeverhältnisses fordern. Es ist aber dem Käufer, wenn er den Verkäufer auf Einwilligung in die Wandlung verklagt, unbenommen, mit diesem Klagantrage schon jetzt den Antrag auf Rückerstattung des Kaufpreises in dem Sinn zu verbinden, daß das Urteil auf letztern Antrag erst mit der Rechtskraft des Urteils auf erstern Antrag wirksam werden solle; ja die Klage auf Einwilligung des Verkäufers in die Wandlung braucht nicht einmal ausdrücklich angestellt zu

13) Endemann 2 § 161³⁷; Flechtheim bei Gruchot 44 S. 65; Örtmann im Recht 8 S. 4; abw. Eccius bei Gruchot 43 S. 305; Haymann ebenda 46 S. 509; Thiele, Arch. f. jiv. Pr. 93 S. 387; Biermann ebenda 95 S. 315; Langheineken, Anspruch S. 215.

14) RG. 59 S. 97; Schaper, Jahrb. f. Dogm. 52 S. 233.

werden und auch das Urteil braucht die Einwilligung des Verkäufers in die Wandlung nicht ausdrücklich zu erwähnen; vielmehr kann diese Einwilligung dem Verkäufer in der Klage stillschweigend abgefordert, in dem Urteil stillschweigend anbefohlen werden.¹⁵

Beispiel. A. hat von B. durch zwei selbständige Verträge einen Wagen und ein Pferd für je 1000 Mk. erworben und hat auf beide Kaufpreise je 500 Mk. angezahlt, während der Rest der Preise ihm auf 14 Tage gestundet ist; das Pferd ist fehlerfrei, der Wagen mangelhaft; A. verlangt deshalb die Wandlung des Wagenkaufs; B. widerspricht der Wandlung. Hier kann A. die Zahlung der zweiten Kaufpreiskate für den Wagen ohne weiteres durch Einrede verweigern. Schwieriger ist es für ihn, auch die Rückerstattung der bereits bezahlten ersten Rate zu erlangen; denn der Ausweg, sein Recht auf Rückgabe dieser ersten Rate einfach gegen B.s Forderung auf die zweite Kaufpreiskate für das Pferd aufzurechnen, ist ihm zur Zeit vergeschlossen, weil er ja noch kein Recht auf die Rückgabe des Geldes, sondern nur ein Recht auf Einwilligung des B. in die Wandlung hat. So bleibt also dem A. nichts übrig, als die 500 Mk. für das Pferd ruhig zu zahlen, wegen der 500 Mk. für den Wagen aber mit B. einen Prozeß anzufangen. Hat er einen pedantischen Richter vor sich, so wird er in dem Prozeß den Antrag stellen, „den Beklagten zu verurteilen, 1. in die Wandlung des Kaufs zu willigen, 2. nach Rechtskraft der Verurteilung zu 1 an ihn 500 Mk. zu zahlen“. Traut er dem Richter etwas mehr Verstand zu, so wird er auch den kürzeren Antrag „den Beklagten zu verurteilen, 500 Mk. an ihn zu zahlen“ riskieren. Selbstverständlich hat aber dieser kürzere Antrag keine stärkere Wirkung als der längere; das Urteil auf den Antrag wird also erst mit der Rechtskraft wirksam, da erst dann die bis dahin fehlende Einwilligung des Verkäufers durch das Urteil (stillschweigend) ersetzt ist.

Die wichtigste praktische Folge der Regel zu *aa* ist, wie das vorstehende Beispiel zeigt, daß solange, als der Verkäufer nicht in die Wandlung eingewilligt hat oder zur Einwilligung rechtskräftig verurteilt ist, der Käufer mit dem Recht auf Rückzahlung des Kaufpreises nicht aufrechnen und ein Erkenntnis, das den Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises verurteilt, nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann. Daß diese Folgen besonders erfreulich wären, wird man kaum behaupten dürfen.

Wie sonderbar verzwickelt die Regeln zu *aa* sind, mache man sich dadurch klar, daß man sie analog auf das Strafrecht überträgt und etwa folgenden Gesetzesvorschlag kritisch würdigt: die Verurteilung eines Mörders zur Todesstrafe ist nur mit seiner Einwilligung statthast; es kann aber von ihm beansprucht werden, daß er diese Einwilligung erteile, und ist er rechtskräftig dazu verurteilt, so wird durch dies Urteil seine mangelnde Einwilligung ersetzt; die Verurteilung des Mörders zur Einwilligung in die Todesstrafe kann mit dem Urteil, das ihn des Mordes schuldig spricht, im voraus verbunden werden.

Bestritten ist, ob die Wandlung durch ein zwischen Verkäufer und Käufer ergehendes rechtskräftiges Erkenntnis nur dann vollzogen wird, wenn es auf Grund einer Wandlungsklage des Käufers den Verkäufer zum Abschluß des Wandlungsvertrages oder zur Rückgabe des Kaufpreises verurteilt, oder auch dann, wenn es auf Grund einer Wandlungseinrede des Käufers den Verkäufer mit seiner Klage auf Bezahlung des Kaufpreises abweist. Eine elegante Jurisprudenz wird die Frage in ersterem, eine verständige in letzterem Sinn lösen. Das Reichsgericht hat sich für die Eleganz entschieden.¹⁶

ββ) Ähnliche Regeln wie für den Kaufpreis müssen während des Schwebeverhältnisses auch für die Kaufsache gelten. Die Sache verbleibt also, wenn der Verkäufer sie noch nicht geliefert hat, einstweilen bei ihm: er kann das Verlangen des Käufers auf Lieferung der Kaufsache mittels der Einrede, daß die

15) Siehe RG. 58 S. 425. Vgl. aber auch ebenda 69 S. 388.

16) RG. 69 S. 385.

Wandlung des Kaufs verlangt sei, zurückweisen. Umgekehrt verbleibt die Kaufsache, wenn die Lieferung bereits geschehen, einstweilen beim Käufer. Es ist aber dem Verkäufer unbenommen, schon jetzt auf Rückgabe der Kaufsache für den Fall zu klagen, daß der Käufer mit seinem Wandlungsverlangen durchbringt.

γγ) Sowohl der Käufer wie der Verkäufer können dem Schwebeverhältnis jederzeit ein Ende machen, der Käufer, indem er seinen Wandlungsantrag zurücknimmt, der Verkäufer, indem er dem Wandlungsantrage des Käufers zustimmt; im ersteren Fall wird der Kauf aufrechterhalten, im zweiten gilt er fortan als endgültig aufgehoben.

Beispiel. A. hat von B. ein Haus für 80000 Mk. gekauft, aber, da sich schwere Mängel bei dem Hause herausstellen, gegen B. auf Wandlung des Kaufs geklagt; da meldet sich bei A. und B. ein Kaufliebhaber, der trotz der Mängel für das Haus 120000 Mk. bietet. Hier kann sowohl A. wie B. sich den Gewinn sichern, jener durch Rücknahme des Wandlungsantrages, dieser durch Einwilligung in die Wandlung. Maßgeblich ist die Erklärung, die der Gegenpartei zuerst zugeht.

Die Einwilligung des Verkäufers in die vom Käufer verlangte Wandlung muß innerhalb der für alle Vertragsschlüsse bestimmten Annahmefrist (147) erklärt werden; andernfalls wird das Wandlungsverlangen für den Käufer unverbindlich, und die verspätete Einwilligung des Verkäufers hat die Bedeutung eines neuen vom Verkäufer ausgehenden Antrages auf Wandlung (150 I). Doch wird diese Theorie für den Fall eine Ausnahme erleiden, daß der Käufer die Wandlung im Prozeßwege fordert: hier wird die Einwilligung des Verkäufers stets als rechtzeitig gelten müssen, solange der Käufer die Klage nicht zurückgenommen hat.

β) Während das Rücktrittsrecht des Käufers allgemein ausgeschlossen ist, wenn er die Kaufsache durch Verarbeitung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat, gilt dies für die Wandlung nicht, wenn der Mangel, wegen dessen gewandelt wird, sich erst bei der Umgestaltung gezeigt hat (352, 467).

Beispiel. A. hat von B. eine Gans gekauft; erst als sie gebraten und tranchiert ist, zeigt sich, daß das Fleisch einen widrigen Geschmack hat. Hier kann A. noch jetzt wandeln.

γ) Während das Rücktrittsrecht des Käufers allgemein erlischt, wenn es nicht binnen einer dem Käufer vom Verkäufer bestimmten angemessenen Frist ausgeübt wird, gilt dies für das Wandlungsrecht nur, wenn der Käufer vor der Fristbestimmung dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache behauptet und der Verkäufer sich bei der Fristbestimmung zur Wandlung erboten hatte (355, 466).

Beispiel. A., der dem B. einen photographischen Apparat geliefert hat, entdeckt gleich nach der Lieferung, daß der Apparat unbrauchbar ist, und möchte ihn deshalb von B. wiederhaben, um ihn dem Fabrikanten zurückzugeben: B. gibt aber, obgleich A. unter Setzung einer Frist sich ausdrücklich zur Wandlung erbietet, aus Bequemlichkeit keine Antwort. Hier behält B. sein Wandlungsrecht; denn er hat ja seinerseits einen Mangel des Apparats noch nicht behauptet!

ε) Während das Rücktrittsrecht des Käufers unverjährbar ist, ist das Wandlungsrecht der Verjährung unterworfen.

αα) Die Verjährungsfrist ist verschieden, je nachdem es sich um den Kauf von Fahrnisachen oder von Grundstücken handelt: dort beträgt sie sechs, hier zwölf Monate (477 I). Außerdem beginnt die Frist beim Fahrniskauf mit

der „Ablieferung“, beim Grundstückskauf mit der „Übergabe“ der Kaufsache (477 I); wie es scheint, ist der Unterschied zwischen Ablieferung und Übergabe, daß jene auch durch eine einseitige Handlung des Verkäufers erfolgen kann,¹⁷ während diese stets vertragsmäßig erfolgen muß. Gleichgültig ist, ob der Käufer bei Beginn oder wenigstens im Lauf der Verjährungsfrist den Mangel erkannt hat oder hat erkennen können: seine Kenntnis verkürzt, seine Unkenntnis verlängert die Verjährung nicht.

Beispiele. I. 1. A. hat dem B. Steine für einen Bau verkauft und liefert sie am 1. Mai auf der Baustelle dadurch ab, daß er sie dort abladet, obschon zufälligerweise niemand anwesend ist, der sie abzunehmen befugt wäre; bald darauf erscheint B. auf der Baustelle, findet die Steine mangelhaft und verweigert ihre Abnahme; am 15. Mai nimmt er die Abnahme aber doch vor; später stellt er fest, daß die Steine noch weit mangelhafter sind, als er ursprünglich angenommen, und verlangt Wandlung. Hier beginnt die Verjährung des Wandlungsanspruchs anscheinend schon am 1. Mai. 2. C. hat dem D. ein Haus verkauft und bietet ihm die Übergabe am 1. Mai an; D. erklärt das Haus für mangelhaft und weist die Übergabe zurück; C. stellt ihm darauf das Haus zur Verfügung und schickt ihm die Hauschlüssel mit der Post zu; am 15. Mai kommt aber die Übergabe des Hauses nachträglich doch zustande; später stellt D. fest, daß das Haus noch weit mangelhafter ist, als er ursprünglich angenommen, und verlangt Wandlung. Hier beginnt die Verjährung des Wandlungsanspruchs erst am 15. Mai. II. E. führt einen Wein, der völlig einwandfrei ist, aber binnen sechs Monaten getrunken werden muß, weil er sich nicht länger hält; von ihm hat er an F. 100 Flaschen verkauft und dabei vergessen, dem D. diese kurze Haltbarkeit des Weins mitzuteilen. Hier ist F., wenn er den Wein schon und erst im siebenten Monat hinter den Fehler kommt, zur Wandlung des Kaufs nicht mehr imstande.

Ein einseitiger Ablieferungsakt bringt die Verjährung natürlich nur in Gang, wenn er rechtmäßig vorgenommen wird, und es wird sehr oft zweifelhaft sein, ob dies der Fall ist. Jedenfalls kann keine Rede davon sein, daß der Verkäufer allgemein zu einseitiger Ablieferung befugt wäre, sobald eine zweiseitige Übergabe auf Schwierigkeiten stößt.¹⁸

Nicht selten wird im Einzelfall die Ablieferung oder Übergabe für den Beginn der Verjährung (gerade wie für den Gefahrübergang) durch irgendeinen andern Vorgang ersetzt; ist der Käufer z. B. schon beim Abschluß des Kaufs im unmittelbaren Besitz der Kaufsache, so wird die Verjährung sofort mit dem Vertragsschluß ihren Anfang nehmen. Dagegen wird, wenn Ablieferung oder Übergabe durch ein Besitzkonstitut oder durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den unmittelbaren Besitzer der Kaufsache ersetzt wird (i. oben S. 503 I) die Verjährung regelmäßig erst beginnen, wenn der Käufer nachträglich den unmittelbaren Besitz der Sache erlangt; denn diese Vorgänge sind eben keine Ablieferung oder Übergabe; und daß die Parteien sie der Ablieferung oder Übergabe gleichstellten, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, da sie dem Käufer eine sorgfältige Prüfung der Kaufsache nicht in derselben Art ermöglichen.

ββ) Die Verjährung wird außer durch Anerkenntnis, Klage, Streitverkündigung usw. auch dadurch unterbrochen, daß der Käufer gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt (477 II ZPO. 485 ff.).

γγ) Für die Verjährung bildet der Wandlungsanspruch zusammen mit den andern Ansprüchen, die dem Käufer, wie später zu zeigen, wegen eines Mangels der Kaufsache zustehen, eine Einheit: demgemäß bewirkt die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines dieser Ansprüche zugleich die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der andern Ansprüche (477 III).

17) Siehe RG. 5 S. 31.

18) Siehe Düringer-Sachenburg, Komment. 3. HGB. 3 S. 19.

dd) Das Wandlungsrecht wird von der Verjährung allgemeiner Regel gemäß nur insoweit unmittelbar getroffen, als es Anspruchsrecht ist, d. h. als es darauf geht, daß der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Wandlung verlangen kann (477 I), während es insofern, als es Einrederecht ist (oben S. 519 α), nicht verjährt. Doch wird die Wandlungseinrede von der Verjährung des Wandlungsanspruchs mittelbar sehr empfindlich berührt: der Käufer muß nämlich, ehe sein Wandlungsanspruch verjährt, dem Verkäufer von dem Mangel, wegen dessen die Einrede erhoben werden soll, wenigstens eine Anzeige machen¹⁹; tut er dies, so hat er die Wandlungseinrede für immer gerettet; tut er es nicht, so hat er in dem Zeitpunkt, in dem der Wandlungsanspruch verjährt, die Wandlungseinrede für immer verloren; daß die Anzeige noch vor der Verjährung des Wandlungsanspruchs beim Verkäufer eintrifft, ist nicht nötig, sondern es genügt, wenn sie nur vor diesem Zeitpunkt an den Verkäufer abgesendet ist (478 I Satz 1).

Beispiele. I. A. hat dem B. am 1. April einen unbrauchbaren Gasmotor geliefert, ohne etwas von den Fehlern des Motors zu wissen; B. hat 100 Mk. darauf sofort angezahlt; den Rest mit 500 Mk. soll er am 1. Juli entrichten, unterläßt aber die Zahlung; A. und B. überbieten sich in Geduld, A., indem er den B. wegen der 500 Mk. nicht mahnt, B., indem er sich mit dem Motor schweigend abquält. Hier zeigt es sich am 1. Oktober, daß die Geduld des A. klug, die des B. töricht war; denn A. kann jetzt seine 500 Mk. fordern, während der Wandlungsanspruch des B. verjährt und sein Recht, die Zahlung der 500 Mk. mittels Einrede zu verweigern, erloschen ist. II. Derselbe Fall wie zu I; nur hat B. am 30. September dem A. die Unbrauchbarkeit des Motors brieflich angezeigt. Hier ist sein Wandlungsanspruch gleichfalls verjährt und damit die Hoffnung, die angezahlten 100 Mk. zurückzubekommen, verloren; dagegen ist die Einrede bezüglich der 500 Mk. gerettet, selbst wenn A. den Brief B.s nie erhalten hat. III. Derselbe Fall wie zu II; nur hat B. am 30. September die Wandlung des Kaufs verlangt, und A. hat sie sofort bewilligt; seitdem ist ein Jahr vergangen, ohne daß B. etwas von sich hat hören lassen. Hier kann B. nach wie vor auf der Wandlung bestehen; denn durch die Einwilligung A.s ist die Verjährung des Wandlungsanspruchs B.s nicht etwa bloß unterbrochen, so daß sie sofort ihren sechsmonatigen Lauf von neuem begonnen hätte (s. 217), sondern der Wandlungsanspruch B.s ist damit erfüllt und an seine Stelle der Anspruch auf Rückzahlung der 100 Mk. getreten; dieser Anspruch verjährt aber erst in 30 Jahren (195).

Die Anzeige des Mangels muß mit einiger Genauigkeit geschehn.²⁰ Eine Erklärung, daß der Käufer wegen des Mangels wandeln wolle, braucht mit der Anzeige nicht verbunden zu werden.

ee) Hat der Verkäufer den Mangel, wegen dessen der Wandlungsanspruch erhoben wird, arglistig verschwiegen (s. unten S. 527 V), so tritt an die Stelle der zu $\alpha\alpha$ genannten abgekürzten die ordentliche dreißigjährige Verjährungsfrist (477 I Satz 1, 195).²¹ Auch ist die Regel, daß die Wandlungseinrede erlischt, wenn der Käufer den Mangel nicht vor der Verjährung des Wandlungsanspruchs dem Käufer angezeigt hat, in diesem Fall unanwendbar (478 II).

5) Während für den Rücktritt vom Kauf der Fall, daß der Kauf eine Mehrheit von Sachen betrifft, nicht besonders geregelt ist, hat das Gesetz für die Wandlung diesem Fall eine ganze Reihe von Vorschriften gewidmet.

19) Siehe RG. 59 S. 150.

20) Düringer-Sachenburg, Kommentar. z. BGB. 3 S. 164.

21) RG. 66 S. 88.

αα) Grundsätzlich darf, falls von den mehreren Sachen bloß ein Teil mangelhaft ist, die Wandlung nur auf die mangelhaften Sachen bezogen werden, während der Kauf der mangelfreien Sachen in Kraft bleibt; sind jedoch die mehreren Sachen erkennbar als zusammengehörend verkauft,²² so kann, wenn die mangelhaften Sachen von den mangelfreien nicht ohne Nachteil für eine der Parteien getrennt werden können, die benachteiligte Partei — also je nach Lage des Falls der Käufer, der Verkäufer oder ein jeder von ihnen — verlangen, daß die Wandlung auf sämtliche Sachen erstreckt werde (469). Beispiel: wenn A. von B. einen Jagdhund und ein Paar gleichfarbige Tücher für zusammen 400 Mk. kauft und ein Tücher sich als mangelhaft erweist, muß, wenn B. den Kauf dieses Tüchers wandelt, die Wandlung auf Verlangen einer Partei auch auf den andern Tücher, nicht aber auch auf den Jagdhund erstreckt werden.

ββ) Eine Ausnahme gilt, wenn die mehreren Sachen im Verhältnis von Haupt- und Nebensachen zueinander stehen: hier wird nicht so fein unterschieden, wie zu αα, sondern schablonenhaft bestimmt, daß sich die Wandlung wegen eines Mangels der Hauptsache stets auch auf die Nebensache, wegen eines Mangels einer Nebensache niemals auch auf die Hauptsache erstreckt (470). Beispiel: wenn A. von B. ein Gasthaus samt Inventar gekauft hat und das Inventar sich als gänzlich mangelhaft erweist, so kann A. nur den Kauf des Inventars wandeln, muß dagegen das Gasthaus behalten; daß der Preis des Inventars mit 50000, der des Hauses mit nur 30000 Mk. angesetzt war und A. das Haus ohne das Inventar nie gekauft haben würde, ändert anscheinend an dieser Entscheidung nichts (s. 139?).

γγ) Bleibt nach den beiden vorstehenden Regeln der Kauf in Ansehung der mangelfreien Sachen in Kraft, so muß, wenn für alle Sachen zusammen ein Gesamtpreis vereinbart war, für die mangelfreien Sachen ein Sonderpreis berechnet werden. Dies geschieht in der Art, daß der Gesamtpreis in dem Verhältnis herabgesetzt wird, in dem zur Zeit des Kaufs der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Wert der von der Wandlung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde (471). Beispiel: A. hat von B. 12 Stühle, deren Wert beim Verkauf in mangelfreiem Zustande nach unparteiischer Schätzung für das Stück 40 Mk. betragen hätte, um 600 oder um 360 Mk. gekauft und wandelt den Kauf eines Stuhls; hier wird der Kaufpreis für die übrigen Stühle auf 550 oder 330 Mk. herabgesetzt.

η) Während eine allgemeine Regel darüber, wer beim Rücktritt des Käufers vom Kauf die Kosten des Kaufs zu tragen hat, nicht aufgestellt ist, werden bei der Wandlung die Kaufkosten allgemein dem Verkäufer zur Last gelegt (467 Satz 2).

2. Zweitens hat der Käufer, wenn die Kaufsache nur der Gattung nach bestimmt war, ein Recht auf eine Ersatzlieferung (480 I Satz 1), d. h. er kann vom Verkäufer verlangen, daß dieser statt in die Wandlung des Kaufs zu willigen, sich zur Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften verpflichte (Ersatzlieferungsanspruch). Auf dies Recht finden fast alle Regeln über das Wandlungsrecht entsprechende Anwendung (480 I Satz 2). Hervorgehoben sei das Folgende:

a) Das Ersatzlieferungsrecht wird dadurch ausgeschlossen, daß die mangelhafte Kaufsache beim Käufer durch dessen Verschulden untergeht oder daß sie an einen Dritten weiter veräußert ist und von diesem nicht herausgegeben wird (480 I, 467, 351, 353).

b) Das Ersatzlieferungsrecht besteht nicht darin, daß der Käufer dem Verkäufer die Ersatzlieferung einseitig auferlegen kann, sondern darin, daß er sie dem Verkäufer antragen darf und dieser sie vertragsmäßig bewilligen muß (480 I, 465). Solange die Bewilligung nicht erteilt oder durch ein rechts-

22) S. R. 66 S. 154.

kräftiges Urteil ersetzt ist, besteht ein Schwebezustand, während dessen der Käufer die Bezahlung des ausstehenden Kaufpreises durch Einrede (Ersatzlieferungseinrede) verweigern und sein Verlangen einer Ersatzlieferung beliebig zurücknehmen kann.

c) Der Verkäufer kann den Käufer, wenn dieser ihm gegenüber einen Mangel der Sache behauptet, unter dem Erbieten einer Ersatzlieferung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er die Ersatzlieferung verlange; die Ersatzlieferung kann in diesem Fall nur bis zum Ablauf der Frist gefordert werden (480 I, 466).

d) Die Verjährung des Ersatzlieferungsanspruchs und der Einfluß dieser Verjährung auf die Ersatzlieferungseinrede ist ebenso geregelt wie beim Wandlungsanspruch (480 I, 477, 478).

e) Betrifft der Kauf eine Mehrheit von Sachen, von denen nur ein Teil mangelhaft ist, so kann das Ersatzlieferungsrecht regelmäßig nur wegen der mangelhaften Sachen geltend gemacht werden (i. 480 I, 469, 470).

3. Drittens hat der Käufer ein Recht auf Preisminderung (462), d. h. er kann vom Verkäufer verlangen, daß dieser statt in die Wandlung des Kaufs — oder beim Gattungskauf in eine Ersatzlieferung — in eine angemessene Herabsetzung des bedungenen Kaufpreises willige (Preisminderungsanspruch, *actio quanti minoris*).

a) Die Preisminderung erfolgt so, daß der bedungene Kaufpreis nach Verhältnis des Werts, den die Kaufsache in mangelfreiem Zustande haben würde („idealer objektiver Wert“) zu dem Wert, den sie in ihrem mangelhaften Zustande wirklich hat („wirklicher objektiver Wert“), herabgesetzt wird (472 I); es wird also der bedungene Preis zwar nicht dem wirklichen objektiven Wert der Sache in ihrem mangelhaften Zustande gleichgestellt, aber doch ihm angepaßt: der ideale und der wirkliche objektive Wert geben die Verhältniszahlen ab, nach denen aus dem von den Parteien in dem Kaufvertrage nach Maßgabe ihrer subjektiven Anschauungen und Wünsche bestimmten Preise ein neuer Preis berechnet wird, auf daß er jene Anschauungen und Wünsche in verändertem Maßstabe gleichsam wieder spiegelt; und zwar ist als Zeitpunkt für die Feststellung des objektiven Werts der Kaufsache — sowohl des idealen wie des wirklichen — die Zeit des Kaufabschlusses maßgebend, weil es sich ja lediglich darum handelt, die beim Kaufabschluß getroffene Preisabrede zu verbessern, und hierzu nur die Wertschätzungen aus der Zeit des Vertragschlusses benutzt werden können (472).

Beispiele. A. hat dem B. eine Florabüste für 10 000 M. verkauft; noch ehe die Büste dem B. übergeben wird, wird sie durch einen Zufall beschädigt; als B. zur Abschätzung des Schadens die Büste einem Sachverständigen bringt, erklärt dieser sie für einen echten Leonardo und bestimmt ihren Wert im unbeschädigten Zustande auf 200 000 M., im beschädigten auf 150 000 M. Hier kann B., obschon er die Büste immer noch um 140 000 M. zu billig erworben hat, doch noch eine Preisermäßigung um 2500 M. beanspruchen. Ob A. diesen Ersatzanspruch damit abwehren kann, daß er den Kauf wegen Irrtums ansieht, sei hier dahingestellt.

b) Das Preiserminderungsrerht ist von dem Wandlungs- und dem Ersatzlieferungsrerht in mehreren Punkten verschieden.

a) Der Hauptunterschied ist, daß alle Regeln, die für das Wandlungs- und Ersatzlieferungsrerht einer- und das Rücktrittsrerht andererseits gemeinsam gelten, auf das Preiserminderungsrerht unanwendbar sind, da ja der Käufer die Kaufsache bei Ausübung des Preiserminderungsrerhts behält und auch den Kaufpreis mindestens teilweise schuldig bleibt. Insbesondere wird das Preiserminderungsrerht dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Kaufsache beim Käufer durch dessen Verschulden untergeht; bei Mehrheit der Käufer oder Verkäufer kann das Preiserminderungsrerht von jedem der Käufer und gegen jeden Verkäufer getrennt geltend gemacht werden usw. (474).

Beispiel. A. entdeckt, daß der Henkel eines schweren Kruges, den er von B. gekauft, nur schlecht ange kittet ist; um die Haltbarkeit des Kitts zu prüfen, hebt er den Krug an dem Henkel in die Höhe; dabei bricht der Henkel ab, und der Krug zerbricht in Scherben. Hier kann A. den Kauf nicht wandeln, aber doch den Preis des Kruges mindern.

β) Ein zweiter Unterschied ist, daß der Verkäufer kein Recht hat, dem Käufer zur Ausübung seines Preiserminderungsrerhts eine Frist zu bestimmen.

γ) Ein dritter Unterschied ist, daß es an einer gesetzlichen Regel darüber fehlt, ob, wenn von mehreren in dem nämlichen Kauf gehandelten Sachen nur ein Teil mangelhaft ist, die Preiserminderung sich auch auf die mangelfreien Sachen erstrecken kann. Wie es scheint, wird man die Frage je nach den Umständen bald bejahen, bald verneinen müssen.²³ Beispiel: wenn von einem Tafelgeschirr, das A. von B. gekauft hat, nur die Suppenterrine beschädigt ist und die Terrine allein nicht nachbeschafft werden kann, so ist damit der Wert des ganzen Geschirrs gemindert; demnach kann A. den Preis des ganzen Geschirrs herabsetzen.

δ) Ein vierter Unterschied ist, daß, wenn eine Kaufsache mehrere Mängel aufweist, das Preiserminderungsrerht mehreremale hintereinander geltend gemacht werden kann (475), was bei dem Wandlungs- und dem Ersatzlieferungsanspruch selbstverständlich ausgeschlossen ist.

c) Dagegen unterliegt das Preiserminderungsrerht im übrigen den nämlichen Regeln wie das Wandlungs- und das Ersatzlieferungsrerht.

a) Das Preiserminderungsrerht besteht nicht darin, daß der Käufer den Kaufpreis einseitig herabsetzen kann, sondern darin, daß er die Preiserminderung dem Verkäufer antragen darf und dieser sie vertragsmäßig bewilligen muß. Solange die Bewilligung nicht erteilt oder durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt ist, besteht ein Schwebezustand, während dessen der Käufer die Bezahlung eines Teils des ausstehenden Kaufpreises durch Einrede verweigern (Preiserminderungseinrede) und sein Verlangen einer Preiserminderung beliebig zurücknehmen kann (s. 465, 478).

β) Die Verjährung des Preiserminderungsanspruchs und der Einfluß dieser Verjährung auf die Preiserminderungseinrede ist ebenso geregelt wie beim Wandlungsanspruch (477, 478) usw.

4. Viertens hat der Käufer, wenn der Verkäufer einen von ihm zu vertretenden Mangel der Kaufsache arglistig verschwiegen hat (s. unten S. 527 V), ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (463 Satz 2),

23) Abw. unjre 4. Aufl. 1 S. 446.

d. h. er kann vom Verkäufer verlangen, daß dieser statt in die Wandlung des Kaufs, die Ersatzlieferung oder die Preisminderung zu willigen, ihm für Nichtlieferung der Kaufsache vollen²⁴ Schadensersatz in Geld gewähre. Von den zu 1 genannten für das Wandlungsrecht geltenden Regeln ist auf dies Schadensersatzrecht keine einzige anwendbar. Das Recht unterliegt vielmehr lediglich den für Schadensersatzansprüche im allgemeinen maßgebenden Normen.²⁵

Beispiel. A. hat dem B. ein Haus für 80 000 Mk. verkauft und ihm dabei arglistig verschwiegen, daß es mit Schwamm behaftet sei; B. verkauft das Haus gutgläubig an C. für 120 000 Mk. weiter; nun wird der Schwamm entdeckt, und C. wandelt den Kauf. Hier kann B. von A. Erstattung des ihm mit 40 000 Mk. entgangenen Gewinns fordern und kann, wenn er dem A. aus einem fälligen Darlehn 30 000 Mk. schuldet, jenen Anspruch sofort gegen seine Schuld aufrechnen, auch wenn A. in die Leistung des Schadensersatzes weder eingewilligt hat noch rechtskräftig dazu verurteilt ist (s. dazu das Beispiel oben S. 520).

IV. Die vier Rechtsbehelfe, die das Gesetz dem Käufer für den Fall zur Verfügung stellt, daß die Kaufsache sich als mangelhaft erweist, schließen sich gegenseitig aus.²⁶ Nur für das Preisminderungsrecht gilt eine Ausnahme: hat der Käufer wegen eines Mangels der Kaufsache eine Preisminderung erreicht, so kann er zwar nicht wegen desselben, aber doch wegen eines andern Mangels der Sache nachträglich auch die Wandlung, eine Ersatzlieferung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern (s. 475, 480 I).

Beispiel. A. hat dem B. Wein verkauft und geliefert; da der Wein trübe ist, verlangt B. brieflich Lieferung andern Weines, schickt aber dem Brief ein Telegramm nach, in dem er statt der Ersatzlieferung eine Preisminderung fordert. Hier ist letztere Forderung begründet, wenn das Telegramm bei A. anlangt, ehe der Brief ihm zugegangen war (s. 130 I) oder wenn A. es unterlassen hatte, unverzüglich seine Einwilligung in die Ersatzlieferung zu erklären (s. 147 II; s. oben S. 421 Abj. 4). Andernfalls ist sein Anspruch unbegründet; denn ist einmal der Ersatzlieferungsvertrag abgeschlossen, so ist damit der Preisminderungsanspruch beseitigt.

Dadurch, daß der Käufer seine vier verschiedenen Rechte nicht zusammen ausüben kann, folgt aber nicht, daß er sie nicht alternativ in der nämlichen Lage geltend machen dürfte. Es ist also zulässig, daß er darauf klagt, der Verkäufer möge entweder wandeln oder den Preis mindern, und erst, wenn eine Beweisaufnahme erfolgt ist, sich endgültig für einen der Anträge entscheidet.²⁷

V. Wie sich aus den Regeln zu I und III ergibt, ist gesetzlich besonders ausgezeichnet der Fall, daß der Verkäufer einen Mangel der Kaufsache arglistig verschwiegen hat: denn er muß alsdann den Mangel vertreten, auch wenn der Käufer ihn ohne Mühe hätte erkennen können; er kann sich ferner gegenüber den Ansprüchen des Käufers nicht auf die kurze sechs- oder zwölfmonatige Verjährung berufen; er muß endlich dem Käufer vollen Schadensersatz leisten (460 Satz 2, 477 I, 478 II, 463 Satz 2, 480 II). Deshalb ist das Wesen dieses arglistigen Verschweigens hier noch näher zu bestimmen.

1. Um das Verschweigen eines Mangels der Kaufsache seitens des Ver-

24) RG. 52 S. 353, 53 S. 91.

25) Siehe oben § 91.

26) Vgl. RG. 52 S. 19.

27) Abw. Örtmann Anm. 1 d zu § 465.

käufers als arglistig zu brandmarken, genügt die Feststellung nicht, daß der Mangel dem Verkäufer bekannt gewesen ist, sondern es ist außerdem die Feststellung erforderlich, daß der Verkäufer gewußt hat, der Käufer kenne den Mangel nicht und würde bei richtiger Kenntnis den Kauf gar nicht oder nur unter andern als den vereinbarten Bedingungen abgeschlossen haben. Ja mehr noch: der Verkäufer muß entweder dem Käufer die Erkenntnis des Mangels absichtlich erschwert oder er muß bemerkt haben, daß der Käufer von ihm eine Auskunft über etwaige Mängel der Sache erwartete.²⁸

Beispiele. I. A. verkauft sein Haus zur Sommerzeit an B. und verschweigt ihm dabei, daß die Zentralheizungsanlage des Hauses völlig unbrauchbar ist, obgleich er genau weiß, daß B. hiervon keine Ahnung hat. 1. Dies Schweigen ist arglistig, wenn A. das Haus dem B. zum Kauf angeboten hatte; denn alsdann konnte B. erwarten, daß A. ihm einen so schweren Mangel wie den hier vorliegenden unaufgefordert mitteilen würde. 2. Hat dagegen B. seinerseits die Initiative zum Hauskauf ergriffen, so kann man in jenem Schweigen des A. keine Arglist sehen; denn A. hatte hier keine Veranlassung, den B. aufzuklären; dagegen wäre es arglistig, wenn A. dem B. den Zutritt zur Heizanlage absichtlich erschwert hätte, etwa dadurch, daß er den Heizraum mit alten Kisten versperrte. II. 1. C. kauft in dem Geschäft D.s ein Paar Handschuhe, von denen einer, wie D. weiß, aber dem C. nicht anzeigt, stark beschmuckt ist. Hier ist das Schweigen des D. arglistig, sobald er bemerkt, daß C. zufällig nur den sauberen Handschuh beichtigt, ohne daß, wie zu I, danach unterschieden werden muß, ob der Antrag zum Kauf vom Verkäufer oder vom Käufer ausgeht; denn der Händler hielt ja den Handschuh als neuen feil; also mußte er dem Kunden auch dann, wenn dieser als Antragsteller auftrat, über die Mängel des Handschuhs ungefragt Auskunft geben. 2. Dagegen wäre anders zu entscheiden, wenn der Handschuh nur wenig beschmuckt war; denn dann konnte D. annehmen, daß C. auf dessen Sauberkeit keinen besondern Wert legen werde, und durfte demgemäß, ohne geradezu arglistig zu handeln, schweigen.

Gleichgültig ist, ob der Käufer durch die Arglist des Verkäufers tatsächlich getäuscht ist.²⁹

2. Die Arglist des Verkäufers kann sowohl erheblich sein, wenn sie beim Kaufabschluß, als auch dann, wenn sie erst bei der Ablieferung oder Übergabe der Kaufsache vorhanden gewesen ist.³⁰ Ersteres ist immer der Fall, wenn der Kaufabschluß eine individuell bestimmte Sache betraf; letzteres ist der Fall, wenn der Kauf eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zum Gegenstande hatte oder wenn es sich darum handelt, die Einrede der kurzen Verjährung abzuwehren oder eine Schadensersatzpflicht des Verkäufers zu begründen.

Beispiele. Ein Automobil, das A. geerbt und dem B. verkauft und geliefert hat, leidet an sehr groben Fehlern; A. und B. haben sie aber nicht erkannt, weil sie beide von Automobilen nichts verstehen; erst nach dem Verkauf wird A. auf die Fehler aufmerksam gemacht und verzögert nun die Ablieferung arglistig unter allerlei Vorwänden so lange, bis B. eine große Reise antritt und dadurch eine Benutzung des Automobils durch B. auf längere Zeit ausgeschlossen ist; die Folge ist, daß B. die Fehler erst sieben Monate nach der Ablieferung bemerkt. I. Hier ist A. haftfrei, wenn nach Lage des Falls darin, daß B. die Fehler des Automobils nicht bereits beim Kauf erkannte, eine grobe Fahrlässigkeit lag; denn

28) Siehe Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht (08).

29) RG. 55 S. 215.

30) RG. 55 S. 214.

alsdann braucht A., auch wenn seine eigne Fahrlässigkeit die nämliche war, jene Fehler nicht zu vertreten (460), und wird dadurch, daß er nachträglich arglistig handelt, nicht etwa nachträglich haftbar. II. Dagegen ist A. haftbar, wenn dem B. eine grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt (459); demgemäß kann B. den Kauf wandeln und, wenn A. die Einrede der Verjährung erhebt, sich auf die nachträgliche Arglist A.'s sehr wohl berufen (477). Ebenso kann B. auf Grund der nachträglichen Arglist A.'s auch Schadensersatzprüche erheben, soweit sie nicht Schäden, die ihm schon durch den Kauf, sondern Schäden, die ihm erst durch die Lieferung des fehlerhaften Automobils erwachsen sind, betreffen; erstattungsfähig ist also z. B. nicht der Gewinn, der dem B. dadurch entgeht, daß er das Automobil in seinem mangelhaften Zustande nicht weiter verkaufen kann, wohl aber der Schaden, den er erleidet, wenn er einen Autoausflug, der auf drei Tage berechnet war, schon nach 9 Stunden mitten auf dem Wege einstellen muß.

VI. Zweifelhaft ist, ob das Gesetz dadurch, daß es dem Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache die zu III aufgeführten vier Rechte ausdrücklich zugestanden hat, ihm alle sonstigen Befugnisse gegenüber dem Verkäufer stillschweigend hat versagen wollen oder ob er neben jenen vier Rechten noch mit allen sonstigen Befugnissen ausgestattet sein soll, die sich zu seinen Gunsten aus allgemeinen Rechtsregeln ergeben. Wie es scheint, ist die Frage zu beantworten wie folgt:

1. Stillschweigend versagt ist dem Käufer

a) das Recht, wegen der Mängel der Kaufsache vom Kauf einseitig zurückzutreten,

b) das Recht, tatsächliche Beseitigung der Mängel der Kaufsache im Wege der Ausbesserung zu fordern.³¹

Beispiel. A. hat von dem Optikus B. einen bei diesem vorrätigen Feldstecher von Zeiß gekauft, dessen Schraubwerk nicht tadellos arbeitet. Hier muß B. den Feldstecher zurücknehmen oder den Preis herabsetzen, braucht dagegen die Ausbesserung des Schraubwerks weder selbst zu besorgen noch durch Zeiß besorgen zu lassen.

Ist der Verkäufer zur Ausbesserung der Kaufsache nicht verpflichtet, so ist er doch innerhalb einer ihm vom Käufer zu bewilligenden angemessenen Nachfrist dazu berechtigt.³² Denn es geht nicht an, daß ein Verkäufer, der die Kaufsache mit ausbesserbaren Mängeln liefert, ungünstiger behandelt werden soll als ein Verkäufer, der sie gar nicht liefert.

2. Umgekehrt ist dem Käufer stillschweigend belassen

a) das Recht, die Annahme der Kaufsache wegen ihrer Mängel abzulehnen und, solange die Annahme nicht erfolgt ist, die Bezahlung des Kaufpreises zu verweigern (s. unten S. 531, 3),

b) das Recht, nach Maßgabe der allgemeinen hierfür geltenden Vorschriften auf Grund der Mängel der Kaufsache den Kauf wegen Irrtums oder Betruges anzufechten (119, 123).³³

Das Reichsgericht hat freilich angenommen, wegen eines geringfügigen Mangels könne der Käufer die Annahme nicht verweigern, sondern nur Preisminderung fordern.³⁴ Doch dürfte diese Lehre mit unsern Gesetzen nicht ganz in Einklang stehen.

31) Örtmann Anm. 5a zu § 462.

32) Siehe RG. 61 S. 93. Abw. Endemann 1 S. 988¹⁴.

33) Krückmann, Arch. f. ziv. Pr. 98 S. 420, 101 S. 393; R. Schmidt, Unfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrthum u. Wandlungsanspruch (Diss. 10). Abw. RG. 61 S. 175, 62 S. 285, 70 S. 429; Landsberg S. 192; Schneider, Arch. f. ziv. Pr. 97 S. 142.

34) RG. 53 S. 74.

3. Was endlich den Anspruch des Käufers auf Schadensersatz angeht, so ist zu unterscheiden:

a) Stillschweigend versagt ist dem Käufer das Recht, Schadensersatz bloß deshalb zu fordern, weil die Kaufsache tatsächlich Mängel aufweist oder weil dem Verkäufer in Ansehung dieser Mängel Fahrlässigkeit, sei es leichte, sei es gar grobe, zur Last fällt.

Beispiel. A. hat dem B. Einmachgläser verkauft und geliefert, die nicht dicht schließen; die Folge ist, daß dem B. die Gemüse und Früchte, für die er die Gläser verwendet, verderben. Hier ist A. nur zur Zurücknahme, Ersatzlieferung und Preisminderung verpflichtet, braucht dagegen den Wert des verdorbenen Gemüses nur zu ersetzen, wenn er den Mangel der Gläser arglistig, nicht schon dann, wenn er ihn aus grober Fahrlässigkeit dem B. verschwiegen hat.

Auch in dieser Beziehung ist das Reichsgericht anderer Meinung.³⁵ Doch hätte das Gesetz, wenn es eine derartige allgemeine Ersatzpflicht hätte anerkennen wollen, dies irgendwie angedeutet (s. 463, 480 II).

b) Stillschweigend belassen ist dem Käufer das Recht auf Schadensersatz
 α) in dem Fall, daß der Verkäufer mit der vom Käufer verlangten Wandlung, Ersatzlieferung oder Preisminderung in Verzug gerät;

β) in dem Fall, daß die Mängel der Kaufsache erst nach dem Kaufabschluß durch ein Verschulden des Verkäufers entstanden sind.

Beispiele. I. A. hat von B. Kohlen gekauft; die Kohlen werden am 1. Oktober geliefert und am 1. November als mangelhaft erkannt; B. verlangt nun am 5. November von A. die sofortige Lieferung guter Kohlen; A. erfüllt dies Verlangen erst am 1. Dezember. Hier muß B. dem A. den Schaden, der diesem durch das Fehlen guter Kohlen entstanden ist, zwar nicht für die Zeit vom 1. Oktober bis 5. November, wohl aber für die Zeit vom 5. November bis 1. Dezember ersetzen. II. Der Polsterer C. verkauft an D. ein Sofa, das bei der Lieferung ein Nest von Motten aufweist. Hier ist C. nur im Fall der Arglist haftbar, wenn die Motten bereits zur Zeit des Kaufs im Sofa hausten; dagegen haftet er schon bei geringer Fahrlässigkeit, wenn die Motten erst in der Zeit zwischen Kauf und Lieferung ihren Einzug in das Sofa hielten.

VII. 1. Unanwendbar sind die Regeln dieses Paragraphen, wenn der Verkäufer beim Kauf einer individuell bestimmten Sache ein anderes Exemplar als das vereinbarte oder beim Gattungskauf eine Sache von einer andern Art als der vereinbarten liefert. Denn in diesen Fällen handelt es sich nicht darum, daß der Verkäufer die Kaufsache mit Mängeln geliefert, sondern daß er sie überhaupt nicht geliefert hat. Demnach ist hier von Wandlung oder Preisminderung keine Rede, die kurze sechs- oder zwölfmonatige Verjährung greift nicht Platz usw. Vielmehr kann der Käufer sich einfach auf den Standpunkt stellen, daß der Verkäufer mit jener Lieferung seiner Übergabepflicht (oben S. 492) nicht genügt hat.

Beispiel. A. bestellt bei dem Buchhändler B. Effi Briest von Fontane; B. liefert aber irrtümlich Fontanes Irrungen und Wirrungen; A. verschenkt das Buch unausgepackt und erst nach sieben Monaten stellt der Irrtum sich heraus. Hier kann A. noch jetzt, ungehemmt durch die sechsmonatige Verjährung, die Lieferung der richtigen „Effi Briest“ unter Rückgabe der „Irrungen und Wirrungen“ fordern; denn man kann die „Irrungen und Wirrungen“ nicht als eine mangelhafte „Effi Briest“ auffassen.

35) RG. 52 S. 19, 53 S. 203, 56 S. 169. Dagegen auch Ortmann Anm. 1 c vor § 459.

2. Ebenso sind die Regeln dieses Paragraphen unanwendbar, wenn der Verkäufer die Kaufsache zwar in der ordnungsmäßigen Beschaffenheit, aber nicht in der richtigen Menge oder nicht in der vereinbarten Lieferungsart geliefert hat.

Beispiel. A. hat dem B. 1000 Meter eines Treppenläuferstoffs, der ordnungsmäßig eine Breite von 0,7 Meter haben soll, lieferbar franko in das Hauptgeschäft des B. in M. verkauft; er hat aber tatsächlich durch ein Versehen nur 950 Meter in einer Breite von 0,6 Meter unfrankiert in das Zweiggeschäft des B. in N. geliefert; erst nach acht Monaten erhebt B. wegen dieser vierfachen Vertragsverletzung Ansprüche gegen A. Hier sind gemäß den Regeln dieses Paragraphen die Ansprüche B.s wegen der zu geringen Breite des Stoffs verjährt; denn es handelt sich hier um einen Mangel in der Beschaffenheit des Stoffs. Dagegen sind die Ansprüche B.s wegen der übrigen Verstöße A.s, weil sie nichts mit der Beschaffenheit des Stoffs zu tun haben, unverjährt.

3. Schließlich sind die Regeln dieses Paragraphen nach einer vom Reichsgericht zutreffend aufgestellten, aber sehr umstrittenen Theorie³⁶ unanwendbar, solange die Kaufsache dem Käufer noch nicht abgeliefert oder, wenn es sich um ein Grundstück handelt, noch nicht übergeben ist. Für diese Zeit gelten vielmehr folgende Regeln:

a) Der Verkäufer muß die Sache in derjenigen Beschaffenheit liefern, die der Käufer beim Kaufabschluß nach der Verkehrssitte erwarten durfte (242, 243).

b) Ist der Verkäufer hierzu außerstande, so ist die ihm obliegende Leistung unmöglich, und er ist je nach Lage des Falls haftfrei oder zu Schadensersatz verpflichtet (306, 323 ff.).

Beispiel. Nachdem A. sein Haus an B. verkauft, aber bevor er es ihm übergeben hat, wird darin ein bisher nicht erkennbarer Schwamm entdeckt. Hier kann B. nicht auf der Übergabe des Hauses unter Preisminderung bestehen, sondern der ganze Kauf ist ungültig, es sei denn, daß B. auf alle Rechte wegen des Schwamms verzichtet.

Die Richtigkeit der Theorie zu 3 ergibt sich daraus, daß man ohne sie namentlich beim Viehkauf (s. unten S. 537 V) zu widerfönnigen Ergebnissen kommt. Doch ist zuzugeben, daß der Gesetzgeber das Seine dazu getan hat, um das richtige Verständnis seiner Regeln zu erschweren; denn der Wortlaut der maßgebenden Gesetzesparagraphen weist auf unsere Theorie kaum andeutungsweise hin. Hierdurch sowie durch manche andre gerade in diesem Paragraphen nachgewiesenen Eigentümlichkeiten des BGB. wird man, ob man will oder nicht, zu der Vermutung gedrängt, daß die Begabung der Verfasser des BGB. auf einem andern Gebiet als dem der Gesetzgebung gelegen haben muß.

Fortsetzung. Besondere Vereinbarungen der Parteien.

§ 128.

I. Die Pflicht des Verkäufers zur Gewährschaft für Mängel der Kaufsache wird häufig vertragsmäßig verschärft.

1. Eine Verschärfung der Gewährschaftspflicht liegt namentlich vor, wenn

36) RG. 53 S. 73; Düringer-Hachenburg, Komment. z. BGB. 3 S. 82; abw. Ortmanm Anm. 3 zu § 459; Cronie 2 S. 459².

der Verkäufer dem Käufer gewisse Eigenschaften der Kaufsache vertragsmäßig zugesichert hat.

a) Die Zusicherung kann dadurch geschehen, daß der Verkäufer die Eigenschaften, die er gewährleisten will, einzeln aufzählt. Sie kann aber auch in der abgekürzten Art erfolgen, daß der Verkäufer nach einer Probe oder einem Muster verkauft (Kauf nach Probe oder nach Muster): hier gelten sämtliche Eigenschaften der Probe als zugesichert (494), sie müßten denn ganz und gar unerheblich sein.

Beispiele. I. A. verkauft dem B. eine Henne und benennt sie bei dem Kaufabschluß als Bruthenne. Ob er hiermit dem B. „zugesichert“ hat, daß die Henne brüten werde (459 II) oder ob er nur auf den Gebrauch der Henne zum Brüten, der „nach dem Vertrage vorausgesetzt wird“ (459 I), verwiesen hat, läßt sich nur im Einzelfall entscheiden. Im Zweifel ist das letztere anzunehmen. II. C. hat bei D. 10 Mille Zigarren nach einer ihm von D. vorgelegten Probe gekauft; die Probezigarren haben Ringe. Hier kann D. fordern, daß die von C. gelieferten Zigarren gleichfalls Ringe haben, muß es sich aber gefallen lassen, daß die Ringe von denen der Probezigarren in Farbe oder Form ein wenig abweichen.

Hatte die Probe einen dem Käufer unbekanntem Mangel, so kann er diesen Mangel auch bei der nach der Probe gelieferten Ware rügen, falls er vom Verkäufer arglistig verschwiegen oder dem Käufer bei Prüfung der Probe nicht erkennbar war.

b) Die Zusicherung kann sich auf die Beschaffenheit der Kaufsache im weitesten Sinn, also auf irgendwelche tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse der Sache beziehen (s. oben S. 514 a).¹ Auch Zusicherungen über die Größe, die Maße, das Gewicht der Sache können hierher gehören, wenn sie zugleich die Beschaffenheit der Sache, insbesondre ihre Brauchbarkeit für bestimmte Zwecke charakterisieren; namentlich soll, wie das Gesetz ausdrücklich bestimmt, beim Grundstückskauf die Zusicherung einer gewissen Größe des Grundstücks als Zusicherung einer Grundstückseigenschaft gelten (468 Satz 1). Nicht hergehörig sind dagegen Zusicherungen, die lediglich die Menge der verkauften Sache ohne Rücksicht auf ihre Beschaffenheit oder die das Eigentum und die Belastung der Sache betreffen; erfüllt der Verkäufer derartige Zusicherungen nicht, so steht nicht seine Gewährschaftspflicht, sondern seine Übergabepflicht (oben § 123) oder seine Verpflichtung zur Beschaffung lastenfreien Eigentums (oben § 125) in Frage.

Beispiele. I. Als Zusicherung einer Eigenschaft im Sinn des Gesetzes gilt die Zusage, daß die Kaufsache von einer bestimmten Person angefertigt, daß sie früher in Besitz einer bestimmten Person gewesen sei. II. Als Zusicherung einer Eigenschaft im Sinn des Gesetzes gilt die Zusage, daß ein verkaufter leeres Weinsäß 500 Liter Inhalt habe, nicht aber auch die Zusage, daß der verkaufte Wein 500 Liter ausmache.

c) Die Zusicherung kann sich auf Eigenschaften beziehen, die ohnehin zur ordnungsmäßigen Beschaffenheit der Kaufsache gehören, so daß der Verkäufer sie gewährleisten müßte, auch wenn er sie nicht besonders zugesichert hätte, oder auf Eigenschaften, die er nur auf Grund der Zusicherung zu gewährleisten hat. Selbstverständlich ist die rechtliche Bedeutung der Zusicherung in

1) RG. 52 S. 2, 54 S. 222, 59 S. 241, 71 S. 308.

letzterem Fall größer als in ersterem; aber sie mangelt, wie alsbald zu zeigen, auch im ersteren Fall mitnichten.

Beispiel. I. Wenn A. dem B. eine silberne Taschenuhr für 100 Mk. verkauft, ist es wichtig, wenn er ihm zusichert, die Uhr brauche nur alle 60 Stunden aufgezogen werden; denn ohne diese Zusage würde es genügen, wenn die Uhr bloß alle 30 Stunden aufgezogen werden müßte. II. In dem eben genannten Fall ist es wichtig, wenn A. dem B. zusichert, die Uhr würde mindestens ein Jahr lang brauchbar sein. Freilich versteht sich eine solche Brauchbarkeit auch ohne Zusage von selbst; die Haftung des Verkäufers wird aber durch die Zusage erhöht.

d) Die Zusicherung ist rechtswirksam nur, wenn sie erkennbar in rechtsverbindlicher Absicht abgegeben ist. Das ist an und für sich selbstverständlich, muß aber um deswillen besonders hervorgehoben werden, weil erfahrungsmäßig die rechtsverbindliche Absicht gerade bei derartigen Zusicherungen überaus häufig fehlt.

Beispiel. Wenn A. dem B. ein neues Brettspiel verkauft und ihm dabei „zusichert“, daß es höchst interessant sei, so hat das keinen Wert: B. muß das Spiel auch dann behalten, wenn es äußerst langweilig ist.

e) Die Haftung des Verkäufers beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufsache ist im ganzen dieselbe wie seine Haftung bei sonstigen Mängeln; besonders hervorgehoben sei, daß die Haftung fortfällt, wenn der Käufer die Sache in Kenntnis der Unrichtigkeit der Zusicherung gekauft oder vorbehaltlos angenommen hat (460, 464), daß die Ansprüche aus der Haftung regelmäßig in sechs oder zwölf Monaten verjähren (477), daß der Käufer die Beseitigung des Mangels durch Ausbesserung der Kaufsache nicht verlangen kann² usw. Besonderheiten sind die folgenden.

α) Die Haftung des Verkäufers beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft gilt auch dann, wenn der Käufer beim Kaufabschluß die Unrichtigkeit der Zusicherung bei Anwendung nur ganz geringer Aufmerksamkeit hätte erkennen können (400 Satz 2). Der Käufer braucht also nicht zu prüfen, ob die Kaufsache die zugesicherten Eigenschaften in Wahrheit besitzt, sondern kann sich auf die Zusicherung unbefehlt verlassen.

Beispiele. I. A. hat von B. einen fertigen Überzieher nach vorheriger Anprobe gekauft; nach der Lieferung stellt sich heraus, daß der Überzieher viel zu eng ist; nur weil A. grenzenlos unpraktisch ist, hat er das bei der Anprobe nicht bemerkt. Hier kann A. den Kauf wandeln, wenn B. guten Sitz des Überziehers zugesagt hat. Andernfalls muß A. den Überzieher behalten. II. Derselbe Fall; nur hat A. den schlechten Sitz des Überziehers schon bei der Anprobe bemerkt, aber aus Schüchternheit nichts davon gesagt. Hier kann er nicht wandeln, auch wenn der gute Sitz ihm zugesichert war.

β) Der Verkäufer ist beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft auch dann haftbar, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache nur unerheblich oder gar nicht mindert (s. 459 II im Gegensatz zu 459 I).

Beispiel. A. hat bei B. Nieder von Strauß nur mit deutschem Text bestellt, und B. hat ihm auch „zusichert“, daß die Ausgabe, die er liefern werde, nur deutschen Text enthalte: in Wirklichkeit enthält sie auch den englischen Text. Hier kann A. wandeln.

2) Abw. Endemann 1 S. 988¹⁸.

γ) Zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist der Verkäufer beim Mangel einer zugesicherten Eigenschaft nicht bloß dann verpflichtet, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat, sondern auch dann, wenn er ihn nicht gekannt hat und nicht einmal hat kennen können; doch muß der Mangel beim Kauf einer individuell bestimmten Sache schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden gewesen sein, während beim Gattungskauf an Stelle der Zeit des Kaufabschlusses die des Gefahrüberganges tritt (463 Satz 1, 480 II).

Beispiele. I. A. hat dem B. einen Posten Eichenbretter, der bei C. lagert, als „garantiert“ trocken verkauft; die Bretter sind aber unmittelbar vor dem Kaufabschluß durch ein Unwetter gänzlich durchnäßt. Hier ist A. dem B. schadensersatzpflichtig, auch wenn der Unfall ihm erst nach Abschluß des Kaufs mitgeteilt ist. Anders, wenn der Unfall erst zwischen Kaufabschluß und Übergabe eingetreten wäre; denn alsdann hätte B. zwar ein Wandlungs- und Preisminderungsrecht, aber kein Recht auf Schadensersatz. II. Derselbe Fall; nur hat A. die Bretter beim Kauf bloß der Gattung nach bestimmt, dann aber zur Erfüllung seiner Lieferungsspflicht die bei C. lagernden Bretter dem B. übergeben lassen. Hier ist A. zu Schadensersatz verpflichtet, auch wenn der Unfall sich erst in der Zeit zwischen Kaufabschluß und Übergabe ereignet hat.

δ) Ist der eben erwähnte Schadensersatzanspruch des Käufers verjährt, so kann er zur Aufrechnung gegen eine Gegenforderung des Verkäufers nur dann verwendet werden, wenn der Käufer dem Verkäufer von dem Mangel, wegen dessen er Schadensersatz fordert, noch vor Ablauf der Verjährungszeit Anzeige gemacht hat, es sei denn, daß der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hatte (479).

ε) Fehlt einem verkauften Grundstück die zugesicherte Größe, so hat der Käufer ein Wandlungsrecht nur, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrages für den Käufer kein Interesse hat (468 Satz 2).

Beispiel. Ein Grundstück ist als Baustelle gekauft, ist aber im Widerspruch zu der Größenangabe des Verkäufers so klein, daß es nicht bebaut werden kann.

2. Eine Verschärfung der Gewährschaftspflicht des Verkäufers liegt ferner vor, wenn der Verkäufer die Verjährungsfristen für die Ansprüche, die dem Käufer wegen der Mängel zustehn, vertragsmäßig verlängert, eine Vereinbarung, die abweichend von der für sonstige Verjährungsfristen geltenden Regel vom Gesetz ausdrücklich zugelassen ist (477 I Satz 2). Diese Vereinbarung wird oft stillschweigend in der Art getroffen, daß der Verkäufer einer Fahrnis-sache für sie irgendeine Garantie auf eine mehr als sechsmonatige Zeit übernimmt; denn eine Garantiefrist, die länger wäre als die Verjährungsfrist, hätte keinen rechten Sinn.³

II. Die Gewährschaftspflicht des Verkäufers bei Mängeln der Kaufsache wird mitunter vertragsmäßig gemildert, etwa in der Art, daß der Verkäufer die Gewähr für gewisse Mängel der Kaufsache vertragsmäßig ablehnt oder gar die Sache ohne jede Gewähr für Mängel verkauft. Doch sollen alle solche Ab-

3) RG. 62 S. 431, 65 S. 119.

reden insoweit nichtig sein, als der Verkäufer einen Mangel der Kaufsache arglistig verschweigt (476).⁴

Fortsetzung. Viehhandel.¹

§ 129.

Die Regeln der beiden vorhergehenden Paragraphen gelten an und für sich auch für den Kauf von Tieren, namentlich von Hunden, Ziegen, Hühnern, Fischen. Nur für den Kauf gewisser Arten der Tiere, nämlich von Pferden, Eseln, Mauleseln, Maultieren, Rindvieh, Schafen und Schweinen kommen folgende besondere Vorschriften zur Anwendung.

I. Auch der Viehverkäufer muß für ordnungsmäßige Beschaffenheit seiner Ware aufkommen. Jedoch wird die Frage, was unter dieser ordnungsmäßigen Beschaffenheit zu verstehn ist, nicht, wie bei anderer Ware, frei von Fall zu Fall entschieden. Vielmehr wird die Antwort schablonenhaft durch einen Katalog gegeben, der die Hauptmängel jeder Viehgart der Reihe nach aufzählt: für Mängel, die der Katalog erwähnt, ist der Verkäufer haftbar, während er für Mängel, deren der Katalog nicht gedenkt, nicht einmal im Fall der Arglist haftet; zugleich setzt der Katalog für jeden Hauptmangel eine Gewährfrist fest mit der Maßgabe, daß der Verkäufer auch für Hauptmängel nur dann einsteht, wenn sie sich innerhalb der Gewährfrist zeigen; die Gewährfrist beginnt mit dem Ablauf des Tages, an dem die Gefahr des Tiers auf den Käufer übergeht (482 I, 483). Der Katalog ist erstmalig durch eine mit Zustimmung des Bundesrats erlassene kaiserliche Verordnung festgestellt und kann im gleichen Wege ergänzt oder abgeändert werden (482 II; kaiserl. Verordn. v. 27. März 1899).

Beispiele. I. Bei Pferden gelten als Hauptmängel nur Hock, Dummkoller, Dämpfigkeit, Achtkopfpfeifen, Mondblindheit, Krippensehen, nicht dagegen die Neigung zum Scheuen, auch wenn sie das Pferd zum Gebrauch als Kutsch- und Reitpferd völlig unbrauchbar macht; die Gewährfrist ist bei allen eben genannten Mängeln auf 14 Tage bestimmt. II. Wenn eine Viehseuche auftritt, die bisher noch unbekannt war und deshalb in den kaiserlichen Katalog nicht aufgenommen werden können, ist der Verkäufer haftfrei, mag auch das verkaufte Tier am Tage nach dem Kauf der Seuche verfallen und erweislich den Krankheitskeim schon vor dem Kauf in sich getragen haben. Selbst daß der Kaiser seinen Katalog schleunigst ergänzt, hilft nur für die Zukunft, weil die Ergänzung keine rückwirkende Kraft hat.

II. Die Beweislast ist die gleiche wie bei sonstigen Käufen; jedoch wird, wenn sich ein Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist zeigt, vermutet, daß er schon zu der Zeit vorhanden gewesen ist, zu der die Gefahr auf den Käufer überging (484).

III. 1. a) Ist das verkaufte Tier mit einem Mangel behaftet, den der

4) RG. 62 S. 122.

1) Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels (99); Reuter u. Sauer, Gewährleistung bei Viehveräußerung (00); Hirsch u. Nagel, Gewährleistung beim Viehhandel (02); Krüdmann, Anfechtung, Wandlung u. Schadensersatz beim Viehkauf (04).

Verkäufer vertreten muß, so hat der Käufer kein Preisminderungsrecht; er hat vielmehr regelmäßig nur das Recht, den Kauf zu wandeln, außerdem, wenn das verkaufte Tier bloß der Gattung nach bestimmt war, das Recht, daß ihm statt des mangelhaften Tiers ein mangelfreies geliefert wird (487 I), endlich bei Arglist des Verkäufers das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.²

b) Für die Wandlung gelten die allgemeinen Regeln. Doch bleibt das Wandlungsrecht auch dann bestehen, wenn durch Schuld des Käufers das Tier untergegangen oder wesentlich verschlechtert, also namentlich, wenn das Tier geschlachtet ist; demgemäß behält der Käufer das Wandlungsrecht auch dann, wenn er sich die Rückgabe des Tiers anderweit unmöglich macht, also namentlich, wenn er das Tier weiterverkauft hat und den Verkauf nicht rückgängig machen kann; in solchen Fällen muß er aber den Wert des Tiers vergüten (487 II).

Nutzungen hat der Käufer nur zu ersetzen, soweit er sie gezogen hat (487 IV).

Der Verkäufer muß dem Käufer nicht bloß den Kaufpreis samt Zinsen, sondern auch die Kosten der Fütterung und Pflege, der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung sowie der etwa notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tiers ersetzen (488).

Ist über den Wandlungsanspruch ein Rechtsstreit anhängig, so kann jede Partei den Erlaß einer einstweiligen Verfügung verlangen, die die öffentliche Versteigerung des Tiers und die Hinterlegung des Erlöses anordnet, sobald die Besichtigung des Tiers nicht mehr nötig ist (489).

2. a) Der Käufer darf die Bemänglung des verkauften Tiers nicht bis zum Ende der Verjährungsfrist aufschieben, sondern muß die Mängel dem Verkäufer spätestens zwei Tage nach dem Ablauf der Gewährfrist anzeigen; die Frist wird schon durch Absendung der Anzeige gewahrt, ebenso durch Klageerhebung, Streitverkündigung oder Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises; ist das Tier vor Ablauf der Gewährfrist geschlachtet oder verendet, so laufen die zwei Tage vom Tode des Tiers; versäumt der Käufer die Frist, so verliert er alle ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte, es sei denn, daß der Verkäufer sie arglistig verschwiegen hat (485).

b) Hat der Käufer die Mängel schon bei der Annahme des Tiers gekannt, so greift die allgemeine Regel Platz, daß er sich seine Rechte sofort bei der Annahme vorbehalten muß (481, 464).

3. Die Verjährung der Ansprüche des Käufers geschieht in gleicher Art wie bei sonstigen Käufen; nur ist die Verjährungsfrist auf sechs Wochen — vom Ende der Gewährfrist ab — herabgesetzt (490).

IV. Die vorstehenden Regeln werden nicht selten vertragsmäßig abgeändert. Namentlich kommt es vor, daß der Verkäufer die Gewährleistung auch für gewisse nebensächliche oder gar für alle Mängel des verkauften Tiers übernimmt, sei es unter Festsetzung einer Gewährfrist, sei es ohne Gewährfrist; eine derartige vertragsmäßige Gewährleistungspflicht wird ebenso behandelt wie die gesetzliche, insbesondere was den Ausschluß des Anspruchs auf Preismin-

2) RG. 60 S. 234.

derung, die kurze Anzeigefrist, die Beweisregel zu II angeht; auch die Verjährungsfrist ist eine sechswöchige; ist keine Gewährfrist vereinbart, so laufen die sechs Wochen von der Ablieferung des Tiers (492). Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer gewisse Eigenschaften des verkauften Tiers positiv zusichert, nur daß durch eine solche Zusicherung die Haftung des Verkäufers nach Maßgabe der Regeln des vorigen Paragraphen inhaltlich verschärft wird.

V. Alle Regeln dieses Paragraphen setzen voraus, daß das verkaufte Tier dem Käufer bereits abgeliefert ist (s. oben S. 531, 3). Für die Zeit vorher gelten die allgemeinen Vorschriften.

Beispiel. A. verkauft am 1. März sein edles Reitpferd an B.; B. soll das Pferd am 3. März holen lassen; am 2. März wird das Tier durch einen Unfall schwer verletzt, so daß es für immer eine sehr häßliche Narbe davon trägt, oder bricht ein Bein. Hier braucht B. das Pferd nicht zu nehmen, obschon der kaiserliche Katalog weder Narben noch gebrochene Beine als Hauptmängel erwähnt.

d) Auskunft über die Rechtsverhältnisse der Kaufsache.

§ 129 a.

Eine vierte Pflicht des Verkäufers ist es, dem Käufer über die die Kaufsache betreffenden rechtlichen Verhältnisse die nötige Auskunft zu erteilen und ihm die Beweisurkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern; besonders wichtig ist die Auskunftspflicht beim Grundstückskauf, da sie sich hier vor allem auf die Feststellung der Grundstücksgrenzen bezieht (s. 444).

c) Die einzelnen Verpflichtungen des Käufers.

§ 130.

I. Die erste Hauptverpflichtung des Käufers geht auf die Zahlung des Kaufpreises.

1. Die Zahlungspflicht des Käufers unterliegt den Vorschriften, die für Verpflichtungen zu einer Geldzahlung im allgemeinen gelten. Nur für den Verzug des Käufers bei der Preiszahlung sind einzelne Sonderregeln aufgestellt.

a) Erster Fall: der Verkäufer hat seinerseits noch nicht erfüllt, sondern die ihm obliegenden Leistungen zurückgehalten. Alsdann hat er das gewöhnliche dreifache Wahlrecht (326).

α) Er kann also erstens nachträgliche Zahlung des Preises und Schadenersatz wegen der Verzögerung fordern. Dann bleibt er natürlich zur Lieferung der Kaufsache verpflichtet.

β) Er kann ferner, regelmäßig unter Gewährung einer Nachfrist, vom Vertrage zurücktreten. Dann werden die beiderseitigen Verpflichtungen glatt aufgehoben.

γ) Er kann endlich, regelmäßig gleichfalls unter Gewährung einer Nach-

frist,¹ die nachträgliche Zahlung des Kaufpreises zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages fordern. Alsdann bleibt er zur Lieferung der Kaufsache nach wie vor berechtigt, ist aber nicht dazu verpflichtet, sondern kann die Sache behalten oder anderweit darüber verfügen.² Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist ähnlich zu berechnen wie beim Lieferungsverzuge des Verkäufers.

αα) Die Berechnung kann abstrakt geschehn durch Vergleich des Vertragspreises (p) mit dem Wert der Kaufsache zu der Zeit, da der Verkäufer von seiner Lieferungsspflicht befreit wurde (r); ist jener Preis höher als dieser Wert, so stellt der Unterschied ($p-r$) den dem Verkäufer gebührenden Schadensersatz dar.

Diese Berechnungsart ist im Gesetz hier so wenig wie beim Lieferungsverzuge des Verkäufers ausdrücklich zugelassen. Ihre Zulässigkeit ist aber selbstverständlich; denn der Verkäufer büßt, indem er die Annahme des Kaufpreises ablehnt, eben diesen Kaufpreis ein und behält dafür die Sache in ihrem jetzigen Wert, erleidet also tatsächlich eine Vermögensminderung in Höhe von $p-r$.

ββ) Die Berechnung kann aber auch konkret erfolgen. Am häufigsten geschieht dies auf Grund eines Selbsthülfeverkaufs:³ der Verkäufer veräußert nämlich die Sache, deren Bezahlung der Käufer versäumt hat, anderweit und fordert, wenn der beim ursprünglichen Verkauf bedungene Preis (p) höher ist als der Preis des Selbsthülfeverkaufs (s) abzüglich der Auslagen an Maklergebühr, Stempeln u. dgl. (t), den Preisunterschied ($p-s+t$) als seinen Schadensersatz. Der Selbsthülfeverkauf ist ein vollkommenes Gegenstück zum Deckungskauf. Deshalb kommen die für letzteren geltenden Regeln auch auf ihn analog zur Anwendung. Er braucht also — anders als der Selbsthülfeverkauf bei Annahmeverzug des Gläubigers (oben S. 434) — nicht durch Versteigerung zu geschehn, sondern kann formlos erfolgen⁴, hängt vom freien Willen des Verkäufers ab⁵, usw.

b) Zweiter Fall: der Verkäufer hat seinerseits den Vertrag erfüllt, ohne den Kaufpreis zu „stunden“, d. h. ohne dem Käufer ein Recht auf nachträgliche Zahlung des Preises zuzugestehn. Dann hat er ein dreifaches Wahlrecht in gleicher Art wie zu a. Verlangt er Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so kann er die dem Käufer gelieferte Kaufsache zurückfordern und ihren Wert von dem ihm zu leistenden Schadensersatz in Abzug bringen; er kann aber auch die Sache dem Käufer belassen.

c) Dritter Fall: der Verkäufer hat seinerseits den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet. Dann hat er nur ein zweifaches Recht, nämlich entweder auf nachträgliche Zahlung des Kaufpreises nebst Schadensersatz wegen

1) RÖ. 53 S. 75.

2) Siehe oben S. 406.

3) Sohm, Zeitschr. f. Handelsrecht 53 S. 79.

4) RÖ. 61 S. 280.

5) RÖ. 53 S. 14.

Verpätung oder auf Zurückweisung des Kaufpreises und Schadensersatz wegen Nichtzahlung, während ihm ein Recht, vom Vertrage zurückzutreten, nicht zusteht (454). Verlangt er Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist er nicht befugt, Rückgabe der dem Käufer gelieferten Sache zu verlangen.

Beispiele. A. hat im April Waren an B., an C. und an D. verkauft; B. und C. sollen den Kaufpreis Zug um Zug gegen Lieferung der Ware zahlen, während dem D. ein Zahlungsziel bis zum 1. Juli bewilligt ist; noch im April bietet A. die Waren gegen Zahlung des Kaufpreises dem B. an, verweigert aber die Lieferung, als B. keine Zahlung leistet; dagegen führt er die Lieferung der Ware an C. und D. ohne Zahlung des Kaufpreises aus; als die drei Käufer die Zahlung bis zum 1. Oktober nicht geleistet haben, setzt er ihnen eine Nachfrist bis zum 15. Oktober; auch in dieser Nachfrist erfolgt aber keine Zahlung. Hier kann A. die Lieferung der Ware dem B. endgültig verweigern und von C. die Rückgewähr der Ware verlangen; dagegen kann er die Warenlieferung an D. nicht rückgängig machen.

Daß der Verkäufer, wenn er wegen Nichtzahlung des gestundeten Kaufpreises von dem säumigen Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, die Rückgabe der Kaufsache nicht verlangen kann, ist im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, ergibt sich aber daraus, daß er bei einem derartigen Zahlungsverzuge des Käufers kein Recht haben soll, vom Vertrage zurückzutreten; denn wenn ihm das letztere schwächere Recht versagt ist, kann ihm das erstere stärkere Recht unmöglich zustehn. Doch ist das Schweigen des Gesetzes sehr befreundlich. Nicht zu verkennen ist, daß darin ein sehr gewichtiges Argument für die oben S. 406⁴ bekämpfte Lehre liegt, es könne bei gegenseitigen Verträgen eine Partei, die Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, ihre eigne bereits vollzogene Leistung überhaupt nicht zurückfordern. Die ganze Frage ist eben vom Gesetz so unklar wie möglich behandelt.

Wenn es richtig ist, daß ein Verkäufer, der wegen Nichtbezahlung des gestundeten Kaufpreises von dem säumigen Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, die Rückgabe der ihm bereits gelieferten Ware nicht verlangen kann, so hat jene Schadensersatzforderung praktisch wenig zu besagen. Immerhin ist sie nicht ganz bedeutungslos, wie sich namentlich dann zeigt, wenn der gestundete Kaufpreis in mehreren Raten zu zahlen ist. Hier kann nämlich der Verkäufer, wenn der Käufer auch nur mit einer Rate in Verzug gerät, als Schadensersatz wegen Nichterfüllung die sofortige Zahlung des ganzen Kaufpreises beanspruchen.

Eine Stundung des Kaufpreises liegt darin noch nicht, daß der Käufer die Kaufsache liefert, ohne den Kaufpreis sofort einzufordern; denn hiermit hat der Verkäufer auf das Recht sofortiger Einforderung noch nicht verzichtet. Vielmehr ist vorausgesetzt, daß der Verkäufer dem Käufer eine wirkliche rechtsverbindliche Zahlungsfrist bewilligt hat. Und auch nicht jede dem Käufer bewilligte Zahlungsfrist genügt, sondern nur eine solche, die den Käufer ermächtigt, später zu leisten als der Verkäufer; ist also z. B. in dem am 1. April geschlossenen Kaufvertrage sowohl die dem Käufer obliegende Zahlung wie die dem Verkäufer obliegende Lieferung bis zum 1. Oktober gestundet, so kommen, wenn der Verkäufer seine Verpflichtung (am 1. Oktober oder auch freiwillig schon im September) erfüllt, der Käufer dagegen in Zahlungsverzug gerät, nicht die Regeln zu c, sondern die zu b zur Anwendung.

2. a) Der Käufer muß den Kaufpreis von dem Zeitpunkt ab verzinsen, von dem an die Nutzungen der Kaufsache ihm gebühren (452; s. unten S. 542), und zwar auch dann, wenn die Sache tatsächlich keine Nutzungen abwirft. So selbst bei den kleinen Käufen des täglichen Lebens, obschon hier die Verkäufer von ihrem Zinsanspruch keinen Gebrauch zu machen pflegen.

b) Die besondere Zinspflicht zu a fällt fort, wenn der Kaufpreis gestundet ist (452): ein gestundeter Kaufpreis ist nur nach den allgemeinen Regeln zu verzinsen, also gewöhnlich erst dann, wenn der Käufer vom Verkäufer wegen des Kaufpreises gemahnt ist.

3. Ist es streitig, ob der Kaufpreis bezahlt ist, so trifft die Beweislast den Käufer: der Verkäufer muß darlegen, daß der Käufer den Kaufpreis schuldig geworden, der Käufer muß beweisen, daß er von dieser Schuld durch Zahlung frei geworden ist. So auch bei den Käufen des täglichen Lebens, obschon die Beweislast den Käufer hier besonders schwer trifft, weil es bei derartigen Geschäften schlechterdings nicht Sitte ist, sich den Beweis der Zahlung durch Quittung u. dgl. zu sichern.

Es ist übrigens ebensowenig Sitte, daß bei derartigen Geschäften der Verkäufer sich den Beweis der Nichtzahlung (Stundung) des Kaufpreises sichert. Die Beweis Schwierigkeit bleibt also vollauf bestehen, wenn man die Beweislast vom Käufer auf den Verkäufer abschiebt. Somit kann sie für sich allein in unsrer Frage unmöglich den Ausschlag geben.

Für eine bestimmte Art des Kaufs hat man dem Käufer den Beweis der Zahlung abzunehmen gesucht⁶, nämlich für den Bar- oder Handkauf, bei dem der Käufer den Verkaufsantrag erst durch die tatsächliche Bezahlung des Kaufpreises annimmt; bei dieser Art des Kaufs sei nämlich der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises in keinem Augenblick verpflichtet, da ja der Abschluß des Kaufvertrages mit der Zahlung des Kaufpreises zeitlich zusammenfalle; sonach brauche der Käufer auch nicht zu beweisen, daß seine Kaufpreisschuld durch Zahlung erloschen sei. Doch ist diese Beweisführung schwerlich begründet. Denn, auch wenn der Käufer den Kaufvertrag erst durch die Zahlung abschließt, geht er eben dadurch die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises ein; das ist besonders deutlich, wenn sich später herausstellt, daß er den vom Verkäufer geforderten Kaufpreis nur teilweise bezahlt hat; denn alsdann darf er nicht etwa die Kaufsache zurückgeben, sondern muß den Kaufpreis ergänzen. Allerdings ist in letzterem Fall der Verkäufer beweispflichtig, aber nur deshalb, weil er die Leistung des Käufers als Erfüllung der Käuferverpflichtung bereits angenommen hatte. Und diese Annahme muß der Käufer beweisen!

II. 1. a) Eine zweite Hauptpflicht des Käufers ist die der *Abnahme der Kaufsache*⁷ (433 II); es ist also nicht bloß der Käufer berechtigt, die Lieferung der Kaufsache zu fordern, sondern es kann auch umgekehrt der Verkäufer fordern, daß der Käufer die Lieferung annimmt, regelmäßig sogar, daß er die Kaufsache abholt. Der Verkäufer kann dies sein Recht nötigenfalls auch durch Klage⁸ und Zwangsvollstreckung geltend machen, besonders wichtig, wenn die Aufbewahrung der Sache für ihn lästig oder gar gefährlich ist.

b) Die *Abnahmepflicht* besteht nur gegenüber einer völlig vertragsmäßigen Lieferung; eine mangelhafte Sache oder eine Sache, die am falschen Ort oder zur falschen Zeit geliefert ist, braucht der Käufer nicht einmal vorläufig abzunehmen.

2. Kommt der Käufer mit der Abnahme in Verzug, so hat der Verkäufer nicht bloß die früher besprochenen Rechte, die ein Schuldner gegenüber dem in Annahmeverzug geratenen Gläubiger hat, also das Recht, verkaufte Grundstücke preiszugeben, verkaufte Kostbarkeiten zu hinterlegen, andre bewegliche Kaufsachen im Wege formellen Selbsthilfeverkaufs zu veräußern.⁹ Vielmehr

6) Endemann 1 § 163, 2; Pand.-Greiff Anm. 2 vor § 433.

7) Abw. Kohler, Arch. f. BR. 13 S. 174, 240; Romeis, Zur Technik des BGB. 1 S. 56; Jacobi, Jahrb. f. Dogm. 45 S. 268.

8) RG. 56 S. 178.

9) RG. 69 S. 107. Abw. RG. 53 S. 161; Jacobi, Jahrb. f. Dogm. 45 S. 288; Hohenstein, Arch. f. BR. 25 S. 69; Oberloßkamp, Abnahmepflicht (Diff. 05) S. 61.

hat er außerdem die Rechte eines Gläubigers gegenüber einem in Erfüllungsverzug geratenen Schuldner: denn der Käufer ist ja in Ansehung der Annahme nicht bloß Gläubiger, sondern zugleich Schuldner. Der Verkäufer hat also das oftmals besprochene dreifache Wahlrecht. Insbesondere kann er die nachträgliche Abnahme der Sache ablehnen und entweder vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.¹⁰ Unerheblich ist es dabei, ob der Käufer gleichzeitig in Zahlungsverzug geraten ist oder ob — weil er vielleicht den Kaufpreis schon im voraus bezahlt hat oder weil der Termin zur Zahlung des Kaufpreises noch nicht gekommen ist — ein Zahlungsverzug des Käufers nicht vorliegt.

Der Verkäufer kann also sowohl die Rechte aus dem Annahmeverzug wie die Rechte aus dem Erfüllungsverzuge des Käufers geltend machen. Bald werden jene, bald werden diese Rechte für ihn günstiger sein. Zu beachten ist namentlich, daß die Rechte aus dem Annahmeverzuge unabhängig von der Bewilligung einer Nachfrist sind. Auf die Rechte aus dem Annahmeverzuge ist der Verkäufer beschränkt, wenn der Käufer durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand an der Abnahme der Kaufsache behindert ist.

III. Eine dritte Verpflichtung des Käufers gilt den Verwendungen, die der Verkäufer auf die Kaufsache gemacht hat.

1. In den Fällen, in denen, wie beim Versendungskauf, die Gefahr der Kaufsache vor der Übergabe auf den Käufer übergeht, gilt der Verkäufer vom Gefahrübergang ab als der vom Käufer bestellte Pfleger der Sache: der Käufer muß ihm also alle Verwendungen, die in der Zeit zwischen dem Gefahrübergange und der Übergabe notwendig geworden sind, nach den Regeln vertragsmäßiger Verwaltung erstatten (450 I).

2. Für alle sonstigen Verwendungen haftet der Käufer dem Verkäufer nur nach den Regeln auftragloser Geschäftsführung (450 II).

IV. Schließlich fallen dem Käufer die Kosten der Abnahme der Kaufsache (448 I) und, wie bereits erwähnt, beim gewöhnlichen Versendungskauf die Transportkosten, beim Grundstückskauf die Übereignungskosten (s. oben S. 506, 3; 509 I, 2) zur Last.

V. Vereinbarungen, die von den vorstehenden Regeln abweichen, kommen namentlich in der Richtung vor, daß der Käufer den Kaufpreis von der Übergabe der Kaufsache ab verzinsen muß, auch wenn der Preis gestundet ist.

d) Nutzungen und Lasten der Kaufsache.

§ 130 a.

I. 1. Im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer gebühren die Nutzungen der Kaufsache bis zur Übergabe grundsätzlich dem Verkäufer, von der Übergabe ab dem Käufer; in derselben Art trägt die Lasten der Kaufsache bis zur Übergabe der Verkäufer, von der Übergabe ab der Käufer (446 I Satz 2).

Beispiel. Ein Landgut ist am 1. Juli verkauft und wird dem Käufer am 1. August übergeben. Hier muß es sich der Käufer gefallen lassen, wenn der Verkäufer die schon vor dem 1. August getrennten Bodenerzeugnisse mitnimmt, auch wenn sie noch ungeerntet auf dem Felde liegen. Dafür kann er aber, wenn die seit dem 1. April laufenden Grundsteuern noch nicht bezahlt sind, vom Verkäufer auch die Erstattung von vier Monatsraten fordern.

2. Der Grundsatz zu 1 erleidet aber manche Ausnahmen. Insbesondere geschieht der Übergang von Nutzungen und Lasten auf den Käufer,

a) wenn die Übergabe der Kaufsache laut Parteivereinbarung durch ein Besitzkonstitut oder einen ähnlichen Vorgang ersetzt wird, mit diesem Vorgange;

b) wenn bei einem Grundstückskauf der Käufer schon vor der Übergabe als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen wird, mit der Eintragung (446 II);

c) wenn der Kauf aufschiebend bedingt abgeschlossen worden ist, frühestens mit dem Eintritt der Bedingung, es sei denn, daß dem Eintritt der Bedingung von den Parteien rückwirkende Kraft beigelegt worden ist (§. 159).

Andere Ausnahmen gelten, wenn eine der Parteien in Verzug gerät. I. Gerät der Verkäufer mit der Übergabe oder beim Grundstückskauf mit der Auflassung in Verzug, so gebühren dem Käufer die Nutzungen schon mit Beginn des Verzuges. Dagegen verbleiben die Lasten noch bei dem säumigen Verkäufer; doch darf er sie wenigstens insoweit, als sie nach wirtschaftlicher Anschauung aus den dem Käufer gebührenden Nutzungen zu bestreiten sind, von ihnen in Abzug bringen. Es geht also ein Überschuß jener Nutzungen über diese Lasten auf Rechnung des Käufers, ein Überschuß dieser Lasten über jene Nutzungen auf Rechnung des Verkäufers. II. Gerät der Käufer in Abnahmeverzug, so gilt die entgegengesetzte Regel.

II. Aus den Regeln zu I folgt, daß der Übergang der Nutzungen und Lasten der Kaufsache auf den Käufer grundsätzlich in dem nämlichen Zeitpunkt erfolgt, in dem auch die Gefahr der Sache auf ihn übergeht. Doch wird dieser Grundsatz keineswegs in voller Strenge durchgeführt. Insbesondere ist die Regel, daß beim gewöhnlichen Verkauf der Gefahrübergang schon mit der Absendung der Kaufsache erfolgt, auffälligerweise auf den Übergang der Nutzungen und Lasten der Kaufsache nicht übertragen.

III. Vereinbarungen, die von den Regeln zu I abweichen, sind sehr häufig. So wird, wer eine tragende Kuh als solche kauft, laut stillschweigender Abrede das Kalb auch dann fordern können, wenn es vor der Übergabe geworfen wird, und zwar sogar dann, wenn er selber die Übergabe verzögert hat und dadurch in Abnahmeverzug geraten ist.

3. Der Kauf unkörperlicher Güter.

§ 131.

I. Nur wenige der Regeln, die in den vorstehenden Paragraphen für den Kauf von Sachen entwickelt sind, gelten ganz allgemein auch für den Kauf unkörperlicher Güter. Hierher gehören die Vorschriften, daß der Käufer den Kaufpreis von dem Augenblick verzinsen muß, da ihm die Nutzungen des Kaufgegenstandes gebühren, und daß der Verkäufer vom Kauf nicht mehr zurücktreten kann, wenn er seine eignen Verpflichtungen erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat (452, 454). Im übrigen sind jene Regeln entweder gänzlich auf den Kauf von Sachen beschränkt — hierher gehören namentlich die Regeln über die Gewährleistung des Verkäufers für Mängel des Kaufgegenstandes (§. 459, 493)¹ —, oder sie sind zwar auf den Kauf von Rechten

1) RG. 59 S. 241. Vgl. aber RG. 63 S. 57, 67 S. 86, 69 S. 432.

(oder wenigstens von solchen Rechten, die zum Besitz einer Sache berechtigen), anwendbar, nicht aber auf den Kauf anderer unförperlicher Güter (441, 451).

II. Daneben gelten für den Verkauf von Rechten noch einige besondere Bestimmungen.

1. Der Verkäufer haftet dafür, daß das verkaufte Recht gültig besteht, es sei denn, daß der Käufer das Nichtbestehen des Rechts beim Kaufabschluß gekannt hat (437 I, 439 I). Dagegen haftet er für den Wert und die Tauglichkeit des Rechts nicht.

Beispiel. A. hat dem B. Forderungen, die ihm angeblich gegen den C. und D. in Höhe von je 1000 Mk. zustehn, verkauft; sie sind aber beide wertlos; denn die Forderung gegen C. wird, als B. sie einklagt, in dritter Instanz vom Reichsgericht für ungültig erklärt, während bei der Beitreibung der Forderung gegen D. sich herausstellt, daß D. zahlungsunfähig ist; A. ist für seine Person schuldblos; denn das Reichsgericht hatte in einer früheren Entscheidung eine völlig gleichartige Forderung des A. gegen C. als gültig anerkannt, und A. konnte nicht ahnen, daß das höchste Gericht demnächst seine Meinung ändern werde; ebenso war die Zahlungsunfähigkeit des D. für alle Welt eine Überraschung. Hier ist A. dem B. wegen der Forderung gegen C. ersatzpflichtig; wegen der Forderung gegen D. ist er haftfrei.

2. a) Die Haftung des Verkäufers kann vertragsmäßig verschärft werden. Insbesondere kann der Verkäufer einer Forderung auch die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners vertragsmäßig übernehmen, eine Abrede, die übrigens im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung der Forderung zu beziehen ist (438). Wird der Verkäufer aus einer derartigen Haftung in Anspruch genommen, so kommen die entsprechenden für den Verkauf von Sachen geltenden Regeln nicht zur Anwendung: der Käufer einer Forderung kann also bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht etwa ein Preisminderungsrecht geltend machen, seine Ansprüche verjähren nicht in sechs Monaten usw.

Doch werden auf den Kauf von Rechten, die zum Besitz einer Sache berechtigen, die §§ 459 ff. des BGB. anwendbar sein (i. 439, 451).

b) Andererseits kann die Haftung des Verkäufers auch vertragsmäßig ausgeschlossen oder gemildert werden. Doch ist eine derartige Vereinbarung ungültig, wenn der Verkäufer den Mangel des verkauften Rechts arglistig verschwiegen hat (443).

3. Die Kosten der Begründung und Abtretung des verkauften Rechts muß der Verkäufer tragen (448 II).

4. Besondere Arten des Kaufs.

§ 132.

I. 1. Beim Kauf „auf Probe“¹ („auf Besicht“, „nach Gefallen“) steht die Billigung des Kaufgegenstandes im freien Belieben des Käufers (495 I).

1) F. Leonhard, Jahrb. f. Dogm. 39 S. 180; Muskat b. Grundr. 48 S. 205, 49 S. 472.

Die Rechtslage der beiden Parteien ist also äußerst verschieden. Der Verkäufer ist fest gebunden: sobald es dem Käufer beliebt, muß er den Kaufgegenstand liefern. Der Käufer dagegen ist frei: mag auch der vom Verkäufer angebotene Gegenstand den Bestimmungen des Vertrages genau entsprechen und sogar dem Käufer besonders gut gefallen, der Käufer kann ihn dennoch zurückweisen, nach Gutdünken, sogar ohne Angabe des Grundes.

Beispiel. A. kauft von B. als Geburtstagsgeschenk für seine Frau „auf Probe“ einen Mantel; am Geburtstage probiert die Frau den Mantel an: beide Gatten finden ihn passend, gut und preiswert; dennoch geben sie ihn zurück, weil inzwischen als Geschenk der Schwiegermutter ein anderer Mantel angekommen ist. Hier muß B. sich das gefallen lassen.

Vom „Kauf auf Probe“ ist zu unterscheiden: 1. der „Kauf auf Umtausch“; hier ist der Käufer nicht völlig frei, sondern darf den Kaufgegenstand nur dann zurückweisen, wenn er sich mit dem Verkäufer über einen Ersatzkauf einigt; der Verkäufer darf aber unter gewissen Voraussetzungen das Angebot eines Ersatzkaufs seitens des Käufers nicht zurückweisen;² 2. die „Ansichtsendung“; hier ist nicht bloß der Käufer, sondern auch der Verkäufer ungebunden; 3. der einseitige vom Käufer noch nicht angenommene „Verkaufsantrag“; hier ist freilich der Verkäufer gebunden, der Käufer frei, wie beim Kauf auf Probe; dennoch hat der Empfänger eines Verkaufsantrages eine wesentlich andre Stellung als der Probekäufer (s. einerseits 495 II, 496, andererseits 150, 149); 4. ein Kauf, bei dem der Käufer den Kaufgegenstand nicht nach Belieben, sondern nur nach billigem Ermessen zurückweisen darf.

2. Der Kauf auf Probe ist ein bedingter Kaufvertrag; die Bedingung ist die Billigung des Kaufgegenstandes seitens des Käufers; sie ist im Zweifel aufschiebend, selbst wenn der Kaufgegenstand dem Käufer bereits zur Probe übergeben ist (495 I Satz 2).

3. Solange die Bedingung schwebt, hat der Verkäufer die Pflicht, dem Käufer die Untersuchung des Kaufgegenstandes zu gestatten (495 II) und, falls es so ausgemacht ist, den Kaufgegenstand dem Käufer zur Probe einstweilen zu übergeben.

Eine bedingte Übereignung des Kaufgegenstandes liegt in dieser Übergabe nicht, es sei denn, daß sie besonders vereinbart wäre. — Der Käufer muß den Kaufgegenstand, wenn er ihn untersucht oder sich übergeben läßt, mit aller Sorgfalt behandeln; verletzt er ihn schuldhaft, so braucht er ihn zwar nicht zu behalten, ist aber schadenerschuldhaftig.

Im übrigen kommen die allgemeinen für die bedingten Rechtsgeschäfte geltenden Regeln zur Anwendung.

4. Der Käufer darf die Billigung des Kaufgegenstandes nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer ihm vom Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklären, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, indem er etwa den Kaufgegenstand annimmt und alsdann den Kaufpreis ohne Vorbehalt bezahlt. Gibt der Käufer binnen der Frist eine Erklärung nicht ab, so gilt dies, wenn der Kaufgegenstand dem Käufer übergeben war, als Billigung, bringt also den Kaufvertrag endgültig zustande; ist dagegen der Kaufgegenstand dem Käufer nicht übergeben oder wieder zurückgegeben, so gilt die Nichterklärung des Käufers umgekehrt als Mißbilligung, befreit also beide Parteien endgültig (496).

2) Vgl. Örtmann, Bl. f. Rechtsanw. in Bayern 06 S. 685.

Was geschieht, wenn die vom Käufer rechtzeitig abgesendete Erklärung beim Verkäufer verspätet oder gar nicht eingeht? Ich meine: die mißbilligende Erklärung (bei übergebenem Kaufgegenstande) ist dennoch wirksam, die billigende Erklärung (bei nicht übergebenem Kaufgegenstande) ist unwirksam.

5. Nach erfolgter Billigung darf der Käufer solche Mängel der Kaufsache, die ihm zur Zeit der Billigung erkennbar waren, nicht mehr rügen (i. 460). Dagegen behält er das Rückrecht wegen sonstiger Mängel. Die Verjährungsfrist läuft erst von der Billigungserklärung an, nicht etwa von der bereits vorher erfolgten Übergabe der Kaufsache; denn eine gründliche Untersuchung der Sache ist dem Käufer doch erst dann möglich, wenn er den Kauf unbedingt abgeschlossen hat.

II. Beim Hoffnungskauf verpflichtet sich der Verkäufer, die Kaufsache nur bei Eintritt einer nicht von seiner Willkür abhängigen Bedingung zu liefern, während der Käufer die Zahlung des Kaufpreises unbedingt zusagt.

Beispiel. A. will einen Birnbaum in seinem Garten abhaun, weil er zehn Jahre lang nicht getragen; da kauft ihm sein Nachbar B., dem das Leid tut, alle Birnen, die der Baum im nächsten Jahr tragen wird, für 20 Mk. ab. Hier muß B. die 20 Mk. unter allen Umständen zahlen; A. braucht dagegen nichts zu liefern, wenn der Baum wiederum nichts trägt, und ist nicht einmal verpflichtet, den Baum irgendwie zu pflegen.

III. 1. Beim Vorkauf stehen sich drei Personen gegenüber: der Vorkäufer, der Vorverkäufer und der Dritte; der Vorverkäufer hat an den Dritten einen Gegenstand verkauft, der Vorkäufer erklärt aber, daß an Stelle des Dritten er selber diesen Gegenstand erwerben wolle und zwar unter den nämlichen Bedingungen, wie sie in dem zwischen dem Vorverkäufer und dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrage zugunsten und zu Lasten des Dritten festgesetzt sind. Solch ein Vorkauf ist kein Kauf in dem bisher besprochenen Sinn: denn Vorkäufer und Vorverkäufer schließen, wenn es zum Vorkauf kommt, keinen Vertrag miteinander und stehen sich also auch nicht als wirkliche Käufer und Verkäufer gegenüber. Vielmehr ist der Vorkauf eine einseitige Rechtshandlung des Vorkäufers.

2. a) Der Vorkauf setzt ein Vorkaufsrecht des Vorkäufers voraus. Dieses wird meistens durch einen Vertrag² zwischen Vorkäufer und Vorverkäufer geschaffen; alsdann kann man sagen, daß der Vorkauf, obwohl er selber kein Vertrag ist, doch wenigstens mittelbar auf einen Vertrag zurückführt. Es gibt aber auch Fälle, in denen das Vorkaufsrecht nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetzesvorschrift geschaffen wird; hier hat der Vorkauf nicht einmal mittelbar Vertragscharakter.

Beispiele. I. Vertragsmäßig bedingen sich ein Vorkaufsrecht häufig aus der Verkäufer bezüglich des von ihm verkauften, der Mieter bezüglich des von ihm ermieteten Grundstücks. II. Kraft Gesetzes besteht ein Vorkaufsrecht der Miterben untereinander (2034).

b) Das Vorkaufsrecht ist, wenn es auf bestimmte Zeit beschränkt ist, vererblich, sonst unvererblich; doch kann nach beiden Richtungen hin das Gegenteil bestimmt werden (514). Eine äußerste Zeitgrenze, über die das Vor-

2) Siehe RG. 59 S. 133, 60 S. 225.

kaufsrecht nicht erstreckt werden darf, gibt es nicht; insbesondre kann auch von einer Verjährung des Vorkaufsrechts nicht die Rede sein.

c) Das Vorkaufsrecht ist unübertragbar; doch kann auch hier das Gegenteil bestimmt werden (514).

3. a) Das Vorkaufsrecht wird erst dann wirksam, d. h. es kann auf Grund des Vorkaufsrechts ein wirklicher Vorkauf erst dann vollzogen werden, wenn der Vorverkäufer den Gegenstand des Vorkaufsrechts tatsächlich an einen Dritten verkauft (504). Das Vorkaufsrecht ist also so lange gänzlich unwirksam, als der Vorverkäufer den Gegenstand des Rechts ruhig behält; und selbstverständlich ist, daß der Vorkäufer den Vorverkäufer in keiner Weise zur Veräußerung des Gegenstandes nötigen kann.

b) Aber auch nicht bei sämtlichen Veräußerungen des Gegenstandes greift das Vorkaufsrecht ein, sondern nur beim Verkauf; es versagt also namentlich bei einer Vererbung, Verschenkung, Vertauschung des Gegenstandes. Ja, es sind auch einige Arten des Verkaufs ausgenommen, nämlich: 1. der Verkauf, der im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (512); 2. der Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt, also namentlich der Verkauf eines Bauernguts an den dereinstigen Unerben (511); 3. der Verkauf, bei dem der Käufer außer der Zahlung des Kaufpreises anderweitige Nebenleistungen übernimmt, die von dem Vorkäufer nicht bewirkt werden können und in Geld nicht schätzbar sind, es sei denn, daß die Nebenleistungen unerheblich erscheinen und der Kauf also auch ohne die Nebenleistungen abgeschlossen sein würde (507). Doch kann zu 2. und 3. bei Begründung des Vorkaufsrechts auch das Gegenteil bestimmt werden.

4. Das Vorkaufsrecht wird erst ausgeübt, wenn der Verkauf an den Dritten tatsächlich abgeschlossen ist. Solange der Vorverkäufer mit dem Dritten lediglich Vorverhandlungen wegen eines Verkaufs pflegt, kann also der Vorkäufer nicht eingreifen; andererseits braucht er sich aber auch über die spätere Ausübung seines Rechts zu dieser Zeit noch nicht zu äußern.

5. Ist der Verkauf an den Dritten erfolgt, so soll der Vorverkäufer dem Vorkäufer den Inhalt des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages unverzüglich mitteilen; andernfalls ist er Schadensersatzpflichtig (510 I).

6. Das Vorkaufsrecht kann nur innerhalb bestimmter Frist ausgeübt werden; die Frist beginnt mit dem Empfang der Mitteilung und beträgt, falls nicht ein andres bestimmt wird, bei Grundstücken zwei Monate, bei andern Gegenständen eine Woche; die Mitteilung des Vorverkäufers kann durch die Mitteilung des Dritten ersetzt werden (510 II).

7. Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden, ist also unteilbar; doch wird daraus nicht wie beim Wandlungsrecht gefolgert, daß, wenn einer der Berechtigten sein Recht verliert oder nicht ausüben will, auch die andern Berechtigten des Rechts ver-

lustig gehn; vielmehr können die andern Berechtigten alsdann das Recht für sich allein ausüben (513).

8. Das Vorkaufsrecht wird durch eine formlose Erklärung des Vorkäufers an den Vorverkäufer, nicht etwa an den Dritten ausgeübt (505 I). Die Erklärung ist unwiderruflich, mag auch der Vorverkäufer sie nicht angenommen oder ihr gar widersprochen haben.

9. Die Ausübung des Vorkaufsrechts bewirkt, daß der Vorkäufer dem Vorverkäufer gegenüber als Käufer des Vorkaufsgegenstandes gilt, und zwar unter den Bedingungen, die in dem Kaufvertrage zwischen dem Vorverkäufer und dem Dritten festgesetzt sind; sonach haftet der Vorverkäufer dem Vorkäufer auf Übergabe und lastenfreie Übereignung des Gegenstandes genau ebenso, wie er dem Dritten haftet, er steht ihm für Mängel des Gegenstandes ebenso ein wie dem Dritten usw.; andrerseits muß der Vorkäufer auch genau den gleichen Kaufpreis zahlen wie der Dritte, er muß den Kaufgegenstand abnehmen wie der Dritte usw. (505 II).

Daraus folgt, daß die Vorkaufserklärung von Rechts wegen hinfällig ist, wenn der mit dem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag mit Erfolg angefochten wird. — Die Rechte, die einem Käufer nur dann zustehn, wenn er beim Kaufabschluß den Sachverhalt nicht gefannt hat (nicht hat kennen können), gebühren dem Vorkäufer nur dann, wenn sowohl der Dritte beim Kaufabschluß als auch er selbst bei Abgabe der Vorkaufserklärung sachunkundig waren. — Wie sich der Vorverkäufer und der Dritte nach dem Kaufabschluß verhalten, ist für den Vorkäufer unerheblich (den oben schon erwähnten Fall einer Anfechtung des Kaufvertrages ausgenommen). So wird der Vorkäufer z. B. dadurch, daß der Dritte den Kauf wandelt oder daß der Vorverkäufer wegen Verzuges des Dritten zurücktritt, nicht berührt.

Von den vorstehenden Regeln gelten einzelne Ausnahmen.

a) Hat der Dritte außer dem Kaufpreise Nebenleistungen übernommen, die der Vorkäufer zu bewirken außerstande ist, so hat letzterer ihren Geldwert zu entrichten; sind die Nebenleistungen nicht in Geld schätzbar, so fallen sie, falls der Vorkauf überhaupt zulässig (s. oben zu 3 b), ganz fort (507).

b) Hat der Dritte den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit andern Gegenständen zu einem Gesamtpreise gekauft, so hat der Vorkäufer einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten (508 Satz 1). Auch kann der Vorverkäufer fordern, daß der Vorkauf auf alle Gegenstände erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können (508 Satz 2); der Vorkäufer hat eine entsprechende Befugnis nicht.

c) Ist dem Dritten in dem Vertrage der Kaufpreis gestundet, so kann der Vorkäufer sich auf die Stundung nur berufen, wenn er Sicherheit leistet (509 I).

d) Vereinbarungen des Vorverkäufers mit dem Dritten, die nur für den Fall gelten sollen, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, sind dem Vorkäufer gegenüber unwirksam (506). Hierher gehört z. B. die Abrede, daß der mit dem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag bei Ausübung des Vorkaufsrechts hinfällig sein solle.

10. a) Der Dritte wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht berührt. Vielmehr bleibt der zwischen ihm und dem Vorverkäufer abgeschlossene Kaufvertrag in Kraft, falls nicht in dem Vertrage selbst (wie dies regelmäßig geschieht) das Gegenteil bestimmt ist. Die Rechtslage ist also die gleiche, wie wenn ein Verkäufer den Verkaufsgegenstand zweimal an verschiedene Käufer verkauft hätte. Insbesondere kann, wenn der Vorverkäufer den Gegenstand dem Dritten bereits übereignet hat, der Vorkäufer ihn dem Dritten

nicht entreißen, mag letzterer auch zur Zeit seines Erwerbes das Vorkaufsrecht gekannt haben, sondern ist auf Schadensersatzansprüche gegen den Vorverkäufer beschränkt. Das Vorkaufsrecht ist also nur ein Forderungsrecht gegen den Vorverkäufer, kein dingliches Recht.

b) Doch gibt es Ausnahmen von dieser Regel: gewisse Vorkaufsrechte sind mit dinglicher Kraft ausgerüstet. Hierauf kann aber erst im Sachenrecht näher eingegangen werden.

IV. 1. Beim Wiederkauf⁴ (in dem engeren Sinn des Worts, der der folgenden Darstellung zugrunde gelegt wird) stehen sich zwei Personen gegenüber, der Wiederkäufer und der Wiederverkäufer: ersterer oder sein Rechtsvorgänger hat früher einmal einen Gegenstand an letzteren oder dessen Rechtsvorgänger verkauft, erklärt nun aber, daß er den Gegenstand gegen Zahlung eines Geldäquivalents von dem Käufer zurückzuerwerben wolle. Dieser Wiederkauf ist so wenig ein eigentlicher Kauf wie der Verkauf. Denn er ist kein Vertrag⁵, also der Wiederkäufer nicht wirklicher Käufer, der Wiederverkäufer nicht wirklicher Verkäufer. Vielmehr ist er eine einseitige Rechts-handlung des Wiederkäufers.

2. a) Der Wiederkauf setzt auf Seiten des Wiederkäufers ein Wiederkaufsrecht voraus. Dieses wird ausnahmslos durch einen Vertrag zwischen Wiederkäufer und Wiederverkäufer (oder ihren Rechtsvorgängern) geschaffen, und zwar meistens schon durch jenen Kaufvertrag, in dem der jetzige Wiederkäufer den Gegenstand des Wiederkaufsrechts an den jetzigen Wiederverkäufer verkaufte.

b) Das Wiederkaufsrecht ist, anders als das Vorkaufsrecht, vererblich und übertragbar.

c) Es ist, anders als das Vorkaufsrecht, zeitlich begrenzt. Es gilt nämlich, falls die Parteien nicht eine abweichende Frist vereinbart haben, bei Grundstücken 30, bei andern Gegenständen 3 Jahre; die Frist beginnt mit dem Abschluß des Vertrages, in dem das Recht begründet worden ist (503).

3. Das Wiederkaufsrecht ist unvergleichlich schärfer als das Vorkaufsrecht: es greift nicht bloß ein, wenn der Wiederverkäufer den Gegenstand an einen Dritten verkaufen will, sondern auch dann, wenn er den Gegenstand selber zu behalten gedenkt.

4. Steht das Wiederkaufsrecht mehreren Berechtigten zu, so gelten die Regeln vom Vorkaufsrecht entsprechend (502).

5. Das Wiederkaufsrecht wird durch eine formlose Erklärung des Wiederkäufers an den Wiederverkäufer ausgeübt (497). Die Erklärung ist unwiderruflich, mag auch der Wiederverkäufer sie nicht angenommen oder ihr gar widersprochen haben.

6. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts bewirkt, daß der Wiederkäufer dem Wiederverkäufer gegenüber als Käufer des Wiederkaufsgegenstandes gilt und zwar unter den Bedingungen, die in dem Vertrage festgesetzt sind, in dem das Wiederkaufsrecht begründet wurde. Für den Fall, daß dieser Vertrag über die Bedingungen des Wiederkaufs schweigt, gelten ergänzend folgende Regeln.

a) Der Wiederverkäufer muß den Gegenstand „samt Zubehör“ (498 I), d. h. samt allem tatsächlich vorhandenen Zubehör liefern, mag der Gegenstand ihm auch seinerzeit vom damaligen Verkäufer, dem jetzigen Wiederkäufer, mit geringerem Zubehör geliefert sein.

b) Für einen „Mangel im Recht“ haftet der Wiederverkäufer anders als ein gewöhnlicher Verkäufer, nämlich nur soweit, als der Mangel durch seine eignen Verfügungen oder durch Verfügungen seines Konkursverwalters oder durch eine von seinen Gläubigern betriebene Zwangsvollstreckung herbeigeführt ist (499). Er ist also haftfrei, wenn der Mangel auf einer inzwischen erfolgten Enteignung oder darauf beruht, daß er von vornherein (durch den Wiederkäufer als seinen damaligen Verkäufer) nur ein mangelhaftes Recht erworben hat.

c) Auch für den Bestand und die ordnungsmäßige Beschaffenheit des Gegenstandes haftet der Wiederverkäufer anders als ein gewöhnlicher Verkäufer, nämlich nur dann, wenn

4) Sahn, Wiederkauf (02).

5) Abw. Enneccerus 1 S. 871.

er den Gegenstand wesentlich verändert oder schuldhaft verschlechtert oder sich dessen Lieferung schuldhaft unmöglich gemacht hat; und zwar ist er in diesem Fall schadensersatzpflichtig (498 II); von einem Anspruch des Wiederkäufers auf Wandlung des Wiederkaufs oder auf Preisminderung ist dagegen keine Rede; wohl aber sind die Regeln BGB. 446, 464, 477, 485, 490 usw. anwendbar.

d) Der vom Wiederkäufer zu zahlende Kaufpreis ist im Zweifel der gleiche wie der, den er seinerzeit dem Wiederverkäufer als damaligem Käufer abgefordert hatte (497 II). Außerdem muß der Wiederkäufer dem Wiederverkäufer allewendungen ersetzen, die dieser vor dem Wiederkauf auf den Kaufgegenstand gemacht hat, soweit der Wert des Gegenstandes dadurch erhöht ist (500).

e) Ist bei Begründung des Wiederkaufsrechts vereinbart, daß als Wiederkaufspreis der Schätzwert des Gegenstandes zur Zeit des Wiederkaufs gelten solle, so erleiden die Regeln zu c und d eine Abänderung: der Wiederverkäufer ist hier nämlich für den Bestand und die Beschaffenheit des Gegenstandes nur in dem einzigen Fall haftbar, daß er den Gegenstand wesentlich verändert hat⁶⁾, und kann für seinewendungen keine Vergütung fordern (501).

7. Faßt man die Regeln zu 6 zusammen, so ergibt sich, daß der Käufer, der dem Verkäufer ein Wiederkaufsrecht zugestanden hat, dadurch arg gebunden wird: er darf über den Gegenstand in keiner Weise verfügen, darf ihn nicht wesentlich verändern usw.

8. Hat der Wiederverkäufer über den Gegenstand zugunsten eines Dritten verfügt, so ist die Verfügung zwar pflichtwidrig, aber dennoch vollgültig; insbesondre braucht der Dritte, der den Gegenstand vom Wiederverkäufer kauf- oder schenkungsweise erworben hat, ihn dem Wiederkäufer nicht herauszugeben, mag er auch zur Zeit seines Erwerbes das Wiederkaufsrecht gekannt haben. Das Wiederkaufsrecht ist also sowenig, wie der Regel nach das Vorkaufsrecht, ein dingliches Recht. Doch kann das Wiederkaufsrecht an Grundstücken im Wege einer Vormerkung im Grundbuch mit dinglicher Kraft ausgerüstet werden.

V. Sonstige Arten des Kaufs sind bereits im Lauf unserer bisherigen Darstellung an geeigneter Stelle erwähnt, z. B. der Kauf nach Probe, der Kauf mit Eigentumsvorbehalt, oder sind dem Handelsrecht zuzuweisen, z. B. das Abzahlungsgechäft, das Firzgechäft, der Spezifikationskauf. Vom Erbschaftskauf wird erst im Erbrecht die Rede sein.

II. Kaufähnliche Geschäfte.

§ 133.

I. 1. Der Tausch (permutatio) geht nicht wie der Kauf auf den Umsatz von Gütern gegen Geld, sondern auf den Umsatz von Gütern gegen Güter. Allerdings kann auch er auf Geld gerichtet sein; bei der wichtigsten Art des Tauschvertrages, dem gewöhnlichen Geldwechsel, sind sogar die Leistungen aller beider Parteien auf Geld gerichtet. Nur gilt das besondrer, daß die beiderseits zu leistenden Güter nicht als Nichtgeld und als Geld, nicht als Kaufsache und Kaufpreis in Gegensatz gebracht werden.

Nicht selten wird bei einem Kauf vereinbart, daß der Käufer den Kaufpreis nicht in bar, sondern in gewissen Wertpapieren entrichten solle. Dadurch wird der Kauf noch nicht zum Tausch. Vielmehr liegt hier ein Doppeltkauf (des ersten Kaufgegenstandes und der Wertpapiere) mit der Abrede der Verrechnung der beiderseitigen Kaufpreise vor.

2. Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende

6) Noch milder Goldmann 1 S. 521¹²⁾.

Anwendung (515). Sonach hat jede Partei die Verpflichtungen eines Verkäufers und zugleich die Rechte eines Käufers. Außerdem hat jede Partei auch gewisse Pflichten eines Käufers, nämlich die Pflicht zur Abnahme der gegnerischen Leistung, die Pflicht, gewisse Kosten zu tragen und gewisse Verwendungen zu erstatten. Endlich kommen auch die Regeln vom Gefahrübergange entsprechend zur Anwendung: ist etwa die von der einen Partei zu leistende bewegliche Sache an die Gegenpartei übergeben oder abgesendet, so muß die Gegenpartei auch ihre Gegenleistung entrichten, selbst wenn jene Sache seitdem untergegangen oder verschlechtert ist. Dagegen sind alle Regeln, die auf die Zahlung des Kaufpreises als solche Bezug haben, unanwendbar, namentlich das Preis-minderungsrecht.

II. Bei allen Verträgen, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, finden die Vorschriften über den Kauf insoweit entsprechende Anwendung, als sie die Verpflichtung des Verkäufers, den Kaufgegenstand zu liefern (s. auch 445, 433), einen Mangel im Recht zu vertreten (445, 433 ff.) und für die mangelhafte Beschaffenheit der Kaufsache aufzukommen (493), und die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme des Kaufgegenstandes betreffen (445, 433). Das ist namentlich wichtig bei der Leistung an Erfüllungstatt (365), bei der Einbringung gesellschaftlicher Einlagen, beim Darlehn, beim Summen-Verwahrungsvertrage, beim Vergleich⁷ usw.

III. Miete und Pacht.¹

1. Begriff. Abschluß des Vertrages.

§ 134.

I. 1. Die Miete (*locatio conductio rei*) ist kein „Umsatzgeschäft“ wie Kauf und Tausch. Denn sie geht nicht auf vollständige Übertragung eines Guts von dem alten auf einen neuen Inhaber; ihr Inhalt ist vielmehr, daß die eine Partei, der Vermieter, ein Gut an die Gegenpartei, den Mieter, bloß zu zeitweiligem Gebrauch überläßt (535 Satz 1). Somit ist der charakteristische Unterschied zwischen dem Kauf und Tausch einer- und der Miete andererseits, daß der Erwerber dort das ihm zugewendete Gut für immer behalten darf, während er es hier nach Ablauf der Mietzeit zurückzugeben hat. Dagegen steht die Miete dem Kauf und Tausch dadurch nahe,

7) RG. 54 S. 167.

1) Fränkel, Miet- und Pachtrecht nach dem BGB. (97); Fuld, Mietrecht (98); Mittelstein, Miete 2. Aufl. (09); Brückner, Miete von Wohnungen, 2. Aufl. (02); Bruck, Arch. f. BR. 20 S. 33; Bernhöft bei B. u. F. Heft 12 (89).

daß der Mieter dem Vermieter für die Gebrauchsüberlassung ein Entgelt entrichten muß (535 Satz 2).

2. Die Pacht ist eine erweiterte Abart der Miete: sie ist nämlich auf die zeitweilige Überlassung nicht des Gebrauchs, sondern der Nutzung des Guts gerichtet; und zwar geht die Nutzung über den Gebrauch insofern hinaus, als sie auch das Recht mit umfaßt, die Früchte des Guts zu ziehen und zu behalten (581 I).

Beispiel. Die Überlassung eines Hauses zur Wohnung ist Miete, die Überlassung eines Ackerz zur Ackerntung ist Pacht.

Die Grenze zwischen Miete und Pacht ist nicht immer zweifellos. Beispiele: I. A. überläßt dem B. ein Haus zum Betriebe der Gastwirtschaft. Hier liegt Miete vor, wenn B. die Wirtschaft erst einrichten will, Pacht, wenn die Wirtschaft bereits eingerichtet ist und dem B. (zur Gewinnung von juristischen Früchten) mitübertragen wird. II. C. überläßt durch einheitlichen Vertrag dem D. ein Haus zum Gebrauch, einen Garten zur Nutzung. Hier liegt Miete vor, wenn das Haus, Pacht, wenn der Garten die Hauptsache ist. — Auch die Grenzziehung zwischen Kauf und Pacht ist öfters nicht einfach. Beispiel: E. überläßt gegen ein Entgelt von 50 M. dem F. die nächste Obsternte seines Gartens. Hier liegt Kauf des Obstes vor, wenn E. die Pflege der Bäume bis zur Ernte übernimmt, Pacht des Gartens, wenn die Pflege dem F. übertragen ist.

II. 1. Als Gegenstand der Miete sind nur Sachen, als Gegenstand der Pacht sind auch unkörperliche Güter, insbesondre Rechte, zugelassen (535, 581 I).

Beispiel. Ein Komponist kann das Urheberrecht an seinen Opern nicht vermieten, aber verpachten; die Verpachtung hat den Sinn, daß fortan der Pächter es ist, der über die Aufführungen der Opern zu bestimmen hat und die Tantiemen bezieht.

Selbstverständlich ist, daß sich als Gegenstand von Miete und Pacht tatsächlich nicht Sachen aller Art, sondern nur unverbrauchbare, bei der Pacht außerdem nur fruchttragende Sachen eignen; so kann z. B. ein Zugochse nur gemietet, eine Kuh auch gepachtet werden; sind aber Ochse und Kuh geschlachtet, so hat bei beiden weder eine Miete noch eine Pacht Sinn.

2. Besonders ausgezeichnet werden als Gegenstand von Miete und Pacht die Grundstücke, weshalb wir mehrfach die Grundstücks- von der Fahrnismiete, die Grundstücks- von der Fahrnispacht zu unterscheiden haben werden (551, 556 II, 559 ff., usw.); dabei ist aber allgemein bestimmt, daß den Grundstücken auch sonstige „Räume“ — also etwa ein schwimmendes Bootshaus — gleichzustellen sind (580). Unter den Grundstücken werden wieder die Wohnungen oder andre zum Aufenthalt von Menschen bestimmte Räume und die landwirtschaftlichen Grundstücke, unter letzteren wieder die Landgüter durch Sonderregeln hervorgehoben (544—582 ff., 591, 592—593, 594; s. auch oben S. 116).

3. Ist der vermietete oder verpachtete Gegenstand zur Zeit des Vertragschlusses nicht vorhanden, z. B. vorher abgebrannt, so gelten die gleichen Regeln wie beim Kauf: der Vertrag ist also regelmäßig nichtig (306).

4. Daß der Gegenstand dem Vermieter oder Verpächter gehöre, ist nicht erforderlich: im Gegenteil kommt die Vermietung fremder Sachen, namentlich Weitervermietung, sehr häufig vor.

5. Unzulässig ist die Vermietung oder Verpachtung solcher Gegenstände, deren Gebrauch unübertragbar ist, z. B. eines Ordens, eines Erbbegräbnisses.

III. Das vom Mieter oder Pächter zu entrichtende Entgelt — Miet- oder Pachtzins — besteht regelmäßig in Geld; doch ist namentlich bei der

Pacht auch ein in Naturalien oder Arbeitsleistungen bestehender Zins sehr häufig.

Die Regeln über die Höhe des Kaufpreises sind auf den Miet- und Pachtzins analog anwendbar: die Bestimmung des Zinses hängt also, wenn sie nicht im Mietvertrage selbst erfolgt ist, vom billigen Ermessen des Vermieters oder Verpächters ab. Ferner muß der Zins dem von den Parteien angenommenen Gebrauchs- oder Nutzungswert des Miet- oder Pachtgegenstandes entsprechen usw. — Bei der Pacht kommt es vor, daß der Pächter als Pachtzins einen Teil des jeweiligen Moh- oder Reinertrages des Pachtgegenstandes an den Verpächter abführen muß (sog. Teilpacht). Siehe hierüber unten im Gemeinschaftsrecht.

IV. 1. Außer der Überlassung des Gebrauchs der Mietsache kann der Vermieter, außer der Entrichtung des Mietzinses kann der Mieter noch Nebenleistungen aller Art übernehmen.

Beispiele. I. Der Vermieter einer Wohnung verspricht, dem Mieter Kaffee zu kochen und die Stiefel zu putzen. II. Der Mieter eines Pferdes verspricht, dem Tier gewisse Unarten im Gange abzugewöhnen.

Doch muß es sich dabei wirklich nur um Nebenleistungen handeln. Beispiele. I. Es ist kein Mietvertrag, sondern ein Vertrag eigner Art, wenn ein Reisender sich ein Zimmer im Gasthause nimmt, da hier die Gasthausbedienung nicht bloße Nebenleistung ist.³ II. Es ist kein Miet-, sondern ein Werkvertrag, wenn ein Reisender sich auf einer Eisenbahnfahrt gegen Zahlung einer Platzkartengebühr den Gebrauch eines bestimmten Platzes im Zuge ausbedingt.

2. Ähnliche Nebenleistungen kommen auch beim Pachtvertrage vor.

V. Miete und Pacht werden nur auf Zeit, nicht für immer abgeschlossen. Wie die Miet- und Pachtzeit bestimmt wird, ist erst später zu erörtern.

VI. Der Abschluß des Miet- und Pachtvertrages unterliegt den allgemeinen Regeln. Er kann also formlos erfolgen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn eine Grundstücksmieta oder Grundstückspacht auf länger als ein Jahr abgeschlossen werden soll: der Abschluß muß hier schriftlich geschehen⁴ (566).

2. Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter.

§ 135.

I. 1. Die Miete ist ein gegenseitiger Vertrag und unterliegt den allgemeinen für derartige Verträge geltenden Vorschriften. Demgemäß ist, wenn die Erfüllung der Vermieterpflichten zufällig unmöglich wird, nicht bloß der Vermieter, sondern grundsätzlich auch der Mieter von seinen Verbindlichkeiten befreit (323): wird also die Mietsache durch einen Zufall zerstört, so kann der Vermieter keinen Mietzins fordern. Und zwar gilt dieser Satz auch dann, wenn der Zufall erst eintritt, nachdem der Vermieter die Mietsache dem Mieter bereits übergeben hatte; doch ist der Mieter in diesem Fall nicht ganz befreit,

2) Waaser, colonia partiaria (85); Crome, die partiarijchen Rechtsgeschäfte (97).

3) Mittelstein S. 35.

4) Siehe hierzu RG. 51 S. 279, 56 S. 84; Buch bei Gruchot 48 S. 723.

sondern bleibt zur Zinszahlung bis zu dem Augenblick des Unterganges der Sache verbunden. Entsprechende Regeln gelten, wenn die Mietsache beschädigt wird.² Man kann deshalb die Formel aufstellen: während die Gefahr einer Kaufsache mit der Übergabe der Sache vom Verkäufer auf den Käufer übergeht, bleibt die Gefahr einer Mietsache trotz der Übergabe während der ganzen Mietzeit beim Vermieter.

2. Die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Vorschriften müssen sich aber bei der Anwendung auf den Mietvertrag mancherlei Ausnahmen gefallen lassen. Insbesondere läßt sich die Regel, daß die Parteien ihre Verpflichtungen Zug um Zug erfüllen müssen, bei der Miete nicht durchführen.³

II. Die Verpflichtungen des Vermieters sind die folgenden.

1. a) Der Vermieter muß dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache samt Zubehör während der ganzen Dauer der Mietzeit nicht bloß passiv gestatten, sondern aktiv „gewähren“ (535).

b) Doch braucht der Vermieter den Gebrauch der Mietsache nur dem Mieter selbst — unter Umständen, namentlich bei einer Mietwohnung, auch dem Hausstande des Mieters — zu gewähren. Dagegen darf der Mieter den Gebrauch der Mietsache nicht einem Fremden überlassen; er darf ihm also weder sein Gebrauchsrecht abtreten noch ihm die Mietsache weitervermieten oder leihen (549).

2. Wie der Vermieter seinen Verpflichtungen nachzukommen hat, hängt von der Beschaffenheit der Mietsache und der Art des dem Mieter zustehenden Mietgebrauchs ab. Doch lassen sich allgemein drei Hauptverpflichtungen des Vermieters — analog den drei Hauptverpflichtungen des Verkäufers — annehmen.

a) Der Vermieter muß bei Beginn der Mietzeit regelmäßig die Sache dem Mieter zum Mietbesitz übergeben.

Doch gibt es Ausnahmen.¹ So kann, wer eine Regelfahrt auf eine Stunde mietet, nicht beanspruchen, daß er für diese Zeit Besitzer der Bahn im Rechtsinn wird, sondern muß sich mit bloßer Inhabung (Besitzdienerschaft) begnügen. Genaueres hierüber in der Lehre vom Besitz.

b) Der Vermieter muß den Mieter ferner während der ganzen Dauer der Mietzeit im ungestörten Mietbesitz schützen, sowohl gegen Angriffe dritter Personen als auch gegen Naturereignisse.²

Beispiele. I. Der Mieter eines Hauses kann Abhilfe vom Vermieter fordern, wenn ihm ein Nachbar eigenmächtig ein Stück Gartenland wegnimmt oder den Garten als Durchgang benutzt oder ihn bei Nachtzeit durch Flötenspieler belästigt. II. Ebenso kann der Mieter eines Pferdes Abhilfe vom Vermieter fordern, wenn ihm ohne seine Schuld das Pferd davonläuft und niemand weiß, wo es sich befindet.

Diese Pflicht des Vermieters erinnert an die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer für „Mängel im Recht“ Gewähr zu leisten. Genau besehen sind aber beide Pflichten doch sehr verschieden. I. Die Pflicht des Vermieters ist strenger. Namentlich umfaßt sie auch Angriffe unberechtigter Dritter, z. B. die eigenmächtige Besitzstörung seitens eines Nachbarn.

1) Endemann 1 § 168^b.

2) Abw. Crome 2 § 235¹⁷.

II. Sie ist milder. Denn sie geht nur gegen „Angriffe“ dritter Personen; die bloße Tatsache, daß einem Dritten an der Mietsache ein dem Mieter nachteiliges Recht zusteht, macht also den Vermieter noch nicht verantwortlich; vielmehr muß der Dritte sein Recht auch wirklich geltend machen. Auch ist der Vermieter selbstverständlich nur für solche Rechte Dritter haftbar, die dem Mieter nachteilig sind (er hat z. B. ein Grundstück vermietet, das einem Dritten gehörte oder zugunsten eines Dritten mit einem Nießbrauch belastet war), während er für unschädliche Rechte (auf dem Grundstück haftet etwa zugunsten eines Dritten eine Hypothek) dem Mieter nicht einsteht.

c) Der Vermieter muß endlich dafür einstehen, daß die Mietsache sich in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande befindet. Auch diese Haftung gilt für die ganze Dauer der Mietzeit (536, 537). Daraus folgt, daß die Instandhaltung der Mietsache während der Mietzeit grundsätzlich nicht vom Mieter, sondern vom Vermieter zu besorgen ist und daß auch die Kosten dieser Unterhaltung dem Vermieter zur Last fallen. Was unter einem „für den vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande“ zu verstehen ist, muß, wie beim Kauf, aus der Verkehrssitte, den Umständen des Einzelfalles und den besondern Zusicherungen des Vermieters entnommen werden.

Beispiele bei der Wohnungsmiete. I. Der Vermieter ist dafür haftbar, daß sämtliche Wohnräume heizbar sind; ob es hierfür genügt, daß die Räume mit ausreichenden Schornsteinen in Verbindung stehen oder ob er auch die Öfen stellen muß, hängt von der Orts- und Abrede ab. II. Der Vermieter muß in einem an verschiedene Parteien vermieteten Hause für eine angemessene Beleuchtung der von den Mietern gemeinsam benutzten Räume (Eingang, Treppen usw.) sorgen.³

3. Der Vermieter wird von seinen Verpflichtungen dadurch nicht befreit, daß der Mieter mit der Annahme der Mietsache in Verzug gerät oder durch einen in seiner Person liegenden Umstand behindert wird, die bereits angenommene Mietsache vertragsgemäß zu gebrauchen. Er muß also die Sache dem Mieter zur Verfügung halten und darf sie anderweit nur derart verwerten, daß er dem Mieter auf Verlangen jederzeit den Mietgebrauch zu gewähren imstande ist; dafür behält er aber auch den Anspruch auf den vollen Mietzins und braucht sich bloß soviel abziehen zu lassen, als er durch die Nichtbenutzung der Sache erspart oder durch ihre anderweitige dem Mieter unnachteilige Verwertung tatsächlich gewinnt (s. 552 Satz 1, 2). Verstößt der Vermieter gegen diese Regel, indem er die Mietsache so verwertet, daß er ihren Gebrauch dem Mieter zu gewähren nicht imstande ist, so verliert er für die Zeit dieses seines rechtswidrigen Verhaltens den Anspruch auf den Mietzins (s. 552 Satz 3) und ist obendrein Schadensersatzpflichtig (325, 286 I).

Beispiel. A. kann in die ihm von B. für das Jahr 1910 um 4000 Mk. vermietete Wohnung krankheits halber nicht einziehen; das erste Vierteljahr steht die Wohnung leer; das zweite Vierteljahr wird sie an C. für 200 Mk. unter dem Vorbehalt vermietet, daß C. jederzeit ausziehen muß, wenn A. es fordert; die beiden letzten Vierteljahre wird sie an D. für 800 Mk. ohne einen derartigen Vorbehalt vermietet. Hier kann B. von A. 1800 Mk. an Mietzins fordern, nämlich für das erste Vierteljahr 1000, für das zweite 1000–200, für das dritte und vierte gar nichts.⁴

Über einen hierher gehörigen Unterschied zwischen Miet- und Dienstvertrag s. unten § 144 II, 6.

3) Vgl. Mittelstein S. 151.

4) Vgl. Crome 2 § 237^o.

4. Erfüllt der Vermieter die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht, so greifen die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Regeln Platz, freilich mit wesentlichen Abänderungen.

a) Der Mieter kann zunächst auf Erfüllung der Vermieterpflichten bestehen und im Verzugsfall Schadensersatz wegen Verspätung fordern.

Doch ist dabei zu unterscheiden, wie folgt. I. Erster Fall: die Einhaltung der bedungenen Mietzeit ist schlechthin wesentlich. Alsdann kann der Mieter die Erfüllung nur für den noch nicht abgelaufenen Teil der Mietzeit fordern. Ein Beispiel (Wohnungsmiete) s. oben S. 436 IV. II. Zweiter Fall: die Einhaltung der bedungenen Mietzeit ist nicht wesentlich. Alsdann kann der Mieter die Erfüllung sogar nach vollständigem Ablauf der Mietzeit fordern. Beispiel: A. hat von B. eine Dreschmaschine, lieferbar Mitte August, auf eine Woche gemietet; B. liefert die Maschine erst am 30. August; hier kann A. verlangen, daß die Maschine ihm bis zum 6. September gelassen wird.

b) Der Mieter kann ferner (regelmäßig unter Bewilligung einer Nachfrist) auf die Erfüllung der Vermieterpflichten verzichten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern (325, 326). Doch setzt diese Regel voraus, daß der Vermieter die Nichterfüllung seiner Verpflichtungen vertreten muß; sie versagt also regelmäßig, wenn der Vermieter durch einen Zufall an der Erfüllung verhindert war.

Beispiel. Der Vermieter A. hat dem B. die Mietwohnung auch binnen der von B. gehörig bestimmten Nachfrist nicht übergeben; B. mietet sich deshalb eine andre teurere Wohnung. Hier muß A. dem B., wenn dieser keine billigere Wohnung finden konnte, den Unterschied der beiden Mietpreise ersetzen und wird auch dadurch nicht frei, daß er sich nachträglich zur Übergabe der Vertragswohnung bereit erklärt.

c) Schließlich kommt dem Mieter zwar nicht das bei sonstigen gegenseitigen Verträgen geltende Rücktrittsrecht, wohl aber an dessen Stelle eine noch weiter greifende Vergünstigung zu: er ist für die ganze Zeit, während deren er den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache entbehrt hat, von der Entrichtung des Mietzinses befreit und kann für die Folgezeit die Miete ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufkündigen (537, 541, 542, 323 I). Diese Regel gilt gleichmäßig, wenn der Vermieter die Erfüllung seiner Verpflichtungen bloß verzögert, wie dann, wenn er sie gänzlich unterläßt; und sie gilt nicht bloß, wenn das Verhalten des Vermieters ein schuldhaftes war (Verzug, schuldhafte Unmöglichkeit der Erfüllung), sondern auch dann, wenn der Vermieter an der Erfüllung seiner Verpflichtungen durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand behindert worden ist; nur dann ist sie nicht anwendbar, wenn den Mieter selber eine (überwiegende) Schuld trifft. Ehe der Mieter kündigt, muß er dem Vermieter zur Erfüllung von dessen Verpflichtungen eine angemessene Nachfrist bestimmen, es sei denn, daß die Erfüllung infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat (542 I).

Diese Vorschrift erinnert an die Bestimmung zu b, daß der Mieter auch dann, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern will, dem Vermieter regelmäßig eine Nachfrist zu gewähren hat. Doch besteht der Unterschied, daß der Mieter im Fall b bei Bestimmung der Frist erklären muß, er werde nach dem Fristablauf die Erfüllung nicht mehr annehmen, während bei Bestimmung der der Kündigung vorausgehenden Frist der Mieter diese Erklärung nicht abzugeben, ja die Kündigung nicht einmal anzudrohen braucht.

Die Regeln zu c gelten auch dann, wenn der Vermieter seine Verpflichtungen nur teilweise unerfüllt läßt, z. B. die vermietete Wohnung ohne den mitvermieteten Garten übergibt; doch wird der Mieter, falls er die Teilerfüllung angenommen, von der Entrichtung des Mietzinses nicht ganz, sondern nur zu einem entsprechenden Teil befreit; sein Kündigungsrecht bezieht sich dagegen auch in diesem Fall auf den ganzen Mietvertrag, es sei denn, daß die Pflichtverletzung des Vermieters eine unerhebliche war (542 II).

Unanwendbar soll nach der Ansicht des Reichsgerichts die Vorschrift zu c sein, wenn die Erfüllung der Vermieterpflichten vorübergehend ganz unmöglich, also z. B. wenn das Miethaus abgebrannt ist, mag es auch rasch wieder aufgebaut werden: hier brauche nämlich der Mieter den Mietvertrag nicht erst unter Einhaltung einer Nachfrist zu kündigen, sondern der Mietvertrag sei sofort kraft Gesetzes (275, 323) aufgehoben.⁵ Ich halte diese Entscheidung nicht für zutreffend, weil die Regeln zu c (542) als Sondervorschriften den ihnen widersprechenden allgemeinen Regeln (275, 323) vorgehen.

Den Schadensersatzanspruch zu b kann der Mieter auch dann geltend machen, wenn er von seinem Kündigungsrecht zu c Gebrauch macht, jedoch nur wegen der vor der Kündigung liegenden Mietzeit; für die spätere Zeit kann er bloß Ersatz seines negativen Vertragsinteresses, z. B. etwaiger durch die vorzeitige Kündigung veranlaßter Umzugskosten, fordern.

5. a) Die Regeln zu 4 gelten nicht bloß, wenn der Vermieter die Mietsache dem Mieter gar nicht übergibt, sondern auch, wenn er eine andre seiner Hauptverpflichtungen unerfüllt läßt. Sie greifen also namentlich auch dann Platz, wenn der dem Mieter gebührende vertragmäßige Gebrauch der Mietsache durch das bessere Recht eines Dritten oder durch einen der Sache anhaftenden Mangel⁶ ausgeschlossen oder beeinträchtigt wird. Somit kann der Mieter auch in diesen beiden Fällen gemäß den Regeln zu 4 auf der Erfüllung der Vermieterpflichten bestehen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, ist von der Entrichtung des Mietzinses befreit und kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.

Beachtenswert ist hierbei namentlich das Recht des Mieters, auf Erfüllung der Vermieterpflichten zu bestehen. Denn dies bedeutet u. a., daß der Vermieter die mit Fehlern behaftete Sache tatsächlich ausbessern muß, während wir gelehrt haben, daß der Verkäufer einer fehlerhaften Sache zu deren Ausbesserung nicht verpflichtet ist. Nach den Regeln zu 4 gilt die Ausbesserungspflicht sogar dann, wenn die Fehler der Mietsache erst während der Mietzeit entstanden sind und ihre Entstehung vom Vermieter gar nicht verhindert werden konnte; Beispiel: die Fensterscheiben der Mietwohnung werden wenige Tage vor Ablauf der Mietzeit durch Hagelschlag zertrümmert.

b) Doch gelten für die beiden soeben bezeichneten Fälle (die Mietsache ist mit Rechten Dritter belastet oder mit Mängeln behaftet) einige besondere Vorschriften.

a) Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung steht dem Mieter, wenn die Rechte Dritter oder die Mängel der Mietsache schon bei Abschluß des Mietvertrages vorhanden waren, unbedingt zu,⁷ also auch dann, wenn dem Vermieter kein Verschulden zur Last fällt (538 I, 541). Dagegen kann er, wenn die Rechte erst nachträglich begründet, die Mängel erst nachträglich

5) RG. 62 S. 228; ebenso Mittelstein S. 136.

6) Tumpowski, Mängelanspruch des Mieters (02).

7) RG. 52 S. 173; Crome 2 § 236⁴⁶.

entstanden sind, gemäß den allgemeinen Regeln nur unter der Voraussetzung Schadensersatz fordern, daß sie auf einem vom Vermieter zu vertretenden Umstande beruhen oder der Vermieter mit ihrer Beseitigung in Verzug kommt.

Beispiel. A. vermietet dem B. ein Wohnhaus; einige Stunden vor Abschluß des Mietvertrages wird das Haus, ohne daß A. und B. es erfahren, durch eine Überschwemmung schwer beschädigt. Hier haftet A. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auch wenn er gar nicht imstande ist, den Schaden bis zum Beginn der Mietzeit zu beseitigen. Dagegen wäre er haftfrei gewesen, wenn das Haus durch den Unglücksfall ganz zerstört worden wäre (306) oder wenn der Unglücksfall sich einige Stunden später ereignet hätte. Auch dann, wenn A. das durch Überschwemmung beschädigte Haus dem B. nicht vermietet, sondern verkauft hätte, wäre er nicht schadensersatzpflichtig gewesen (459).

β) Gerät der Vermieter mit der Beseitigung der auf der Mietsache lastenden Rechte Dritter oder der der Sache anhaftenden Mängel in Verzug, so kann der Mieter die Rechte sowohl wie die Mängel selber beseitigen, d. h. er kann die Rechte ihrem Inhaber abkaufen,⁸ die mangelhafte Sache ausbessern. Die hierzu erforderlichen Aufwendungen muß der Vermieter ihm erstatten (538 II, 541).

γ) Hat der Mieter die auf der Mietsache lastenden Rechte Dritter oder die der Sache anhaftenden Mängel bereits beim Abschluß des Mietvertrages gekannt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, die Vergünstigung der Befreiung vom Mietzinse, das Kündigungsrecht und die Befugnis, die Rechte der Dritten und die Mängel der Mietsache selber zu beseitigen nicht zu (539 Satz 1, 541, 543 I), während ihm der Anspruch darauf, daß der Vermieter die Rechte und die Mängel seinerseits beseitigt und im Verzugsfall Schadensersatz wegen Verspätung leistet, auch in diesem Fall nicht versagt ist.⁹ Bezüglich der Mängel der Mietsache (nicht aber auch bezüglich der Rechte Dritter)¹⁰ steht der Kenntnis des Mieters eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich, es sei denn, daß der Vermieter die Mängel arglistig verschwiegen oder ihre Abwesenheit besonders zugesichert hat; das nämliche gilt, wenn der Mieter die Mängel der Mietsache nachträglich erfährt und die Sache trotzdem vorbehaltlos annimmt (539 Satz 2, 460, 464).

Beispiele. I. A. hat von B. zu einem sehr billigen Mietpreise eine Wohnung gemietet; als er einzieht, beschwert er sich sofort darüber, daß mehrere Fensterscheiben fehlen, die Dielen durchweg verschliffen sind und der Ofen im Wohnzimmer für den großen Raum viel zu klein ist. Durch Beweisaufnahme wird festgestellt, daß diese von A. gerügten Tatsachen sämtlich schon bei Abschluß des Mietvertrages vorhanden waren und daß A. das Fehlen der Scheiben sowie die Verschliffenheit der Dielen schon damals bemerkt hat, die Unzulänglichkeit des Ofens aber bei einiger Aufmerksamkeit hätte erkennen können. 1. Hier kann A. wegen der Fensterscheiben alle Rechte geltend machen; denn daß B. die Scheiben beschaffen muß, ist so selbstverständlich, daß man nicht sagen kann, A. hätte diese Mängel der Wohnung bereits beim Abschluß des Mietvertrages gekannt; vielmehr hat A. damals nur gewußt, daß die Scheiben in jenem Zeitpunkt fehlten, nicht aber auch, daß sie auch noch bei seinem Einzuge fehlen würden; und nur letztere Kenntnis kann ihm seine Rechte wegen

8) Abw. Mittelstein S. 176.

9) Siehe Mittelstein S. 155¹⁷.

10) Crome 2 § 236¹⁴.

dieses Mangels nehmen. 2. Umgekehrt hat A. wegen der Dielen keinerlei Rechte; denn er hatte nicht den mindesten Anlaß anzunehmen, daß B. die Dielen ausbessern würde, sondern hat die Wohnung als eine schlecht gebielte wissentlich gemietet: es liegt hier also zumal in Anbetracht der Billigkeit des Mietzinses ein Mangel der Wohnung überhaupt nicht vor. 3. Dagegen ist wegen des Ofens zu unterscheiden. a) Ein Recht auf Schadenersatz, Herabsetzung des Mietzinses, Kündigung usw. steht dem A. nicht zu. b) Wohl aber kann er verlangen, daß der Ofen nachträglich durch einen bessern ersetzt wird. II. Hat A. die Wohnung ohne Vorbehalt angenommen und seine Rügen erst nachträglich erhoben, so kann er auch wegen der fehlenden Scheiben die besondern Rechte zu 1 nicht geltend machen, sondern ist auf das Recht, die nachträgliche Beschaffung der Scheiben zu fordern, beschränkt.¹¹ Im übrigen verbleibt es bei der Entscheidung zu I.

δ) Bei der Miete einer gesundheitsgefährlichen Wohnung¹² gilt von der Regel zu γ eine wichtige Ausnahme: der Mieter behält hier sein Kündigungsrecht auch dann, wenn er bei Mietung oder Übernahme der Wohnung deren ungesunde Beschaffenheit in vollem Umfang gekannt hat; wegen der sonstigen Rechte des Mieters (Befreiung von der Zinspflicht, Anspruch auf Schadenersatz usw.) ist dagegen die Regel zu γ auch auf diese Wohnungsmiete unverändert anzuwenden (544).¹³

ε) Als ein „Mangel“ des vermieteten Grundstücks soll es auch, ähnlich wie beim Kauf, gelten, wenn das Grundstück nicht die zugesicherte Größe hat; doch sind auf diesen Fall nur einzelne der vorstehenden Regeln, namentlich die zu γ, anwendbar (537 II).

ζ) Eine abgekürzte Verjährung gilt nur im Bereich der Regel β: der Anspruch des Mieters auf Erstattung seiner Verwendungen verjährt nämlich in sechs Monaten seit Beendigung des Mietverhältnisses (558 I, II).

6. Dem Vermieter liegen noch gewisse Nebenverpflichtungen ob. Er hat nämlich die auf der Mietsache ruhenden Lasten (Steuern, Hypothekenzinsen u. dgl.) zu tragen (546).¹⁴ Er muß ferner dem Mieter die auf die Sache gemachten nötigen Verwendungen ersetzen, mit Ausnahme der Kosten der Fütterung eines vermieteten Tieres, die dem Mieter zur Last fallen (547 I).

Sonstige Verwendungen des Mieters braucht der Vermieter nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen; jedenfalls muß er aber gestatten, daß der Mieter eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, z. B. eine von ihm in der Mietwohnung gelegte Gasleitung, fortnimmt (547 II). — Die Vertragskosten, z. B. den Stempel des Mietvertrages, müssen im Zweifel beide Teile zur Hälfte tragen. Die Kosten der Erfüllung der Vermieterpflichten, also der Übergabe und Instandhaltung der Mietsache treffen dagegen den Vermieter allein; doch gehören bei einer Wohnungsmiete die Kosten des Gas- und Wasserverbrauchs u. dgl. nicht hierher; denn der Vermieter hat höchstens für das Vorhandensein der Gas- und Wasserleitung aufzukommen, während das Gas und Wasser selbst vom Mieter auf eigne Kosten besorgt werden muß.

Lasten, die gesetzlich nicht dem „Eigentümer“ sondern dem „Besitzer“ der Mietsache auferlegt, hat nicht der Vermieter, sondern der Mieter zu tragen. Hierher kann z. B. die Pflicht gehören, den vor dem Miethause liegenden Schrittweg zu reinigen.¹⁵

11) Mittelstein S. 155¹⁷.

12) Mittelstein S. 199.

13) Örtmann Anm. 5 zu § 544.

14) Brückner, Miete S. 69.

15) Mittelstein S. 206.

7. Die den Verpflichtungen des Vermieters gegenüberstehenden Rechte des Mieters sind an und für sich persönliche Forderungsrechte und gelten im Konkurse des Vermieters als bloße Konkursforderungen. Doch ist der Mieter eines Grundstücks unter gewissen Voraussetzungen zugleich mit einem dinglichen Recht an der Mietsache ausgerüstet. Hiervon werden wir im Sachenrecht noch eingehender zu sprechen haben.

8. Ist es streitig, ob der Vermieter seine Verpflichtungen erfüllt hat, so trifft nach allgemeiner Regel die Beweislast den Vermieter.

Nur wenn der Mieter behauptet, daß der Mietgebrauch ihm vom Vermieter anfänglich gewährt, aber nachträglich ganz oder teilweise wieder genommen sei, ist er selber beweispflichtig. Daraus folgt, daß, wenn die bereits übergebene Mietsache dem Mieter nachträglich durch einen angeblich besserberechtigten Dritten entzogen wird, der Mieter die Tatsache der Entziehung nachzuweisen hat; dagegen braucht er nicht auch (wie in dem analogen Fall der Käufer) nachzuweisen, daß der Dritte wirklich ein besseres Recht an der Mietsache hatte; denn der Mieter kann ja den Schutz des Vermieters auch gegen ungerechtfertigte Angriffe Dritter anrufen (s. 535 Satz 1).

9. Die Pflichten des Vermieters können vertragsmäßig abgeändert werden.

a) Sie können verschärft werden. Am häufigsten geschieht dies dadurch, daß der Vermieter gewisse Eigenschaften der Mietsache besonders zusichert und dadurch seine Verantwortlichkeit für die Beschaffenheit der Sache erhöht oder daß der Vermieter dem Mieter die Weitervermietung der Mietsache im voraus gestattet.

b) Sie können aber auch gemildert werden. Das kommt besonders häufig bei der Wohnungsmiete vor: in vielen Städten pflegen sich die Wohnungsvermieter beim Abschluß der Mietverträge gedruckter Formulare zu bedienen, in denen eine Fülle von Klauseln zu ihren Gunsten auftreten; der Mieter ist hiergegen wehrlos, weil er einen Vermieter, der auf den Gebrauch dieser Formulare verzichtet, kaum findet. Das Gesetz gibt derartige Vereinbarungen frei. Doch bestimmt es — abgesehen von der allgemeinen Regel, daß unsittliche und wucherische Vertragsbestimmungen nichtig sind — zwei Beschränkungen: ungültig ist eine Vertragsklausel, die die Rechte des Mieters gegenüber einem arglistigen Vermieter unter das gesetzliche Maß herabsetzt (540, 541, 543, 276 II) oder dem Mieter einer ungesunden Wohnung das gesetzliche Kündigungsrecht entzieht oder schmälert (544).

III. Dem Mieter liegen folgende Verpflichtungen ob.

1. a) Der Mieter muß den vertragsmäßigen Mietzins entrichten. Doch braucht er dieser Pflicht nicht etwa Zug um Zug gegen Übergabe der Mietsache zu genügen, sondern erst postnumerando, d. h. am Ende der ganzen Mietzeit oder, wenn der Zins nach Zeitabschnitten (Wochen, Monaten usw.) bemessen ist, nach dem Ende jedes solchen Abschnitts; bei der Grundstücksmietete soll der Zins indes spätestens nach dem Ablauf je eines Kalendervierteljahrs am ersten Werktag des folgenden Monats entrichtet werden, auch wenn er nach längeren Zeitabschnitten bemessen ist (551).

Beispiel. Eine Wohnungsmiete beginnt am 24. Dezember 1910; der Mietzins beträgt jährlich 3650 Mk. Dann ist erster Zinszahlungstermin der 2. Januar 1911 (mit 80 Mk.),¹⁶ zweiter der 1. April 1911 (mit 912,5 Mk.).

Die Regel zu a) gilt auch dann, wenn die Miete vor Ablauf der bedungenen Mietzeit oder mitten im Lauf eines für die Bemessung des Zinses maßgebenden Zeitabschnitts aufgekündigt wird; kündigt etwa der Mieter in dem obengenannten Beispiele die Wohnung als ungesund am 31. Januar, so braucht er die Januarrente erst am 1. April zu zahlen.¹⁷

b) Ferner muß der Mieter während der Dauer des Mietverhältnisses die ihm übergebene Mietsache als eine fremde mit Sorgfalt behandeln (s. 548). Er hat sich also nicht bloß eines vertragswidrigen Gebrauchs der Sache zu enthalten, sondern muß auch bei dem vertragsmäßigen Gebrauch dafür Sorge tragen, daß die Sache nicht verloren geht, verdirbt oder übermäßig abgenutzt wird.¹⁸ Doch geht die Fürsorgepflicht des Mieters nicht soweit, daß er die Abnutzung der Sache vollständig verhindern müßte; vielmehr fällt diese „Instandhaltung“, wie bereits erwähnt, dem Vermieter zu. Ganz verboten ist dem Mieter eine nicht durch den vertragsmäßigen Gebrauch bedingte Veränderung der Mietsache, selbst wenn sie dem Vermieter lediglich zum Vorteil gereicht.

Beispiele. I. Der Mieter, der ein Haus zum Bewohnen genommen hat, darf kein Geschäft darin einrichten. II. Er muß die gemietete Wohnung, auch wenn ihm selber nichts daran liegt, des Vermieters wegen, auf eigne Kosten gut verschlossen halten, lüften, reinigen usw. Dagegen braucht er nicht auch den abgenutzten Anstrich der Dielen zu erneuern, zerbrochene Fenster Scheiben zu ersetzen usw., sondern es genügt, wenn er dem Vermieter anzeigt, daß diese Maßregeln nötig seien. III. Unzulässig ist es, wenn er die Wohnung neutapecieren läßt, auch wenn die neuen Tapeten besser sind als die alten.¹⁹

c) Eine Besichtigung der Mietsache durch den Vermieter muß der Mieter gestatten, soweit sie üblich ist und den berechtigten Interessen des Vermieters dient, also namentlich dann, wenn der Vermieter die Mietwohnung nach erfolgter Kündigung zwecks anderweitiger Vermietung einem Bewerber zeigen will.²⁰ Ebenso muß er sich eine notwendige Ausbesserung der Mietsache durch den Vermieter gefallen lassen; soweit er dabei an dem Gebrauch der Mietsache gehindert wird, hat er freilich das oben zu II, 4 besprochene Kündigungsrecht und wird von der Zinspflicht frei.

d) Zeigt sich im Lauf der Miete ein Mangel der gemieteten Sache oder wird eine Vorkehrung zum Schutz der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr nötig, so muß der Mieter dem Vermieter unverzüglich Anzeige machen; so selbst dann, wenn er dabei ohne eigenes Interesse ist, also wenn der Mangel die Brauchbarkeit der Sache für die Mietzwecke nicht beeinträchtigt;²¹ versäumt er die Anzeige, so ist er Schadensersatzpflichtig und verliert außerdem das Recht, wegen des Mangels den Mietzins zu kürzen oder Schadensersatz zu fordern, vorausgesetzt, daß der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige an der Beseitigung des Mangels verhindert worden ist (545).²² Dagegen behält er

16) Brückner, Miete S. 80³. 17) Abw. Mittelstein S. 250.

18) Mittelstein S. 211; Bruch, Arch. f. BR. 27 S. 110.

19) Abw. Mittelstein S. 224²⁰. 20) Örtmann Anm. 2 b vor § 535.

21) RG. 59 S. 162. 22) Siehe Pland-Greif Anm. 2 zu § 545.

(mit einer unbedeutenden Beschränkung) sein Kündigungsrecht (545). Diese Regeln gelten entsprechend auch dann, wenn während der Mietzeit ein Dritter sich ein Recht an der Sache anmaßt (545).

e) Der Mieter muß endlich nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache und zwar gerade das ihm übergebene Sachindividuum, nicht aber, wie beim Darlehn, ein andres gleichartiges Stück dem Vermieter zurückgeben (556 I); der Zustand der Sache bei der Rückgabe muß den Regeln zu b entsprechen: der Mieter kommt also für eine während der Mietzeit eingetretene Verschlechterung der Sache nur soweit auf, als sie durch Verletzung der ihm obliegenden Fürsorgepflicht entstanden ist, nicht dagegen für die auch bei ordnungsmäßigem Gebrauch unvermeidliche Abnutzung, geschweige denn für rein zufällige Schäden. Selbstverständlich muß der Mieter nach Maßgabe der vorstehenden Regeln auch das ihm mitvermietete Zubehör der Mietsache mitabliefern; ebenso Früchte, die er etwa von der Mietsache gezogen hat. Ein Zurückbehaltungsrecht an der Mietsache wegen etwaiger Gegenansprüche gegen den Vermieter hat der Mieter nur bei der Fahrnis-, nicht auch bei der Grundstücksmiete (556 II). Nach Maßgabe der Landesgesetze können für die Räumung von Mietwohnungen seitens der Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses bindende Fristen festgesetzt werden; in Preußen geschieht dies durch die Ortspolizei (EG. 93; preuß. Ges. v. 30. Juni 34 § 2; s. auch ZPO. 721 I).

f) Zur Abnahme der Mietsache, insbesondre zum Einziehen in die Mietwohnung, ist der Mieter nicht verpflichtet. Er gerät also, wenn er die Abnahme verweigert, nur in Annahmehaft, nicht wie ein die Annahme der Kaufsache verweigernder Käufer auch in Erfüllungsverzug.

2. Läßt der Mieter seine Verpflichtungen unerfüllt, so hat der Vermieter Rechte verschiedener Art.

a) Er kann zuvörderst auf nachträglicher Erfüllung der Mieterpflichten und auf Schadenersatz wegen Verspätung bestehen. Und zwar ist dieser Schadenersatzanspruch für den Fall, daß der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache nicht rechtzeitig zurückgibt, eigentümlich tarifiert: der Vermieter kann nämlich für die ganze Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung mindestens den bedungenen Mietzins beanspruchen (557).

b) Der Vermieter kann ferner, wie bei andern gegenseitigen Verträgen, Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern. So namentlich, wenn der Mieter die Mietsache schuldhaft verändert oder verschlechtert hat; in diesem Fall verjährt der Schadenersatzanspruch in sechs Monaten nach der Rückgabe (558).²³ So ferner auch dann, wenn der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses mit der Rückgabe der Mietsache in Verzug kommt und der Vermieter (regelmäßig unter Bestimmung einer angemessenen Nachfrist) die verspätete Rückgabe zurückweist (326).²⁴

23) RG. 62 S. 329.

24) Abw. Mittelstein S. 283.

c) Er kann endlich die Miete ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufkündigen, ähnlich wie es im umgekehrten Fall, bei Nichterfüllung der Vermieterpflichten, der Mieter kann. Doch greift das Kündigungsrecht nur in zwei schweren Fällen Platz, nämlich erstens, wenn der Mieter mit der Entrichtung des Mietzinses für zwei aufeinanderfolgende Termine ganz oder teilweise im Verzuge ist, zweitens, wenn er die Sache gröblich mißbraucht, sei es, daß er die Mietsache trotz Abmahnung des Vermieters fortgesetzt vertragswidrig benutzt, sei es, daß er durch die Vernachlässigung der gebührenden Sorgfalt die Mietsache erheblich gefährdet (554, 553).²⁵

Beispiele. I. A. benutzt seine von B. ermietete „Wohnung“ trotz B.'s Abmahnung zugleich als Verkaufsladen. Hier kann B. kündigen, auch wenn A.'s Mißbrauch der Wohnung gar keinen Schaden bringt. II. A. benutzt die Wohnung vertragsgemäß bloß zum Wohnen für sich und seine Kinder. Hier kann B. kündigen, wenn die Wohnung durch die Kinder geradezu verdorben wird.

In dem ersten der oben genannten Fälle (Nichtzahlung des Mietzinses) setzt das Kündigungsrecht einen eigentlichen „Verzug“ des Mieters voraus, fällt also fort, wenn die Nichtzahlung auf einem vom Mieter nicht zu vertretenden Umstande beruht. Im zweiten Fall gilt diese Beschränkung nicht; hier greift also das Kündigungsrecht auch gegen einen Mieter Platz, der sich zu dem von ihm beliebten objektiv „vertragswidrigen“ Gebrauch der Mietsache in entschuldbarem Irrtum für berechtigt hielt.²⁶ — Das Kündigungsrecht wegen Nichtzahlung der Miete gilt, wenn der Mieter bei zwei aufeinanderfolgenden Terminen nicht „in Verzug gerät“, sondern „im Verzuge ist“; sonach kann der Mieter die Kündigung vermeiden, wenn er zwar die Zahlung bei jedem einzigen Termin versäumt, aber doch noch nachholt, ehe sein Verzug wegen des folgenden Termins begonnen hat; ist dagegen der Doppelverzug einmal eingetreten, so behält der Vermieter sein Kündigungsrecht auch dann, wenn der Mieter den am ersten, nicht aber auch den am zweiten Termin fälligen Zins noch vor der Kündigung bezahlt (s. 554 I Satz 2).

3. Hat der Mieter — mit Ermächtigung des Vermieters oder eigenmächtig — den Gebrauch der Mietsache einem Dritten überlassen,²⁷ so steht er für jeden Mißbrauch ein, den der Dritte mit der Sache treibt (549 II, 553). Dagegen ist der Dritte persönlich (von dem Fall eines Delikts abgesehen) dem Vermieter nicht haftbar. Nur der Anspruch auf Rückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses kann von dem Vermieter nicht bloß gegen den Mieter, sondern auch unmittelbar gegen den Dritten geltend gemacht werden (556 III).

4. a) Die den Verpflichtungen des Mieters gegenüberstehenden Rechte des Vermieters sind an und für sich persönliche Forderungsrechte. So auch dann, wenn der Vermieter, wie regelmäßig, Eigentümer der Mietsache ist: denn die Vermieterrechte beruhen ja nicht auf dem Eigentum des Vermieters, sondern nur auf dem von ihm mit dem Mieter abgeschlossenen Mietvertrage.

b) Doch hat der Vermieter eines Grundstücks, ähnlich wie der Mieter, außer seinen Forderungsrechten zugleich ein dingliches Recht, nämlich ein ge-

25) Siehe RG. 47 S. 163.

26) Goldmann 1 S. 561²⁶; Örtmann Anm. 1 zu § 553.

27) Kantorowicz, L. v. d. Untermiete (01).

gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters. Hierüber ist im Sachenrecht eingehender zu sprechen (559 ff.).

5. Von dem Einfluß, den eine Veräußerung der Mietsache während der Mietzeit auf die Verpflichtungen des Mieters hat, kann gleichfalls erst im Sachenrecht gesprochen werden. Es kommt hier nämlich das erst im Sachenrecht darzustellende dingliche Recht des Mieters an der Mietsache maßgeblich in Betracht.

6. Ist es streitig, ob der Mieter seine Verpflichtungen erfüllt hat, so ist nach allgemeiner Regel er selber beweispflichtig.

7. Die Mieterpflichten können vertragsmäßig abgeändert werden.

a) Sie können verschärft werden. Das kommt besonders häufig bei der Wohnungsmiete vor: eben jene schon früher erwähnten viel gebrauchten Mietvertragsformulare pflegen sich nicht damit zu begnügen, die Verpflichtungen der Vermieter milder, sondern sie pflegen zugleich die Verpflichtungen der Mieter strenger zu bestimmen, als das Gesetz es tut. Das Gesetz gibt auch diese Vereinbarungen frei; einzige Beschränkung: die Vereinbarung darf nicht unsittlich oder wucherisch sein. Eine kleine Hülfe gewährt hier aber B. O. B. 157, 226, 242 dem Mieter. Hervorzuheben ist namentlich, daß manche strenge Klauseln der Vertragsformulare nach der Verkehrs-sitte nicht so schlimm gemeint sind, wie ihr Wortlaut besagt, und daß alsdann nicht der Wortlaut der Klausel, sondern ihr verkehrsüblicher Sinn maßgebend ist. Wenn z. B. der Mieter bekennt, die in Wirklichkeit sehr verwehrte Mietwohnung in tadellosem Zustande erhalten zu haben, und sich verpflichtet, sie auch in tadellosem Zustande wieder zurückzugeben, so bedeutet das nicht, daß der Mieter die Wohnung wirklich „tadellos“, also besser, als sie ihm selber übergeben ist, zurückzugewähren, ja nicht einmal, daß er für die bei ordnungsmäßigem Gebrauch der Wohnung unvermeidliche Abnutzung einzustehen hat, sondern bloß, 1. daß der Mieter die Beseitigung der tatsächlich vorhandenen Mängel vom Vermieter nicht fordern darf, 2. daß der Mieter bei Aufhebung des Mietvertrages beweisen muß, die Mängel der Wohnung seien schon bei Beginn der Mietzeit vorhanden gewesen oder später durch ordnungsmäßigen Gebrauch der Wohnung oder durch Zufall entstanden. Ebenso wird das Kündigungsrecht des Vermieters bei geringfügigen Vertragsverletzungen des Mieters (Abhaltung einer kleinen Wäsche in der Küche, Benutzung der Bordertreppe durch die Dienstboten usw.) nur Platz greifen, wenn der Mieter oder seine Angehörigen schuldhaft gehandelt haben.

b) Die Mieterpflichten können aber auch ermäßigt werden, z. B. dahin, daß der Wohnungsmieter die Früchte des zur Wohnung gehörigen Gartens nicht herauszugeben braucht.

3. Rechtsverhältnis zwischen Verpächter und Pächter.

§ 136.

Der Hauptpunkt, in dem das Rechtsverhältnis zwischen Verpächter und Pächter sich von dem zwischen Vermieter und Mieter unterscheidet, ergibt sich ohne weiteres aus dem Begriff der Pacht. Er stellt eine reine Begünstigung des Pächters im Vergleich zum Mieter dar: der Pächter darf die Früchte des Pachtgegenstandes, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehn sind (s. oben S. 139 II), während der Dauer des Pachtverhältnisses gewinnen und auch bei Rückgabe des Pachtgegenstandes behalten. Aber auch abgesehen von diesem Kardinalunterschied fehlt es an

sonstigen Verschiedenheiten zwischen Pacht und Miete nicht. Doch beschränkt das Gesetz diese Verschiedenheiten meistens auf die Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke.

I. Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks hat den Pachtzins, wenn dieser nach Jahren bemessen ist, nicht in vierteljährlichen Raten, wie einen Mietzins, sondern jährlich nur einmal zu entrichten, nämlich am ersten Werktag nach Ablauf des Pachtjahrs (584). Hervorzuheben ist dabei, daß Pachtjahr und Kalenderjahr nicht zusammenzufallen brauchen, das Pachtjahr vielmehr je nach Abrede beginnen kann.

II. Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks muß dem Grundstück eine weit größere Fürsorge zuwenden als der Mieter der Mietsache; demgemäß wird umgekehrt die Fürsorgepflicht des Verpächters im Vergleich zu der des Vermieters wesentlich herabgesetzt. Die Instandhaltung des Pachtgrundstücks samt der des Pachtzubehörs fällt nämlich grundsätzlich dem Pächter zur Last. Sache des Pächters ist es also, nicht bloß, wie ein Mieter, solche Vorsichtsmaßregeln zu treffen, die eine übermäßige Abnutzung des Grundstücks verhindern, sondern er muß einer Abnutzung überhaupt vorbeugen; nur außergewöhnliche Schäden, wie sie etwa infolge einer Überschwemmung oder eines Orkans eintreten, braucht er nicht zu beseitigen, kann hier vielmehr vom Verpächter Abhilfe fordern (582, 591).

Beispiel. Der Pächter eines Landguts muß auf seine Kosten die Scheunendächer rechtzeitig erneuern, Wege und Gräben ausbessern usw.

III. Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks ist an die von dem Verpächter oder früheren Pächter bisher geübte Betriebsart nicht gebunden, sondern zu Kulturänderungen wohl befugt; nur sind ihm ohne Erlaubnis des Verpächters Änderungen der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks verboten, sofern sie auf die Art der Bewirtschaftung über die Pachtzeit hinaus von Einfluß sind (583).

Beispiel. Der Pächter darf statt des reinen Getreide- und Kartoffelbaus den Rübenbau oder statt des zwei- einen dreimaligen Grasschnitt einführen. Dagegen darf er ein einzeln gepachtetes Feld nicht als Lehmgrube benutzen; und wenn er eine magere Wiese in Ackerland umwandelt, muß er sie rechtzeitig vor Ablauf der Pacht in eine Wiese zurückverwandeln. Dauernde Anlagen, die sich auf dem Grundstück befinden (Gebäude, Gräben, Drainanlagen usw.), darf er überhaupt nicht erheblich abändern.

IV. Durch die Berechtigung des Pächters, die Früchte des Pachtgegenstandes zu behalten, sowie durch die besondern zu II, III behandelten Regeln wird die Art, in der der Pächter den Pachtgegenstand zurückzugewähren hat, wesentlich beeinflusst. Insbesondere gestaltet sich bei der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke die Rückgabepflicht wie folgt.

1. Der Pächter hat das Pachtgrundstück nicht so zurückzugeben, wie er es vom Verpächter bekommen hat, sondern in der Beschaffenheit, die das Grundstück bei einer während der ganzen Pachtzeit fortgesetzten ordentlichen Bewirtschaftung haben müßte (591). Er muß deshalb das Grundstück auch in den

letzten Pachtjahren mit aller Sorgfalt bestellen, obschon der Nutzen der Bestellung ganz oder teilweise nicht ihm, sondern seinem Nachfolger zufällt.

Der Pächter muß demgemäß u. U. das Grundstück besser zurückgeben, als er es bekommen hat, ohne daß ihm der Mehrwert vergütet wird, z. B. wenn das Grundstück von einem frühern Pächter vermahrlost war: denn das gehört zu einer guten Wirtschaft. Er darf es aber u. U. auch schlechter zurückgeben, z. B. wenn es von einem frühern Pächter mit übertriebener, unrentabler Sorgfalt gepflegt worden war.

2. Früchte, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag des Grundstücks anzusehn sind (s. oben S. 139 II), kann der Pächter insoweit behalten, als sie vor Beendigung des Pachtverhältnisses „getrennt“ wurden. Doch gilt bei der Pacht eines Landguts eine Ausnahme wegen des Düngers: er ist, soweit er auf dem Gut gewonnen ist, vom Pächter ohne Wertersatz zurückzulassen (593 III). Und auch von sonstigen auf dem Gut vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen muß der Pächter eines Landguts so viel zurücklassen, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu der gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden (Saatkorn, Grünfutter, Stroh usw.); so auch dann, wenn er bei Antritt der Pacht gleichartige Erzeugnisse gar nicht oder in schlechterer Beschaffenheit oder in geringerer Menge übernommen hat; doch muß ihm alsdann der Verpächter Vergütung leisten (593 I, II).

3. Die noch nicht getrennten Früchte bleiben auf dem Grundstück zurück. Eine Vergütung dafür erhält der Pächter vom Verpächter nicht. In dem letzten Pachtjahr geht ihm also der Wert der Ernte, für die er die Mühen und Kosten der Bestellung gehabt hat, wenigstens teilweise verloren; eine Art Entschädigung liegt darin, daß er im ersten Pachtjahr eine Ernte gewonnen hat, für deren Bestellung nicht er, sondern sein Vorgänger Mühe und Kosten aufzuwenden hatte. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn die Pacht mitten im Lauf eines Pachtjahrs erlischt; alsdann hat nämlich der Verpächter die Kosten, die der Pächter auf die noch nicht getrennten, aber nach den Regeln ordentlicher Wirtschaft vor dem Ende des Pachtjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen (592).

4. Gibt der Pächter den Pachtgegenstand nach der Beendigung der Pacht nicht rechtzeitig zurück, so muß er (wie im gleichen Fall der Mieter) dem Verpächter für die Dauer der Vorenthaltung als tarifmäßige Mindestentschädigung einen Teil des jährlichen Pachtzinses entrichten; dieser Teil wird aber nicht, wie bei der Miete, lediglich nach der Länge der Zeit berechnet, während deren der Verpächter den Pachtgegenstand rechtswidrig entbehrte, sondern nach dem Verhältnis, in dem die Nutzungen, die der Pächter während dieser Zeit gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahrs stehn (597); bei der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks wird dem Pächter also die Nichtrückgabe im August teurer zu stehn kommen als im Januar. Macht der Verpächter von diesem Recht Gebrauch, so verbleiben die Nutzungen jener Zeit dem Pächter.

V. Sehr oft liefert der Verpächter das verpachtete Grundstück ohne Inventar, indem er es dem Pächter überläßt, sich ein Inventar selber anzuschaffen,

es also etwa dem frühern Pächter abzukaufen. Dann hat er mit Bezug auf das Inventar keine Rechte oder Pflichten: namentlich kann er bei Beendigung der Pacht die Herausgabe des Inventars nicht fordern; andrerseits kann der Pächter aber auch nicht verlangen, daß der Verpächter ihm das Inventar abnimmt. Nicht selten kommt es aber auch vor, daß der Verpächter das Grundstück mit Inventar verpachtet. Es geschieht dies meistens in einer der beiden folgenden Formen.

1. Der Pächter pachtet das Inventar ohne Bestimmung eines Schätzungswerts. Dann hat er alle einzelnen ihm übergebenen Inventarstücke als ordentlicher Wirt in gutem Stande zu halten und für jedes Stück, das durch seine Schuld in Abgang kommt (d. h. unbrauchbar wird, verloren geht usw.), Ersatz zu schaffen; dagegen ist er bei Abgängen, die er nicht zu vertreten hat, nicht bloß ersatzfrei, sondern kann sogar fordern, daß der Verpächter Ersatz schaffe; die Gefahr des Inventars liegt also beim Verpächter (586). Bei Beendigung der Pacht muß der Pächter das ihm übergebene Inventar samt den in der Pachtzeit pflichtmäßig angeschafften oder anzuschaffenden Ersatzstücken dem Verpächter herausgeben; hat er das Inventar vergrößert, so verbleibt das Mehr ihm: der Verpächter braucht es ihm nicht abzunehmen.

2. Der Pächter pachtet das Inventar derart, daß er es zu dem Schätzungswert bei Beginn der Pacht übernimmt und zu dem Schätzungswert am Ende der Pacht zurückzugeben hat. Hier ist die Pflicht zur Ergänzung des Inventars gerade umgekehrt geregelt als in dem Fall 1. Sie trifft nämlich den Pächter auch dann, wenn er den Abgang der zu ergänzenden Inventarstücke nicht zu verhindern imstande war; dagegen ist der Verpächter nur ersatzpflichtig, wenn er selber es ist, der den Abgang verschuldet hat; die Gefahr des Inventars liegt also beim Pächter („eisernes Inventar“] 588). Bei Beendigung der Pacht muß der Pächter das ganze vorhandene Inventar dem Verpächter herausgeben, und der Verpächter muß es abnehmen, mag es hinter dem bei Beginn der Pacht vorhandenen Bestande zurückbleiben oder darüber hinausgehen; dabei wird der Gesamtwert des Inventars abgeschätzt; ergibt diese Schätzung gegenüber der bei Beginn der Pachtung vorgenommenen Schätzung ein Weniger, so muß der Pächter den Unterschied in Geld vergüten; ergibt die Schätzung ein Mehr, so ist umgekehrt der Verpächter ersatzpflichtig; ob die Verschiebung des Inventarwerts auf einer Veränderung des Inventarbestandes oder nur auf einer Veränderung der Preise beruht, ist gleichgültig (589 I, III).

Der Unterschied der beiden Formen der Inventarpacht wird mit Bezug auf das „lebende“ Inventar (insbes. das Vieh) durch folgende Vorschrift abgeschwächt (586 II Satz 2): auch bei der Form 1 muß der Pächter für einen Abgang, den er nicht zu verhindern imstande war und also eigentlich auch nicht zu vertreten hat, dennoch Ersatz schaffen, wenn der Abgang ein gewöhnlicher ist, der Ersatz aus dem von dem Inventarvieh gewonnenen Jungvieh beschafft werden kann und diese Art des Ersatzes den Regeln guter Wirtschaft entspricht. Im übrigen, also namentlich bei ungewöhnlichen Abgängen, z. B. infolge einer Viehseuche, gelten die Regeln zu 1 auch für das lebende Inventar in voller Strenge.

Übrigens werden die beiden Formen der Inventarpacht auch noch in anderer Beziehung verschieden behandelt. Der Pächter ist nämlich im Fall 2 freier gestellt: er kann das Inventar verringern, vergrößern oder seine Zusammensetzung ändern (588, 589). Demgemäß braucht er nicht jedes einzelne abgängige Stück zu ersetzen, er kann Inventarstücke veräußern, auch wenn sie noch nicht abgängig sind, er kann Neuanschaffungen vornehmen usw. Eben deshalb wird auch bei Beendigung der Pacht der nunmehrige Inventarbestand und der Bestand beim Pachtbeginn nur im ganzen verglichen; der Pächter kann also z. B. ein Weniger des „toten“ durch ein Mehr des „lebenden“ Inventars ausgleichen. Doch muß er selbstverständlich bei den Änderungen des Inventarbestandes in den Grenzen einer ordentlichen Wirtschaft bleiben; demnach braucht der Verpächter überflüssige oder zu teure Stücke, die der Pächter für das Inventar angeschafft hat, bei Aufhebung der Pacht nicht abzunehmen; er kann während der Dauer des Pachtverhältnisses eine unwirtschaftliche Verringerung des Inventars verbieten usw. Dagegen darf im Fall 1 der Pächter das Inventar nur ändern, wenn dies durch die Regeln guter Wirtschaft geradezu geboten ist.

Für die Fälle 1 und 2 gilt gleichmäßig der Satz, daß das Eigentum des Inventars nicht dem Pächter, sondern (regelmäßig) dem Verpächter zukommt; insbesondre gilt dies auch für solche Stücke, die der Pächter neu anschafft und dem Inventar „eingerleibt“ (588, 589 II).¹ — Der Pächter hat an dem Inventar ein gesetzliches Pfandrecht. Hieron wird im Sachenrecht zu sprechen sein.

Die vorstehenden Regeln gelten nicht bloß bei der Pacht landwirtschaftlicher, sondern auch sonstiger Grundstücke, z. B. eines Theaters. Analog werden sie auch anzuwenden sein, wenn ein Inventar für sich allein, ohne Grundstück, gepachtet wird.²

VI. Im übrigen sind die Verpflichtungen des Verpächters und des Pächters die gleichen wie die des Vermieters und Mieters (581 II). Insbesondre gilt dies für den Fall, daß die Wirtschaft des Pächters ohne sein Verschulden von irgendwelchen Unglücksfällen betroffen wird: der Pächter kann hier eine „Remission“ des Pachtzinses nur fordern, wenn der Unglücksfall vom Verpächter zu vertreten ist.

Vertreten muß der Verpächter den Unglücksfall (nach Maßgabe der Regeln oben S. 555 c, 556 a) namentlich dann, wenn die Tauglichkeit des Grundstücks zum Fruchtgenuß dadurch aufgehoben wird, also z. B. wenn eine Überschwemmung das Mähen des noch ungeschnittenen oder das Einbringen des bereits geschnittenen Storns verhindert. Dagegen hat er die Folgen von Dürre, Frost, Hagel nicht zu vertreten.³

4. Beendigung des Miet- und Pachtverhältnisses.

§ 137.

I. 1. Das Mietverhältnis kann auf bestimmte Zeit begründet werden. Dann hört es mit dem Ablauf dieser Zeit von selbst auf, ohne daß es einer Kündigung bedarf (564 I).

Beispiele. Die Miete einer Wohnung, die vom 1. April 1911 ab auf 2 Jahre oder auf die Dauer der „großen Kunstausstellung“ abgeschlossen ist, endigt ohne Kündigung am 1. April 1913 oder bei Schluß der Ausstellung.

2. Das Mietverhältnis kann aber auch auf unbestimmte Zeit begründet werden. Alsdann hört es erst auf, wenn eine der Parteien der andern kündigt.

1) Sprenger, Eigentumserwerb durch Eingerleibung in ein Inventar (04).

2) Pland-Greif Ann. 2 zu § 587.

3) Pland-Greif Ann. 6 zu § 581.

Diese Kündigung ist an die Einhaltung bestimmter Fristen gebunden. Sie kann nämlich nur erfolgen (565):

a) bei der Grundstücksmiete,
wenn der Zins nach Tagen bemessen ist, für jeden Tag am Tage vorher,
" " " " Wochen " " " den Schluß jeder Kalenderwoche
am ersten Werktag der Woche,
" " " " Monaten " " " den Schluß jedes Kalendermonats
am fünfzehnten des Monats,
wenn der Zins anderweit bemessen ist, für den Schluß jedes Kalenderviertel-
jahrs am dritten Werktag des
Vierteljahrs;

b) bei der Fahrnismiete,
wenn der Zins nach Tagen bemessen ist, für jeden Tag am Tage vorher,
" " " anderweit " " für jeden Tag am dritten Tage vorher.

Beispiel. A. hat von B. durch zwei selbständige Verträge eine Wagenremise und einen Wagen für einen Jahreszins von je 100 Mk. gemietet; am 8. April kündigt er. Hier wird die Kündigung wirksam für die Remise am 30. September, für den Wagen am 11. April.

Übrigens hat, obschon es sich doch bei der Bestimmung der Kündigungsfristen um sehr einfache Dinge handelt, das BGB. die vorstehenden Regeln unklar formuliert. Denn es sagt nicht, 1. ob die Kalenderwoche mit dem Sonnabend oder dem Sonntag schließt, 2. ob bei einem tageweise bemessenen Zinse die Miete mit dem Beginn oder mit dem Ende des ersten bzw. dritten auf die Kündigung folgenden Tages aufhört. Ich entscheide mich zu 1. für den Sonnabend¹, zu 2. für das Tagesende.²

3. Wird ein Mietvertrag über ein Grundstück auf länger als ein Jahr ohne Beobachtung der für diesen Fall vorgeschriebenen Schriftform abgeschlossen, so ist diese Zeitbestimmung als solche ungültig; der Vertrag gilt demnach auf unbestimmte Zeit. Das Mietverhältnis endigt also nur auf Grund einer Kündigung, bei der die zu 2 genannten Fristen einzuhalten sind; doch ist die Kündigung frühestens für den Schluß des ersten Mietjahrs zulässig (566).³

Beispiel. A. hat von B. mündlich einen Bleichplatz auf 5 Jahre vom 16. April 1910 ab für monatlich 10 Mk. gemietet. Hier ist die Kündigung zuerst für den 31. Mai 1911 zulässig und muß alsdann am 15. d. Mts. erklärt werden.

4. In einigen Fällen ist eine Aufkündigung des auf bestimmte Zeit begründeten Mietverhältnisses schon vor Ablauf der bedungenen Mietzeit in der Art zulässig, daß die Kündigung bei der Grundstücksmiete für den Schluß eines Kalendervierteljahrs am dritten Werktag des Vierteljahrs, bei der Fahrnismiete für jeden beliebigen Tag am dritten Tage vorher erklärt werden muß. Man spricht alsdann von einer Kündigung unter Einhaltung der „gesetzlichen“ Frist (565 IV), obschon, wie die Regeln zu 2 zeigen, die gewöhnlichen gesetzlichen Kündigungsfristen weit verwickelter bestimmt sind. Diese vorzeitige, aber befristete Kündigung steht zu:

1) Mittelstein S. 329.

2) Brückner S. 129³, Crome 2 § 245¹⁶. Abw. Goldmann 1 S. 577¹⁴; Mittelstein S. 330.

3) RG. 59 S. 246.

a) beiden Parteien, wenn der Mietvertrag für eine längere Zeit als dreißig Jahre geschlossen ist, jedoch frühestens für den Schluß des ersten Kalendervierteljahrs des einunddreißigsten Jahrs; nur wenn der Mietvertrag auf die Lebenszeit einer der Parteien (nicht auch ihrer Angehörigen) abgeschlossen wurde, ist diese Kündigung unzulässig, mag dadurch auch die Mietzeit auf weit mehr als dreißig Jahre erstreckt werden (567);

b) dem Vermieter und den Erben des Mieters, wenn der Mieter stirbt; doch darf die Kündigung nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist (569);

c) dem Vermieter und dem Konkursverwalter, wenn über das Vermögen des Mieters Konkurs eröffnet ist (s. Konk.-Ordn. 19); kündigt der Konkursverwalter, so ist der Mieter schadensersatzpflichtig (s. KonkOrdn. 26);

d) dem Mieter, wenn er zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages Beamter, Geistlicher, Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt oder Militärperson war und demnächst nach einem andern Ort versetzt wird; doch gilt dies Kündigungsrecht nur für die Räume (Wohnung, Stallung u. dgl.), die er für sich oder seine Familie an dem bisherigen Wohn- oder Garnisonort gemietet hat; die Kündigung darf, wie in dem Fall b, nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist (570);

e) dem Mieter, wenn der Vermieter ihm die Erlaubnis zur Überlassung der Mietsache an einen Dritten grundlos verweigert (549 I);

f) dem Erwerber der Mietsache, wenn er die Sache durch eine Zwangsversteigerung oder eine freihändige Veräußerung des Konkursverwalters erwirbt; die Kündigung darf, wie in den Fällen b, d, nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist (RZwGes. 57; KonkOrdn. 21 III); erfolgt sie, so ist der ursprüngliche Vermieter schadensersatzpflichtig.⁴

5. In andern Fällen kann endlich das Mietverhältnis, mag es für bestimmte oder für unbestimmte Zeit begründet sein, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufgekündigt werden. Die hierher gehörigen Fälle sind bereits früher erwähnt (s. oben S. 555 c, 557 γ, 558 d, 562 c).

6. Wenn der Mieter, nachdem das Mietverhältnis durch Zeitablauf oder Kündigung aufgehoben ist, dennoch den Gebrauch der Mietsache tatsächlich ohne Widerspruch des Vermieters fortsetzt, liegt hierin eine stillschweigende Verlängerung jenes Mietverhältnisses. Ist eine der Parteien mit der Verlängerung nicht einverstanden, so muß sie es binnen einer Frist von zwei Wochen der Gegenpartei erklären; die Frist beginnt für den Mieter mit der Fortsetzung des Gebrauchs, für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in dem er von der Fortsetzung Kenntnis erlangt; erfolgt eine derartige Erklärung nicht, so gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert; im übrigen bleiben die Bestimmungen des bisherigen Mietvertrages in Kraft (568).

4) RG. 63 S. 67.

Diese Regel setzt aber voraus, 1. daß der Mieter nicht vor Ablauf der vierzehntägigen Frist den Gebrauch der Mietsache aufgibt, 2. daß Mieter und Vermieter während der Frist imstande waren, eine die Fortsetzung des Mietverhältnisses ausschließende Erklärung abzugeben. Die Regel ist also z. B. unanwendbar, wenn der Mieter oder Vermieter ein Geisteskranker ohne Vormund ist.⁵

7. Die Kündigung ist eine einseitige aber empfangsbedürftige Erklärung, wirkt also nur, wenn sie zur bestimmten Zeit bei der Gegenpartei eingeht. Im übrigen ist sie formlos und bedarf namentlich der Angabe des Kündigungsgrundes nicht.⁶

Doch fordern Treu und Glauben, daß der Kündigende der Gegenpartei wenigstens auf Verlangen den Kündigungsgrund angibt; verletzt er diese Pflicht, so ist er Schadensersatzpflichtig, während die Kündigung selber auch in diesem Fall wirksam bleibt.⁷ — Sind bei dem Mietverhältnis mehrere Mieter oder Vermieter beteiligt, so muß die Kündigung von allen an alle erklärt werden (s. 356);⁸ nur eine ungesunde Wohnung wird von jedem einzelnen Mieter gekündigt werden können.⁹

8. Von Rechts wegen erlischt das Mietverhältnis mit dem zufälligen Untergange der Mietsache.

9. a) Die meisten der vorstehenden Regeln können vertragsmäßig abgeändert werden. So ist es namentlich zulässig, daß die Parteien bei einem Mietvertrage auf unbestimmte Zeit Kündigungsfristen vereinbaren, die länger sind als die gesetzlichen; doch darf alsdann der Mietvertrag, sobald einer der zu 4 genannten Umstände eintritt, gerade so wie ein auf bestimmte Zeit geschlossener Vertrag, also unter Einhaltung nicht der vereinbarten längern, sondern der gesetzlichen kürzern Kündigungsfrist, aufgekündigt werden.

b) Ungültig ist eine Vereinbarung, die der Regel zu 3 irgendwie widerspricht oder den Regeln zu 4 a¹⁰, c, f zuwider die Kündigung erschwert oder das Kündigungsrecht des Mieters einer ungesunden Wohnung einschränkt.

II. In gleicher Art wie das Miet- wird auch das Pachtverhältnis beendet. Nur folgende Abweichungen greifen Platz.

1. Ist bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechts die Pachtzeit nicht bestimmt oder wird die Pacht unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist vor Ablauf der bestimmten Zeit gekündigt, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Pachtjahrs zulässig; die Kündigung muß spätestens am ersten Werktag des halben Jahrs erfolgen, mit dessen Ablauf die Pacht endigen soll (595).

2. Die vorzeitige Kündigung der Pacht aus dem Grunde, daß der Pächter versetzt wird oder der Verpächter die Überlassung des Pachtgrundstücks an einen Dritten nicht gestatten will, ist unzulässig (596 I, III). Stirbt der Pächter, so haben nur seine Erben ein Kündigungsrecht, nicht auch der Verpächter (596 II).

5) Endemann 1 § 170⁴; Mittelstein S. 358. 6) RG. 17 Nr. 48; 21 Nr. 82.

7) Mittelstein S. 316. 8) Endemann 1 § 170⁹.

9) Abw. Mittelstein S. 320¹⁷. 10) RG. 66 S. 216.

IV. Der Trödelvertrag.

§ 138.

I. Der Trödelvertrag (*contractus aestimatorius*) steht der Miete nahe: die eine Partei, der Geber, überläßt der Gegenpartei eine Sache nicht zum Gebrauch, sondern zum Feilhalten während einer gewissen Frist; die Gegenpartei aber, der Trödler, verspricht, die Sache nach Ablauf der Frist zurückzugeben oder einen festbestimmten Taxpreis für die Sache zu zahlen.

Beispiel. A. will seinen alten Pelz loswerden, übergibt ihn deshalb dem Kürschner B. und vereinbart mit ihm, daß dieser ihn bis zum Jahresluß für mindestens 100 Mk verkaufen, den über 100 Mk. erzielten Mehrerlös aber behalten dürfe.

II. Das bürgerliche Gesetzbuch hat den Trödelvertrag nicht besonders geregelt. Es sind deshalb allein die allgemeinen Rechtsregeln und der mutmaßliche Wille der Parteien entscheidend.

1. Der Trödelvertrag ist ein gegenseitiger entgeltlicher Vertrag; denn das Feilhalten der Sache geschieht im gemeinsamen Interesse beider Parteien: geht doch die Absicht der Parteien dahin, daß der Trödler die Sache teurer als zum Taxpreis verkaufen möge, welches Falls der Taxpreis an den Geber, der Überschuß an den Trödler fällt.

2. Der Trödler darf die Sache entgeltlich veräußern, vor allem verkaufen; doch ist er dazu nur „ermächtigt“, nicht „beauftragt“, braucht sich also um den Verkauf der Sache nicht besonders zu bemühen. Sonstige Verfügungen über die Sache (Verschenken, Vermieten u. dgl.) sind dem Trödler nicht gestattet; auch darf er die Sache nicht gebrauchen oder verbrauchen.

3. Der Geber behält zunächst die ihm bisher zustehenden dinglichen Rechte an der Sache und hat im Konkurse des Trödlers ein Aussonderungsrecht. Erst wenn der Trödler die Sache einem Käufer übereignet oder den Taxpreis bezahlt, büßt der Geber seine dingliche Rechtsstellung ein. Zugleich haftet er dem Trödler fortan für die Sache wie ein Verkäufer.

4. Die Gefahr der Sache ruht zunächst beim Geber und geht erst mit dem Zeitpunkt, in dem der Geber seine dinglichen Rechte verliert, auf den Trödler über.

III. Der wichtigste Anwendungsfall des Trödelgeschäfts ist das Konditionsgeschäft der Buchhändler. Seine Darstellung gehört dem Handelsrecht an.

V. Die Schenkung.

1. Die gewöhnliche Schenkung.¹

§ 139.

I. Bei der Schenkung (donatio) vereinbaren zwei Parteien, der Schenker oder Geschenkgeber und der Beschenkte oder Schenkungsempfänger, eine unentgeltliche Zuwendung, durch die jener diesen aus seinem Vermögen bereichert (516 I).

1. Die Schenkung ist eine „Zuwendung“. Was hierunter zu verstehen, ist bereits früher (oben S. 161) ausgeführt.

Beispiele. I. Es ist eine Zuwendung des A. an B. und kann also auch eine Schenkung des A. an B. sein, wenn A. sein Haus dem B. übereignet, wenn er ein ihm gehöriges Bild dem B. auf zwanzig Jahre zum Gebrauch überläßt, wenn er ihm die Zahlung von 1000 Mk. binnen Jahresfrist zusagt, wenn er auf eine ihm gegen B. zustehende Forderung von 1000 Mk. Verzicht leistet, wenn er eine dem C. gegen B. zustehende Forderung zu Händen des C. bezahlt u. s. w. II. Auf dem Grundstück des D. steht hart an der Grenze gegen das Grundstück des E. eine sehr hohe Mauer, die den Wert des letzteren Grundstücks empfindlich beeinträchtigt, da sie ihm alle Aussicht auf das Gebirge nimmt; nun legt D. die Mauer dem E. zuliebe nieder und ersetzt sie durch eine Hecke. Hier kann in diesem Verhalten des D. eine Zuwendung und also auch eine Schenkung an E. liegen. Doch ist dabei vorausgesetzt, daß D. mit der Niederlegung der Mauer eine Rechtswirkung hervorbringen, z. B. sich bewußtmaßen in die Rechtsstellung eines Geschenkgebers gegenüber E. bringen wollte. Denn wenn dem D. diese Absicht fehlte, stellte seine Handlung kein Rechtsgeschäft (s. oben S. 151 c), also auch keine Zuwendung und somit letztlich auch keine Schenkung dar.²

2. Die Schenkung ist eine „unentgeltliche“ Zuwendung. Was das zu besagen hat, ist gleichfalls bereits früher (oben S. 161) erörtert. Doch ist hier Begriff und Wesen des Entgelts noch etwas genauer zu entwickeln, um dadurch zu einer sichern Abgrenzung der unentgeltlichen und der entgeltlichen Zuwendung zu gelangen.

a) Das Entgelt braucht keinen Vermögenswert zu haben, sondern es genügt, wenn ihm von den Parteien ein idealer Wert beigelegt und dieser Wert dem der Zuwendung gleichgesetzt wird.³ Demnach ist eine Zahlung nicht bloß entgeltlich, wenn sie zwecks Erfüllung einer rechtsgültigen Schuld, sondern auch dann, wenn sie zur Erfüllung einer nur durch die Sitte gebotenen Verpflichtung geleistet wird:⁴ das Entgelt besteht alsdann darin, daß die Last, die dem Verpflichteten vom Gesetz oder von der Sitte auferlegt wird, in Fortfall kommt.

Beispiele. I. Wenn A., der früher in Konkurs geraten war und mit seinen Gläubigern einen Zwangsvergleich abgeschlossen hat, später die ihm durch den Vergleich zum Teil erlassenen

1) Ortloff, Arch. f. BR. 21 S. 269.

2) Etwas anders die 4. Aufl. S. 493. Siehe Örtmann Num. 5 zu § 516.

3) RG. 62 S. 275, 72 S. 191. Vgl. ebenda 70 S. 16.

4) Vgl. Stimson, Begriff des Entgelts (09) S. 60.

Schulden freiwillig voll zu bezahlen verspricht, so ist anzunehmen, daß er damit nur einer sittlichen Verpflichtung nachkommen will. Es liegt also keine unentgeltliche Zuwendung und demnach auch keine Schenkung des A. an seine einstigen Gläubiger vor. II. Wenn B. im Gasthause die üblichen Trinkgelder gibt, ist gleichfalls anzunehmen, daß er darin keine unentgeltliche Zuwendung und also auch keine Schenkung erblickt.

Nicht im Widerspruch zu der eben festgestellten Regel steht es, wenn das Gesetz mehrmals ausdrücklich Schenkungen erwähnt, durch die einer sittlichen Pflicht entsprochen wird (s. unten S. 585 IV). Denn unsere Regel besagt nur, daß die Erfüllung einer rein sittlichen Pflicht im Einzelfall eine entgeltliche Zuwendung sein kann, nicht aber, daß sie es immer sein muß. Beispiel: wenn A. seine uneheliche Tochter bei ihrer Großjährigkeit seinem eignen Stande entsprechend ausstattet, so kann er hierin je nach Denkungsart einfach die Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder aber auch eine Schenkung, durch die er einer sittlichen Pflicht entspricht, oder endlich eine völlig freie Schenkung erblicken. Die Unterscheidung ist freilich subtil, aber keineswegs willkürlich.

b) Das Entgelt braucht nicht dem Urheber der Zuwendung gewährt zu werden, sondern es genügt, wenn es nach Annahme der Parteien seinen (wirtschaftlichen oder unwirtschaftlichen) Interessen dienen soll. Ebensowenig braucht das Entgelt von dem Empfänger der Zuwendung herzurühren, sondern es genügt, wenn es ihm nach Abrede der Parteien zugerechnet werden soll.

Beispiel. A. und B. vereinbaren miteinander, daß A. dem B. 1200 Mk. gibt und B. dafür im eignen Namen ein Piano kaufen und gleichfalls im eignen Namen seiner Braut C. übereignen soll. I. Soll hier B. der C. bei der Übereignung des Pianos erklären „das Instrument ist ein Geschenk des A. an dich“, so liegt sowohl in der Hingabe der 1200 Mk. von A. an B., wie in der Hingabe des Pianos von B. an die C. eine entgeltliche Zuwendung. Darin, daß B. das Piano für die C. anschafft, liegt nämlich ein Entgelt für die Hingabe der 1200 Mk. von A. an B.; denn die Anschaffung geschieht im Interesse des A., damit dieser gegenüber der C. als Geschenkgeber auftreten kann. Ebenso liegt darin, daß A. dem B. 1200 Mk. gibt, ein Entgelt für die Hingabe des Pianos von B. an die C.; denn die C. kann sich auf die von A. gegebenen 1200 Mk. gegenüber B. wie auf eine eigne Leistung berufen. II. Anders, wenn B. das Piano der C. als sein eigenes Geschenk zuwenden soll. Denn hier geschieht die Anschaffung des Pianos im Interesse des B., damit dieser selbst als Geschenkgeber gelten solle; sie ist also kein Entgelt für die Hingabe der 1200 Mk. Und auch die C. kann sich ihrerseits auf die Hingabe der 1200 Mk. von A. an B. nicht berufen; sie ist also kein Entgelt für die Anschaffung des Pianos.

c) Das Entgelt braucht von der Person, von der es herrührt, nicht freiwillig gegeben zu werden, sondern kann ihr auch wider Willen abgedrungen werden.

Beispiel. A. wendet dem B. 1000 Mk., die er ihm schuldig ist, dadurch zu, daß er sie gemäß BGB. 372, 378 öffentlich hinterlegt. Hier wird dem A. für diese Zuwendung durch Erlöschen seiner Schuld ein Entgelt kraft Gesetzes zuteil (378).

d) Das Entgelt muß mit der Zuwendung, auf die es sich bezieht, in rechtlichem Zusammenhange stehen: ein bloß tatsächlicher Zusammenhang genügt nicht.

Beispiel. I. Eine entgeltliche Zuwendung liegt vor, wenn A. dem B. ein Bild unter der Bedingung „schenkt“, daß B. ihm ein gewisses gleichwertiges Bild als „Gegengeschenk“ gibt, mag die Bedingung später erfüllt werden oder nicht. II. Eine unentgeltliche Zuwendung liegt vor, wenn A. dem B. ein Bild in der bestimmten Erwartung „schenkt“, daß B. ihm ein gleichwertiges Gegengeschenk machen werde, mag die Erwartung sich später bewahrheiten oder nicht.

3. Die Schenkung ist eine Zuwendung „aus dem Vermögen des Schenkers“. Demnach fallen unentgeltliche Arbeitsleistungen, selbst wenn sie gewöhnlich be-

zahlt zu werden pflegen, nicht unter den Schenkungsbegriff.⁵ Ebenfowenig ist es Schenkung, wenn jemand einen ihm offenstehenden Vermögenserwerb zugunsten eines andern unterläßt; ja es soll kraft positiver Bestimmung des Gesetzes eine Schenkung auch dann nicht vorliegen, wenn jemand zugunsten eines andern eine ihm bereits angefallene Erbschaft oder ein ihm bereits angefallenes Vermächtnis ausschlägt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet (517).

Beispiel. A. hat den B. testamentarisch zum Erben eingesetzt und dem C. drei Vermächtnisse zugewendet, das eine unbedingt, die beiden andern unter der Bedingung, daß er das dreißigste Jahr erlebt; C. schlägt das erste Vermächtnis gleich nach dem Tode A.'s aus, während er die beiden andern Vermächtnisse annimmt; nachträglich verzichtet er aber durch eine mit B. getroffene Vereinbarung unentgeltlich auch auf die beiden andern Vermächtnisse, und zwar auf das erste vor, auf das zweite nach Erreichung seines dreißigsten Lebensjahrs. Hier ist eine Schenkung nur der Verzicht auf das dritte Vermächtnis; denn nur dieses hatte C. „endgültig“ erworben.

4. Die Schenkung ist eine Zuwendung, die den Empfänger „bereichert“, d. h. den Geldwert seines reinen Vermögens vermehrt.⁶

Beispiele. Wenn A. dem B., dem er 1000 Mk. schuldet, zur Sicherung dieser Schuld ohne irgendeine Gegenleistung eine Hypothek bestellt, so ist dies unter allen Umständen eine unentgeltliche Zuwendung. Eine Schenkung ist es aber nur, wenn die Zahlungsfähigkeit des A. jetzt oder in der Zukunft irgendwie zweifelhaft ist; denn andernfalls wird B. durch die Bestellung der Hypothek nicht bereichert.⁷

Über die Frage der Bereicherung bei den Schenkungen unter einer Auflage und bei den Zweckschenkungen s. unten S. 582⁴, 585 II.

5. Die Schenkung ist eine zwischen Schenker und Beschenktem „vereinbarte“ Zuwendung; sie ist Schenkungsvertrag. Und zwar muß die Vereinbarung sich nicht bloß auf die Zuwendung als solche, sondern auf alle Umstände, die ihr erst den Schenkungscharakter verleihen, erstrecken: insbesondre müssen beide Parteien darüber einig geworden sein, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgen solle. Die Schenkung muß also als solche nicht bloß vom Schenker gewährt, sondern auch vom Beschenkten als solche angenommen worden sein. Doch wird das Erfordernis der Annahme durch folgende Regel nicht unwesentlich abgeschwächt: ist eine Zuwendung, die nach dem Willen des Spenders unentgeltlich sein sollte und den Empfänger aus dem Vermögen des Schenkers objektiv bereichert, ohne den Willen des Empfängers erfolgt, so kann der Spender den Empfänger unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern; nach dem Ablauf der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der Empfänger sie vorher abgelehnt hat; lehnt der Empfänger die Annahme ab, so muß er das Empfangene, soweit er bereichert ist, herausgeben (516 II).

Beispiele. I. A. hat eine Schuld des B. an C. ohne Vorwissen des B. bezahlt und diesen dadurch von der Schuld befreit, also bereichert. Hier liegt eine unentgeltliche Zuwendung, aber keine Schenkung des A. an B. vor; erst wenn B. die Zuwendung annimmt oder die ihm von A. bestimmte Annahmefrist ohne Widerspruch verstreichen läßt, wird die

5) Riezler, Arch. f. BR. 27 S. 237. Abw. Örtmann Anm. 3 zu § 517.

6) Siehe RG. 59 S. 426, 62 S. 390. 7) RG. 54 S. 284.

Zuwendung nachträglich zur Schenkung. II. D. fordert von E. die Bezahlung von 1000 Mk., die dieser ihm schuldig sei; E. bestreitet die Schuld, will aber die 1000 Mk. dem D. schenken; D. lehnt die Schenkung als solche ab; schließlich einigen sich D. und E. dahin, daß die Zahlung erfolgen, der Grund der Zahlung aber dahingestellt bleiben solle. Hier liegt eine Schenkung nicht vor, auch wenn nachträglich bewiesen wird, daß D. von E. nichts zu fordern hatte. III. F. teilt der Reichsbank mit, daß er sie soeben absichtlich durch Verbrennen einer Reichsbanknote von 100 Mk. um diesen Betrag bereichert habe, und fordert sie auf, binnen vier Wochen die Annahme der Schenkung zu erklären; die Reichsbank widerspricht sofort. Hier muß die Reichsbank ihre Bereicherung an F. herausgeben.

6. Nicht als Schenkung gelten die später im Erbrecht zu besprechenden Verfügungen von Todes wegen (Testament und Erbvertrag); denn sie sind gesetzlich besonders geregelt, so daß das Schenkungsrecht keine Anwendung auf sie findet.

7. Gleichgültig ist, ob der Urheber der Zuwendung die Absicht hatte, mit ihr dem Empfänger eine Gunst zu erweisen (animus donandi im engern Sinn) oder ob er mit seiner Zuwendung andre, vielleicht rein egoistische Zwecke verfolgt.

Beispiele. I. A. „schenkt“ dem Fiskus in einer bisher verkehrsarmer Gegend ein Grundstück lediglich in der Erwartung, daß der Fiskus dort bauen und daß infolgedessen der Wert der andern Grundstücke, die ihm in der Gegend gehören, steigen werde. Hier liegt eine Schenkung nicht bloß dem Namen, sondern der Sache nach vor. II. Kaufmann B. sendet dem C. eine Flasche Pomeril unentgeltlich zu, lediglich in der Erwartung, ihn dadurch als Kunden zu gewinnen. Hier liegt gleichfalls eine Schenkung vor.

II. Gegenstand einer Schenkung können Güter aller Art sein, also nicht bloß Sachen, sondern auch Rechte, die Befreiung von einer Last usw.

Beispiele siehe oben zu I 1.

III. 1. Der Abschluß des Schenkungsvertrages ist insoweit formbedürftig, als die Zuwendung des Schenkers darin besteht, daß er dem Beschenkten irgendeine Leistung verspricht: ein solches Schenkungsversprechen muß gerichtlich oder notariell beurkundet werden; doch wird der Mangel der Form dadurch geheilt, daß die versprochene Leistung später tatsächlich vollzogen wird (518). Dagegen ist der Schenkungsvertrag im übrigen formfrei, also namentlich dann, wenn die Zuwendung nicht in einem Leistungsversprechen, sondern in einer Verfügung des Schenkers besteht.⁸

Beispiele. I. A. will dem B. 1000 Mk. schenken. 1. Dies kann er dadurch tun, daß er das Geld dem B. formlos auszuhändigt. 2. Er kann es ferner, wenn er bei dem Bankier C. ein Guthaben von mindestens 1000 Mk. hat, dadurch tun, daß er dem B. seine Forderung gegen C. in Höhe von 1000 Mk. formlos abtritt. 3. Dagegen würde es nicht genügen, wenn er dem B. einen gewöhnlichen Schuldschein über die 1000 Mk. ausstellte; vielmehr würde die Schenkung alsdann erst zustande kommen, wenn er die 1000 Mk. nachträglich bezahlte, und er könnte zu dieser Zahlung nicht gezwungen werden. II. D. will dem E. im Mai sein Pferd schenken; doch soll das Tier noch bis zum 15. Juni in D.'s Besitz bleiben, da D. erst dann ein neues Pferd bekommt. 1. Hier genügt es nicht, wenn D. sich mündlich oder privatschriftlich verpflichtet, dem E. das Pferd am 15. Juni zu übergeben. 2. Dagegen ist es genügend, wenn D. das Pferd dem E. sofort durch sog. Besitzkonstitut übereignet, indem er mit E. ausmacht, daß dieser es ihm leihweise bis zum 15. Juni

8) RG. 53 S. 296.

belassen solle; denn alsdann hat D. die „Leistung“ des Pferdes nicht bloß versprochen, sondern tatsächlich vollzogen; und wenn E. am 15. Juni die Herausgabe des Pferdes fordert, stützt er seinen Anspruch nicht auf ein Schenkungsversprechen des D., sondern auf den mit ihm abgeschlossenen Leihvertrag. III. F., der dem G. vormals 1000 Mk. geliehen, erklärt ihm mündlich: „wenn du dein Examen machst, schenke ich dir deine Schuld“. Hier ist die Gültigkeit dieses Geschenks zweifelhaft. Die Erklärung des F. ist nämlich gültig, wenn sie den Sinn hatte: „ich erlasse dir die Schuld schon heute unter der aufstrebenden Bedingung deines Examens“; sie ist ungültig, wenn ihr Sinn war: „ich verpflichte mich schon heute, dir die Schuld zu erlassen, sobald du dein Examen machst“. Im Zweifel wird wohl das letztere anzunehmen sein. IV. H. schenkt dem J. mündlich sein Landhaus samt Mobilien, läßt darauf das Haus dem J. auf, verweigert aber, weil er J. nicht dankbar genug findet, die Übergabe. Hier ist der Formmangel der Schenkung durch die Auflassung wenigstens insoweit geheilt, als sie die Übereignung des Hauses von H. an J. betraf; demnach kann J., gestützt auf sein Eigentum am Hause, dessen Herausgabe von H. fordern. Dagegen ist die Schenkung, soweit sie das Mobilien betraf, ungültig geblieben; J. kann also dessen Herausgabe nicht beanspruchen.

Nicht zweifellos liegt folgender Fall: A. will gleichzeitig seine Bibliothek verkaufen und dem B. 10000 Mk. schenken; demnächst verkauft er wirklich durch mündliche Vereinbarung die Bibliothek für 20000 Mk. an C. mit der Abrede, daß der Anspruch auf die Hälfte des Kaufpreises dem B. zustehn solle, und teilt dies dem B. mit, worauf dieser die Annahme der Schenkung erklärt; nachträglich beschließen A. und C. die Aufhebung des Kaufs; als B. nunmehr seine 10000 Mk. von C. einfordert, wendet dieser ein, die Schenkung des A., auf der B.'s angeblicher Anspruch beruhe, sei mangels gehöriger Beurkundung ungültig. Wie es scheint, ist hier C. im Unrecht. Denn im Verhältnis zwischen A. und C. und zwischen C. und B. liegt weiter nichts als ein Kauf vor, der keiner Form bedarf. Dagegen liegt im Verhältnis zwischen A. und B. allerdings eine Schenkung vor; diese Schenkung stellt aber kein bloßes Schenkungsversprechen des A. dar, sondern ist von A. durch die Tat vollzogen, nämlich dadurch, daß dieser dem B. eine nicht auf einer Schenkung, sondern auf einem Kauf beruhende Forderung gegen C. verschafft hat.

Der Gedanke, der der Formvorschrift zu 1 zugrunde liegt, ist der folgende. Die Schenkung ist kein wirtschaftliches Geschäft, wie Kauf, Miete u. dgl., sondern von zarterer Beschaffenheit. Deshalb gehört ein Streit über die Erfüllung der Schenkung nicht vor die Gerichte, so wenig wie ein Streit über die Bezahlung eines Spielgewinns. Es wird also einerseits, solange die Schenkung noch nicht vollzogen ist, dem Beschenkten die Klage auf Vollziehung, andererseits, wenn die Schenkung vollzogen ist, dem Schenker die Klage auf Rückgewähr des Geschenkten versagt. Nur wenn die Schenkung in gerichtlicher oder notarieller Form erklärt ist, büßt sie die ihr sonst eigne Zartheit ein, und eine Klage des Beschenkten auf Erfüllung der Schenkung wird gerechtfertigt. — Übrigens hat die Formvorschrift des BGB. noch weitere Vorzüge: bei einer tatsächlich noch nicht vollzogenen Schenkung ist die Gefahr einer Übereilung des Geschenkgebers groß; denn auch, wer recht vorsichtig ist, wenn er „heute“ handelt, ist oft genug leichtsinnig, wenn er etwas „für morgen“ verspricht; auch ist es bei einer erst in Zukunft zu erfüllenden Schenkung nicht selten schwierig festzustellen, ob sie von dem Schenker wirklich in der Absicht, sich rechtlich zu verpflichten, zugesagt ist. Nach beiden Richtungen hin schneidet die Formalisierung der unvollzogenen Schenkung jedes Bedenken ab.

2. Außer der Sondervorschrift zu 1 sind selbstverständlich auch die allgemeinen Formvorschriften auf die Schenkung anwendbar. Insbesondere ist, wenn jemand schenkungsweise die Übereignung eines Grundstücks verspricht, nicht bloß nach der Regel zu 1 das Schenkungsversprechen, sondern nach einer früher besprochenen allgemeinen Regel auch die Annahmeerklärung des Beschenkten gerichtlich oder notariell zu beurkunden (313).

Die oben S. 377, 4 erwähnten landesrechtlichen Abschwächungen der letztern Regel sind

aber nur auf die Annahmeerklärung des Beschenkten, nicht auch auf das Versprechen des Schenkers anzuwenden; bei einer Grundstückschenkung des A. an die Stadt B. kann also zwar die Annahmeerklärung der Stadt, nicht aber die Schenkungserklärung des A. von einem städtischen Beamten beurkundet werden.

3. Den gesetzlichen Vertretern geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Personen ist es grundsätzlich untersagt, Schenkungen im Namen ihrer Pflegebefohlenen vorzunehmen (1641, 1804). Daraus folgt, daß auch diese Personen selber zur Vornahme von Schenkungen grundsätzlich nicht befähigt sind, weder für sich allein noch mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters.

4. Siehe ferner die beschränkenden Vorschriften von BGB. 1446, 2113.

IV. 1. Die (gewöhnliche) Schenkung zählt nicht zu den gegenseitigen Verträgen. Denn sie verpflichtet den Beschenkten gar nicht, sondern begründet eine streng einseitige Verpflichtung des Schenkers.

2. Die Verpflichtungen des Schenkers sind je nach der Art der Zuwendung sehr verschieden. Doch ist seine Haftung im allgemeinen eine milde.

a) Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (521). Er ist also, wenn er sich die Erfüllung seines Schenkungsversprechens schuldhaft unmöglich macht oder wenn er gar schuldhaft eine von vornherein unmögliche Leistung verspricht, dennoch haftfrei, sofern sein Verschulden nur ein geringes ist. Auch gerät er nur dann in Verzug, wenn er die rechtzeitige Erfüllung der Schenkung vorsätzlich oder grobfahrlässig unterläßt. Ist er aber einmal in Verzug geraten, so haftet er fortan auch für geringe Fahrlässigkeit (287).

b) Der in Verzug geratene Schenker ist wie jeder andre Schuldner zu Schadensersatz verpflichtet. Dagegen braucht er keine Verzugszinsen zu zahlen (522).

Das will besagen: der Beschenkte kann bei einer Geldschenkung zwar den ihm im Einzelfall durch den Verzug des Schenkers erwachsenen Schaden, nicht aber gerade den tarifmäßigen Satz von 4 % der rückständigen Geldsumme zur Erstattung liquidieren. Für Prokeßzinsen haftet dagegen der Schenker wie jeder andre Schuldner.

c) Der Schenker verspricht und leistet den Schenkungsgegenstand ohne Gewähr. Er steht also weder für Mängel im Recht noch für tatsächliche Mängel des Schenkungsgegenstandes ein. Anders nur, wenn er die Mängel arglistig verschwiegen hat (523 I, 524 I); aber selbst in diesem Fall haftet er nicht etwa auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Schenkungsversprechens, also namentlich nicht auf den vollen Wert, den der Schenkungsgegenstand ohne jene Mängel gehabt haben würde; vielmehr braucht er bloß den Schaden zu ersetzen, der dem Beschenkten gerade durch die arglistige Verschweigung des Mangels erwachsen ist.⁹

Beispiel. A. verschenkt eine ihm wider B. zustehende Forderung von 1000 Mk. an C., indem er arglistig verschweigt, daß die Forderung verjährt ist; C. verklagt darauf den B.,

9) Mand-Greif Anm. 1 a zu § 523 und 2 zu § 524.

wird abgewiesen und hat 180 M. Prozeßkosten zu bezahlen. Hier muß A. dem B. 180 M., nicht aber den vollen Wert der unverjährten Forderung mit 1000 M. erstatten.

d) Eine Ausnahme von der Regel zu c gilt, wenn der Schuldner in der Schenkungsurkunde erklärt, daß er den Schenkungsgegenstand zurzeit noch nicht im Besitz habe, sondern erst zugunsten des Beschenkten erwerben wolle. Alsdann steht er nämlich für Mängel im Recht und für tatsächliche Mängel nicht bloß im Fall der Arglist, sondern schon bei grobem Verschulden ein, und auch der Umfang des von ihm zu leistenden Schadensersatzes wird wesentlich erhöht (523 II, 524 II).

Einzelheiten. I. Die Verschärfung der Haftpflicht des Schenkers gilt in Ansehung tatsächlicher Mängel nur bei solchen Sachen, die der Schenker bloß der Gattung nach bestimmt hatte; in Ansehung von Mängeln im Recht gilt sie dagegen bei allen Schenkungsgegenständen, also auch bei individuell bestimmten. II. Die Verschärfung soll Platz greifen, wenn der Mangel im Recht oder der tatsächliche Mangel dem Schenker „bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist“. Diese Regel ist offenbar falsch formuliert, soweit sie Mängel im Recht betrifft. Denn erstlich hätte hier nicht bloß von dem Erwerbe einer „Sache“, sondern allgemeiner von dem Erwerbe eines „Gegenstandes“ gesprochen werden müssen, da Mängel im Recht auch bei Nichtsachen, z. B. bei Forderungen, vorkommen können. Zweitens aber kann die Haftpflicht des Schenkers unmöglich allein von seiner Kenntnis oder grobfahrlässigen Unkenntnis zur Zeit des Erwerbes des Schenkungsgegenstandes abhängen; die gegenteilige Ansicht ist wenigstens bei individuell bestimmten Schenkungsgegenständen schlechterdings unhaltbar.¹⁰ III. Die Verschärfung des Umfangs der Haftpflicht besteht bei Mängeln im Recht darin, daß der Schenker dem Beschenkten Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Schenkungsversprechens, also regelmäßig den vollen Wert, den der Schenkungsgegenstand ohne den Mangel für den Beschenkten gehabt haben würde, vergüten muß. Bei tatsächlichen Mängeln gilt dies dagegen nur, wenn sie vom Schenker arglistig verschwiegen sind; andernfalls muß der Beschenkte sich damit begnügen, daß ihm der Schenker an Stelle des mangelhaften ein mangelfreies Stück liefert. — Im übrigen wird die verschärfte Haftpflicht des Schenkers ähnlich wie die Haftpflicht des Verkäufers behandelt, z. B. was die Verjährung der Ansprüche des Beschenkten wegen tatsächlicher Mängel betrifft; nur die Regel, daß der Verkäufer den Kaufgegenstand auch frei von solchen Hypotheken, Pfandrechten u. dgl. liefern muß, die der Käufer beim Kaufabschluß gekannt hat, ist auf den Schenker nicht übertragen.

e) Eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung gilt im Zweifel nur für die beiderseitige Lebenszeit, hört also nicht bloß mit dem Tode des Beschenkten, sondern auch mit dem Tode des Schenkers auf (520).

f) Im Konkurse des Schenkers kann der Beschenkte Ansprüche aus der Schenkung nicht geltend machen (KonkOrdn. 63 Nr. 4; s. aber auch ebenda 226 Nr. 3).

g) Die Regel zu f ist zwingenden Rechts. Dagegen können die Regeln zu a—e vertragsmäßig abgeändert werden. Die Abänderung bedarf aber, soweit sie dem Schenker ungünstig ist, gerichtlicher oder notarieller Beurkundung.

Beispiel. Wenn A. dem B. eine Uhrkette schenkt und übergibt und dabei mündlich ausdrücklich gewährleistet, daß die Kette massiv golden sei, so ist zwar die Schenkung als solche, weil sie tatsächlich vollzogen ist, gültig, die Gewährleistung hingegen ist nichtig.

10) Schollmeyer (Ausfl. 1) S. 28.

3. a) Befindet sich der Schenker in dürftiger Lage, so kann er von dem Beschenkten die Rückgabe des Geschenks insoweit fordern, als er andernfalls außerstande sein würde, seinen eignen standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten oder die Unterhaltspflicht, die ihm seinen Verwandten und seinem jetzigen oder vormaligen Ehegatten gegenüber obliegt, zu erfüllen (528 I Satz 1).

α) Der Beschenkte muß das Geschenk derart zurückgewähren, daß dem Schenker die zum Unterhalt nötigen Mittel immer auf drei Monate zur Verfügung stehn (528 I Satz 3, 760; s. auch 1613).

β) Der Beschenkte kann die Rückgabe des Geschenks dadurch abwenden, daß er dem Schenker die zur Bestreitung des Unterhalts erforderlichen Mittel in Geld gewährt (528 I Satz 2).

γ) Der Beschenkte ist von der Rückgabepflicht frei (529):

αα) wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit selber herbeigeführt hat;

ββ) wenn zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit seit der Leistung des Geschenks zehn Jahre verstrichen sind;

γγ) insoweit, als er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, das Geschenk zurückzugeben, ohne daß sein eigener standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm selbst kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird.

δ) Der Beschenkte haftet für die Rückgabe nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (528 I Satz 1).

Beispiele. A. ist 1912 vollständig verarmt und zugleich gänzlich erwerbsunfähig geworden; für seinen standesmäßigen Unterhalt bedarf er jährlich 3000 Mk.; auch muß er seinen minderjährigen gleichfalls mittellosen und erwerbsunfähigen Kindern jährlich an Unterhalt 1000 Mk. gewähren; andre Personen, die er zu unterhalten hat, sind nicht vorhanden. I. A. hat dem B. 1905 eine goldne Uhr geschenkt, die damals 300 Mk. wert war, jetzt aber nur noch 200 Mk. wert ist. Hier kann A. von B. fordern, daß B. ihm die Uhr zurückgibt; doch darf B. die Uhr behalten, wenn er dem A. ihren jetzigen Wert mit 200 Mk. erstattet. II. Derselbe Fall; nur hat A. dem B. nicht eine Uhr, sondern 20 Aktien geschenkt, davon jede jetzt 1000 Mk. wert ist. Hier kann A. fordern, daß B. ihm vierteljährlich eine dieser Aktien zurückgibt; doch darf B. die Aktie behalten, wenn er dem A. ihren Wert mit 1000 Mk. erstattet. III. Derselbe Fall; nur hat A. dem B. ein Haus geschenkt, dessen jetziger Wert 40000 Mk. ausmacht. Hier kann A. fordern, daß B. ihm vierteljährlich 1000 Mk. in bar zahlt.

b) Bestand die Schenkung lediglich in einem Schenkungsversprechen, das der Schenker dem Beschenkten gegeben, so fällt, wenn der Schenker das Versprechen noch nicht erfüllt hat, das Rückforderungsrecht zu a fort. Dafür hat aber der Schenker das Recht, mittels Einrede die Erfüllung seines Versprechens insoweit zu verweigern, als andernfalls bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen sein eigener standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflichten gefährdet sein würde (519 I). Die zu a, αα—δδ aufgeführten Einzelregeln sind nicht anwendbar. Insbesondere kann die Erfüllung des Schenkungsversprechens nicht bloß wegen des Unterhalts für die nächsten drei Monate und sie kann auch von einem

Schenker verweigert werden, der durch eigne grobe Schuld in Dürftigkeit geraten ist.

Zu beachten ist, daß bei der Regel zu b (und ebenso bei der zu a γ) allgemein von der Unterhaltspflicht kraft Gesetzes gesprochen wird, so daß also nicht bloß, wie bei der Regel zu c, die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten und Ehegatten, sondern auch die des Vaters gegenüber seinen unehelichen Kindern erheblich ist.

c) Gemeinsam gelten für das Rückforderungsrecht zu a wie für das Einrederrecht zu b folgende drei Vorschriften.

a) Bei mehrfachen Schenkungen des nämlichen Schenkers geht die ältere der jüngern vor (s. 519 II, 528 II). Beispiel: 1906 hat A. dem B. schenkungsweise 100 000 Mk., zahlbar 1912, versprochen; 1904 hat er dem C., 1908 hat er dem D. dieselbe Summe schenkungsweise bar ausgezahlt; 1910 verliert er den größten Teil seines Vermögens, so daß ihm nur noch 120 000 Mk., obendrein belastet mit der Schenkungsschuld von 1906, übrig bleiben und seine Einnahmen bloß aus den Zinsen dieses Restvermögens mit 5000 und einem Arbeitsverdienst von 3000 Mk. bestehen, während für seinen eignen Unterhalt und den der Seinen jährlich 7500 Mk. erforderlich sind; hier können die Schenkung von 1906 und die von 1908 nicht nebeneinander aufrecht erhalten werden, weil dem A. sonst die Beschaffung jenes Unterhalts unmöglich gemacht ist; vielmehr ist A. berechtigt, das Geschenk von 1908 zurückzufordern, muß aber, soweit er hiermit durchdringt, das Schenkungsversprechen von 1906 erfüllen; im Ergebnis kommt also die Rückforderung des jüngeren Geschenks dem älteren Schenkungsversprechen zugute; dagegen bleibt die Schenkung von 1904 unberührt.

β) Gleichgültig ist, ob der Schenker schon bei Vornahme der Schenkung in bedürftiger Lage war oder erst später darenin geraten ist.

γ) Stirbt der Schenker, so geht das Rückforderungs- und das Einrederrecht auf seine Erben nur über, wenn auch seine Unterhaltspflicht auf die Erben übergeht oder wenn es sich um Rückstände aus seinen Lebzeiten handelt (i. 1615, 1712). Die Erben können also wegen ihres eignen Unterhalts und ihrer eignen nicht vom Schenker überkommenen Unterhaltspflichten keines jener beiden Rechte geltend machen.

d) Der Schenker kann auf keins der beiden Rechte im voraus verzichten.

4. Macht der Beschenkte sich eines groben Undanks gegen den Schenker schuldig, so kann dieser die Schenkung ohne Rücksicht auf seine und des Beschenkten Vermögensverhältnisse ganz widerrufen (530 I).

a) Eine kasuistische Aufzählung der den Widerruf begründenden Handlungen des Beschenkten versucht das Gesetz nicht. Vielmehr entscheidet im Streitfall das richterliche Ermessen.

Beispiele. Es wird regelmäßig als „grober“ Undank gelten müssen, wenn der Beschenkte mit der Ehefrau des Schenkers Ehebruch begeht, selbst wenn die Eheleute getrennt voneinander leben. Dagegen wird der Ehebruch nur „leichter“ Undank sein, wenn die Ehefrau so viele Liebhaber hatte, daß es auf einen mehr oder weniger nicht ankam.

b) Der Widerruf kann vom Schenker persönlich oder von einem mit gehöriger Vertretungsmacht ausgerüsteten Stellvertreter erklärt werden. Die Erben des Schenkers haben dagegen ein Widerrufsrecht nicht, es sei denn, daß der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder am Widerruf gehindert hat (530 II); hat aber der Schenker oder sein Stellvertreter den Widerruf erklärt, so geht das Recht auf Rückforderung der Schenkung unbeschränkt auf die Erben über.

c) Der Widerruf geschieht durch eine formlose Erklärung gegenüber dem Beschenkten (531 I). Der Angabe des Grundes bedarf es nicht.

d) Der Widerruf ist ausgeschlossen: 1. wenn der Schenker dem Beschenkten verzeihen hat; 2. wenn seit dem Zeitpunkt, in dem der Widerrufsberechtigte von dem Eintritt der Voraussetzungen seines Rechts Kenntnis erlangt hat, ein Jahr verstrichen ist; 3. wenn der Beschenkte gestorben ist; 4. wenn der Widerrufsberechtigte auf sein Recht verzichtet hat, was aber erst zulässig, wenn der Undank ihm bekannt geworden ist (532, 533).

Verzeihung des Undanks und Verzicht auf das Widerrufsrecht sind nicht völlig identisch. Denn die Verzeihung steht nur dem Schenker, der Verzicht steht auch seinen Stellvertretern und Erben zu; die Verzeihung geschieht durch eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Kundgebung, der Verzicht kann dagegen nur vertragsmäßig erfolgen usw.

e) Ist der Widerruf erklärt, so ist der Beschenkte verpflichtet, das Empfangene nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung dem Schenker herauszugeben (531 II).

5. Außer in den zu 3 a und 4 genannten kann eine Schenkung auch noch in andern Fällen rückgängig gemacht werden. Doch ist davon erst später zu handeln (s. 1301, 1584, 1345, 2329, 2287, 2288 sowie KonkOrdn. 32 und RGef. v. 21. Juli 79 § 3).

2. Besondere Arten der Schenkung.¹

§ 140.

I. Die Schenkung ist, wie wir gesehen haben, an und für sich ein streng einseitiger Vertrag, der nur dem Schenker, nicht aber auch dem Beschenkten rechtsgeschäftlich Pflichten auferlegt. Doch kann sie durch besondere Parteivereinbarung auch als zweiseitiger Vertrag abgeschlossen werden, indem der Beschenkte sich vertragsmäßig zu einer Gegenleistung an den Schenker verpflichtet. Voraussetzung ist dabei nur, daß die Gegenleistung nicht den Charakter eines Entgelts hat; denn ist dies der Fall, so kann von einer Schenkung nicht mehr die Rede sein.

1. Die Vereinbarung kann dahin getroffen werden, daß die Gegenleistung des Beschenkten gegen das Geschenk des Schenkers nicht eigentlich ausgetauscht wird und demnach rechtlich nicht als Zweck und Ziel des Geschenks erscheint, der Vertrag zwischen Schenker und Beschenkten mithin ein unvollkommen zweiseitiger ist (s. oben S. 374). Alsdann sagt man, die Schenkung sei unter einer Auflage (sub modo) erfolgt.² Für eine solche Schenkung gelten folgende Regeln:

a) Die Gegenleistung soll vertragsmäßig meist den Interessen des Schenkers oder den Interessen einzelner Dritter oder endlich öffentlichen Interessen dienen. Möglich ist es aber auch, daß sie ausschließlich den Interessen des Beschenkten

1) Hanmann, Schenkung unter einer Auflage (05); Müller, Jahrb. f. Dogm. 48 S. 209; Weirauch bei Gruchot 48 S. 229.

2) Siehe RG. 60 S. 242, 62 S. 390.

dienstbar ist;³ doch wird eine derartige Auflage nicht gerade häufig sein: denn eine Leistung, die nur in seinem eignen Interesse erfolgen soll, wird vom Beschenkten dem Schenker zwar oft in Aussicht gestellt, nur selten aber, wie dies bei einer echten „Auflage“ vorausgesetzt werden muß, bindend versprochen. In allen Fällen muß die Gegenleistung wirtschaftlicher Natur sein, da sie andernfalls nicht den Gegenstand einer obligatorischen Verpflichtung des Beschenkten, eines Forderungsrechts des Schenkers bilden könnte (s. oben S. 356 II, 2).

Beispiele. I. Eine echte Auflage liegt vor, wenn A. dem B. ein Haus unter der Verpflichtung schenkt, entweder 1., daß B. alle auf das Haus bezüglichen Rechnungen A.s aus den beiden letzten Jahren bezahlen müsse oder 2., daß er die Mieter des Hauses drei Jahre lang nicht steigern dürfe oder 3., daß er ein in dem Hause befindliches Zimmer mit altertümllicher Decke mindestens an einem Wochentage dem Publikum ohne Entgelt zugänglich zu machen habe. II. Wenn C. seinem Bruder D. ein Haus unter der Verpflichtung schenkt, daß dieser es die nächsten 10 Jahre nicht veräußern dürfe, so ist dies gleichfalls eine echte Auflage, und zwar auch dann, wenn C. dem D. jene Verpflichtung nur in dessen Interesse auferlegt hatte, weil er annahm, der Wert des Hauses werde in dem folgenden Jahrzehnt sehr steigen, und den Wunsch hatte, daß dieser Wertzuwachs dem D. nicht entgehen solle. III. Dagegen liegt keine echte Auflage vor, wenn E. dem F. 1000 Mk. zu einer Badereise schenkt; denn eine solche Reise ist keine wirtschaftliche Leistung; F. kann also dem E. nicht rechtsverbindlich zusagen, daß er sie wirklich machen werde.

Regelmäßig wird die Auflage so bestimmt, daß nach ihrer Vollziehung dem Beschenkten noch eine Bereicherung übrig bleiben soll. Doch ist auch eine gegenseitige Bestimmung möglich; insbesondere kommen sehr häufig Schenkungen an juristische Personen vor, bei denen die Last der Auflage die Gunst der Schenkung völlig ausgleicht;⁴ freilich steht der Wortlaut des Gesetzes (516 I) dem entgegen; er ist aber sicher nur ungenau gefaßt. Nur muß eine derartige übermäßige Auflage nach Annahme der Parteien im eignen Interesse des Beschenkten vereinbart sein; denn andernfalls wäre sie ein Entgelt für die Zuwendung des angeblichen Schenkers und würde der Zuwendung den Schenkungscharakter nehmen.

Über den Fall, daß die Auflage den Wert der Schenkung ohne den Willen der Parteien übersteigt s. unten zu d.

b) Der Schenker kann die Gegenleistung, falls nichts andres vereinbart, nicht Zug um Zug gegen seine Zuwendung oder gar vorher, sondern erst dann fordern, wenn er seinerseits alles geleistet hat, was ihm zu leisten oblag (525 I).

Beispiele. I. A. hat schenkungsweise dem B. ein großes Landgut unter der Auflage versprochen, daß B. ein ihm gehöriges kleines Haus dem C. schenken solle, und B. hat diese Schenkung angenommen. Hier kann A. von B. die Übereignung des Hauses an C. erit fordern, wenn er ihm das Landgut aufgelassen und übergeben hat, so daß B. eine Zeitlang Eigentümer von Gut und Haus zugleich ist. II. Derselbe Fall: nur wird die Auflassung des Guts von A. an B. ohne A.s Verschulden verzögert; B. ist hierüber so aufgebracht, daß er sein Haus dem D. zum Kauf anbietet und damit die Vollziehung der von ihm übernommenen Auflage gefährdet. Hier kann A., obschon er seine eignen Schenkerpflichten noch nicht erfüllt hat, doch bei Gericht eine einstweilige Verfügung erwirken, die dem B. die Veräußerung des Hauses an einen andern als den C. verbietet. Denn die Verpflichtung des B., das Haus dem C. zu schenken, entsteht nicht erst dadurch, daß A. ihm das Gut ausläßt und übergibt, sondern ist schon, wenngleich bloß in bedingter Form, dadurch begründet worden, daß er die Schenkung samt der Auflage angenommen hat.⁵

c) Das Recht, die Gegenleistung zu fordern, steht außer dem Schenker und seinen Erben zu:

3) Vgl. Haymann S. 38.

4) RG. 71 S. 141. Vgl. aber ebenda 62 S. 386.

5) Pland-Greif Anm. 2a zu § 525. Abw. Crome § 232¹².

a) wenn die Gegenleistung im Interesse eines Dritten bedungen ist, regelmäßig dem Dritten (§. 330 Satz 2);

β) wenn die Gegenleistung im öffentlichen Interesse bedungen ist, nach dem Tode des Schenkers der zuständigen Behörde, in Preußen dem zuständigen Minister (525 II; preuß. B. v. 16. November 1899 Art. 7).

Letztere Vorschrift ist nur zu billigen. Denn es kommt oft vor, daß die Erben eines Schenkers bloß mit geringem Eifer darauf achten, ob die von dem Schenker angeordneten gemeinnützigen Auflagen von dem Beschenkten auch gehörig erfüllt werden.

d) Ist die geschenkte Sache mit einem tatsächlichen Mangel oder einem Mangel im Recht behaftet und erreicht infolge dieses Mangels der Wert der Schenkung die Höhe der zu den Gegenleistungen erforderlichen Aufwendungen nicht, so kann der Beschenkte die Gegenleistung so lange verweigern, bis der Schenker den durch jenen Mangel entstandenen Fehlbetrag ausgleicht; hat der Beschenkte in Unkenntnis des Mangels die Gegenleistung bereits vollzogen, so kann er vom Schenker sogar die Erstattung der dadurch verursachten Aufwendungen insoweit fordern, als sie infolge des Mangels den Wert der Schenkung übersteigen (526).

Beispiele. I. A. hat der Stadt B. ein altes Gemälde, das der in B. als Autorität geltende Professor C. auf 60000 Mk. abgeschätzt hatte, mit der Auflage geschenkt, daß die Stadt auf eigne Kosten durch den Maler D. eine Kopie des Gemäldes für ihn anfertigen lassen müsse; die Stadt kommt der Auflage nach und muß dafür an D. 2500 Mk. zahlen; nachträglich stellt sich heraus, daß das Bild dem C. gestohlen war und die Stadt es ihm herausgeben muß. Hier hat A. die 2500 Mk. zu erstatten. II. Derselbe Fall; nur ist das Bild nicht gestohlen; wohl aber wird nachträglich festgestellt, daß Professor C. ein arger Ignorant ist und der wahre Wert des Bildes nur 2000 Mk. beträgt, die Stadt B. also durch die Schenkung einen Schaden von 500 Mk. erlitten hat. Hier braucht A. diesen Verlust, da er nicht auf einem „Mangel“ des Bildes beruht, nicht zu ersetzen.⁶

e) Kommt der Beschenkte mit seiner Gegenleistung in Verzug, so kann der Schenker nicht bloß auf ihrer nachträglichen Vollziehung bestehen und Schadensersatz wegen Verspätung fordern, sondern er kann auch — unter den Voraussetzungen, die für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen gelten, also regelmäßig unter Bestimmung einer angemessenen Nachfrist — sein Geschenk wenigstens insoweit zurückfordern, als es zur Vollziehung der Gegenleistung hätte verwendet werden müssen (527 I, 326). Das nämliche Rückforderungsrecht steht ihm zu, wenn die Gegenleistung infolge eines vom Beschenkten zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist (527 I, 325).

Beispiel. A. hat der Stadt B. die Büste seines Onkels, des früheren Bürgermeisters C., mit der Auflage geschenkt, sie im großen Saal des Rathauses aufzustellen; die Stadt denkt aber über die Verdienste des C. geringer als A. und bringt die Büste in einem Korridor unter. Hier kann A. darauf klagen, daß die Stadt die Büste da aufstelle, wo es vereinbart ist. Dagegen hat er keinen Anspruch auf eine Geldentschädigung, da ja die Stadt durch die schlechte Aufstellung der Büste keine Aufwendungen erspart.⁷ Ebenjowenig kann er die Rückgabe der Büste selbst beanspruchen.⁸

6) Örtmann Anm. 2 zu § 526.

7) Schollmeyer (Aufs. 1) S. 32.

8) Haymann S. 151. Abw. Örtmann Anm. 3 zu § 527.

f) Im übrigen unterliegt die Schenkung unter einer Auflage den Vorschriften, die für gewöhnliche Schenkungen gelten. Insbesondere ist die Haftung des Schenkers der Auflage ungeachtet ebenso milde wie bei einer Schenkung ohne Auflage.

2. Die Vereinbarung kann aber auch dahin getroffen werden, daß die Gegenleistung in Austausch gegen das Geschenk vollzogen werden soll, der Vertrag zwischen Schenker und Beschenktem also, trotz seiner Unentgeltlichkeit, ein vollkommen gegenseitiger ist (s. oben S. 370). Hier fehlt es an besondern gesetzlichen Normen ganz. Es sind demnach die Regeln anzuwenden, die einerseits für gegenseitige Verträge im allgemeinen, andererseits für gewöhnliche Schenkungen gelten.⁹

Beispiel. A. tauscht sein Landgut gegen das Haus seines Bruders B. ein; die Brüder sind darüber einverstanden, daß das Haus nur halb soviel wert ist als das Gut und also kein Entgelt für das Gut bildet. Hier liegt kein echter Tauschvertrag, sondern eine Schenkung des A. an B. vor. Stellt sich heraus, daß das Gut an einem Mangel leidet, so ist A. dafür weder ganz noch halb haftbar, ausgenommen den Fall der Arglist (524); dagegen ist B. haftbar, wenn das Haus sich als mangelhaft erweist (493).

II. Der zu I besprochenen Schenkung unter einer Auflage sehr nahe steht die Zweckschenkung, d. h. eine Schenkung, bei der die Parteien vereinbaren, daß die Zuwendung des Schenkers einem bestimmten Zweck dienen soll. Der Unterschied beider Schenkungsarten ist, daß sich bei der Schenkung unter einer Auflage der Beschenkte zur Vollziehung der Auflage dem Schenker gegenüber positiv verpflichtet, während er bei der Zweckschenkung eine Verpflichtung, zur Erreichung des Zwecks mitzuwirken, nicht übernimmt. Demgemäß ist die Zweckschenkung gerade in den Fällen häufig, in denen eine Schenkung unter einer Auflage selten ist, dann nämlich, wenn der Schenker mit seiner Zuwendung ein bestimmtes Interesse des Beschenkten fördern will; so selten es vorkommt, daß der Beschenkte sich geradezu verpflichtet, die Schenkung diesem Interesse dienstbar zu machen, so häufig ist es, daß er die Förderung dieses Interesses als Zweck der Schenkung anerkennt.¹⁰ Praktisch tritt der Unterschied zwischen Zweckschenkung und Schenkung unter einer Auflage namentlich in folgenden Regeln hervor:

1. Während bei der Schenkung unter einer Auflage der Schenker vom Beschenkten die Vollziehung der Auflage fordern kann (oben S. 582 b), steht ihm bei der Zweckschenkung ein Recht, vom Beschenkten irgendeine Mitwirkung zur Erreichung des Zwecks zu verlangen, nicht zu.

2. Während bei der Schenkung unter einer Auflage dem Schenker in dem Fall, daß die Vollziehung der Auflage unterbleibt, ein Recht auf Rückforderung des Geschenks nur in sehr beschränktem Umfang zusteht (oben S. 583 e), ist ihm bei der Zweckschenkung ein solches Rückforderungsrecht bei Nichterreichung des Schenkungszwecks ganz allgemein eingeräumt (s. 812), es sei

9) Vgl. RG. 54 S. 107, 60 S. 238, 62 S. 386, 68 S. 327.

10) Jahmann S. 38.

denn, daß die Vereitlung des Schenkungszwecks durch Umstände bewirkt ist, die er selber zu vertreten hat.

Beispiel. A. schenkt der B. 500 Mt., damit sie sich operieren läßt. Hier kann A. nicht fordern, daß die B. sich der Operation wirklich unterzieht. Wohl aber kann er, wenn die B. es nicht tut, die Rückgabe der 500 Mt. verlangen, und zwar sogar dann, wenn die Unterlassung lediglich darauf beruht, daß der Arzt die Operation als unnötig oder unmöglich ablehnt.

Auch bei den Zweckshenkungen kann es vorkommen, daß sie, wenn der Zweck erreicht wird, eine Bereicherung für den Beschenkten nicht übrig lassen. Siehe hierüber oben S. 582⁴.

III. Mitunter kommt es vor, daß jemand in einem und demselben Rechtsgeschäft mit einer Schenkung eine entgeltliche Zuwendung verbindet. Hierdurch wird grundsätzlich weder die rechtliche Behandlung der Schenkung noch die der entgeltlichen Zuwendung beeinflusst: auf jene kommt reines Schenkungsrecht zur Anwendung, während diese dem Schenkungsrecht gänzlich entzogen ist.

Beispiel. A. hat dem B. sein Haus verkauft und ihm zugleich das ganze darin befindliche Mobiliar geschenkt. Hier haftet A. dem B. für Mängel des Hauses nach Kauf-, für Mängel des Mobiliars nach Schenkungsrecht. Doch kann es sein, daß, wenn B. den A. wegen der Mängel des Hauses tatsächlich haftbar macht, darin ein grober Undank gegen A. liegt und demnach B. die Schenkung des Mobiliars widerrufen kann.

IV. 1. Besondere Regeln gelten für Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird; namentlich werden — freilich nur nach den Umständen des Einzelfalles — „remuneratorische“ Schenkungen hierher gehören, durch die der Schenker sich für einen ihm vom Beschenkten erwiesenen Dienst erkenntlich zeigt.

a) Derartige Schenkungen können wegen Dürftigkeit des Schenkers nicht zurückgefordert werden (534).

b) Sie können wegen Undanks des Beschenkten nicht widerrufen werden (534).

b) Sie können von den gesetzlichen Vertretern geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Personen und also unter Umständen auch von den beschränkt geschäftsfähigen Personen selber gültig vorgenommen werden (1641, 1804).

d) Siehe ferner die verwandten Regeln in BGB. 1446 II, 2113 II, 2205, 2330.

2. Im übrigen gilt auch für diese Schenkungen das gewöhnliche Schenkungsrecht; insbesondere kann ein in dürftiger Lage befindlicher Schenker um seiner Notlage willen zwar nicht das, was er bereits schenkungsweise fortgegeben, zurückfordern (s. zu 1 a), wohl aber das, was er erst schenkungsweise fortzugeben versprochen, zurückbehalten (s. oben S. 579 b).

Beispiel. A. hat seiner unehelichen Tochter B. notariell eine Ausstattung von 2000 Mt. versprochen; nachdem er die Hälfte der Ausstattung bar ausbezahlt hat, verarmt er ohne sein Verschulden. Hier liegt je nach den Umständen des Falls vor: entweder eine gewöhnliche Schenkung (etwa dann, wenn A. die B. schon vorher auskömmlich ausgestattet hatte) oder eine Schenkung, durch die A. einer sittlichen Verpflichtung entsprach (etwa dann, wenn die B. bisher keine Ausstattung erhalten hat, eignes Vermögen nicht besitzt und nach dem Stande ihrer Mutter einer Ausstattung von 2000 Mt. bedurfte) oder endlich eine Nichtschenkung

(etwa dann, wenn A. die B. bisher ganz wie sein eheliches Kind erzogen hatte [s. oben S. 572 a]). Im ersten Fall kann A. die Auszahlung der noch ausstehenden 1000 Mf. verweigern und die bereits gezahlten 1000 Mf. zurückfordern; im zweiten Fall hat er nur das erste dieser beiden Rechte; im dritten Fall hat er keins der Rechte.

V. Besondere Regeln gelten ferner für die Schenkungen auf den Todesfall. Doch ist davon erst im Erbrecht zu reden.

VI. Die Leihe.

§ 141.

I. Bei der Leihe (*commodatum*) verpflichtet sich die eine Partei, der Verleiher, der andern Partei, dem Entleiher, den Gebrauch einer Sache unentgeltlich zu überlassen (598). Sie bildet also einen vollkommenen Gegensatz zur Miete.

Das ist um so mehr zu betonen, als dieser Gegensatz dem täglichen Sprachgebrauch unbekannt ist; denn andernfalls müßte man z. B. nicht von Leih-, sondern von Mietbibliotheken sprechen.

Übrigens ist es mit dem Begriff eines Leihgeschäfts durchaus vereinbar, daß der Entleiher sich zu gewissen Gegenleistungen an den Verleiher oder in dessen Interesse verpflichtet, z. B. daß er verspricht, für das geliehne Pferd ein neues Baumzeug anzuschaffen.¹ Denn nicht jede Gegenleistung ist ein Entgelt.

Zu der Schenkung steht die Leihe nicht in Gegensatz. Im Gegenteil gibt es Leihen, die zugleich Schenkungen sind, etwa die Leihe eines Wohnhauses auf 30 Jahre.

II. Gegenstand der Leihe können nur Sachen sein, und zwar regelmäßig, wie bei der Miete, nur unverbrauchbare.

III. Für den Abschluß des Leihvertrages gelten die allgemeinen Regeln. Es ist also unrichtig, daß der Leihvertrag notwendig „Realvertrag“ sei, d. h. erst durch die tatsächliche Übergabe der Leihsache seitens des Verleihers an den Entleiher zustande komme. Vielmehr können sich die Parteien über die zukünftige Ausleihung einer Sache auch schon im voraus formlos rechtsverbindlich einigen. Ein Grund, in dieser Einigung einen bloßen Vorvertrag über ein erst inständig durch tatsächliche Hingabe der Leihsache abzuschließendes Leihgeschäft zu sehn, ist nicht erfindlich; müßte man doch andernfalls auch die Vermietung einer Wohnung in der Zeit zwischen dem Vertragsschluß und der Übergabe der Wohnung an den Mieter nicht für einen fertigen Mietvertrag, sondern für einen bloßen Vorvertrag über die dereinstige Vermietung der Wohnung erklären.²

IV. 1. Die Leihe begründet ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis unter den Parteien (s. oben S. 370). Demnach unterliegt sie den für gegenseitige Verträge geltenden Regeln nicht.

1) Abw. Pland-André Ann. 8 zu § 598.

2) Abw. Enneccerus 1 § 360³.

Beispiel. Wenn der Entleiher mit der Rückgabe der Leihsache in Verzug kommt, kann der Verleiher regelmäßig erst auf Grund eines rechtskräftigen Urteils Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen (s. oben S. 429).

2. Obwohl Leihe und Miete Gegensätze sind, haben die Verpflichtungen des Verleihers und Entleihers doch die gleiche Richtung wie die des Vermieters und Mieters, natürlich von der Zinspflicht des letzteren abgesehen. Der Verleiher muß also dem Entleiher den Gebrauch der Leihsache gewähren; der Entleiher dagegen muß die Sache sorgfältig behandeln und sie — also gerade das ihm geliehene Sachindividuum, nicht etwa ein anderes gleichartiges und gleichwertiges Stück — bei Beendigung der Leihe zurückgeben. Ferner: der Entleiher ist haftfrei, wenn die Sache bei ihm zufällig beschädigt wird oder verloren geht: die Gefahr der Sache hat also der Verleiher zu tragen; der Entleiher darf die Sache keinem Dritten zum Gebrauch überlassen (603); der Anspruch des Verleihers auf Rückgabe der Sache gilt im Konkurse des Entleihers als Aussonderungsrecht; die gegenseitigen Ersatzansprüche der Parteien verjähren in der gleichen Frist wie bei der Miete (606) usw. Andererseits ist aber das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher von dem zwischen Vermieter und Mieter auch wieder erheblich verschieden.

a) Das Rechtsverhältnis ist rein obligatorischer Art. Dingliche Wirkungen erzeugt es nicht: weder hat der Entleiher ein dingliches Recht an der Leihsache noch der Verleiher ein Pfandrecht an den Sachen des Entleihers.

b) Der Verleiher haftet milder als ein Vermieter. Insbesondere braucht er, wie ein Geschenkgeber, nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (599); für Mängel im Recht und für Fehler der Leihsache haftet er sogar nur dann, wenn er sie arglistig verschwiegen hat, und steht auch in diesem Fall nur für den Schaden ein, der dem Entleiher gerade durch sein Schweigen entstanden ist (600). Auch braucht er für die Instandhaltung der Sache nicht zu sorgen.

Allerdings ist, wie gleich zu zeigen, auch der Entleiher zur Instandhaltung der Sache nur beschränkt verpflichtet; daraus folgt aber nicht, daß das, was der Entleiher für die Sache nicht zu leisten braucht, der Verleiher leisten müßte; vielmehr steht es dem Verleiher frei, die Sache verkommen zu lassen.

c) Umgekehrt haftet der Entleiher strenger als ein Mieter. Er muß nämlich nicht bloß die Kosten der Fütterung eines geliehenen Tiers, sondern auch alle andern gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der Leihsache tragen (601 I). Daraus folgt weiter, daß der Entleiher bei einer Abnutzung der Leihsache, die lediglich durch den vertragsmäßigen Gebrauch entsteht, nicht schlechthin haftfrei ist wie ein Mieter, sondern nur soweit, als die Abnutzung auch durch ordnungsmäßige Instandhaltung der Sache nicht zu vermeiden war.

In andern Beziehungen ist übrigens die Rechtsstellung eines Entleihers wieder günstiger als die eines Mieters. So hat er wegen seiner Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht an dem entlehnten Grundstück, er haftet, wenn er die Leihsache mit Erlaubnis des Verleihers einem Dritten weiter verleiht, für ein Verschulden des Dritten nicht usw.! Dagegen ist die Verpflichtung des Mieters zur Anzeigek eines während der Mietzeit auftauchenden Mangels der Mietsache analog auf den Entleiher zu übertragen (s. oben S. 560 d).

3. Die Verpflichtungen beider Parteien können nach Belieben vertragsmäßig verschärft und ermäßigt werden.

V. 1. Die Leihe kann auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden, sei es, daß die Leihzeit kalendermäßig festgesetzt wird, sei es, daß sie sich aus dem Zweck der Leihe ergibt. Dann endet sie, ohne daß es einer Kündigung bedarf, mit dem Ablauf jener Zeit (604 I, II).

Beispiele. Ein Buch wird „auf drei Tage“, „zum Durchblättern“ „zur Benutzung beim Examen“ ausgeliehen.

2. Die Leihe kann aber auch auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden. Dann endet sie erst, wenn eine der Parteien kündigt. Die Kündigung kann, anders als bei der Miete, jederzeit erfolgen, ohne Einhaltung irgendeiner Kündigungsfrist (604 III).

3. Die Zeitbestimmung zu 1 gilt im Zweifel nur gegen den Verleiher (271 II). Der Entleiher ist also zur Rückgabe der Leihsache auch vor Ablauf der Leihzeit befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist.

4. Unter Umständen ist aber auch der Verleiher an die Leihzeit nicht gebunden, sondern kann die Rückgabe schon vor Ablauf der Leihzeit, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, fordern, nämlich (605):

a) wenn der Entleiher die Sache mißbraucht, sei es, daß er sie in vertragswidriger Art gebraucht, sei es, daß er sie durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet,

b) wenn der Verleiher infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes selber der Sache bedarf,

c) wenn der Entleiher stirbt.

5. Von Rechts wegen erlischt die Leihe mit dem Untergange der Leihsache.

6. Die Regeln zu 1—4 können vertragsmäßig beliebig abgeändert werden. Namentlich kann sich der Verleiher das Recht ausbedingen, die Leihsache nach Willkür zurückzufordern, auch wenn der Entleiher sie noch gar nicht zu gebrauchen in der Lage war.

VII. Das Darlehn.¹

§ 142.

I. 1. a) Beim Darlehn (*mutuum*) überträgt eine Partei, der Darleiher, eine gewisse Menge vertretbarer Sachen auf die Gegenpartei, während die Gegenpartei, der Darlehnschuldner, sich zur Rückerstattung des Empfangenen in Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet (607).

b) Sonach ist das Darlehn ein Umsatzgeschäft wie Kauf und Tausch: denn der Darleiher soll die Darlehnsachen dem Schuldner „übertragen“, nicht aber ihm bloß den Gebrauch der Sachen überlassen. Daraus ergibt sich zugleich, daß das Darlehn in scharfem Gegensatz zu Miete, Pacht und Leihe steht: denn während Mieter, Pächter und Entleiher nach Ablauf der Vertragszeit

1) Lübbert, Jahrb. f. Dogm. 52 S. 313; Regelsberger, ebenda 52 S. 410; Höhnstein 3. Darlehnslehre (Diss.).

gerade die individuellen, ihnen vormalig überlassenen Stücke zurückgeben müssen, darf der Darlehnschuldner andre Stücke zurückgewähren, wenn sie nur den dargeliehenen gleichartig und gleichwertig sind.

2. Das Darlehn kann entweder entgeltlich oder unentgeltlich gegeben werden. Da das vom Schuldner zu gewährende Entgelt meistens in einer Verzinsung des Darlehnskapitals besteht und umgekehrt die vom Schuldner übernommene Verzinsung meistens als zureichendes Entgelt für die Gewährung des Darlehns anzusehn ist, so können wir — wenigstens für die übergroße Mehrzahl der Fälle — die Worte entgeltlich und unentgeltlich auch durch die Worte verzinslich und unverzinslich ersetzen.

Das unentgeltliche Darlehn kann u. U. sogar eine echte Schenkung sein (natürlich nicht des Kapitals, sondern des zeitweiligen Kapitalgenusses). Alsdann kann es wegen Undanks des Schuldners ohne Kündigung widerrufen werden; die Zusage eines solchen Darlehns bedarf gerichtlicher oder notarieller Form usw.

II. Gegenstand des Darlehns (Darlehnsvaluta) sind nur vertretbare Sachen, vor allem Geld, aber auch Wertpapiere, Getreide usw.

III. Für den Abschluß des Darlehnsgeschäfts gilt eine Besonderheit: das Darlehnsgeschäft kommt nicht bloß möglicherweise, wie die Leihe und sonstige Verträge, sondern regelmäßig als „Realvertrag“, nämlich erst durch die tatsächliche Übertragung der Darlehnsfachen seitens des Darlehnsgebers auf den Darlehnsempfänger zustande. Allerdings ist auch eine Vereinbarung gültig, wonach jemand einem andern die Gewährung eines Darlehns erst für die Zukunft verspricht. Nach der Verkehrsanschauung ist aber eine solche Vereinbarung nicht als fertiger Darlehnsvertrag, sondern als bloßer Vorvertrag über einen künftig abzuschließenden Darlehnsvertrag anzusehn.

Praktisch wichtig zeigt sich die Auffassung des Darlehns als eines Realvertrages etwa in folgender Regel: nach BGB. 652 hat ein Makler Anspruch auf Belohnung erst dann, wenn das ihm zur Vermittlung aufgetragene Geschäft „zustande kommt“; der Darlehnsmakler wird nun eine Belohnung nicht schon fordern können, wenn er eine Vereinbarung über ein künftig zu gebendes Darlehn, sondern erst dann, wenn er die tatsächliche Hingabe eines Darlehns erzielt hat.

Daß das BGB. unsere Auffassung teilt, ergibt sich, wenn man die verschiedene Formulierung von BGB. 535, 598, 607 vergleicht.

Übrigens behaupte ich nicht, daß der Darlehnsvertrag immer, sondern nur, daß er regelmäßig Realvertrag sei. Die entgegenstehende, z. B. von Endemann § 184 vertretene Ansicht schießt über das Ziel hinaus.

Die Hingabe der Darlehnsfachen, die den Abschluß des Darlehnsgeschäfts darstellt, erfolgt nicht selten mittelbar, z. B. so, daß der Darleiher, der ein Gelddarlehn von 1000 Mk. geben will, dem Schuldner nicht bares Geld, sondern ein Börsenpapier im Wert von 1000 Mk. oder eine auf einen Bankier lautende Anweisung in dieser Höhe gibt. In solchen Fällen ist eigentlicher Gegenstand des Darlehns weder das Börsenpapier noch die Anweisung, sondern lediglich die Geldsumme.

IV. 1. Das Darlehn begründet ein zweiseitiges Schuldverhältnis, sowohl zu Lasten des Darleihers wie zu Lasten des Darlehnschuldners. Das entgeltliche Darlehn ist sogar ein echter gegenseitiger Vertrag.²

2) Abw. Düringer-Hachenburg, Komment. z. BGB. 2 S. 91; Crome 2 § 247¹⁹.

2. Die Verpflichtung des Darleihers geht auf die Gewährung der Darlehnsfachen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung genügt es nicht, daß der Darleiher dem Darlehnschuldner die Darlehnsfachen tatsächlich übergibt. Vielmehr haftet er auch dafür, daß die Sachen in das Eigentum des Schuldners übergehen, daß sie lastenfrei sind, daß sie nicht an erheblichen Mängeln leiden usw. Und zwar entspricht seine Haftung bei einem entgeltlichen Darlehn der eines Verkäufers (445, 493),³ bei dem unentgeltlichen Darlehn der eines Schenkers.

Erfüllt der Darleiher bei einem entgeltlichen Darlehn seine Verpflichtungen nicht, so hat der Darlehnschuldner das Recht auf Schadenersatz, Wandlung, Rücktritt usw. nach den beim Kauf geltenden Regeln. Dies gilt auch dann, wenn der Darleiher dem Schuldner nicht das Eigentum der Darlehnsfachen verschafft; die Behauptung, daß in diesem Fall das Darlehn gar nicht zustande komme,⁴ ist schwerlich begründet.

3. a) Die Hauptverpflichtung des Darlehnschuldners ist erst bei Beendigung des Darlehnsverhältnisses zu erfüllen: sie geht auf die Rückgewähr des Darlehns in Sachen gleicher Art, Güte und Menge. Und zwar greift diese Pflicht auch dann unvermindert Platz, wenn die Darlehnsfachen, nachdem sie dem Schuldner übergeben waren, zufällig beschädigt werden oder verloren gehen. Somit geht die Gefahr der Sachen auf den Darlehnschuldner über, sobald sie ihm übergeben sind oder er in Annahmeverzug geraten ist.

Geht, wenn der Darleiher die Sachen dem Schuldner auf dessen Verlangen zusendet, die Gefahr auf den Schuldner schon mit der Absendung über? Die Frage ist im allgemeinen nach der Analogie des Kaufs und unter Beachtung der mutmaßlichen Parteiabsicht zu bejahen.⁵ Die Folge ist, daß der Schuldner u. U. Sachen erstatten muß, die er niemals empfangen hat, weil sie bereits während der Versendung verloren gegangen sind. Doch ist eine Ausnahme für den Fall eines Gelddarlehns zu machen, daß der Darleiher dem Schuldner zu gewähren sich im voraus verpflichtet hatte; denn hier hat der Darleiher dem Schuldner das Geld auf seine eigne Gefahr zuzusenden (270). Indes gilt diese Ausnahme nur „im Zweifel“; für das unentgeltliche Darlehn wird sie überhaupt nicht gelten.

Wieweit die Gleichheit der zurückzuerstattenden mit den dargeliehenen Sachen gehen muß, ist nach der mutmaßlichen Parteiabsicht zu bestimmen, so wie Treu und Glauben es erfordern.⁶ Beispielsweise wird, wer 2 Stück 3½ prozentige preuß. Staatsschuldsscheine über je 5000 Mk. dargeliehen hat, bei der Rückgabe (regelmäßig) auch 5 Stück dieser Schuldsscheine über je 2000 Mk., dagegen nicht 2 Stück 3½ prozentige Reichsschuldsscheine über je 5000 Mk. anzunehmen haben. — Der Schuldner hat die von ihm zu erstattenden Sachen dem Darleiher zu übergeben, zu übereignen und für ihre Beschaffenheit Gewähr zu leisten, wie ein Verkäufer (445, 493). Dabei haftet er für die Gleichheit der zurückzuerstatteten mit den dargeliehenen Sachen kraft Gesetzes, nicht kraft besonderer Zusicherung; das ist wichtig wegen der Regeln oben § 128 I, 1. — Als Ort der Rückzahlung muß im Zweifel der Ort gelten, wo das Darlehn seitens des Darleihers gewährt ist: der Schuldner muß also die zurückzuerstattenden Sachen auf seine Gefahr und Kosten nach diesem Ort übersenden. Geld muß er, wie gewöhnlich, an den jeweiligen Wohn- oder Geschäftssitz des Darleihers schicken (270).

b) Eine weitere Verpflichtung des Darlehnschuldners ist überaus häufig die Verzinsung des Darlehns. Doch ist sie keineswegs selbstverständlich, muß vielmehr — mit einer dem Handelsrecht angehörigen Ausnahme — von dem

3) Abw. Schollmeyer (Ausfl. 1) S. 64.

4) Endemann § 184³; Crome 2 § 248⁵.

5) Abw. Planch-André, Anm. 5 a zu § 607.

6) Abw. Endemann § 184, 2 a.

Schuldner besonders übernommen werden. Sie unterliegt den allgemeinen Regeln des Zinsrechts (s. oben S. 379).

Allerdings stellt BGB. 608 eine besondere Regel für Darlehnszinsen auf. Indes ist diese Regel ungenau formuliert, weil sie, wie es scheint, auf Zinsen nicht paßt, die monatsweise bemessen sind. Soweit sie aber wirklich zutrifft, gilt sie ganz gleichmäßig auch für andre vertragmäßige Zinsschulden, s. oben S. 381 VII.

c) Eine Verpflichtung bezüglich der dargeliehenen individuellen Sachen liegt dem Schuldner in keiner Weise ob. Wie er einerseits deren Gefahr trägt, so kann er andererseits auch frei über sie verfügen, sie nach Gutdünken gebrauchen, verbrauchen, mißbrauchen usw. Regelmäßig kommt ihm auch formell das Eigentum der Sachen zu.

d) Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtungen nicht, so gelten die allgemeinen Regeln. Hervorzuheben ist, daß bei einem bloßen Teilverzuge des Schuldners dem Darleiher ein Recht, von dem ganzen Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen, nur in seltenen Ausnahmefällen zusteht (s. 326 I, 325, 283, 280). Namentlich kann der Darleiher, wenn der Schuldner mit der Zinszahlung säumig ist, nicht etwa sofort das Darlehenskapital zurückfordern: das sofortige Kündigungsrecht des Vermieters bei zweimaligem Zinsverzuge des Mieters ist auf das Darlehn nicht übertragen.

e) Die Ansprüche des Darleihers gelten im Konkurse des Schuldners als gewöhnliche Konkursforderungen. Selbst wenn die dargeliehenen Sachen noch unverändert in der Konkursmasse vorhanden sind, hat der Darleiher an ihnen weder ein Aus- noch ein Absonderungsrecht.

4. Ist es streitig, ob die Parteien ihren Verpflichtungen genügt haben, so gelten die allgemeinen Beweisregeln; der Darleiher muß also grundsätzlich die Hingabe der Darlehnsachen, der Schuldner deren Rückgewähr beweisen.

5. Die Verpflichtungen des Darleihers und — praktisch wichtiger! — die des Darlehnschuldners, können vertragmäßig beliebig verschärft oder ermäßigt werden. So kommt es beim Gelddarlehn vor, daß der Darlehnschuldner nicht die ihm dargeliehene Summe, sondern eine größere zurückzahlen hat; der Unterschied beider Summen wird oft als *Damno*, *Agio*, *Provision* bezeichnet. So bedingt sich der Darleiher häufig aus, daß er von dem Vertrage zurücktreten dürfe, wenn der Schuldner eine Zinszahlung länger als eine Woche verzögere usw. — Nicht selten kommen auch sog. „unkündbare“ Darlehne vor: I. Der Darleiher kann die Rückerstattung des Darlehns fordern, der Schuldner kann sie aber seinerseits nicht anbieten; das Darlehn ist also, wenn der Darleiher will, ewig. II. Der Schuldner kann die Rückerstattung anbieten, der Darleiher kann sie aber seinerseits nicht fordern; das Darlehn ist also, wenn der Schuldner will, ewig. III. Weder kann der Darleiher die Rückerstattung fordern noch der Schuldner sie anbieten; das Darlehn ist also, wenn eine von beiden Parteien es will, ewig. In Wirklichkeit sind aber diese unkündbaren „Darlehne“ Rechtsgeschäfte anderer Art, z. B. Schenkungen oder Kaufgeschäfte.⁷ — Über die öffentlichen Anleihen s. unten im 2. Bande.

V. 1. Das Darlehnsverhältnis wird oft auf bestimmte Zeit begründet

7) Vgl. aber Örtmann Anm. 1 f zu § 609; Crome 2 § 249¹³.

und endigt alsdann mit dem Ablauf dieser Zeit, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

Beispiele. Ein Darlehn wird „bis zum 1. Juli 1912“ oder „bis der Darlehnsempfänger eine feste Anstellung bekommt“ oder „auf die Lebenszeit des Empfängers“ gewährt.

2. Es kann aber auch auf unbestimmte Zeit begründet werden. Alsdann hört es erst auf, wenn eine der Parteien der andern kündigt. Diese Kündigung ist an die Einhaltung gewisser Fristen gebunden; sie kann nämlich nur erfolgen: bei Darlehen, deren Geldwert 300 Mk. übersteigt, mit dreimonatiger, bei geringeren Darlehen mit einmonatiger Frist (609 I, II). Daß die Kündigung nur für den Schluß gewisser Kalenderabschnitte zulässig sei, ist (anders als bei der Miete) nicht bestimmt.

3. Die Zeitbestimmungen zu 1 und 2 sind zunächst nur gegen den Darleiher gerichtet: sie bedeuten, daß der Schuldner vor Ablauf der Zeit zur Wiedererstattung des Darlehns nicht verpflichtet ist. Sie können aber außerdem auch gegen den Darlehnschuldner wirksam sein und bedeuten alsdann, daß dieser vor Ablauf der Zeit zur Wiedererstattung des Darlehns weder verpflichtet noch berechtigt ist, d. h. daß der Gläubiger die ihm vom Schuldner vorzeitig angebotene Rückgewähr des Darlehns zurückweisen darf. Hier ist zu unterscheiden: bezüglich der vertragsmäßig bestimmten Zeiten (oben zu 1) verbleibt es bei der allgemeinen Regel, daß sie im Zweifel nur gegen den Gläubiger, nicht gegen den Schuldner wirken (271 II); bezüglich der gesetzlich bestimmten Kündigungsfristen (oben zu 2) wird diese Regel auf den Fall des unverzinslichen Darlehns beschränkt, während bei dem verzinslichen Darlehn die gesetzlichen Kündigungsfristen auch gegen den Schuldner gelten (609 III).

Beispiel. A. leiht dem B. 10000 Mk. auf 5 Jahre vom 1. Juli 1910 ab. Hier kann B., wenn er will, schon am 7. August 1910 kündigen, und zwar für sofort, wenn das Darlehn unverzinslich, für den 7. November 1910, wenn es mit $\frac{1}{2}\%$ verzinslich ist.

4. Über vorzeitige Kündigung des Darlehns seitens des Darleihers s. oben IV, 3d, 5.

5. Wird das Darlehn dem Darlehnschuldner tatsächlich belassen, obschon das Darlehnsverhältnis durch Zeitablauf oder Kündigung beendet ist, so liegt darin (anders als bei der Miete) eine stillschweigende Verlängerung des Darlehnsverhältnisses im Zweifel nicht. Das Darlehn kann also fortan jederzeit zurückgefordert werden, ohne daß die Kündigung zu wiederholen wäre.

6. Die Regeln zu 1—5 können vertragsmäßig beliebig abgeändert werden. Ein Beispiel ist folgende Klausel: die Rückzahlung des Darlehns erfolgt auf Kündigung, die mit sechsmonatiger Frist für den Schluß jedes Kalenderhalbjahrs beiden Parteien, dem Darleiher aber nicht vor dem Jahr 1910 zusteht.

VI. Haben die Parteien einen Vorvertrag über die zukünftige Hingabe eines Darlehns (pactum de mutuo dando) abgeschlossen, so kann der künftige Darlehnschuldner nach Maßgabe der Bestimmungen des Vorvertrages auf die Hergabe des Darlehns klagen. Doch kann der Darleiher von dem Vertrage zurücktreten, wenn in den Vermögensverhältnissen des Schuldners eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird (610); war dagegen der Schuldner bereits zur Zeit der Darlehns-

zusage in den jetzigen schlechten Verhältnissen, so hat der Darleiher kein Rücktrittsrecht, mag er auch den Schuldner damals für durchaus „sicher“ gehalten haben.

VIII. Der Dienstvertrag.¹

1. Der gewöhnliche Dienstvertrag.

a) Begriff. Abschluß des Vertrages.

§ 143.

I. 1. Beim Dienstvertrage (locatio conductio operarum) verpflichtet sich die eine Partei, der Dienstschuldner, zur Leistung von Diensten, während die andre Partei, der Dienstberechtigte oder Dienstempfänger, die Leistung einer Vergütung verspricht (611).

Der Dienstvertrag hebt sich von allen andern bisher besprochenen Verträgen auf das schärfste ab. Faßt man freilich die einzelnen Dienste oder die gesamte Arbeitskraft des Menschen als „Güter“ auf, so kann man den Dienstvertrag auch als eine Art des Kaufs oder Tausches oder als ein Seitenstück zur Miete oder Pacht ansehen: der Dienstempfänger kauft fremde Dienste oder tauscht sie gegen eine Vergütung ein; er mietet oder pachtet eine fremde Arbeitskraft. Indes ist hiermit rechtlich nichts gewonnen. Denn die Dienste und die Arbeitskraft des Menschen sind „Güter“ eigenster, zartester Art und heißen von selbst eine durchaus andre Behandlung, als sie den sonstigen verkauf- und vertauschbaren, vermietet- und verpachtbaren Gütern zuteil wird. Das bürgerliche Gesetzbuch vermeidet es deshalb mit Recht, den Dienstvertrag mit dem Kauf oder mit der Miete zusammenzustellen. Damit soll aber nicht geleugnet werden, daß der Dienstvertrag in einigen Beziehungen zwar nicht dem Kaufe, aber doch der Miete analog geregelt ist, namentlich was die Behandlung der Dienst- und Mietzeit betrifft (s. 614, 620).

Über den Unterschied zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag siehe unten §§ 147 I, 2, 150 I.

2. a) Der Dienstvertrag kann eine rechtliche Überordnung des Dienstempfängers über den Dienstschuldner mit sich bringen, so daß jener zur Herrschaft, zum Dienstherrn, dieser zum Diener, zum Angestellten wird; derartige Verträge seien als *Anstellungsverträge* bezeichnet (622). Ebenfogut kann der Dienstvertrag aber auch den Dienstberechtigten und den Dienstschuldner rechtlich auf die gleiche Stufe stellen, so daß dieser von jenem nicht abhängiger ist als sonstige Schuldner von ihren Gläubigern; derartige Verträge seien *freie Dienstverträge* genannt.

Beispiele. Anstellungsverträge sind die Dienstverträge des Gesindes, der Leibärzte, der Handlungsgehülfen. Freie Dienstverträge sind die Dienstverträge der selbständigen Waschfrauen, der Hausärzte, der Handlungsagenten.

1) Sachenburg, Dienstvertrag u. Werkvertrag (98); Jfal, Geschäftsführung (00); Loßmar, Arbeitsvertrag (02, 08); G. Rümelin, Dienstvertrag u. Werkvertrag (05); Dpet, Arch. f. ziv. Pr. 86 S. 155; ders., Theaterrecht (97) S. 159; Marwitz, Bühnengagementsvertrag (02); Schall, Jahrb. f. Dogm. 52 S. 1; Köhne, Arch. f. Pr. 29 S. 46; Kabel, Haftpflicht des Arztes (04).

b) Die Dienstverträge sind entweder dauernd oder nichtdauernd (s. 617, 627, 629, 630). Die Unterscheidung ist schwierig. Auf die Länge der vereinbarten Dienst- oder Kündigungszeit kommt es jedenfalls allein nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob nach Lage des Einzelfalles der Dienstschuldner auf eine längere Dauer des Dienstes rechnen kann.

Beispiel. „Nicht dauernd“ ist ein Vertrag, bei dem ein Diener „auf sechs Wochen zur Aushilfe“, „dauernd“ ein Vertrag, bei dem ein Diener „gegen vierzehntägige Kündigung“ angestellt wird.

II. 1. Gegenstand des Dienstvertrages sind „Dienste“, d. h. Arbeiten aller Art (611 II), sofern sie nicht unsittlich, verboten oder unmöglich sind.

Beispiele. Es gehört hierher ebenso, wenn der Hofmarschall ein Fest leitet, wie wenn der Küfer Wein abzieht, ebenso, wenn der Rechtsanwalt Prozesse führt, wie wenn der Tagelöhner Teppiche klopft.

2. Doch sind nach der Art der Dienste verschiedene Arten der Dienstverträge zu unterscheiden.

a) Dienstverträge, die auf eine Geschäftsbeforgung gerichtet sind (675). Was hierunter zu verstehen ist, hat das Gesetz sorglich verschwiegen und ist demgemäß überaus bestritten. Wie es scheint, wird man alle Dienstverträge hierher rechnen müssen, bei denen der zu leistende Dienst nach der Auffassung der Parteien als ein „Geschäft“, genauer: als ein Geschäft des Dienstempfängers behandelt werden soll, so daß für die Ausführung des Dienstes im Rahmen der durch Gesetz, Vertrag und Verkehrssitte bestimmten Grenzen allein oder doch überwiegend das Interesse des Dienstempfängers maßgebend ist und der Dienstschuldner mehr oder minder als Vertrauensmann des Dienstempfängers erscheint. Ob der Dienst das Vermögen des Dienstempfängers oder² seine Person oder öffentliche Angelegenheiten oder Angelegenheiten Dritter betrifft, macht nichts aus, wenn nur für die Verpflichtung des Dienstschuldners zur Leistung des Dienstes vertragsmäßig das wirtschaftliche oder ideelle Interesse des Dienstempfängers in erster Reihe bestimmend sein soll. Ingleichen ist es unerheblich, ob die Dienstleistung in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder in Handlungen tatsächlicher Art besteht.

Beispiele. I. Auf eine Geschäftsbeforgung gerichtet sind die Dienstverträge des Gefindes, der gewerblichen Arbeiter, des Hausarztes und Hauslehrers, des für eine Prozeßführung bestellten Rechtsanwalts, des für eine Spazierfahrt angenommenen Droschkenkutschers. II. Nicht auf eine Geschäftsbeforgung gerichtet sind die Dienstverträge der Schauspieler (da sie ihre Rolle ebensosehr in ihrem eignen künstlerischen Interesse wie im Interesse des Theaterunternehmers spielen sollen), der auf eine Forschungsreise ausgesandten Gelehrten.

Für die Wichtigkeit meiner Bestimmung des Begriffes Geschäftsbeforgung spricht, daß sie durchweg zu befriedigenden Ergebnissen führt und daß ihr auch der allgemeine Sprachgebrauch zur Seite steht. Nur muß man sich dabei klar machen, daß es weniger auf den Begriff „Geschäftsbeforgung“ als auf den Begriff „Geschäftsbeforgung für den Dienstempfänger“ ankommt; sonderbar ist freilich, daß das BGB. diese subjektive Beschränkung des Begriffes ihrer augenscheinlichen Wichtigkeit ungeachtet zwar im § 662, nicht aber auch in dem hier maßgeblichen § 675 ausdrücklich hervorhebt.

2) Abw. unsre 4. Aufl. S. 516.

Gegen meine Begriffsbestimmung spricht, daß ihr zufolge die Geschäftsbeforgungsverträge unter den Dienstverträgen nach Zahl und Wichtigkeit weitaus die erste Stelle einnehmen, während doch das BGB. ihrer nur gewissermaßen anhangsweise, in der Lehre vom Auftrage, gedenkt. Doch dürfte dieser Grund allein nicht entscheidend sein. Denn diese sonderbare Systematik erklärt sich einigermaßen dadurch, daß das Gesetzbuch mit den auf eine Geschäftsbeforgung gerichteten Dienstverträgen in dem nämlichen Paragraphen zugleich die auf das nämliche Ziel gerichteten Werkverträge erledigen wollte und für diesen Paragraphen nur in einem „Anhang“ eine geeignete Stelle fand.

Auf die sonstigen Versuche, den Begriff der Geschäftsbeforgung zu bestimmen, soll hier nicht eingegangen werden. Denn fast jeder Schriftsteller, der sich darüber geäußert, hat seine eigne Meinung.

Eine besonders wichtige Art der auf eine Geschäftsbeforgung gerichteten Dienstverträge sind die Vollmacht=Dienstverträge, die den Dienstschuldner zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder auch zur Führung eines Prozesses im Namen des Dienstberechtigten verpflichten. Dabei sei jedoch hervorgehoben, daß nicht jeder Vollmachtvertrag zugleich ein Vollmacht=Dienstvertrag ist; denn eine Vollmacht kann vertragsmäßig auch durch einen Auftrag, einen Werkvertrag, einen Gesellschaftsvertrag usw. begründet werden.

b) Dienstverträge, die eine gewerbliche Arbeit zum Gegenstande haben. Sie sind überwiegend durch Sondergesetze geregelt. In diesem Werk kommen sie nach dessen Plan, der das Gewerberecht ausscheidet, nicht zur Darstellung.

c) Dienstverträge des häuslichen Gesindes. Sie werden unten in § 146 besonders besprochen werden.

d) Die Dienstverträge der öffentlichen Beamten. Sie sind, auch soweit sie die Gehaltsansprüche der Beamten oder deren persönliche Haftpflicht betreffen, öffentlichen Rechts und kommen deshalb in diesem Buch überhaupt nicht zur Darstellung.

Allerdings ergibt sich aus EG. 80, 81, daß die vermögensrechtlichen Ansprüche der öffentlichen Beamten grundsätzlich den Vorschriften des BGB. unterworfen sein sollen, soweit nicht landesrechtlich etwas anderes bestimmt ist. Daraus folgt aber nicht, daß diese Ansprüche wirklich privatrechtlicher Natur sind. Denn auch andre Forderungen, die unzweifelhaft dem öffentlichen Recht angehören, z. B. Forderungen auf Steuern und Zölle, sind unbedenklich in manchen Beziehungen nach der Analogie des bürgerlichen Rechts zu beurteilen.

e) Dienstverträge, die höhere Dienste zum Gegenstande haben (622, 627).

Hierher gehören z. B. die Verträge der Hauslehrer, Privatsekretäre usw., sodann aber auch der Fabrikdirektoren, der als Künstler geltenden Schauspieler u. a.

III. 1. Die vom Dienstempfänger zu leistende „Vergütung“ kann in Geld, sie kann aber auch in Leistungen andrer Art, namentlich in der Gewährung freier Wohnung, freier Verpflegung bestehen. Die Geldvergütung wird meist nach Zeitabschnitten bemessen wie der Mietzins (Tagelohn, Monatsgehalt usw.), kann aber auch anderweit, namentlich als Stück- oder Akkordlohn, als Provision, Tantieme³ u. dgl. festgesetzt werden.

Beispiel. Frauen werden zum Schaffieren bestellt; sie erhalten entweder für die Tagesarbeit so und so viel Mark oder für jedes geschorene Schaf so und so viel Pfennige.

Ein Dienstvertrag, bei dem der Dienstschuldner statt des Lohns freie Wohnung erhält, gleicht einem Mietvertrage, bei dem der Mieter statt des Geldmietzinses Dienste zu leisten

3) Crome, partiarische Rechtsgeschäfte (97); Lotmar 1 S. 118, 328.

hat.⁴ Beide Verträge werden vielfach nach den nämlichen Regeln (z. B. nach BGB. 537, 544, 613, 618, 624, 626) zu behandeln sein. Doch ist ihre völlige Gleichstellung nicht durchführbar; so kommen z. B. BGB. 565, 571 auf ersteren, BGB. 621, 630 auf letzteren Vertrag nicht zur Anwendung. Wichtig vor allem ist: der Mieter ist „Besitzer“, der Dienstschuldner gilt dagegen regelmäßig nur als unselbständiger „Inhaber“ der Wohnung.

2. Der Dienstschuldner muß auf die Vergütung ein festes Recht haben; eine freiwillige „Gratifikation“ des Dienstempfängers gehört also nicht hierher.

3. Die Vergütung muß ein Entgelt für die Dienstleistungen des Dienstschuldners darstellen, sei es nun ein ehrenvolles „Honorar“, sei es einen gewöhnlichen „Lohn“. Sie muß also im Vertrage den Diensten als gleichwertig gegenübergestellt sein. Deshalb gehört eine Vergütung nicht hierher, die nach der Absicht der Parteien den Wert der Dienstleistung übertreffen oder dahinter zurückbleiben oder unabhängig von ihm sein soll.

Beispiel. A. nimmt eine entfernte Verwandte B. in sein Haus, mit der Verpflichtung, der Hausfrau behülflich zu sein. Hier kann dieser Vertrag ein Dienstvertrag oder ein unentgeltlicher Auftrag oder eine Schenkung unter einer Auflage sein, je nach dem Wert, den die Parteien der freien Wohnung und Verpflegung der B. im Hause A.s einer-, den Hülfleistungen der B. andererseits beilegen. Wichtig wird die Frage namentlich, wenn die B. erkrankt (s. unten § 144 III, 3c).

4. Daß der Dienstempfänger für die Dienstleistung eine Vergütung zu entrichten habe, braucht nicht ausdrücklich festgesetzt zu werden. Vielmehr gilt die Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (612 I).

Beispiel: ich lasse von einem Burschen, der sich auf einer Fußpartie zu mir gesellt, mein Reisegepäck tragen; der Bursche ist kein gewerbsmäßiger Gepäckträger, sondern der Sohn eines reichen Bauern; dennoch ist er auch ohne Vereinbarung lohnberechtigt.

5. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermanglung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehn (612 II); erst wenn es auch an einem „üblichen“ Vergütungssatz fehlt, ist auf die allgemeine Regel zurückzugreifen, laut deren die Höhe der Vergütung vom Dienstschuldner nach billigem Ermessen festzusetzen ist (316).

Beispiele. I. Taxen bestehen für die Dienstverträge der Ärzte. II. Übliche Sätze finden sich bei den Dienstverträgen der Privatschullehrer. III. Das Bestimmungsrecht des Dienstschuldners greift bei den Dienstverträgen berühmter Gesanglehrer Platz.

IV. Außer den durch den Begriff des Dienstvertrages bestimmten Hauptkönnen sowohl dem Dienstschuldner wie dem Dienstempfänger vertragsmäßig noch Nebenleistungen auferlegt werden. Es gelten dafür ähnliche Regeln wie bei Kauf und Miete (s. oben S. 484, 552).

Beispiele. Es kann vereinbart werden, I. daß der Dienstschuldner nicht bloß die Bearbeitung eines bestimmten Stoffs vorzunehmen, sondern auch den Stoff selber zu liefern hat, II. daß der Dienstempfänger nicht bloß die ihm zu leistenden Dienste zu vergüten, sondern auch den Arbeitsraum und die Arbeitswerkzeuge zu beschaffen hat.

4) Siehe Lotmar 1 S. 687.

V. Der Dienstvertrag wird stets auf Zeit abgeschlossen: ewige Dienstverträge sind unzulässig.

VI. 1. Der Abschluß des Dienstvertrages erfolgt, soweit nicht für einzelne Arten dieser Verträge ein andres bestimmt ist (s. RGewOrdn. 134 a ff.), formlos.

2. Wer zur Beforgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich dazu erboten hat, muß, wenn ihm der Abschluß eines auf die Beforgung solcher Geschäfte gerichteten Dienstvertrages angetragen wird und er den Antrag nicht annehmen will, die Ablehnung dem Antragsteller unverzüglich anzeigen; verletzt er diese Vorschrift, so verbleibt es zwar bei der Ablehnung; der Antragsempfänger ist aber dem Antragsteller wegen Unterlassung der Anzeige schadensersatzpflichtig (663 Satz 1, 675). Das Nämliche gilt, wenn der Antragsempfänger sich zur Beforgung der Geschäfte nicht öffentlich, wohl aber speziell gegenüber dem Antragsteller erboten hatte (663 Satz 2, 675).

Beispiele. U. bewundert auf einer Gesellschaft des B. die großartigen Leistungen des C., der die ganze Dienerschaft gestellt und geleitet, und der Sängerin D., die nach dem Essen Arien und Couplets zum Besten gegeben hatte; er spricht insgeheim mit beiden, und diese erbieten sich, ihm auch bei seiner eignen demnächst stattfindenden Gesellschaft ihre Dienste zu leisten; er bestellt demgemäß, als der Tag seiner Gesellschaft festgesetzt ist, sowohl den C. wie die D., erhält aber schließlich von beiden sehr verspätet eine ablehnende Antwort. Hier ist C. schadensersatzpflichtig, die D. nicht; denn C. soll mit seiner Dienstleistung lediglich U.'s Geschäfte besorgen, während die D. mit ihren Künsten zugleich ihre eignen Geschäfte betrieb. Freilich ist diese Entscheidung sehr zweifelhaft, ein Beweis dafür, wie dunkel die Regel ist, die durch die Entscheidung erläutert werden soll.

Die Regel zu 2 gilt nur, wenn der Antragsempfänger den Antrag „nicht annimmt“. Sie versagt demnach, sobald man im Einzelfall das Schweigen des Antragsempfängers als Annahme des Antrages aufzufassen hat. Behauptet in einem solchen Fall der Empfänger nachträglich, daß er in Wirklichkeit nicht habe annehmen wollen, so ist er nicht zu Schadensersatz, sondern zu positiver Vertragserfüllung verpflichtet.

b) Rechtsverhältnis zwischen dem Dienstschuldner und dem Dienstberechtigten.

§ 144.

I. 1. Der Dienstvertrag zählt zu den gegenseitigen Verträgen.

2. a) Demnach ist, wenn die Dienstleistung dem Schuldner durch einen Zufall unmöglich wird, nicht bloß der Schuldner, sondern auch der Dienstempfänger befreit: leistet der Schuldner keine Arbeit, so empfängt er auch keinen Lohn; leistet er nur einen Teil der Arbeit, so empfängt er auch nur einen Teil des Lohns (323). Man kann also sagen: die Gefahr der Dienstleistung hat der Dienstschuldner zu tragen.

b) Eine Ausnahme gilt aber, wenn der Zufall in der Person des Dienstschuldners liegt und ihn an der Dienstleistung bloß eine verhältnismäßig unbedeutende Zeit behindert: alsdann verbleibt ihm der Anspruch auf die volle Dienstvergütung (616 Satz 1).

Beispiele. I. Wenn ein Arbeiter einen Vormittag infolge einer unverschuldeten Krankheit oder weil er als Zeuge einberufen ist, keinen Dienst leisten kann, so behält er seinen vollen Lohnanspruch, falls sein Dienstvertrag auf ein Vierteljahr, dagegen verliert er einen halben Tagelohn, wenn der Vertrag nur für eine Woche galt; denn in ersterem Fall war seine Verschämung verhältnismäßig unbedeutend, im zweiten Fall verhältnismäßig bedeutend. II. Wenn ein Fechtlehrer, der es übernommen hat, zwei Studenten in der städtischen Turnhalle das Semester hindurch wöchentlich drei Fechtstunden zu geben, eine Stunde ausfallen lassen muß, weil die Turnhalle durch ein Turnfest gesperrt ist, so verliert er seinen Lohnanspruch für die Stunde, obschon seine Verschämung verhältnismäßig unbedeutend war; denn der Hinderungsgrund lag ja nicht in seiner Person!⁵

Die Regel zu b greift auch dann Platz, wenn die Vergütung des Dienstschuldners ein Stücklohn ist (oben S. 595 III 1); es ist alsdann zu ermitteln, wieviel der Schuldner ohne die Behinderung verdient haben würde.

Bekommt der Dienstschuldner für die Zeit der Behinderung eine Entschädigung aus einer gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung, so kommt der Betrag von seiner Dienstvergütung in Abzug (616 Satz 2).

Besondere Vorschriften für den Fall einer vorübergehenden Behinderung des Dienstschuldners gelten für Handlungsgehülfen und höhere Gewerbegehülfen (HGB. 63, RWG. Ord. 133 c II).

c) Auch in andern Beziehungen kommen die allgemeinen für gegenseitige Verträge festgesetzten Regeln auf den Dienstvertrag nur unvollkommen zur Anwendung. Insbesondere ist die Regel, daß die Parteien ihre Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen haben, hier so wenig durchführbar wie bei der Miete.

II. 1. Der Dienstschuldner soll seine Dienste mit aller Sorgfalt verrichten und steht dabei auch für geringes Verschulden ein (276). Dagegen ist er dafür, daß seine Dienste erfolgreich sind, nicht haftbar.

Beispiel. Ein Rechtsanwalt, der eine Prozeßführung übernommen, wird gerade ebenso hoch honoriert, wenn er den Prozeß gewinnt, wie wenn er den Prozeß verliert.

2. a) Er darf bei seiner Dienstleistung nach Maßgabe der Verkehrssitte Gehülfen zuziehen und ist nicht selten sogar dazu verpflichtet. Dagegen darf er die Dienstleistung nicht ganz und gar einem Vertreter überlassen, es sei denn, daß der Dienstempfänger es ihm besonders erlaubt hat (613 Satz 1).

b) Die Haftung des Dienstschuldners für seine Gehülfen und Vertreter folgt den allgemeinen Regeln (278). Sonach greift sie unbedingt Platz, wenn der Gehülfe oder Vertreter schuldhaft gehandelt hat, gleichgültig, ob der Dienstschuldner für seine Person unschuldig und zur Zuziehung des Gehülfen oder Vertreters wohl berechtigt war oder nicht. Ist dagegen der Gehülfe oder Vertreter schuldlos, so ist der Dienstschuldner nur haftbar, wenn ihm selber ein Verschulden zur Last fällt. In diesem Fall ist es auch sehr erheblich, ob er den Gehülfen oder Vertreter zuzuziehen berechtigt war. Denn war er es nicht, so liegt regelmäßig schon darin, daß er ihn tatsächlich dennoch zugezogen hat, ein Verschulden.

3. Die Dienstleistung wird nur dem im Dienstvertrage bezeichneten Dienstempfänger oder dessen Erben geschuldet. Die Abtretung des Anspruchs an die Dienstleistung an dritte Personen ist unzulässig (613 Satz 2).

⁵) Abw. Endemann 1 § 174²⁸.

4. Eine Erweiterung der Pflichten des Dienstschuldners tritt bei den Anstellungsverträgen ein. Hier wird nämlich der dem „Diener“ obliegende Dienst meistens sehr allgemein und unbestimmt angegeben; die nähere Bestimmung der Art, der Zeit und des Orts der Dienstleistung hängt alsdann, innerhalb der von der Sitte gezogenen Grenzen, von dem billigen Ermessen des „Dienstherrn“ ab. Auch muß der Diener dem Dienstherrn mit Ehrerbietung begegnen; er muß sich eine Vorhaltung und sogar einen Tadel seitens des Herrn gefallen lassen, während ein „freier“ Dienstschuldner den unzufriedenen Dienstberechtigten einfach auf den Weg der Klage verweisen kann; er muß endlich angemessene Wünsche oder Befehle des Herrn sogar in seinem außerdienstlichen Leben beachten.

Diese Regeln scheinen etwas unbestimmt zu sein. Doch gestatten sie an dieser Stelle eine genauere Formulierung nicht. Denn sie sollen hier ja für alle Arten der Anstellungsverträge, für die vornehmsten wie für die geringsten, formuliert werden. Daß die Regeln trotzdem außerordentlich wichtig sind, wird sofort klar, wenn eine der Parteien mit Rücksicht auf das Benehmen der Gegenpartei den Dienst kündigt; denn eine solche Kündigung ist ganz anders zu beurteilen, wenn der Dienstschuldner ein Diener als wenn er ein freier Arbeiter ist; um dies richtig zu würdigen, muß man natürlich Diener und freie Arbeiter von gleicher sozialer Stellung miteinander vergleichen, also z. B. den angestellten Kammerdiener mit dem freien Lohndiener, den angestellten Kommiss mit dem freien Agenten, den angestellten Leibarzt mit dem freien Hausarzt.

5. Andre Besonderheiten gelten für Geschäftsbesorgungsverträge.

a) Der Dienstschuldner muß sich bei Besorgung des ihm aufgetragenen Geschäfts streng an die Anweisungen des Dienstempfängers halten.^{5a} Und zwar muß er die Anweisungen positiv befolgen, wenn sie im Dienstvertrage vorbehalten oder üblich sind. Andern Anweisungen kann er dagegen die Folge versagen, muß dann aber regelmäßig die Besorgung des Geschäfts ganz unterlassen und dies dem Dienstempfänger mitteilen. Der Dienstschuldner ist auch an Anweisungen gebunden, die zweckwidrig sind oder die Interessen des Dienstempfängers geradezu schädigen. Denn er ist nicht der Vormund des Dienstempfängers. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn der Schuldner den Umständen nach annehmen darf, daß der Dienstempfänger bei Kenntniß der Sachlage die Anweisung abändern werde; doch muß er dem Dienstempfänger zuvor Anzeige machen und dessen Entschließung abwarten, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist (665, 675).

Beispiel. I. Rechtsanwalt A., der für B. gegen C. einen Prozeß führt, wird von B. angewiesen, einen Vergleichsvorschlag zu machen, der den C. mit allen Prozeßkosten belastet, sonst aber sehr günstig für ihn ist. Hier muß A. gehorchen, mag er auch sicher sein, den Prozeß gegen C. glänzend zu gewinnen, und mag er auch wegen seines Ansehens als Anwalt den Vergleich persönlich verwünschen. II. 1. Derselbe Fall; nur geht B.'s Anweisung dahin, daß A. persönlich zu C. gehn und den Vorschlag mündlich machen soll. Hier braucht A. nicht zu gehorchen; denn dieser Auftrag ist unüblich. Dann darf er aber im Termin tags darauf nicht Verurteilung des C., sondern nur Vertagung beantragen. 2. Ehe A. sich über die Anweisung zu 1 schlüssig wird, macht C.'s Anwalt D. seinerseits einen Vergleichsvorschlag mit einstündiger Bedenkzeit, der den C. nur mit $\frac{1}{10}$ der Kosten belastet, dennoch

5^a) Siehe aber RG. 56 S. 150.

aber alles in allem für B. weit günstiger ist als dessen eigener Vorschlag. Hier darf A., da wegen der Kürze der Bedenkfrist eine Rückfrage bei B. unmöglich ist, den Vorschlag, B.'s Anweisung zuwider, annehmen. 3. Nachträglich stellt sich heraus, daß A. falsch vorgegangen ist; denn einmal war B. der Meinung, er dürfe ehrenhalber auch nicht den geringsten Teil der Prozeßkosten übernehmen; außerdem hatte D. von C. die Vollmacht, auf Verlangen A.'s noch weit ungünstigere Vergleichsbedingungen zu bewilligen. Hier bleibt, sofern A. diese Umstände nicht hätte kennen müssen, die Entscheidung dieselbe. Denn es kommt darauf an, daß A. tut, nicht was für B. am besten ist, sondern was er in B.'s Sinn nach pflichtmäßiger Überlegung für das beste hält.

Als Abweichung von den Anweisungen des Dienstempfängers gilt es auch, wenn der Dienstschuldner seine Vollmacht überschreitet. Die Regeln zu a kommen also in diesem Fall gleichfalls zur Anwendung.⁶

b) Der Dienstschuldner muß dem Dienstempfänger unaufgefordert die nötigen Nachrichten geben, auf Verlangen nähere Auskunft über den Stand des Geschäfts erteilen und nach Ausführung des Geschäfts Rechenschaft ablegen (666, 675).

c) Der Dienstschuldner muß alles, was er zur Besorgung oder bei der Besorgung des Geschäfts erlangt und nicht auftragsmäßig verwendet, an den Dienstempfänger herausgeben (667, 675); selbst Zuwendungen, die die Gegenpartei bei Besorgung des Geschäfts ihm persönlich macht (Gratifikationen, Extrahonorare, Trinkgelder), sind nicht ausgenommen.⁷ Verwendet der Dienstschuldner Gelder, die er dem Dienstempfänger herauszugeben oder für ihn zu verwenden hatte, für sich, so muß er sie von der Zeit der Verwendung ab verzinsen (668, 675).

6. a) Der Dienstschuldner wird von seiner Dienstpflicht befreit, wenn der Dienstempfänger mit der Annahme der Arbeit (schuldhaft oder schuldlos) in Verzug gerät. Er kann also nicht etwa zu nachträglicher Leistung der Dienste angehalten werden. Desungeachtet behält er den Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung und muß sich nur in Abzug bringen lassen, was er durch Nichtleistung der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung der Arbeit erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (615).⁸

b) Die Regel zu a gilt aber in vollem Umfang nur, wenn der Vertrag auf einen unteilbaren Dienst geht. Bei andern Dienstverträgen wird der Schuldner durch den Verzug des Dienstempfängers bloß für die Vergangenheit befreit, muß dagegen seine Dienste für die Folgezeit weiter leisten oder wenigstens zur Verfügung des Dienstempfängers halten; eine Ausnahme gilt nur insoweit, als der Dienstempfänger an der Annahme der Dienste auch für die Folgezeit behindert ist oder sie auch für die Folgezeit verweigert (§. 615).

Beispiel. Eine Klavierstunde im Hause des Klavierlehrers ist teilbar, aber nicht nach Minuten, sondern nach Viertelstunden. Sonach muß, wenn die Stunde um 12 Uhr beginnen sollte, der Lehrer auf den ausbleibenden Schüler bis $\frac{3}{4}$ 1 warten. Geht er schon um $\frac{1}{2}$ 1 fort, so kann er nur für die erste halbe, geht er dagegen um $\frac{3}{4}$ 1 fort, so kann er für die ganze Stunde Honorar fordern.

6) Vgl. Schollmeyer S. 122.

7) Abw. Örtmann Anm. 1c zu § 667; Crome § 252³⁰.

8) RG. 58 S. 402.

Besonders zu beachten ist bei den Regeln zu a und b, daß der Schuldner sich von seiner Vergütung auch dasjenige, was er durch anderweitige Arbeit zu verdienen böswillig versäumt, abziehen lassen muß. Denn in dem sonst analogen Fall, daß ein Vermieter seine Wohnung leerstehen läßt, weil der Mieter deren Übernahme verweigert, gilt diese Bestimmung nicht; hier kann der Vermieter vielmehr den vollen Mietzins fordern, auch wenn ihm eine anderweitige passende Vermietung der Wohnung mühelos möglich war (s. oben S. 554, 3). Doch ist diese Verschiedenheit zwischen Dienstvertrag und Miete wohlbegründet: ein müßiggehender Lohnarbeiter und eine leerstehende Mietwohnung können nicht nach gleichen Gesichtspunkten behandelt werden. — Der Dienstschuldner soll nicht „böswillig“ auf Kosten des in Annahmeverzug geratenen Dienstempfängers müßig gehen. Er braucht also eine anderweitige Arbeit nur dann zu übernehmen, wenn sie durchaus passend für ihn ist; und er braucht auch nach passender anderweitiger Arbeit nicht mühsam zu suchen. Böswillig handelt er vielmehr nur, wenn er weiß, daß es zwecklos ist, seine Dienste dem Empfänger zur Verfügung zu halten, und trotzdem eine sich ihm ohne Anstrengung bietende passende Erwerbsgelegenheit unbenutzt läßt.

7. Erfüllt der Dienstschuldner seine Dienstpflicht nicht, so kommen die allgemeinen bei gegenseitigen Verträgen geltenden Regeln zur Anwendung. Doch hat der Dienstempfänger an Stelle des Rücktrittsrechts die weit schärfere Befugnis, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzukündigen; einzige Voraussetzung ist, daß die Nichterfüllung der dem Dienstschuldner obliegenden Verpflichtungen im Einzelfall „wichtig“ ist (626), d. h. die Interessen des Dienstempfängers erheblich gefährdet. Dagegen kommt es darauf, ob ein Verschulden auf Seiten des Dienstschuldners vorliegt, ob die Verpflichtungen vollständig oder bloß teilweise unerfüllt bleiben, ob die Erfüllung verweigert oder nur verzögert wird, nicht an. Eine Nachfrist braucht dem Dienstschuldner (anders als bei der Miete) vor der Kündigung nicht gewährt zu werden.

8. Bemängelt der Dienstempfänger den geleisteten Dienst, so kommen die Regeln von der Bemänglung einer Kaufsache nicht zur Anwendung. Namentlich ist ein Vorbehalt des Dienstempfängers bei Annahme der Dienste und eine abgekürzte Verjährung nicht vorgeschrieben. Die mangelhafte Leistung des Dienstes wird vielmehr nach den gleichen Regeln behandelt wie die Nichtleistung.

9. Die den Verpflichtungen des Dienstschuldners gegenüberstehenden Ansprüche des Dienstempfängers sind rein persönlicher Art, wirken also nur gegen den Dienstschuldner, nicht gegen dritte Personen. Demgemäß kann, wenn der Dienstschuldner sich mehreren Personen derart verpflichtet, daß er nicht allen gerecht werden kann, keiner der verschiedenen Dienstempfänger gegenüber den andern ein Ausschlußrecht geltend machen. Andererseits kann sich aber auch der Dienstschuldner gegenüber keinem der Dienstempfänger mit seiner Verpflichtung gegenüber den andern Empfängern entschuldigen.

10. Die Pflichten des Dienstschuldners können durch Vertrag verschärft und gemildert werden.

11. Die Leistung der Dienste kann dem Dienstschuldner im Wege der Zwangsvollstreckung nicht abgezwungen werden (ZPO. 888 II).

III. 1. Die erste und allgemeinste Verpflichtung des Dienstempfängers

ist die Entrichtung der vertragmäßigen Vergütung. Sie muß, wenn nichts anderes vereinbart ist, postnumerando erfolgen, ähnlich wie die Zahlung des Mietzinses, nämlich (614),

a) falls sie nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablauf des einzelnen Abschnitts;

b) andernfalls nach vollständiger Leistung der Arbeit.

2. a) Macht bei einem Geschäftsbesorgungsvertrage der Dienstschuldner zum Zweck der Ausführung der ihm obliegenden Dienste Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Dienstempfänger zum Ersatz verpflichtet; der Dienstschuldner braucht die Aufwendungen also nicht etwa aus der ihm gebührenden „Vergütung“ zu bestreiten (670, 675). Ja er kann die Aufwendungen ganz unterlassen, wenn ihm nicht auf sein Verlangen der Dienstempfänger die zur Deckung der Kosten mutmaßlich erforderliche Summe im voraus zur Verfügung stellt („Vorschuß“ der Kosten) (669, 675); während also die Vergütung postnumerando gezahlt wird, findet der Ersatz der Aufwendungen pränumerando statt.⁹

b) Es genügt, daß der Dienstschuldner die Aufwendungen nach pflichtmäßigem Ermessen für nötig „hält“. Irrt er sich, so trägt die Gefahr nicht er selbst, sondern der Dienstempfänger.

Beispiel. Wenn der Dienstschuldner eine übertrieben hohe oder eine mit gefälschter Quittung versehene Rechnung für den Dienstempfänger bezahlt, so ist er, sofern er nur mit gebührender Sorgfalt gehandelt hat, ersatzberechtigt, obgleich seine Zahlung für den Dienstempfänger tatsächlich ohne Nutzen war.

c) Die Aufwendungen sind nicht bloß dann zu erstatten, wenn der Dienstschuldner das ihm aufgetragene Geschäft glücklich zustande bringt, sondern auch dann, wenn seine Bemühungen mißlingen.

3. Bei gewissen Dienstverträgen hat der Dienstempfänger eine weitgehende Fürsorgepflicht für die Person des Dienstschuldners.

a) Dies gilt zunächst bei solchen Dienstverträgen, bei denen der Dienstempfänger die Arbeitsleistungen des Dienstschuldners zu leiten oder im einzelnen zu bestimmen oder die Arbeitsräume, die Arbeitsvorrichtungen oder die Arbeitsgerätschaften zu beschaffen hat. Im Bereich dieser seiner Zuständigkeit muß er nämlich — nach Maßgabe der Verkehrsitte — alles tun, um den Schuldner gegen jede Gefahr für Leben und Gesundheit soweit zu schützen, als die Natur der Dienstleistung es gestattet (618 I).

b) Ähnliches gilt bei solchen Dienstverträgen, bei denen der Dienstempfänger den Dienstschuldner in seine häusliche Gemeinschaft aufnimmt. Hier muß er nämlich in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen treffen, die mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Dienstschuldners erforderlich sind (618 II).

9) Bödel, Arch. f. ziv. Pr. 96 S. 376.

Beispiele. I. Die Köchin des A. gibt der bei A. beschäftigten Putzfrau B. eine Leiter, die ihr (der Köchin) als gebrechlich bekannt ist; die B. bricht mit der Leiter zusammen und beschädigt sich. Hier ist A. ersatzpflichtig. II. Der katholische C. aus Ratibor ist im Hause des gleichfalls katholischen D. in Oppeln als Privatsekretär auf ein Jahr angestellt; trotz der Bitte C.'s verweigert ihm D. an den Fastentagen die Fastenverpflegung. Hier kann C. kündigen und Ersatz der Kosten seiner Reise von Ratibor nach Oppeln fordern.

c) Bei den Dienstverträgen, bei denen der Dienstempfänger den Dienstschuldner in seine häusliche Gemeinschaft aufnimmt, wird seine Fürsorgepflicht noch weiter verschärft, wenn das Dienstverhältnis ein dauerndes ist und die Erwerbsfähigkeit des Schuldners vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Alsdann hat nämlich der Dienstempfänger die Verpflichtung, dem Dienstschuldner im Fall der Erkrankung auf die Dauer von sechs Wochen Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren, und zwar nach seiner Wahl in seiner eignen Häuslichkeit oder in einer passenden Krankenanstalt (617 I, Satz 1, 2).¹⁰

a) Hierher gehören namentlich die Dienstverträge der Gesellschafterinnen, Erzieherinnen, Wirtschafterinnen, nicht selten aber auch der Handwerksgefelln, Kellner usw.

β) Erkrankt der Dienstschuldner in der Dienstzeit mehrmals, so läuft, sofern die Krankheiten durch eine kurze Gesundheitspause getrennt sind, die sechswöchige Frist für jede Krankheit besonders, so daß sich die Verpflichtung insgesamt auf viele Monate erstrecken kann.

γ) Die Verpflichtung bedeutet nicht bloß, daß der Dienstempfänger die Verpflegung und ärztliche Behandlung besorgen, sondern auch, daß er deren Kosten tragen muß. Nur insoweit, als der Dienstschuldner während der Zeit der Erkrankung (d. h.: während der Zeit der Verpflegung und Behandlung!) seine Dienstvergütung fortbezieht, gilt das Gegenteil; der Dienstempfänger kann nämlich jene Kosten auf die Dienstvergütung anrechnen (617 I Satz 3).

δ) Die Verpflichtung hört auf, wenn das Dienstverhältnis aufhört, mag auch die Krankheit dann noch fortdauern und die sechswöchige Frist noch nicht abgelaufen sein. Nur dann bleibt die Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht, wenn sie von dem Dienstempfänger gerade wegen der Erkrankung durch Kündigung herbeigeführt ist (617 I Satz 1, 4).

ε) Die Verpflichtung fällt ganz fort, 1. wenn der Dienstschuldner seine Erkrankung vorfänglich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat (617 I Satz 1), 2. wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung des Dienstschuldners durch eine öffentliche oder private Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen wird (617 II).

ζ) Um die Tragweite der Regeln zu würdigen, ist folgendes zu beachten: I. Vorausgesetzt ist eine „Erkrankung“ während des Dienstverhältnisses. Die Pflicht des Dienstempfängers tritt also ein, wenn die Erkrankung nach dem Dienstantritt ausbricht, mag ihr Keim (durch Ansteckung, erbliche Belastung usw.) auch schon vorher in dem Kranken gesteckt haben. Dagegen versagt die Pflicht, wenn der Dienstschuldner bereits als Kranker in den Dienst kommt, mag die Krankheit sich auch während des Dienstes wesentlich verschlimmern.¹¹ Daraus ergibt sich, daß zwischen Krankheiten, die „im Dienst“, d. h. in Veranlassung des Dienstes entstanden sind, und andern Krankheiten in keiner Weise unterschieden wird. II. Gleichgültig ist es, ob der Kranke ein langjähriger Angestellter des Dienstempfängers ist oder schon am ersten Tage seines Dienstverhältnisses erkrankt, ferner, ob die Verpflegungs- und Behandlungskosten in irgendwelchem Verhältnis zu dem Wert der dem Dienstschuldner obliegenden Arbeit und zu dessen Lohnansprüchen stehen. III. Das Recht des Lohnabzuges (oben zu γ) gilt auch dann, wenn der Dienstschuldner während der Pflegezeit seine Dienste fortleistet. IV. Hat der Dienstempfänger den Lohn im voraus bezahlt, so tritt an Stelle des Rechts auf den Lohnabzug das Recht auf Rückforderung des Lohns.

10) Schulkenstein, Arch. f. WR. 23 S. 219.

11) Abw. Örtmann Anm. 2d zu § 617.

4. Wird ein dauerndes Dienstverhältnis gekündigt, so muß der Dienstempfänger dem Schuldner angemessene Zeit zum Auffuchen eines andern Dienstes gewähren (629). Auch muß er ihm, wenn das Dienstverhältnis durch Kündigung oder anderweit beendet ist, auf Verlangen ein schriftliches Zeugnis über die Art und die Dauer des Dienstverhältnisses sowie, wenn es gewünscht wird, auch über die Leistungen und über die Führung im Dienst geben (630).¹²

5. Zur Annahme der Dienste ist der Dienstempfänger nicht verpflichtet. Er kommt also, wenn er sie grundlos zurückweist, bloß in Annahme-, nicht in Erfüllungsverzug.

6. Erfüllt der Dienstempfänger seine Verpflichtungen nicht, so sind die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Vorschriften anwendbar. Nur insofern gilt eine Abweichung, als der Dienstschuldner an Stelle des gewöhnlichen Rücktrittsrechts ein Kündigungsrecht in gleicher Art hat, wie es im umgekehrten Fall (bei Nichterfüllung der dem Dienstschuldner obliegenden Pflichten) dem Dienstempfänger zusteht; vorausgesetzt ist, daß die Nichterfüllung der Verpflichtungen des Dienstempfängers die Interessen des Dienstschuldners erheblich gefährdet, während darauf nichts ankommt, ob dem Dienstempfänger ein Verschulden zur Last fällt (626).

Dagegen ist gemäß allgemeiner Regel ein Anspruch des Dienstschuldners auf Schadenersatz nur dann begründet, wenn der Dienstempfänger fahrlässig gehandelt hat und dem Dienstschuldner selber nicht ein überwiegendes Verschulden zur Last fällt. Dies gilt namentlich, wenn der Dienstempfänger gegen die Regeln zu 3 a, b verstößt. Für diesen Fall sollen übrigens außerdem gewisse Regeln, die zunächst für die Verpflichtungen aus Delikten bestimmt sind (BGB. 842—846), zur Anwendung kommen, insbesondere was den Umfang der Schadenersatzpflicht betrifft (618 III).

7. Die den Verpflichtungen des Dienstempfängers gegenüberstehenden Ansprüche des Dienstschuldners erfreuen sich im Konkurse des ersteren teilweise eines Vorzugsrechts (KonkOrdn. 61 Nr. 1). Dagegen sind sie mit irgendeinem Pfandrechte — etwa an den Sachen, die der Dienstempfänger dem Dienstschuldner zur Bearbeitung oder als Arbeitswerkzeug übergibt, — nicht ausgestattet.

8. a) Die Verpflichtungen des Dienstempfängers können vertragsmäßig verschärft oder gemildert¹³ werden.

So kann der Dienstempfänger sich ausbedingen, daß er dem Dienstschuldner bloß dann eine Vergütung zu zahlen braucht, wenn dessen Arbeiten einen bestimmten Erfolg haben; diese Abrede liegt namentlich dann vor, wenn er dem Dienstschuldner nur einen sog. Akkordlohn zugestanden hat.

b) Nur die Fürsorgepflicht für die Person des Dienstschuldners ist insofern zwingenden Rechts, als sie nicht im voraus aufgehoben oder beschränkt werden kann (619).

12) Bendix, Arch. f. BR. 28 S. 94.

13) Abw. Pfand-André Anm. 1 zu 630.

c) Beendigung des Dienstverhältnisses.

§ 145.

I. Das Dienstverhältnis kann auf bestimmte Zeit begründet werden, sei es, daß die Dienstzeit ausdrücklich festgesetzt wird, sei es, daß sie sich aus dem Zweck der Dienste ergibt. Alsdann endigt es mit dem Ablauf dieser Zeit, ohne daß es einer Kündigung bedarf (620 I).

Beispiele. I. Ein Feldhüter wird „auf vier Monate vom 1. Mai ab“ bestellt. II. Eine Frau wird „für die Kartoffellese“ gebunden.

II. 1. Das Dienstverhältnis kann aber auch auf unbestimmte Zeit begründet werden. Alsdann hört es erst auf, wenn eine der Parteien der andern kündigt. Diese Kündigung ist an die Einhaltung gewisser Fristen gebunden, ähnlich wie bei der Miete.

a) Der Regel nach kann die Kündigung erfolgen (621):

wenn die Dienstvergütung nach Tagen bemessen ist, für jeden Tag am Tage vorher (s. oben S. 568²),

wenn sie nach Wochen bemessen ist, für den Schluß jeder Kalenderwoche am ersten Werktag der Woche,

wenn sie nach Monaten bemessen ist, für den Schluß jedes Kalendermonats am fünfzehnten des Monats,

wenn sie nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen ist, für den Schluß jedes Kalendervierteljahrs sechs Wochen vorher.

b) Eine Ausnahme gilt bei Anstellungsverträgen, die „höhere“ Dienste zum Gegenstande haben und die Erwerbstätigkeit des Dienstschuldners vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen: sie können nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs sechs Wochen vorher aufgekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bestimmt ist (622).

Beispiel. Die A. wird von der B. angestellt, sich mit deren Kindern gegen eine wöchentliche Vergütung von 12 Mark, Frühstück und Vesper je vier Stunden Vor- und Nachmittags zu beschäftigen; der Dienst der A. beginnt Mittwoch den 8. Juni 1910. Hier kann, wenn die A. Kindermädchendienste leisten soll, frühestens auf Sonnabend den 18. Juni, wenn sie Kinderfräuleindienste leisten soll, frühestens auf den 30. September 1910 gekündigt werden.

2. Die Regeln zu 1 setzen voraus, daß die Dienstvergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist. Ist dies nicht der Fall, so gilt, wenn der Vertrag die Erwerbstätigkeit des Dienstschuldners vollständig oder überwiegend in Anspruch nimmt, eine vierzehntägige Kündigungsfrist (623). Kommt dagegen der Dienst für den Schuldner nur nebensächlich in Betracht, so fehlt eine Kündigungsfrist ganz: die Kündigung kann also mitten in der Arbeit erfolgen.

Beispiele. I. Ein Schreiber wird in einem Rechtsanwaltsbureau gegen einen Lohn von . . . für den Bogen angestellt. Hier beträgt die Kündigungsfrist 14 Tage. II. Ein reisender Handwerksbursche wird zum Holzspalten gegen einen Lohn von . . . für den Kubikmeter angenommen. Hier ist sofortige Kündigung zulässig.

III. In zwei Fällen kann ein auf bestimmte Zeit begründetes Dienstverhältnis schon vor Ablauf der Dienstzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist aufgekündigt werden.

1. Erstlich, wenn das Dienstverhältnis für die Lebenszeit des Dienstschuldners oder eines andern oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen ist: die Kündigung kann hier nach dem Ablauf von fünf Jahren für jeden beliebigen Tag (!) erfolgen; die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate; kündigungsberechtigt ist nur der Dienstschuldner (624).

2. Zweitens, wenn bei einem Dienstverhältnis, das sich auf den Haushalt, den Wirtschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft des Dienstempfängers bezieht, dieser in Konkurs verfällt: die Kündigung ist nur für die zu II genannten Termine mit den dort genannten Fristen zulässig; kündigungsberechtigt ist der Dienstschuldner und der Konkursverwalter (KonkOrdn. 22).

IV. In andern Fällen endlich kann ein Dienstverhältnis, mag es für bestimmte oder für unbestimmte Zeit begründet sein, zu jeder Zeit sofort — also vor Ablauf der etwa vereinbarten Dienstzeit und ohne Einhaltung irgend-einer Kündigungsfrist — aufgekündigt werden.

1. a) Die sofortige Kündigung kann beiderseits willkürlich geschehn, wenn der Dienstvertrag auf Dienste höherer Art, die auf Grund besondern Vertrauens übertragen zu werden pflegen, geht und das Dienstverhältnis nicht dauernd und mit „festen“ Bezügen verbunden ist (627 I). Bei allen andern Dienstverträgen ist sie dagegen nur statthaft, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (626); was hierunter zu verstehen ist, läßt sich nur im Einzelfall bestimmen.

Beispiele. I. A. ist als Vertrauensarzt einer Lebensversicherungsgesellschaft auf fünf Jahre bestellt. Hier kann ihm schon vor Ablauf der fünf Jahre gekündigt werden: 1. nach freiem Belieben, wenn er lediglich für jede einzelne Diensthandlung honoriert wurde, 2. nur aus wichtigen Gründen, wenn ihm ein festes Gehalt zugesagt oder wenigstens ein Mindestsatz von Dienstentnahmen garantiert war.¹ II. Die B. ist bei der Schulvorsteherin C. auf drei Jahre fest angestellt. 1. Hier kann die B. schon vor Ablauf der drei Jahre kündigen, a) wenn sie von der C. gröblich beleidigt wird, b) wenn ihre Gesundheit unter ihrem Dienst leidet, c) wenn sie heiratet. 2. Ebenso kann die C. schon vor Ablauf der drei Jahre kündigen, a) wenn die B. faul oder untüchtig ist, b) wenn die B. wegen eines schweren Verbrechens unter Anklage gestellt wird, mag die Anklage auch auf einer völlig unbegründeten Denunziation beruhen, c) wenn die C. eine Erbschaft macht und deshalb ihre Schule auflöst.

b) Ist nach der Regel zu a der Dienstempfänger zur sofortigen Kündigung befugt, so darf er von diesem Recht mit der größten Härte Gebrauch machen, ohne Rücksicht darauf, ob der Dienstschuldner in der Lage ist, sich sofort einen anderweitigen Verdienst zu verschaffen. Anders der Dienstschuldner: er darf wenigstens dann, wenn der Dienstvertrag auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet war, sein Recht zu sofortiger Kündigung nur schonend, nämlich nur in der Art gebrauchen, daß der Dienstempfänger für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund ihm eine solche Rücksichtnahme auf den Dienstempfänger verbietet; kündigt der

1) Abw. RG. 69 S. 364.

Dienstschuldner dieser Vorschrift zuwider „unzeitig“, so ist seine Kündigung zwar gültig, er selber aber dem Dienstempfänger Schadensersatzpflichtig (675, 671 II; s. auch 627 II).

Beispiele. I. In den zu a unter II genannten Fällen darf die Schulpflichtige C., wenn sie ihre Schule auflöst, die Lehrerin B. rücksichtslos sofort entlassen; dagegen muß die heiratende B. ihre Dienste so lange fortsetzen, bis die A. eine andre Lehrkraft gewinnen kann. II. Ist die B. von der C. gröblich beschimpft, so wird sie zu einer derartigen Rücksichtnahme auf ihre Dienstherrin nur dann verpflichtet sein, wenn die Beleidigung zwar gröblich, aber immerhin noch erträglich war und die C. in angemessener Art um Entschuldigung bittet.

2. Erfolgt den Regeln zu 1 gemäß vor Ablauf der vereinbarten oder gesetzlichen Dienstzeit eine Kündigung, so kann der Dienstschuldner nicht die volle, für die ganze Dienstzeit bedungene Vergütung fordern; denn die Kündigung gibt ihm ja für den Rest der Dienstzeit die freie Verfügung über seine Arbeitskraft zurück. Vielmehr kann er bloß, nach Maßgabe der von ihm bis zur Kündigung bereits geleisteten Dienste, einen verhältnismäßigen Teil der bedungenen Vergütung verlangen. Dazu kommt aber, wenn er durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Dienstempfängers zur Kündigung veranlaßt worden ist, außerdem ein Anspruch auf Schadensersatz. Umgekehrt ist er selber (ganz abgesehen von dem bereits erwähnten Fall „unzeitiger“ Kündigung [s. oben zu 1 b]) Schadensersatzpflichtig, wenn er durch sein eignes schuldhaftes Verhalten den Dienstempfänger zur Kündigung bewogen hat (628 II).

Bei Berechnung des dem Dienstschuldner gebührenden Teils der Dienstvergütung ist nicht bloß darauf zu sehen, welche Teil der Dienstzeit vor der Kündigung bereits verstrichen ist, mag auch die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen sein; denn die Dienste brauchen sich ja keineswegs auf den ganzen Zeitabschnitt gleichmäßig zu verteilen, weder was die Lasten betrifft, die sie für den Dienstschuldner, noch was die Vorteile angeht, die sie für den Dienstempfänger mit sich bringen. Nur dann, wenn der Dienstempfänger die Kündigung durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat, kann er sich auf letzteren Umstand (d. h. also darauf, daß die Teildienstleistung des Dienstschuldners ohne Interesse oder doch von verhältnismäßig geringem Interesse für ihn war) nicht berufen. — Beispiel. A. ist bei B. als Verkäufer gegen ein Tagesgehalt von 5 Mk. auf ein Jahr in Dienst getreten; am ersten Tage, an dem er sich erst „informieren“ mußte, ist er für B. ganz wertlos; auch am zweiten Tage kann er höchstens als halbwertige Arbeitskraft gelten; am Ende des dritten Tages kündigen A. und B. gegenseitig; A. findet erst 10 Tage später einen neuen Dienst; B. muß sich eine Hilfskraft nehmen, die für den Rest des Monats 180 Mk. bezieht. Hier hat, wenn weder A. noch B. schuld ist, B. 7,5 Mk. zu zahlen (nämlich Gehalt für einen vollen und einen halbwertigen Arbeitstag); ist A. schuld, so muß er an B. 22,5 Mk. zahlen (nämlich 180—150 Mk. Schadensersatz unter Abzug des Gehalts für 1½ Tage); ist endlich B. schuld, so muß er dem A. 65 Mk. zahlen (nämlich Gehalt für 3 Tage und Schadensersatz für 10 Tage).

V. Wird das Dienstverhältnis, nachdem es durch Zeitablauf oder Kündigung aufgehoben ist, von dem Dienstschuldner mit Wissen des Dienstempfängers tatsächlich fortgesetzt, so gilt es, ähnlich wie in gleichem Fall die Miete, als auf unbestimmte Zeit verlängert, und zwar unter den bisherigen Bedingungen (625). Anders nur dann, wenn der Dienstempfänger unverzüglich widerspricht oder wenn der Dienstschuldner sich eine Änderung der Bedingungen vorbehalten hat.

VI. Die Form der Kündigung unterliegt den gleichen Regeln wie bei der Miete.

VII. 1. Von Rechts wegen, also ohne Kündigung, wird das Dienstverhältnis vor Ablauf der Dienstzeit aufgelöst, wenn der Dienstschuldner stirbt (§. 613). Dagegen bleibt das Dienstverhältnis beim Tode des Dienstempfängers fortbestehn, es müßten denn die Dienste ausschließlich seiner Person gewidmet sein.

2. Geschäftsbeforgungsverträge werden von Rechts wegen aufgehoben, wenn der Dienstempfänger in Konkurs verfällt (KonkOrdn. 23).

3. Selbstverständlich hört das Dienstverhältnis auch dann auf, wenn die Dienstleistung anderweit unmöglich wird.

VIII. Wenn ein auf eine Geschäftsbeforgung gerichtetes Dienstverhältnis in anderer Art als durch Kündigung aufgehoben wird, kann es in beschränkter Weise noch eine Zeitlang wirksam bleiben.

1. Erstlich bleibt das Dienstverhältnis zugunsten des Dienstschuldners so lange wirksam, bis dieser von der Aufhebung Kenntnis erlangt oder erlangen muß (674, 675).

Beispiel. A. hat für die Dauer seiner Pachtung den B. als Inspektor angestellt; am 15. Mai wird durch eine zwischen A. und dessen Verpächter getroffene Vereinbarung die Pachtung des A. und damit zugleich das Dienstverhältnis des B. aufgehoben; erst am 17. Mai wird dies dem B. bekannt; inzwischen geht am 16. Mai dem A. eine Kuh ein, weil B. sich an diesem Tage nicht gehörig um sie bekümmert hat; auch kauft B. am nämlichen Tage kraft der ihm als Inspektor erteilten Vollmacht für den A. einen neuen Aderwagen und bezahlt ihn. Hier ist B. für den Verlust der Kuh nicht verantwortlich; denn er war am 16. Mai nicht mehr Inspektor. Dagegen kann er die Auslagen für den Wagen ersetzt fordern; denn wenigstens zu seinen Gunsten „galt“ er am 16. Mai noch als Inspektor. Doch ist anzunehmen, daß, wenn er von letzterem Recht Gebrauch macht, er sich auch dem Schadenersatz für die eingegangene Kuh unterziehen muß.

2. Zweitens bleibt das Dienstverhältnis sowohl zugunsten wie auch zu Lasten des Dienstschuldners oder seines Erben wirksam, wenn es durch den Tod des Dienstempfängers oder des Dienstschuldners aufgehoben wird, die Geschäftsbeforgung aber nicht ohne Gefahr aufgeschoben werden kann: der Dienstschuldner oder sein Erbe muß nämlich alsdann die Geschäftsbeforgung so lange fortsetzen, bis der Dienstempfänger oder dessen Erbe anderweit Fürsorge treffen kann, und hat im Rahmen dieser unaufschiebbaren Tätigkeit die gleichen Rechte und Pflichten, wie wenn das Dienstverhältnis noch in Kraft wäre (672, 673, 675).

IX. Von den vorstehenden Regeln sind zwingender Natur die zu III und, soweit sie bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes beiden Parteien das sofortige Kündigungsrecht gewährleistet, auch die zu IV. Im übrigen sind abweichende Vereinbarungen beliebig zulässig.² So können bei einem auf unbestimmte Zeit begründeten Dienstverhältnis andre Kündigungsfristen als die gesetzlichen (oben zu II) eingeführt werden; nur im Konkurse des Dienstempfängers sind diese vereinbarten Kündigungsfristen, falls sie länger sind als die gesetzlichen, unwirksam (KonkOrdn. 22); daß die vereinbarten Kündigungsfristen für beide

2) RG. 69 S. 365. Abw. Lotmar 1 S. 613.

Parteien gleich lang sein müssen, schreibt das Gesetz nur für gewisse gewerbliche Gehülfen vor (§ 67; RGewOrdn. 133a ff.). Zulässig ist es ferner, daß der Dienstschuldner sich im voraus für die Zeit nach Aufhebung des Dienstverhältnisses zu gewissen Unterlassungen verpflichtet, z. B. dienstliche Geheimnisse nicht zu verraten oder nicht sofort in einen andern Dienst zu treten; nur darf eine derartige Abrede die Freiheit des Dienstschuldners nicht in unsittlicher Weise beschränken.

2. Der Gesinde-Dienstvertrag.¹

§ 146.

I. Der Gesinde-Dienstvertrag ist ein Anstellungsvertrag, der gewöhnliche häusliche oder landwirtschaftliche Dienste zum Gegenstande hat und außerdem voraussetzt, daß der Dienstschuldner bei dem Dienstherrn wohnt. Den Gegensatz bilden namentlich die Dienstverträge der „freien“ häuslichen oder landwirtschaftlichen Arbeiter, die Anstellungsverträge, die auf häusliche oder landwirtschaftliche Dienste höherer Art gehen, endlich die Anstellungsverträge, die auf andre als häusliche oder landwirtschaftliche Arbeit gerichtet sind.

Sonach sind z. B. die Dienstverträge der Wäschfrauen, Gesellschafterinnen und Kellnerinnen keine Gesinde-Dienstverträge.

II. Die Regelung der Gesinde-Dienstverträge ist grundsätzlich den Landesgesetzen überlassen (§ 95). Von den in den östlichen Provinzen Preußens geltenden Vorschriften (preuß. GesOrdn. v. 8. November 1810) sei folgendes erwähnt.

1. Der Gesinde-Dienstvertrag ist nur dann rechtsverbindlich, wenn er schriftlich abgeschlossen ist oder die Herrschaft dem Gesinde ein Draufgeld gegeben hat.

2. Zieht sich ein Diensthote bei Gelegenheit seines Dienstes eine Krankheit zu, so muß die Herrschaft ihm für die ganze Dauer der Krankheit, auch über die Dienstzeit hinaus, Unterhalt gewähren; während der Dienstzeit darf der Lohn des Diensthoten auf den Unterhalt nicht angerechnet werden. Bei anderweitiger Erkrankung des Diensthoten ist die Herrschaft nur während der Dienstzeit und mit dem Recht des Lohnabzuges unterhaltspflichtig. Die erste wie die zweite Regel greift auch dann Platz, wenn der Diensthote seine Erkrankung durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat.

3. Die Herrschaft kann ihre Entschädigungsansprüche wegen Verletzung der dem Diensthoten obliegenden Verpflichtungen gegen dessen Lohnforderung aufrechnen.

4. Die Zeit des Dienstantritts, die Kündigungsgründe und die Kündigungsfristen sind eigentümlich geregelt.

III. Der Landesgesetzgebung sind aber bei der Regelung des Gesinde-Dienstvertrages gewisse Schranken gesetzt. Insbesondere ist bestimmt (§ 95),

1) Poselt-Lindenberg, preuß. Gesinderecht (86); Kähler, Gesinderecht (96).

1. daß der Herrschaft ein Züchtigungsrecht gegenüber dem Gesinde nicht zugestanden werden darf;

2. daß die Fürsorgepflicht der Herrschaft für die Person des Dienstboten nicht unter das von dem Reichs-Dienstrecht aufgestellte Maß herabgesetzt werden darf;

3. daß Dienstboten den Dienst spätestens nach fünf Jahren mit sechsmonatiger Frist aufzukündigen befugt sind.

IX. Der Werkvertrag.¹

1. Der gewöhnliche Werkvertrag.

a) Begriff. Abschluß des Vertrages.

§ 147.

I. 1. Beim Werkvertrage (locatio conductio operis) verpflichtet sich die eine der Parteien, der Unternehmer, zur Herstellung eines Werks, während die andre Partei, der Besteller, die Leistung einer Vergütung verspricht (631).

2. a) Der Werkvertrag ist dem Dienstvertrage verwandt; denn beide Verträge beziehen sich auf eine Arbeitsleistung gegen Entgelt, der Werkvertrag auf die des Unternehmers, der Dienstvertrag auf die des Dienstschuldners. Sie unterscheiden sich aber namentlich durch folgendes Merkmal: der Werkvertrag geht auf den Erfolg der vom Unternehmer versprochenen Arbeitsleistung, das „Werk“; der Dienstvertrag geht dagegen auf die von dem Dienstschuldner versprochene Arbeitsleistung als solche.

Beispiele. I. Es ist ein Werkvertrag, wenn jemand mit einem Kutscher ausmacht, daß dieser ihn in längstens zehn Minuten bis zum Bahnhof schaffen müsse, während es ein Dienstvertrag ist, wenn jemand einen Kutscher zu einer halbstündigen Spaziersfahrt dingt. II. Es ist ein Werkvertrag, wenn eine Dame sich bei einer Schneiderin in deren „Atelier“ ein Kleid anfertigen läßt, während es ein Dienstvertrag ist, wenn sie die Schneiderin auf ein paar Tage zur Schneiderarbeit in ihr eignes Haus bestellt. III. Es ist ein Werkvertrag, wenn ein Theaterdirektor für irgendein Fest gegen Entgelt die Aufführung eines Lustspiels verspricht, während die Verträge, die jener Direktor behufs Ausführung seines Versprechens mit Schauspielern abschließt, Dienstverträge sind; denn im Vordergrunde der Vereinbarung steht dort, daß der Direktor sein Lustspiel zustande bringt („Erfolg der Arbeitsleistung!“), hier, daß jeder Schauspieler nach Maßgabe seiner Rolle dem Direktor hilft („Arbeitsleistung als solche!“). Denkbar ist aber auch, daß die Parteien in dem eben genannten Fall ein andres vereinbaren: ein kränklicher Schauspieler bietet etwa dem Direktor seine Mitwirkung bei der Festlichkeit an und erklärt, als dieser Bedenken äußert, daß er seine Rolle sicher durchführen, schlimmstenfalls aber für einen Ersatzmann sorgen werde; er sagt also in diesem Fall einen bestimmten Erfolg seiner Arbeitsleistung zu.

b) Die soeben gegebene Bestimmung des Unterschiedes von Werk- und

1) Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag (99); Kiezler, Werkvertrag (00); siehe auch die bei § 143¹ genannte Literatur.

Dienstvertrag ist ziemlich subtil und deshalb manchen Mißverständnissen ausgesetzt. Zwei dieser Mißverständnisse liegen so nahe, daß sie einer ausdrücklichen Zurückweisung bedürfen.

α) Es liegt nahe, den Unterschied zwischen Werk- und Dienstvertrag dahin zu formulieren, daß der Werkunternehmer für den Erfolg der von ihm übernommenen Arbeit unbedingt einzustehen habe, während der Dienstschuldner sich um den Erfolg seiner Arbeit gar nicht zu kümmern brauche. Doch wäre dies eine Übertreibung, sowohl was den Werk-, wie was den Dienstvertrag betrifft. Denn der Werkunternehmer hat den Erfolg seiner Arbeit zwar versprochen, aber nicht gewährleistet; er wird also allgemeiner Regel gemäß von seiner Verpflichtung befreit, wenn er durch Umstände, die er nicht zu vertreten braucht, an der Erfüllung seines Versprechens verhindert ist (275); demnach ist es unrichtig, zu sagen, daß er für den Erfolg seiner Arbeit unbedingt einzustehen habe. Umgekehrt hat der Dienstschuldner zwar nicht den Erfolg seiner Arbeit, aber doch eine angemessene, sorgfältige Arbeit versprochen; er muß also, wenn er bereits bei Abschluß des Dienstvertrages oder infolge einer nachträglichen, dem Dienstvertrage entsprechenden Anweisung des Dienstempfängers gewußt hat oder hätte wissen müssen, welchen Erfolg der Dienstempfänger von seiner Arbeit erwartete, seine Arbeit dieser Erwartung anzupassen suchen; demnach ist es unrichtig zu sagen, daß er sich um den Erfolg seiner Arbeit gar nicht zu kümmern brauche.

Beispiele. Eine Schneiderin zerschneidet den von der Bestellerin gelieferten Stoff behufs Anfertigung eines Kleides; nachher stellt sich heraus, daß der Stoff für das Kleid nicht ausreicht, aber auch anderweit, zerschnitten wie er ist, nicht verwendet werden kann. Ob hier die Schneiderin auf Schadensersatz haftet oder nicht, hängt davon ab, ob es nach den Umständen des Einzelfalles zu ihren Obliegenheiten gehörte, sich vor Beginn der Schneiderei davon zu überzeugen, daß der Stoff für das Kleid ausreichte: wird diese Vorfrage bejaht, so ist die Schneiderin haftbar; wird diese Vorfrage verneint, so ist die Schneiderin haftfrei. Dagegen kommt es darauf, ob ein Werk- oder ein Dienstvertrag vorliegt, nicht unbedingt an; denn jene Frage kann sowohl beim Werk- wie beim Dienstvertrage bejaht und sie kann sowohl beim Werk- wie beim Dienstvertrage verneint werden. Immerhin wird man zugeben können, daß man sich zur Bejahung der Frage beim Werkvertrage leichter entschließen wird als beim Dienstvertrage. Denn es ist selbstverständlich, daß bei übrigens gleichen Umständen der Werkunternehmer strengere Pflichten hat als der Dienstschuldner.

β) Es liegt nahe, den Unterschied von Werk- und Dienstvertrag dahin zu formulieren, daß der Werkunternehmer die ihm versprochene Vergütung nur dann beanspruchen könne, wenn seine Arbeit erfolgreich ist, während der Dienstschuldner die Vergütung auch bei Erfolglosigkeit seiner Arbeit zu verlangen befugt sei. Doch liegt auch hierin eine Übertreibung. Denn diese verschiedene Behandlung der dem Werkunternehmer und dem Dienstschuldner gebührenden Vergütung gilt nur regelmäßig, aber nicht ausnahmslos, kann also unmöglich das Wesen des Unterschiedes zwischen Werk- und Dienstvertrag ausmachen: ein Vertrag kann Werkvertrag sein, obschon dem Unternehmer auch bei erfolgloser Arbeit wenigstens ein Teil der vertragsmäßig ausbedungenen Vergütung

gewährt, ein Vertrag kann Dienstvertrag sein, obschon dem Dienstschuldner bei erfolgloser Arbeit die Vergütung ganz versagt wird.

Beispiele. I. Der Maler A. hat die Anfertigung eines Porträts des B. gegen eine Anzahlung von einem Viertel des Honorars unter der Vereinbarung übernommen, daß er das Bild, wenn es mißlingt, vernichten dürfe, ohne deshalb jene Anzahlung zurückerstatten zu müssen: Werkvertrag. II. Der Arbeiter C. ist als Akkordarbeiter bei dem Fabrikanten D. in der Art beschäftigt, daß er für ihn Garn zu weben und für jedes fehlerfreie Webstück von gewisser Größe 80 Pfennig, demnach, wenn ihm kein fehlerfreies Webstück gelingt, gar nichts erhalten solle: Dienstvertrag.

c) Die Unterscheidung von Werk- und Dienstvertrag ist trotz ihrer Subtilität praktisch von größter Bedeutung. Besonders hervorgehoben sei, daß zwar nicht der Dienstschuldner zur Leistung der versprochenen Dienste, wohl aber der Unternehmer zur Ausführung des versprochenen Werks durch Zwangsvollstreckung angehalten werden darf und daß zwar der Dienstschuldner, nicht aber der Werkunternehmer seine Arbeitspflicht aus jedem wichtigen Grunde durch Kündigung abschütteln kann.

3. Der Werkvertrag hat eine nahe Verwandtschaft auch mit dem Kauf, da ja der Kauf gerade wie der Werkvertrag auf die Lieferung eines von dem Lieferungsschuldner erst herzustellenden Gegenstandes gerichtet sein kann. Beide unterscheiden sich aber dadurch, daß beim Werkvertrage die Herstellung, beim Kauf die Lieferung des Gegenstandes im Vordergrund steht. Übrigens wird die praktische Bedeutung des Unterschiedes von Werkvertrag und Kauf dadurch etwas abgeschwächt, daß auf gewisse Arten der Werkverträge — wir nennen sie Kauf-Werkverträge — ein Teil der kaufrechtlichen Regeln oder gar sämtliche kaufrechtliche Regeln unverändert übertragen sind; doch soll hiervon erst in einem späteren Paragraphen näher die Rede sein.

Beispiel. A. bestellt bei B. einen in dessen Laden befindlichen originell gearbeiteten Bücherschrank mit der Anweisung, einige Änderungen daran vorzunehmen. Dies ist Kauf, nicht Werkvertrag, es sei denn, daß die Änderungen sehr erheblich sind.

II. 1. Gegenstand der Werkverträge sind „Werke“ aller Art, also sowohl körperliche als auch unkörperliche.

Beispiele. Als Gegenstand eines Werkvertrages kann vorkommen der Bau eines Hauses, das Vorschuh von Stiefeln, die Amputation eines Beins, die Lieferung von Wissen für eine Zeitschrift, die Entdeckung der Urheber eines Mordes usw.

2. Wie die Dienstverträge können auch die Werkverträge auf eine Geschäftsbeforgung für den Besteller gehen (s. oben S. 594).

Beispiele. I. Es liegt ein auf eine Geschäftsbeforgung gerichteter Werkvertrag vor, wenn jemand sich aus einem von ihm selbst gelieferten Stoff beim Schneider einen Anzug machen läßt oder einem Schiffsmann die Rettung seines ins Wasser gefallenem Söhnchens aufträgt. II. Dagegen liegt ein Werkvertrag anderer Art vor, wenn jemand sich beim Schneider aus einem von diesem zu liefernden Stoff einen Anzug machen läßt oder einem Journalisten die Abfassung einer Denkschrift über die Verderblichkeit der Sozialdemokratie aufträgt.

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, bietet die Bestimmung des Begriffs Geschäftsbeforgung beim Werkvertrage die nämlichen Schwierigkeiten wie beim Dienstvertrage. Sie ist denn auch bei beiden Verträgen mit gleicher Sinnigkeit umstritten.

III. Für die vom Besteller dem Unternehmer zu gewährende Vergütung gelten die gleichen Regeln wie beim Dienstvertrage; doch ist es ungebrauchlich, daß die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen wird (§. 632).

IV. Der Abschluß des Werkvertrages geschieht gleichfalls nach den für den Dienstvertrag geltenden Regeln (§. 663, 675).

b) Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Besteller.

§ 148.

I. 1. Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.

2. a) Daraus folgt, daß der Unternehmer, wenn er das versprochene Werk nicht herstellt, auch die versprochene Vergütung nicht erhält, mag er sich um die Herstellung noch so sehr bemüht haben und die Erfolglosigkeit seiner Bemühungen auf Umständen beruht, die er nicht zu vertreten braucht: denn er hat ja nicht bloß, wie ein Dienstschuldner, Arbeit, sondern Arbeitserfolg versprochen und hat deshalb auch seinen Lohn erst dann verdient, wenn der Arbeitserfolg erreicht, d. h. das bedungene Werk fertig hergestellt ist. Demnach liegt die „Gefahr“ der Herstellung des Werks beim Unternehmer.¹ Ja mehr als das: selbst dadurch, daß das Werk glücklich hergestellt ist, geht seine Gefahr noch nicht auf den Besteller über, sondern erst dadurch, daß das Werk vom Besteller „abgenommen“ wird (§ 644 I Satz 1). Und zwar gilt das Werk als abgenommen dann, wenn es vom Unternehmer abgeliefert und vom Besteller als Erfüllung des Vertrages vorbehaltlos angenommen ist; doch ist diese Bestimmung des Begriffs der Abnahme sehr umstritten.

Beispiele. I. A. hat bei dem Bildhauer B. ein marmornes Grabdenkmal für ein Honorar von 10000 Mk. bestellt; B. hat das Werk fast vollendet, auch hat A. es schon wiederholt besichtigt und seine Freude darüber ausgesprochen; da wird es durch einen entlassenen Diener des A. aus Rachsucht gegen seinen vormaligen Herrn mutwillig zerstört. Hier hat B. nicht den geringsten Honoraranspruch, und auch seine Auslagen für den Marmor, die 3000 Mk. betragen, werden ihm nicht ersetzt. II. C. hat dem D. eine Maschine für dessen Fabrik zu liefern, und zwar so, daß als Erfüllungsort die Fabrik des D. gilt; er schafft denn auch die Maschine, in eine Kiste verpackt, am späten Abend eines Montags in D.'s Fabrik; D. nimmt die Kiste vorbehaltlos an, verschiebt aber das Auspacken ordnungsmäßig bis zum nächsten Morgen; in der Nacht wird die Kiste durch Feuer zerstört. Hier trägt D. die Gefahr, wenn die Lieferung der Maschine auf Grund eines Kaufs geschehen ist; denn die Maschine ist ja am Montag Abend „übergeben“ worden. Dagegen liegt die Gefahr bei C., wenn die Lieferung auf Grund eines Werkvertrages erfolgt ist; denn D. hat die Maschine dadurch, daß er sie in der Kiste versteckt entgegennahm, noch nicht „als Erfüllung des Vertrages“ angenommen (§. oben S. 416 V), also noch nicht „abgenommen“, die Abnahme vielmehr rechtmäßig bis zum Dienstag verschoben.

Anderß als wir fassen den Begriff der Abnahme z. B. Jacobi und Crome:² jener identifiziert die Abnahme mit der Annahme der Übergabe; dieser will als Abnahme nur

1) Dochnahl, Jahrb. f. Dogm. 48 S. 241.

2) Jacobi, Jahrb. f. Dogm. 45 S. 280; Crome § 266, 1.

eine Annahme gelten lassen, die eine positive Billigung der Lieferung enthält. Dagegen stimmt unsere Auffassung mit der von Pland-André, Örtmann u. a. vertretenen Lehre überein.³

b) Die Regel zu a erleidet aber mancherlei Ausnahmen.

α) Wenn der Besteller bei der Herstellung des Werks dadurch mitwirkt, daß er dem Unternehmer den für das Werk erforderlichen Stoff liefert oder ihm Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilt, und das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffs oder infolge der von ihm erteilten Anweisungen untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, so kann der Unternehmer einen der bereits geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der vollen in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen; der Besteller hat also in diesem Fall schon vor der Abnahme die Gefahr des Werks wenigstens zu einem Teil zu tragen (645 I Satz 1).

Beispiel. U. verwendet bei einem Bau, den er für B. ausführt, eine neu erfundene, vielfach schon mit großem Erfolge benutzte Art Beton; aus unbekanntem Gründen erweist sich aber bei dem Bau B. dieser Beton als ungeeignet, ohne daß deshalb, eben weil es sich um eine neue Erfindung handelt, irgend jemandem ein Vorwurf gemacht werden kann; der Bau muß deshalb abgebrochen werden und wird später von einem andern Baumeister ausgeführt. Hier kann U. für die von ihm vergeblich geleistete Arbeit nur dann eine Vergütung fordern, wenn er jenen ungeeigneten Beton gerade auf B.'s Anweisung verwendet hat; ob U. sich mit der Anweisung B.'s ausdrücklich und ohne Vorbehalt einverstanden erklärt hat, ändert an dieser Entscheidung nichts.

β) Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem andern Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr des Werks, ähnlich wie beim Kauf, bereits mit der Absendung auf den Besteller über (644 II).

Beispiel. Wäre in dem oben S. 613a genannten Fall als Erfüllungsort die Maschinenfabrik des C. bestimmt gewesen, so würde die Gefahr des Werks schon mit der Absendung auf D. übergegangen sein, gleichgültig ob die Lieferung auf Grund eines Kaufs oder eines Werkvertrages erfolgt ist.

γ) Gerät der Besteller mit der Annahme des Werks in Verzug, so geht die Gefahr des Werks sofort mit Beginn des Verzuges auf den Besteller über (644 I). Das gleiche wird gelten, wenn der Besteller das Werk angenommen hat, aber nachträglich in Abnahmeverzug gerät.

δ) Ist nach der Beschaffenheit des Werks eine Abnahme ausgeschlossen, so geht die Gefahr des Werks sofort mit der Vollendung auf den Besteller über (646).

Beispiel. U. hat für B. in dessen Hause ein Zimmer tapeziert und ist mit der Arbeit erst am späten Abend fertig geworden, so daß B. die Güte der Arbeit nicht mehr prüfen konnte; in der Nacht darauf brennt das Haus ab. Hier kann U. trotzdem Bezahlung fordern, obgleich B. seine Arbeit noch nicht abgenommen hatte. Denn eine Tapezierarbeit kann nicht „abgeliefert“ werden; sie ist also, wenn unsere Bestimmung des Begriffs „Abnahme“ richtig ist, nicht abnahmefähig; ihre Gefahr geht also auf den Besteller schon mit der Vollendung des Werks über.

³) Pland-André Anm. 1c zu § 640; Örtmann Anm. 2 zu § 640. Anders unsere 4. Aufl. S. 538.

Selbstverständlich ist auch der Begriff Abnahmefähigkeit hoffnungslos umstritten. Wäre die Theorie richtig, daß Abnahme eine billigende Annahme des Werks bedeutete (oben S. 613²) so würde es Werke, die nicht abnahmefähig sind, überhaupt nicht geben.

3. Die Regel, daß bei gegenseitigen Verträgen die Leistungen beider Parteien Zug um Zug auszuführen sind, läßt sich beim Werkvertrage nur für abnahmefähige Werke durchführen; siehe unten zu III, 1.

II. 1. a) Der Unternehmer muß das Werk rechtzeitig herstellen und liefern. Daß er die Herstellung persönlich besorgen müsse, ist, abweichend von der beim Dienstvertrage geltenden Regel, nicht bestimmt; er kann also nach Maßgabe der Verkehrssitte nicht bloß bei der Arbeit Gehülfe zuziehen, sondern sogar die Arbeit auf dritte Personen als seine Vertreter übertragen (Entreprisevertrag). Andererseits ist aber auch nicht, wie beim Dienstvertrage, bestimmt, daß er seine Leistungen bloß dem Besteller persönlich zu machen brauche; letzterer kann also sein Anrecht auf das Werk sehr wohl an einen Dritten abtreten.

Wenn der Unternehmer das Werk ganz oder teilweise einem Dritten als seinem „Vertreter“ überträgt, so kann dies einen verschiedenen Sinn haben.⁴ I. Es kann bedeuten, daß der Dritte in ein unmittelbares Rechtsverhältnis zum Besteller treten, also ihm persönlich haftbar und dafür auch persönlich nach Maßgabe seiner eignen, besondern Verhältnisse lohnberechtigt sein solle. Alsdann steht der ursprüngliche Werkunternehmer für ein Verschulden des Dritten nur ein, wenn auch ihm selber ein Verschulden (etwa bei der Auswahl des Dritten) zur Last fällt. II. Es kann bedeuten, daß der Dritte nur zu dem ursprünglichen Werkunternehmer in ein unmittelbares Rechtsverhältnis tritt, also nur ihm und nicht dem Besteller haftbar ist und auch seine Lohnansprüche nur gegen ihn und nicht gegen den Besteller richten darf. Alsdann steht der ursprüngliche Werkunternehmer für ein Verschulden des Dritten unbedingt ein (278).

„Verfehlt“ ist es, wenn Crome⁵ in diesem Zusammenhang auch den Fall erwähnt, daß ein Arzt, der eine Operation unternommen hat, im Fall seiner Behinderung einen Kollegen schickt. Denn hierzu ist der erstere Arzt durchaus nicht berechtigt; der Kranke kann vielmehr den Kollegen ohne Grundangabe ablehnen. Vielmehr liegt auf seiten des ersteren Arztes Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

Günstiger als die soeben aufgestellten Regeln sind für den Unternehmer die Vorschriften von BGB. 664 (Auftrag) und 691 (Verwahrungsvertrag); denn sie behnen die milde Haftung des Unternehmers, die wir nur für Fall I anerkennen, auch auf Fall II aus. Doch darf aus diesen Vorschriften ein Rückschluß auf den Werkvertrag um so weniger gezogen werden, als bei der Regelung der auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Werkverträge in BGB. 675 unter den vielen zugleich für Auftrag und Werkvertrag geltenden Gesetzesparagrafen BGB. 664 nicht mit genannt ist.

b) Der Unternehmer haftet ferner wie ein Verkäufer dafür, daß das Werk nicht mit Rechten Dritter belastet ist (445, 434).

c) Er steht endlich wie ein Verkäufer dafür ein, daß das Werk frei von Fehlern ist, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werks zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, und daß es außerdem die von ihm positiv zugesicherten Eigenschaften besitzt (633).

4) Vgl. einerseits Crome 2 S. 676¹¹, andererseits Niezler, Werkvertrag (03) S. 108.

5) Crome 2 S. 676¹¹.

d) Bei den auf eine Geschäftsbeforgung gerichteten Werkverträgen hat der Unternehmer die drei besondern Verpflichtungen, die dem Dienstschuldner bei gleichartigen Dienstverträgen obliegen, ebenfalls, also namentlich die Pflicht, sich streng an die Anweisungen des Bestellers zu halten (675, 665—668).

e) Bei nicht abnahmefähigen Werken muß er dem Besteller von dem Abschluß des Werks Nachricht geben: erst mit dieser Nachricht kann das Werk als vollendet gelten. Im Gesetz ist dies nicht bestimmt, ist aber z. B. wegen des Beginns der kurzen Verjährung (638, 646) selbstverständlich.

2. Dadurch, daß der Besteller nach Vollendung des Werks in Annahmeverzug gerät, wird der Unternehmer von seinen Verpflichtungen nicht befreit, muß vielmehr das Werk zur Verfügung des Bestellers halten oder nach den allgemeinen Regeln durch Selbsthülfeverkauf veräußern, behält aber dafür auch den Anspruch auf die volle vertragsmäßige Vergütung. Ein Annahmeverzug des Bestellers kann aber auch schon vor Vollendung des Werks vorkommen, namentlich in der Art, daß der Besteller bei Herstellung des Werks mitzuwirken hat, seine Mitwirkung aber schuldhaft oder schuldlos unterläßt. Hier hat der Unternehmer ein zwiefaches Recht.

a) Der Unternehmer kann bei dem Vertrage stehn bleiben und seine Arbeitskraft dem Besteller zur Verfügung halten. Alsdann darf er für die Zeit, während deren der Besteller sich in Verzug befindet, eine angemessene Entschädigung fordern; bei deren Berechnung ist einerseits auf die Dauer des Verzuges und die Höhe der vereinbarten Vergütung zu sehn; andrerseits ist zu berücksichtigen, was der Unternehmer infolge des Verzuges an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder schuldhaft (nicht bloß böswillig!) zu erwerben unterläßt (642).

Daß die dem Werkunternehmer gebührende Entschädigung eine „angemessene“ sein soll, ist leicht zu verstehn. Völlig dunkel ist dagegen, was das Gesetz sich bei den besondern Regeln gedacht hat, die für die Berechnung der Entschädigung bestimmend sein sollen. — Beispiel: A. hat sich soeben als Schneider etabliert; sein erster und zunächst einziger Kunde B. bestellt sich Montags bei ihm einen Überzieher, lieferbar nach Maß binnen 14 Tagen, für 120 Mk.; B. soll am nächsten Mittwoch zur Anprobe kommen, erscheint aber krankheitshalber erst eine Woche später; dadurch wird die Anfertigung des Überziehers um einen Tag verzögert. Hier könnte, wenn man sich wirklich an die vom Gesetz bestimmte Rechnungsmethode halten wollte, A. von B. nicht weniger als 60 Mk. Entschädigung fordern. Denn als „Vergütung“ für A. waren ja 120 Mk. ausbedungen, und B.s Verzug hat während der halben bedungenen Lieferzeit gedauert; daß aber Aufwendungen infolge des Verzuges erspart sind oder A. seine Arbeitskraft anderweit hätte verwenden können, ist kaum anzunehmen.

b) Der Unternehmer kann ferner den Vertrag kündigen. Doch muß er dem Besteller zugleich mit der Kündigung eine Frist zur Nachholung der ihm obliegenden Handlung setzen; erst mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist wird die Kündigung wirksam; bis dahin muß der Besteller eine Entschädigung in der zu a genannten Art zahlen.

3. Erfüllt der Unternehmer die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht, so kommen die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Regeln zur Anwendung. Nur ist das Rücktrittsrecht des Bestellers, ähnlich wie bei der Miete

und dem Dienstvertrage, wesentlich verschärft. Es greift nämlich auch dann Platz, wenn der Unternehmer nicht im Verzuge ist,⁶ sondern an der rechtzeitigen Lieferung des Werks durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand behindert wird, während von einer Schadensersatzpflicht des Unternehmers wegen Verspätung oder Nichterfüllung in diesem Fall nicht die Rede ist; ferner gilt das Rücktrittsrecht auch dann, wenn der Unternehmer nur mit einem Teil des Werks im Rückstande ist, es müßte denn der rückständige Teil geradezu unerheblich sein (636, 634 III). Daß der Besteller, ehe er zurücktritt, dem Unternehmer regelmäßig eine Nachfrist geben muß (636, 634 I, II), stimmt dagegen mit den allgemeinen für sonstige gegenseitige Verträge geltenden Regeln im wesentlichen überein.⁷

4. Ruhen Rechte Dritter auf dem Werk, so kommen die Regeln vom Kauf analog zur Anwendung (445, 434 ff.).

5. Besondere Vorschriften gelten für den Fall, daß der Unternehmer das bestellte Werk zwar liefert, aber nicht in ordnungsmäßiger Beschaffenheit. Diese Vorschriften sind denen des Kaufrechts nachgebildet, aber doch im einzelnen wesentlich von ihnen verschieden, wie folgt:

a) Zunächst wird nicht unterschieden, ob die ordnungswidrige Beschaffenheit des Werks in eigentlichen Fehlern oder im Mangel der vom Unternehmer zugesicherten Eigenschaften besteht: in dem einen wie in dem andern Fall ist die Haftung des Unternehmers gleich geregelt.⁸

b) Der Unternehmer muß ferner auch für solche Mängel aufkommen, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werks bloß unerheblich mindern; doch hat der Besteller ihretwegen kein Wandlungsrecht (633 I, 634 III).⁹

c) Von den Rechten, die dem Käufer einer mangelhaften Sache zukommen, fehlt dem Besteller das Recht auf Umtausch.^{9a} Dagegen stehen ihm wie dem Käufer die Rechte auf Wandlung, Preisminderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung und außerdem ein viertes Recht, das dem Käufer fehlt, das Recht auf Ausbesserung des Werks, zu, vorausgesetzt, daß die Ausbesserung nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert; kommt der Unternehmer mit der Ausbesserung in Verzug, so kann der Besteller sie selbst besorgen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (633 II, III, 634, 635).

d) Von den vier Rechten des Bestellers steht das Recht auf Ausbesserung im Vordergrund.^{9b} Der Besteller muß nämlich dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist zur Ausbesserung mit der Erklärung bestimmen, daß er nach dem Ablauf der Frist die Beseitigung des Mangels ablehne; erst nach fruchtlosem Ablauf der Frist darf er die drei andern Rechte geltend machen, während das Recht auf Ausbesserung nunmehr erloschen ist (634 I). Der Bestimmung

6) RÜ. 52 S. 317.

7) RÜ. 52 S. 316.

8) Abm. RÜ. 66 S. 169.

9) Bgl. RÜ. 66 S. 169.

9a) RÜ. 57 S. 276.

9b) RÜ. 56 S. 82.

einer Ausbesserungsfrist bedarf es nicht, wenn die Ausbesserung unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung der andern Rechte durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt ist (634 II).

Die Frist kann schon bestimmt werden, ehe das Werk abgeliefert ist, vorausgesetzt, daß sich der Mangel schon vorher gezeigt hat, muß aber so bemessen werden, daß sie keinesfalls vor dem Ablieferungstermin abläuft (634 I, II).

e) Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung¹⁰ steht dem Besteller zu, wenn der Mangel des Werks auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat (635). Dadurch wird er günstiger gestellt als der Käufer; denn dieser hat ja, soweit es sich nicht um den Mangel von besonders zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache handelt, einen derartigen Anspruch bloß bei Arglist des Verkäufers; der Unternehmer ist dagegen schon bei geringem Verschulden schadensersatzpflichtig. Andererseits ist er auch ungünstiger gestellt als der Käufer; denn dieser hat, soweit es sich um den Mangel zugesicherter Eigenschaften handelt, einen Anspruch auf Schadensersatz schlechthin: der Verkäufer hat eben für seine Zusicherungen einzustehen; der Unternehmer ist dagegen (eine abweichende Abrede vorbehalten) haftfrei, sobald ihm die Herstellung eines seinen Zusicherungen entsprechenden Werks ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist.

f) Nimmt der Besteller das Werk in Kenntnis der Mängel vorbehaltlos ab, so behält er den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, während ihm die andern Rechte, einschließlich des Rechts auf Ausbesserung des Werks, verloren gehen (640 II).

Doch bleibt sein Schadensersatzanspruch nur in den Fällen erhalten, in denen er dem Unternehmer keine Nachfrist zur Ausbesserung zu setzen braucht; das ergibt sich daraus, daß in allen andern Fällen der Schadensersatzanspruch nur als Ergänzung des Ausbesserungsanspruchs dient und deshalb zugleich mit diesem verwirkt wird. — Bei nicht abnahmefähigen Werken ist die Regel zu f nicht einmal analog anwendbar. Der Besteller kann also die Bemänglung solcher Werke bis zum letzten Tage der Verjährungsfrist verschieben!

g) Die kurze Verjährung gilt auch für den Ausbesserungsanspruch.¹¹ Die Frist beträgt regelmäßig sechs Monate, bei Arbeiten an Grundstücken ein Jahr, bei Bauwerken^{11a} fünf Jahre; sie beginnt mit der Abnahme, bei nicht abnahmefähigen Werken mit der Vollendung des Werks; wird die Verjährung bloß wegen eines der dem Besteller zustehenden Ansprüche unterbrochen, so wirkt dies auch für die andern Ansprüche. Unterzieht sich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Ausbesserung des Werks, so ist die Verjährung so lange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Ausbesserung verweigert (639 II).

10) Siehe RG. 66 S. 174.

11) Siehe RG. 62 S. 121, 64 S. 41, 66 S. 16, 71 S. 175.

11a) RG. 56 S. 43, 57 S. 380.

Das Reichsgericht will die kurze Verjährung gegen einen Schadenersatzanspruch des Bestellers ausschließen, wenn der Anspruch sich nicht auf einen „Mangel des gelieferten Werks“, sondern auf „eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werks begangene Vertragsverletzung“ stütze; ein Beispiel solle der Fall sein, daß ein Fahrgast (= Besteller) bei einem von einer Straßenbahn (= Unternehmer) ausgeführten Transport durch Verschulden der Bahnbeamten verunglücke; denn hier habe die Bahn ihre Hauptverpflichtung, den Gast an sein Reiseziel zu transportieren, mangelfrei ausgeführt und nur die Nebenverpflichtung, während des Transports für die Sicherheit ihrer Gäste zu sorgen, unerfüllt gelassen.¹² Das ist natürlich eitel Scholastik. Mit demselben Recht könnte auch von einem Koch, der seinen Kunden ein ungenießbares Essen vorsetzt, behauptet werden, er habe seine Hauptverpflichtung, die Lieferung des Essens, mangelfrei erfüllt und nur die Nebenverpflichtung, das Essen genießbar zu machen, unerfüllt gelassen. Und wie sonderbar ist es, daß die Schadenersatzansprüche, wenn sie sich auf die Verletzung einer Hauptverpflichtung gründen, schneller verjähren sollen, als wenn sie sich auf die Verletzung einer Nebenverpflichtung stützen.

6. Die den Verpflichtungen des Unternehmers gegenüberstehenden Ansprüche des Bestellers sind an und für sich rein persönlicher Art. Doch können auch dingliche Rechte mit ihnen verbunden sein, namentlich wenn der Besteller dem Unternehmer den Stoff zu dem Werk liefert, wenn der Unternehmer auf dem Grund und Boden des Bestellers zu bauen hat usw.

7. Die Verpflichtungen des Unternehmers können vertragsmäßig verschärft und gemildert werden. So kann der Unternehmer die unbedingte Gewähr für glückliche Vollendung des Werks übernehmen. Ferner kann vereinbart werden, daß der Besteller nach Abnahme des Werks nur solche Mängel rügen darf, die bei ordnungsmäßiger Untersuchung unerkennbar waren usw.

8. Anders als ein Dienstschuldner kann der Unternehmer zur Erfüllung aller seiner Pflichten erforderlichenfalls durch Zwangsvollstreckung angehalten werden (s. ZPO. 888).

III. 1. Die erste und allgemeinste Verpflichtung des Bestellers geht auf die Entrichtung der vertragsmäßigen Vergütung. Sie ist bei der Abnahme des Werks Zug um Zug zu erfüllen; bei nicht abnahmefähigen Werken ist sie gleich nach Vollendung des Werks zu entrichten: eine Leistung Zug um Zug ist hier nicht möglich (641 I Satz 1, 646).

Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile getrennt bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten. — Eine Geldvergütung ist von der Abnahme, bei nicht abnahmefähigen Werken von der Vollendung des Werks an zu verzinsen, sofern sie nicht gestundet ist (641 I Satz 2, II, 646).

2. a) Bei den auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Werkverträgen muß der Besteller dem Unternehmer außer der Vergütung auch die Auslagen erstatten, und zwar vorschußweise, ebenso wie bei gleichartigen Dienstverträgen (669, 670, 675). Von dieser Verpflichtung wird er dadurch, daß das Zustandekommen oder die Ablieferung des Werks durch einen vom Unternehmer nicht zu vertretenden Umstand verhindert wird, nicht befreit: der Unternehmer trägt also die Gefahr des Werks nur insoweit, als sein Anspruch auf Ver-

12) RG. 62 S. 119, 64 S. 41, 66 S. 16.

gütung, nicht aber insoweit, als sein Anspruch auf Auslagenerstattung in Frage ist.

Beispiel. A. will ein Buch im Selbstverlage erscheinen lassen und übergibt die Herstellung der Auflage dem B.; nach Fertigstellung, aber vor Ablieferung geht die Auflage zufällig unter. I. Hier ist, wenn B. die Herstellung für einen Bauschbetrag übernommen, der Werkvertrag nicht auf eine Geschäftsbesorgung für A. gerichtet; B. hätte also, wenn das Unglück nicht eingetreten wäre, nur Vergütung, nicht Auslagenerstattung fordern können; nun das Unglück gekommen ist, kann er gar nichts verlangen. II. Hatte B. die Drucklegung für Rechnung des A. zu besorgen, so ist der Werkvertrag auf eine Geschäftsbesorgung für A. gerichtet; B. hätte also ohne das Unglück seine Vergütung und außerdem Erstattung der Auslagen fordern können; nunmehr kann er zwar nicht erstere, wohl aber letztere verlangen.

b) Sehr häufig fordert der Besteller bei Werkverträgen, die auf eine Geschäftsbesorgung gehen, vom Unternehmer ein Gutachten über die voraussichtlichen Kosten ein. Dies Gutachten — Kostenanschlag — ist für den Unternehmer nicht schlechthin verbindlich: so gut, wie er, wenn seine Auslagen hinter dem Anschlage zurückbleiben, nur den wirklich verauslagten Minderbetrag liquidieren darf, so gut kann er, wenn seine Auslagen den Anschlag überschreiten, auch den Mehrbetrag in Rechnung stellen. Dennoch ist der Anschlag keineswegs ohne rechtliche Bedeutung. Vielmehr ist der Unternehmer, wenn er bei Anfertigung des Anschlages fahrlässig gehandelt hat oder wenn er es veräumt, eine zu erwartende Überschreitung des Anschlages dem Besteller unverzüglich anzuzeigen (§. 650 II), schadensersatzpflichtig. Außerdem braucht der Besteller, wenn die Überschreitung wesentlicher Art ist und er aus diesem Grunde den Werkvertrag kündigt, dem Unternehmer nur Ersatz für die bis zur Kündigung entstandenen Auslagen, sowie — nach Verhältnis der zur Zeit der Kündigung bereits geleisteten Arbeit — einen Bruchteil der vertragsmäßigen Vergütung zu gewähren (§. 650 I).

Eine Ausnahme von letzterer Regel gilt, wenn die Überschreitung des Anschlages durch neue Anweisungen des Bestellers veranlaßt ist. Doch wird der Unternehmer den nicht sachverständigen Besteller auf die zu erwartende Überschreitung des Anschlages auch in diesem Fall aufmerksam machen müssen.

Der Kostenanschlag kann übrigens auch eine andre Bedeutung als die eines bloßen Kostengutachtens haben. Er kann z. B. die Kosten nach oben und nach unten hin rechtsverbindlich festsetzen, so daß der Besteller, gleichgültig, ob die wirklichen Auslagen des Unternehmers höher oder geringer sind, in jedem Fall den Anschlagspreis zahlen muß.

3. Ist das Werk abnahmefähig, so erwächst dem Besteller eine dritte Pflicht: er muß das Werk, sobald es vertragsmäßig vollendet ist, abnehmen, gerade wie der Käufer die vertragsmäßige Kaufsache abzunehmen verpflichtet ist (§. 640 I).

4. Sonstige Pflichten liegen dem Besteller nicht ob. Insbesondere ist er, wenn er bei der Herstellung des Werks mitzuwirken hat, zu dieser Mitwirkung nicht eigentlich verpflichtet: der Unternehmer kann demgemäß die Vollziehung der dem Besteller obliegenden Handlungen nicht im Prozeßwege erzwingen, sondern ist, wenn der Besteller in Verzug kommt, auf den Entschädigungs-

anspruch und das Kündigungsrecht, von dem bereits früher die Rede war, beschränkt. Ferner hat der Besteller keine Pflicht der Fürsorge für die Person des Unternehmers: Werkvertrag und Dienstvertrag gehen in dieser Beziehung weit auseinander.

Beispiel. Die bei Frau A. beschäftigte Näherin B. erkrankt schwer, weil das ihr zugewiesene Arbeitszimmer trotz herbstlicher Kälte nicht geheizt war; sie hat aus Angst vor Frau A. nicht gewagt, um Heizung zu bitten. Hier ist Frau A. haftpflichtig, wenn sie die B. zur Näharbeit durch Dienstvertrag bestellt hatte; denn dann hätte sie sich ungebeten um die Heizung kümmern müssen. Sie ist haftfrei, wenn sie der B. die Anfertigung eines bestimmten Gesellschaftskleides durch Werkvertrag aufgegeben hatte; denn dann mußte die B. selber für sich sorgen, also ihrerseits auf der Heizung des Zimmers bestehen!

5. Verlezt der Besteller die ihm obliegenden Verpflichtungen, so greifen lediglich die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Regeln Platz. Der Unternehmer hat also das gewöhnliche, nicht (wie im umgekehrten Fall der Besteller, wie die beiden Parteien beim Dienstvertrage usw.) ein verschärftes Rücktrittsrecht. Ja, wenn es sich um die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache aus einem vom Unternehmer zu liefernden Stoff handelt, hat der Unternehmer wegen Nichtbezahlung der bedungenen Vergütung überhaupt kein Rücktrittsrecht, sobald er das Werk abgeliefert und die Vergütung gestundet hat (651, 454).

6. Die den Verpflichtungen des Bestellers gegenüberstehenden Rechte des Unternehmers sind zunächst rein persönlicher Art. Doch steht dem Unternehmer außerdem ein gesetzliches Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers und bei Bauwerken ein Recht auf Einräumung einer Sicherungshypothek zu (647, 648). Hiervon wird später im Pfandrecht eingehender zu handeln sein.

7. Die Pflichten des Bestellers können vertragsmäßig verschärft oder gemildert werden. Insbesondere kann der Besteller sich abweichend von der Regel zu 4 rechtsverbindlich zur Mitwirkung bei der Herstellung des Werks verpflichten.

c) Aufhebung des Werkvertrages.

§ 149.

I. Durch bloßen Zeitablauf wird der Werkvertrag nur ausnahmsweise aufgehoben, nämlich nur, wenn für die Herstellung des Werks ein Termin als schlechthin wesentlich festgesetzt worden ist.

Beispiel. A. hat es übernommen, dem Theaterdirektor B. für die Dauer der Winterfaison täglich die Theaterzettel zu liefern.

II. Viel wichtiger ist die Aufhebung des Werkvertrages durch Kündigung.

1. Der Besteller ist so lange, als das Werk noch unvollendet ist, zur Kün-

digung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, nach freier Willkür; doch bringt die Kündigung ihm nur geringen Vorteil: denn er muß nach wie vor die volle vereinbarte Vergütung entrichten und darf bloß abziehen, was der Unternehmer infolge der Aufhebung des Vertrages erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (649).

2. Der Unternehmer hat nur dann ein Kündigungsrecht, wenn der Besteller die ihm obliegende Mitwirkung bei Herstellung des Werks veräußert (s. oben S. 616, 2). Davon, daß er, wie ein Dienstschuldner, den Vertrag aus jedem wichtigen Grunde kündigen dürfte, ist keine Rede.

III. Über das Rücktrittsrecht des Bestellers und Unternehmers s. oben § 148 II, 3, III 2 b, 5.

IV. 1. Der Tod des Unternehmers hebt den Werkvertrag auf, wenn das Werk eine höchstpersönliche Leistung seinerseits oder wenn das Werk eine Geschäftsbeforgung ist (673, 675).

2. Der Tod des Bestellers hat aufhebende Wirkung¹ nur, wenn das Werk lediglich für seine Person bestimmt ist, und erst von dem Augenblick ab, in dem der Unternehmer ihn erfährt.

Beispiel. A. hat sich beim Zahnarzt B. ein Gebiß bestellt, stirbt aber unmittelbar darauf. Hier brauchen die Erben A.s den Werkvertrag nicht erst zu kündigen, sondern der Vertrag endigt von selbst, sobald B. hört, daß A. gestorben ist.

Wird der Werkvertrag durch den Tod des Bestellers aufgehoben, so treten dieselben Wirkungen wie im Fall einer Kündigung des Bestellers ein (s. oben zu II, 1).

V. Selbstverständlich wird der Werkvertrag auch dann aufgehoben, wenn die Herstellung des Werks anderweit unmöglich wird.

VI. Ein auf eine Geschäftsbeforgung gerichteter Werkvertrag kann noch einige Zeit nach seiner Aufhebung eine gewisse Nachwirkung ausüben; die oben für den gleichartigen Dienstvertrag entwickelten Regeln gelten entsprechend (s. oben S. 608).

VII. Die Regeln zu I—VI können vertragsmäßig abgeändert werden. Insbesondere kann der Besteller auf sein freies Kündigungsrecht verzichten. Ebenso kann er umgekehrt ausmachen, daß er im Fall der Kündigung nicht die volle Vergütung, sondern nur ein Reugeld zu zahlen habe.

2. Der Kauf-Werkvertrag.¹

§ 149 a.

I. Ein Kauf-Werkvertrag — auch Lieferungs- oder Werklieferungsvertrag genannt — ist ein Werkvertrag, der teilweise oder ganz

1) Abw. Örtmann Ann. 7 zu § 649.

1) Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag (99); Genle, Grenzbestimmung zwischen Kauf und Werkvertrag (02); Wittich bei Gruchot 49 S. 276.

nach Kaufrecht behandelt wird. Er liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (651).

1. Das herzustellende Werk muß eine selbständige Sache sein.

Beispiele. Verträge gehören nicht hierher, die auf die Herstellung eines unkörperlichen Werks gehen, wie die Transportverträge; ebensowenig Verträge, bei denen der Unternehmer nur einen Sachbestandteil herzustellen, also etwa, auf einem Grundstück des Bestellers ein Haus aufzuführen hat.

2. Der Unternehmer muß die Sache hauptsächlich aus Stoffen herstellen, die er selber liefert, sei es für eigene Rechnung, sei es für Rechnung des Bestellers.

Beispiele. Verträge gehören nicht hierher, bei denen der Unternehmer gar keinen Stoff oder doch nur Zutaten oder Nebensachen liefert, also etwa die Verträge der gewöhnlichen Damenschneiderinnen und der Flickschuster.

II. Der Kauf-Werkvertrag wird sehr verschieden behandelt, je nachdem das zu liefernde Werk eine nicht vertretbare oder eine vertretbare Sache ist.

1. Erster Fall: das Werk ist eine nicht vertretbare Sache. Alsdann kommen nebeneinander die Regeln des Kauf- und die des Werkvertrages zur Anwendung und zwar so, daß die letzteren des Übergewicht haben (651 I Satz 2).

a) Die auf einen derartigen Kauf-Werkvertrag anwendbaren kaufrechtlichen Regeln sind im Gesetz einzeln aufgeführt. Besonders wichtig ist darunter die bereits erwähnte Vorschrift, daß der Unternehmer, wenn er das Werk dem Besteller einmal übergeben und ihm den Werklohn gestundet hat, nicht mehr befugt ist, wegen Zahlungsverzuges des Bestellers vom Vertrage zurückzutreten, ferner, daß der Besteller von der Übergabe des Werks ab den nicht gestundeten Werklohn verzinsen muß, endlich, daß die Kosten der Versendung des Werks an einen andern Ort als den Erfüllungsort dem Besteller zur Last fallen.

b) Soweit die zu a genannten kaufrechtlichen Regeln nicht ein andres bestimmen, kommen die gewöhnlichen Regeln des Werkvertragsrechts zur Anwendung. Insbesondere gilt dies für diejenigen Normen, die den Werkvertrag vom Kauf charakteristisch unterscheiden, namentlich für die Regel, daß der Besteller bei Lieferung eines mangelhaften Werks in erster Reihe dessen Ausbesserung verlangen kann, ferner für die Regel, daß der Besteller bis zur Vollendung des Werks den Vertrag nach Belieben kündigen darf usw. Nur das bei andern Werkverträgen dem Unternehmer zustehende gesetzliche Pfandrecht wird ihm bei dieser Art des Werkvertrages versagt.

2. Zweiter Fall: das Werk ist eine vertretbare Sache. Alsdann kommen einzig und allein die Regeln des Kaufvertrages zur Anwendung; dagegen sind die Regeln des Werkvertrages nicht einmal ergänzend anwendbar (651 I).

X. Der Auftrag.

§ 150.

I. 1. Der Auftrag (mandatum) hat zum Inhalt, daß die eine der Parteien, der Beauftragte, ein ihr von der Gegenpartei übertragenes Geschäft für sie zu besorgen hat, ohne daß die Gegenpartei, der Auftraggeber, die Leistung eines Entgelts¹ übernimmt (662). Sonach hebt sich der Auftrag scharf von dem Dienst- und Werkvertrage ab: er ist unentgeltlich, während Dienst- und Werkvertrag entgeltlich sind; außerdem geht er immer auf eine „Geschäftsbesorgung“, während Dienst- und Werkvertrag auch auf Dienste und Arbeiten anderer Art gerichtet sein können.

2. Trotz aller begrifflichen Verschiedenheit ist der Auftrag dem Dienst- und Werkvertrage, und zwar ganz besonders dem auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrage,² nahe verwandt, ähnlich wie ja auch Leihe und Miete Gegenfälle sind und dennoch in naher Verwandtschaft miteinander stehn. Die folgende Darstellung wird deshalb den Auftrag stets im Vergleich mit dieser Art des Dienstvertrages behandeln.

II. Zuvörderst ist schon der Gegenstand bei dem Auftrage der gleiche wie bei dem geschäftlichen Dienstvertrage, nämlich eine „Geschäftsbesorgung“ in dem früher entwickelten Sinn.

Beispiel. Es ist kein „Auftrag“, wenn A. seinen Schüler B. nach Paris schickt, damit dieser dort auf eigne Kosten für eine von A. unternommene wissenschaftliche Arbeit Bibliothekstudien treibe.

III. Auch der Abschluß des Auftragesgeschäftes unterliegt den gleichen Regeln wie der Abschluß eines geschäftlichen Dienstvertrages (663).

IV. 1. a) Anders als der geschäftliche Dienstvertrag zählt der Auftrag nicht zu den gegenseitigen Verträgen, sondern begründet ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis (s. oben S. 370).

b) Die Gefahr des Auftrages liegt lediglich beim Auftraggeber: wenn der Beauftragte den ihm erteilten Auftrag trotz pflichtmäßigen Bemühens nicht auszuführen vermag, treffen die Nachteile, nämlich die vergeblich aufgewendeten Kosten, nicht ihn, sondern allein den Auftraggeber.

2. Die Pflichten des Beauftragten stimmen mit denen des Dienstschuldners bei einem auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrage (664—668) überein. So groß der Unterschied tatsächlich ist, daß der Dienstschuldner für seine Bemühungen bezahlt wird, der Beauftragte dagegen umsonst arbeitet, so wenig nimmt das Gesetz bei Bemessung der Verpflichtungen beider darauf Rücksicht.

1) Siehe aber BGB. 778, RG. 56¹³³.

2) Abw. Endemann § 173, 1 b.

Insbefondere ist keine Rede davon, daß der Beauftragte etwa, wie ein Schenker oder Verleiher, bloß für grobe Fahrlässigkeit einzustehn hätte (§. 664 II). Nur in einer einzigen Beziehung erfreut er sich einer Haftmilderung: wird ihm nämlich gestattet, die Geschäftsbeforgung einem Dritten zu überlassen, so steht er für den Dritten bloß ein, wenn ihm selber bei dessen Auswahl oder Instruktion ein Verschulden zur Last fällt (664 I Satz 2). Doch gilt diese Haftmilderung eben nur, wenn dem Dritten das Geschäft wirklich überlassen, nicht aber, wenn der Dritte als bloßer Gehülfe des Beauftragten zur Geschäftsbeforgung zugezogen ist; im letzteren Fall verbleibt es vielmehr bei der gewöhnlichen strengen Haftung (664 I Satz 3). Die Unbilligkeit, die in der Gleichstellung der Pflichten des Dienstschuldners und des Beauftragten liegt, wird aber einigermaßen dadurch ausgeglichen, daß letzterer den Auftrag nach Willkür kündigen kann (671), während jener ein Kündigungsrecht nur aus wichtigen Gründen hat.

3. Auch die Verpflichtungen des Auftraggebers stimmen mit denen des Dienstberechtigten bei einem auf eine Geschäftsbeforgung gerichteten Dienstvertrage insoweit überein, als sie die Auslagen des Beauftragten betreffen (669, 670). Im übrigen gehn dagegen die Verpflichtungen beider weit auseinander: der Auftraggeber ist nicht bloß von der Verpflichtung, dem Beauftragten für dessen Mühewaltung eine Vergütung zu zahlen, frei, sondern braucht auch für die Person des Beauftragten keine Fürsorge zu treffen, selbst wenn er ihn in seine häusliche Gemeinschaft aufnimmt.

V. 1. Der Auftrag kann beiderseits ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach freier Willkür gekündigt werden (671 I). Doch soll der Beauftragte sein Kündigungsrecht nicht zur Unzeit gebrauchen: vielmehr darf er nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund die unzeitige Kündigung rechtfertigt; verletzt der Beauftragte diese Vorschrift, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (671 II). Beide Regeln sind aber nicht zwingenden Rechts. Demnach können sowohl der Auftraggeber wie der Beauftragte auf das freie Kündigungsrecht verzichten; doch ist der Verzicht des Beauftragten unwirksam, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung des Auftrages vorliegt (671 III).

2. Im übrigen kommen die gleichen Regeln zur Anwendung wie bei dem geschäftlichen Dienstvertrage: so namentlich die Regel, daß der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers im Zweifel den Auftrag nicht aufheben; ebenso die Vorschrift, daß der Auftrag auch nach seiner Aufhebung zeitweise eine beschränkte Rechtswirkung ausübt usw. (672—674).

XI. Die Anweisung.¹

§ 151.

I. 1. Bei der Anweisung sind drei Personen beteiligt, der Anweisende, der Angewiesene, der Empfänger: der Anweisende ermächtigt nämlich erstens den Angewiesenen, für seine, des Anweisenden, Rechnung eine Geldzahlung oder sonstige Leistung an den Empfänger zu vollziehen, und er ermächtigt zweitens den Empfänger, ebendiese Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben (783).

2. Die Anweisung enthält demnach eine doppelte „Ermächtigung“.

a) Sie enthält nicht etwa eine doppelte „Vollmacht“:² denn sowohl der Angewiesene wie der Empfänger treten nicht als Bevollmächtigte des Anweisenden, sondern im eigenen Namen auf.

b) Ebensowenig enthält sie einen doppelten „Auftrag“: der Angewiesene „darf“ leisten, der Empfänger „darf“ die Leistung einfordern; sie „brauchen“ es aber beide nicht. Doch kann mit der Anweisungsermächtigung auch ein wirklicher Auftrag verbunden werden, sei es an den Angewiesenen, sei es an den Empfänger.

3. Der Anweisung nahe steht der Zahlungsz- und der Einziehungsauftrag. Doch steckt (von andern Unterschieden, die sich daraus ergeben, daß die Anweisung überhaupt kein „Auftrag“ ist, ganz abgesehen) in jedem dieser Aufträge nur eine der beiden Ermächtigungen, die bei der Anweisung miteinander charakteristisch verbunden werden, nämlich im Zahlungsauftrage nur die Ermächtigung, die Leistung für Rechnung des Auftraggebers zu vollziehen, im Einziehungsauftrage nur die Ermächtigung, die Leistung einzufordern. Die Folge ist, daß der Auftraggeber sowohl den Zahlungsz- wie den Einziehungsauftrag so lange widerrufen kann, als der Beauftragte ihn nicht tatsächlich durch Vollziehung oder erfolgreiche Einforderung der Leistung ausgeführt hat. Die Anweisung ist dagegen schon dann unwiderruflich, wenn der Angewiesene sie formell „angenommen“, d. h. ihre tatsächliche Ausführung dem Empfänger bloß versprochen hat (790). Denn das ist eben der Sinn der in der Anweisung enthaltenen Doppelermächtigung, daß der Angewiesene und der Empfänger sich auf Rechnung des Anweisenden schon vor der tatsächlichen Ausführung der Anweisung in unmittelbare rechtliche Beziehung setzen dürfen.

4. a) Sehr häufig wird die Anweisung zur Bezahlung von Schulden benutzt: Anweisung auf Schuld. Wir unterscheiden dabei drei Fälle: I. der Gläubiger stellt über den Betrag seiner Forderung eine Anweisung auf

1) Wendt, das allgemeine Anweisungsrecht (95); Lenel, Jahrb. f. Dogm. 36 S. 113; v. Tuhr, ebenda 48 S. 1; Lent, Anweisung als Vollmacht (07); Kiehl, Anweisung (08).

2) Abw. Lenel S. 114.

den Schuldner aus, so daß Gläubiger und Anweisender, Schuldner und Angewiesener die nämlichen Personen sind; II. der Schuldner stellt über den Betrag seiner Schuld eine Anweisung zugunsten seines Gläubigers aus, so daß Schuldner und Anweisender, Gläubiger und Empfänger die nämlichen Personen sind; III. jemand hat den nämlichen Betrag, den er seinem Gläubiger schuldig ist, von einem Dritten zu fordern und stellt nun sowohl über den Betrag seiner Forderung wie über den seiner Schuld eine einzige Anweisung aus, so daß er, der Anweisende, zugleich Gläubiger und Schuldner, der Angewiesene nur Schuldner, der Empfänger nur Gläubiger ist.

b) Die Anweisung tilgt im Fall I die Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen, im Fall II die Forderung des Empfängers gegen den Anweisenden, im Fall III alle beide Forderungen. Die Tilgung erfolgt aber nicht schon dadurch, daß die Anweisung dem Empfänger ausgehändigt, und auch nicht dadurch, daß sie vom Angewiesenen angenommen, sondern erst dadurch, daß sie vom Angewiesenen bezahlt wird (787 I, 788): sie gilt also nicht als Befriedigung des Gläubigers, sondern nur als Vorbereitung dazu. Demgemäß kann ein Gläubiger, der von seinem Schuldner zum Zweck seiner Befriedigung eine Anweisung bekommen hat, unter Rückgabe dieser Anweisung auf seine ursprüngliche Forderung zurückgreifen.

c) Die Anweisung kann zur Schuldenbezahlung nur benutzt werden, wenn sowohl der Gläubiger als der Schuldner aus freien Stücken damit einverstanden ist. Es braucht also kein Gläubiger darauf einzugehen, daß der Schuldner ihn auf dem Umwege der Anweisung befriedigt; und es braucht kein Schuldner darauf einzugehen, daß der Gläubiger seine Befriedigung bei ihm auf dem Umwege der Anweisung sucht. Jener kann die Entgegennahme, dieser kann die Bezahlung der Anweisung ablehnen (787 II).

d) Alle diese Regeln sind aber selbstverständlich nicht zwingenden Rechts. Insbesondere ist eine Abrede zulässig, wonach der Gläubiger, der von seinem Schuldner eine Anweisung bekommen hat, damit seine ursprüngliche Forderung preisgibt, sei es einstweilig, so daß er wenigstens in erster Reihe die Anweisung geltend machen muß und auf die ursprüngliche Forderung erst dann zurückgreifen darf, wenn der Angewiesene die Bezahlung der ihm vorgelegten Anweisung abgelehnt hat, sei es endgültig.

5. Die Anweisung wird aber auch zu andern Zwecken benutzt als zur Bezahlung von Schulden. So wird sie häufig mit der Vereinbarung gegeben, daß der Empfänger den Anweisungsbetrag zwar im eignen Namen, aber für Rechnung des Anweisenden einzuziehen habe: Anweisung zum Inkasso; genau besehen, handelt es sich hier freilich um einen Mißbrauch der Anweisungsform: denn hier würde ein gewöhnlicher Einziehungsauftrag die gleichen Dienste leisten. Ferner kommt eine Anweisung auf Credit vor: der Empfänger soll den Anweisungsbetrag für eigne Rechnung erheben, aber nach Ablauf der Creditfrist den Wert an den Anweisenden erstatten. Auch eine Anweisung

zur Schenkung ist möglich: der Empfänger soll den Anweisungsbetrag als Geschenk des Anweisenden behalten.

Wird eine Anweisung zum Zweck einer nicht gerichtlich oder notariell beurkundeten Schenkung erteilt, so wird die Schenkung als solche erst gültig, wenn der Angewiesene die Anweisung annimmt oder bezahlt. Widerruft also der Schenker die Anweisung vor diesem Zeitpunkt, so verletzt er seine Schenkerpflichten nicht; dagegen ist ein späterer Widerruf nicht bloß im Verhältnis des Schenkers und des Beschenkten zum Angewiesenen, sondern auch im Verhältnis des Schenkers zum Beschenkten unwirksam. Anders die herrschende Meinung: ihr zufolge soll die Schenkung nicht schon mit der Annahme, sondern erst mit der Bezahlung der Anweisung gültig werden;³ dafür spricht allerdings der Wortlaut von BGB. 788; indes kann doch nicht bestritten werden, daß, wenn der Angewiesene angenommen hat, die Schenkung insoweit tatsächlich vollzogen ist, als der Schenker dem Beschenkten eine Forderung gegen den Angewiesenen zugewendet hat; das muß aber für die Formvorschrift von BGB. 518 genügen. Zu beachten ist dabei, daß dem Schenker irgendeine Regresspflicht nicht erwächst, wenn der Angewiesene später trotz der Annahme die Anweisung nicht bezahlt.

6. Eine große Rolle spielt die Anweisung im Handelsrecht als Scheck, Kreditbrief, Orderanweisung und gezogener Wechsel. Doch kann von diesen handelsrechtlichen Bildungen hier nicht weiter die Rede sein.

II. 1. Eine Anweisung kann nur auf die Leistung vertretbarer, d. h. bloß der Gattung nach bestimmter Sachen und Wertpapiere gehen (783). Am häufigsten ist sie auf eine Geldleistung gerichtet. Wir werden deshalb im folgenden immer nur von Geldanweisungen sprechen.

2. Die Leistung kann sofort bei Vorzeigung der Anweisung („auf Sicht“) oder erst nach Ablauf einer Frist zu bewirken sein.

3. Sie ist stets abstrakt, also unabhängig von irgendeinem Schuldgrunde (s. oben S. 162).⁴ Dagegen steht nichts im Wege, daß sie von einer Bedingung, also etwa von einer Gegenleistung des Empfängers, abhängig gemacht wird.

Beispiele. I. A. hat von B. 1000 Mk. zu fordern und an C. 1000 Mk. zu zahlen und will nun eine Anweisung über 1000 Mk. auf B. zugunsten des C. ausstellen. Hier darf die Anweisung nicht lauten: „B. wolle die 1000 Mk., die er mir schuldig ist, zur Begleichung meiner gleich hohen Schuld an C. letzterem zahlen. A.“; sie muß vielmehr abstrakt lauten: „B. wolle 1000 Mk. an C. zahlen. A.“ II. Zulässig ist folgende Anweisung: „B. wolle, wenn C. ihm 3000 Mk. preussische 3% Konsols nebst Zinsscheinen übergibt, ihren Kurswert an ihn auszahlen.“

III. 1. a) Die Anweisung kommt durch einen Vertrag⁵ zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger zustande. Und zwar ist der Vertrag formbedürftig: die vorgeschriebene Form ist die Ausstellung einer einseitigen schriftlichen Erklärung des Anweisenden und die Aushändigung dieser Erklärung an den Empfänger (783).

b) Hiernach sind bei dem eigentlichen Anweisungsgeschäft nur der Anweisende und der Empfänger tätig, während der Angewiesene zunächst passiv bleibt. Charakteristisch ist vor allem, daß die Anweisung von dem Anweisenden nicht etwa unmittelbar an den Angewiesenen übersendet, sondern

3) v. Tuhr S. 36; Endemann 1 § 195¹⁶; ebenso unsre 4. Aufl. S. 552.

4) v. Tuhr S. 13.

5) Abw. Örtmann S. 978.

zunächst dem Empfänger ausgehändigt wird, auf daß dieser sie dem Angewiesenen vorlege.

2. a) Doch kann der Angewiesene, wie schon früher angedeutet, aus seiner passiven Haltung dadurch heraustreten, daß er die Anweisung annimmt, sei es im voraus, noch ehe die Anweisung dem Empfänger ausgehändigt wird, sei es nachträglich. Auch diese „Annahme“ bedarf der Schriftform; und zwar muß sie auf der Anweisungsurkunde selbst, nicht etwa in einem eignen Schriftstück, erklärt werden (784 II).

b) Die Annahme der Anweisung ist ein abstrakter Vertrag ebenso wie die Ausstellung: Vertragsparteien sind bei ihr der Angewiesene und (neben dem Aussteller oder auch für sich allein) der Empfänger. Denn die Annahme verpflichtet den Angewiesenen erst dann, wenn der Empfänger ihr zustimmt.⁶ Doch gelten für diesen Vertrag einige Besonderheiten.

α) Weder braucht die Annahme gegenüber dem Empfänger noch braucht die Zustimmung zur Annahme gegenüber dem Angewiesenen erklärt zu werden. Beide Erklärungen können vielmehr auch gegenüber dem Anweisenden abgegeben werden (s. 784 II Satz 2).

β) Hat der Angewiesene seine Annahme einmal formgerecht gegenüber dem Anweisenden erklärt, so kann er sie dem Empfänger gegenüber nur dadurch widerrufen, daß er, bevor dieser die Anweisung erwirbt, den Annahmevermerk durchstreicht.

Beispiele. I. A. hat zugunsten des B. eine Anweisung auf C. ausgestellt, von C. annehmen lassen und sodann dem B. ausgehändigt. Hier wird C. dem B. erst dadurch verpflichtet, daß dieser die Anweisung entgegennimmt und ebendadurch gegenüber A. erklärt, er stimme der Annahme des C. zu. II. Derselbe Fall; nur haben A. und C., noch ehe B. die Anweisung erwarb, vereinbart, daß C. seine Annahmeerklärung zurücknehme und A. die Anweisung vernichten solle; A. ist aber wortbrüchig geworden und hat die Anweisung samt C.s Annahmevermerk dem B. ausgehändigt. Hier ist die Entscheidung die nämliche: denn der Widerruf der Annahme seitens des C. ist gegenüber B. unwirksam.

Nicht zu verkennen ist, daß die vorstehende Konstruktion der Annahme als eines Vertrages zwischen dem Anweisungsempfänger und dem Angewiesenen sehr gekünstelt ist. Deshalb wird denn auch vielfach die Annahme als ein einseitiges Rechtsgeschäft des Angewiesenen aufgefaßt.⁷ Doch spricht gegen diese Konstruktion, daß die besondern Regeln, die das BGB. für einseitige Rechtsgeschäfte aufstellt (s. 111, 174), für die Anweisungsannahme nicht passen.

3. Die Formvorschriften zu 1 und 2 bedeuten, daß die im folgenden darzustellenden Regeln auf formgerechte Anweisungen beschränkt sind, nicht aber, daß eine formwidrige Anweisung oder Annahme aller Rechtswirkung entbehre. Eine mündliche Anweisung und Annahme ist vielmehr völlig gültig und entbehrt nur der spezifischen vom Gesetz an die echte schriftliche Anweisung und Annahme geknüpften Wirkungen.

IV. Die Anweisung und deren Annahme seitens des Angewiesenen begründet eine Reihe streng einseitiger Schuldverhältnisse. Es stehn sich nämlich als Gläubiger und Schuldner gruppenweise gegenüber: der Empfänger und der Angewiesene, der Angewiesene und der Anweisende, der Anweisende und der Empfänger.

6) Bland-Strecker Anm. 1 c zu § 784.

7) Örtmann S. 980; unfr. 4. Aufl. S. 553.

1. Der Empfänger und der Angewiesene.

a) Wenn die Anweisung nicht angenommen ist, fehlen Rechtsbeziehungen zwischen dem Empfänger und dem Angewiesenen ganz. Allerdings ist der Empfänger zur Erhebung, der Angewiesene zur Auszahlung der in der Anweisung genannten Summe „ermächtigt“. Aber diese Ermächtigung wirkt nur gegenüber dem, der sie begründet hat, gegenüber dem Anweisenden. Untereinander sind dagegen der Empfänger und der Angewiesene machtlos: weder kann jener, wenn der Angewiesene nicht zahlen will, auf die Zahlung klagen, noch kann dieser den Empfänger zur Entgegennahme des Anweisungsbetrages nötigen. Ganz anders ist die Rechtslage, wenn der Angewiesene die Anweisung angenommen hat: alsdann ist er dem Empfänger für die Bezahlung der Anweisungssumme unmittelbar verhaftet, mag er auch die Annahme nicht ihm, sondern dem Anweisenden gegenüber erklärt haben. Und zwar zeigt sich jetzt, was es bedeutet, daß der Empfänger zur Erhebung der angewiesenen Summe „im eignen Namen“ ermächtigt war: die Annahme gibt nämlich dem Empfänger ein selbständiges Forderungsrecht, völlig unabhängig von den Rechtsbeziehungen zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden. Demgemäß kann der Angewiesene sich auf diese Rechtsbeziehungen dem Empfänger gegenüber nicht einmal einwandweise berufen, es müßte denn der Einwand aus dem Text der Anweisung hervorgehen oder in der Annahmeerklärung besonders vorbehalten sein (784 I). Die Rechte des Empfängers können aber nur gegen Aushändigung der Anweisung geltend gemacht werden (785). Sie verjähren in drei Jahren (786).

Beispiele. Der Angewiesene kann sich, wenn er einmal angenommen hat, nicht darauf berufen, daß die Anweisung gefälscht oder vom Anweisenden (vor oder nach der Annahme) widerrufen war, daß er Gegenforderungen gegen den Anweisenden habe, daß er irrtümlich geglaubt habe, den Anweisungsbetrag dem Anweisenden schuldig zu sein, daß er vom Anweisenden zu der Annahme durch Betrug verleitet worden sei usw. Dagegen kann er einwenden, daß seine Annahmeerklärung absolut (also nicht bloß gegenüber dem Anweisenden) ungültig, z. B. simuliert sei (118); ebenso kann er aus seinen persönlichen Rechtsbeziehungen zum Empfänger Einwendungen aller Art entnehmen (784 I).

b) Den Rechten des Empfängers gegen den Angewiesenen stehen Rechte des Angewiesenen gegen den Empfänger nicht gegenüber.

2. Der Angewiesene und der Anweisende.

a) Der Angewiesene hat das Recht, von dem Anweisenden Ersatz für die Bezahlung der Anweisung zu fordern. Denn er war ja ermächtigt, die Zahlung „für Rechnung des Anweisenden“ zu bewirken.⁸ Dies Recht fällt fort, wenn der Anweisende die Anweisung widerrufen hat; dazu ist der Anweisende nach freier Willkür berechtigt, mag er auch dem Empfänger gegenüber auf das Widerrufsrecht verzichtet haben (790). Nur muß er den Widerruf gerade dem Angewiesenen erklären. Auch muß er, wie schon früher be-

⁸) Mand-Strecker Ann. 3 zu § 787. Abw. Düringer-Sachenburg, Kommentar 3. BGB. 2 S. 424.

merkt, den Widerruf erklären, ehe der Angewiesene die Anweisung bezahlt oder angenommen hat.

Genügt es, daß der Anweisende, statt den Widerruf dem Angewiesenen zu erklären, sich die Anweisung vom Empfänger zurückgeben läßt? Die Frage ist zu bejahen. Denn BGB. 785 bestimmt ja, daß der Angewiesene nur gegen Aushändigung der Anweisung zu zahlen „verpflichtet“ ist. Diese Regel ist dahin auszulegen, daß er auch nur gegen Aushändigung der Anweisung zu zahlen „ermächtigt“ ist. Sonach braucht der Anweisende eine Zahlung des Angewiesenen nicht anzuerkennen, solange er selber die Anweisung in Händen hält.⁹

Hat der Angewiesene eine ungültige, z. B. gefälschte Anweisung ausbezahlt, so hat er einen Ersatzanspruch gegen den Anweisenden nicht, es sei denn, daß sich aus den zwischen dem Angewiesenen und Anweisenden getroffenen Nebenabreden ein anderes ergibt.¹⁰

b) Ein Gegenrecht gegen den Angewiesenen hat der Anweisende nicht.

3. Der Anweisende und der Empfänger.

a) Der Anweisende hat das Recht, daß der Empfänger die Anweisung entweder dem Angewiesenen zur Zahlung schleunigst vorlegt oder, falls er dies nicht kann oder nicht will, dem Anweisenden unverzüglich Nachricht gibt; auch kann er beanspruchen, daß, wenn der Angewiesene sich weigert, die Anweisung zu bezahlen oder anzunehmen, der Empfänger ihm dies unverzüglich mitteilt (789).

b) Ein Gegenrecht gegen den Anweisenden steht dem Empfänger nicht zu.

V. Die Regeln zu IV sind auffallend dürftig. Dies erklärt sich dadurch, daß sie lediglich aus der Anweisung als solcher abgeleitet sind. Nun wird aber die Anweisung regelmäßig von Nebenabreden zwischen den Beteiligten vorbereitet und begleitet. Und es ist einfach selbstverständlich, daß das Bild, das man von den Rechtsbeziehungen der Beteiligten gewinnt, wenn man sie lediglich nach dem Wortlaut der Anweisung beurteilt, durch die Berücksichtigung dieser anderweitigen Vereinbarungen völlig verschoben werden kann; insbesondere zeigt sich alsdann, daß das Schuldverhältnis zwischen je zwei der Beteiligten durchaus nicht einseitig zu sein braucht. Daß die Anweisung derartige Nebenabreden nicht in ihren Text aufnimmt, hat verschiedene Gründe: am einleuchtendsten ist der Grund, daß jede Nebenabrede nur zwei der Beteiligten angeht, also in den für alle drei Beteiligten bestimmten Anweisungstext tatsächlich nicht hineingehört.

1. Die geringste Bedeutung haben die Nebenabreden für das Verhältnis zwischen dem Empfänger und dem Angewiesenen. Denn diese beiden werden meistens erst zusammengeführt, wenn das Anweisungsgeschäft bereits zustande gekommen ist: die fertige Anweisung ist das einzige Band, das sie verknüpft. So pflegen sie von besondern Nebenabreden abzusehn.

2. Dagegen sind höchst bedeutsam die Nebenabreden zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden. Sie können namentlich eine Verpflichtung des Angewiesenen begründen, die Anweisungen des Anweisenden bis zu einem

9) Abw. Endemann 2 § 195¹³; Crome 2 § 308¹⁹.

10) Siehe Dernb. BR. 2 § 242, 4.

gewissen Höchstbeträge anzunehmen oder auch ohne vorhergehende Annahme zu bezahlen; alsdann kann der Anweisende den Angewiesenen auf Erfüllung dieser Pflicht verklagen und bei schuldhafter Zurückweisung einer seiner Anweisungen Schadensersatz fordern; dagegen kann der Empfänger sich auf die Verpflichtung des Angewiesenen nicht berufen: denn jene Vereinbarung ist (wenigstens im Zweifel) nicht als ein zu seinen Gunsten abgeschlossener Vertrag anzusehen, sondern wirkt nur zugunsten des Anweisenden. Ferner kann der Anweisende nicht bloß die nachträgliche Erstattung dessen, was der Angewiesene auf die Anweisung bezahlen wird, sondern die Einzahlung des Anweisungsbetrages im Voraus, außerdem Provision und Zinsen versprechen usw.

3. Fast noch wichtiger sind die Nebenabreden zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger. Sie können, ohne daß sie in dem Anweisungstext irgendwie zum Ausdruck kommen, die Rechtsbeziehungen dieser beiden Parteien höchst mannigfach gestalten. Anknüpfend an die früher aufgezählten Anweisungsarten haben wir folgendes hervorzuheben.

a) Bei der Anweisung zum Inkasso ist der Empfänger zur schleunigen Erhebung des Anweisungsbetrages verpflichtet. Bei den andern Anweisungen läßt sich dagegen eine solche Pflicht im Zweifel nicht feststellen: es verbleibt hier vielmehr bei der Regel, daß der Empfänger zur Erhebung des Anweisungsbetrages nur „ermächtigt“ ist; daß der Empfänger, der von dieser Ermächtigung keinen Gebrauch macht, dies dem Anweisenden unverzüglich anzeigen muß, ist schon früher erwähnt.

b) Bei der Anweisung zum Inkasso ist davon keine Rede, daß der Empfänger bei Nichtbezahlung der Anweisung den Anweisungsbetrag rückgreifend vom Anweisenden fordern dürfte, er müßte denn diesen Betrag dem Anweisenden vorgehoffen haben. Dagegen wird bei den andern Anweisungen ein solches Rückgriffsrecht sehr häufig Platz greifen. Denn es liegt hier sehr nahe, daß der Anweisende die Gewähr für die pünktliche Bezahlung der Anweisung hat übernehmen wollen; selbstverständlich ist freilich eine solche Gewährleistung auch hier nicht.

VI. 1. Die Anweisung kann von dem Empfänger vertragsmäßig auf einen Dritten übertragen werden, mag sie angenommen sein oder nicht; die Übertragung ist vom Empfänger schriftlich zu erklären, sei es durch einen Vermerk auf der Anweisung, sei es durch selbständige Urkunde; sie wird gegen den Anweisenden und Angewiesenen erst durch die Aushändigung der Anweisung an den Dritten wirksam (792 I).

Der Anweisende kann die Übertragung ausschließen. Die Ausschließung ist aber gegenüber dem Angewiesenen nur wirksam, wenn sie aus der Anweisung zu entnehmen oder dem Angewiesenen rechtzeitig mitgeteilt ist (792 II).

2. a) Der Dritte ist aus der auf ihn übertragenen Anweisung nicht verpflichtet. Dagegen hat er aus der Anweisung, sobald diese angenommen ist, ein Recht gegen den Angewiesenen; dies Recht ist, wenn die Annahme dem

Dritten gegenüber geschah, ein eignes selbständiges Recht, unabhängig von den Rechtsbeziehungen zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger; ist dagegen die Annahme gegenüber dem Anweisenden oder dem Empfänger geschehn, so ist der Dritte einfach Rechtsnachfolger des Empfängers (792 III). Gegen den Anweisenden oder den Empfänger hat der Dritte kein Recht.

b) Die Regeln zu a können vertragsmäßig abgeändert werden, namentlich dahin, daß der Empfänger auch seine Rechte gegen den Anweisenden an den Dritten abtritt oder für seine Person die Bezahlung der Anweisung gewährleistet.

3. Der Dritte kann die Anweisung an einen Vierten abtreten usw.

VII. Die Aufhebung der Anweisung tritt ein durch Widerruf, durch Vernichtung der Anweisungsurkunde, durch Zahlung des Anweisungsbetrages. Daß einer der Beteiligten stirbt oder geschäftsunfähig wird, hebt dagegen die Anweisung nicht auf (791).

XII. Der Mäklervertrag.

§ 152.

I. 1. Der Mäklervertrag geht dahin, daß eine Partei, der Mäkler, sich bereit erklärt, zwischen der andern Partei und einem Dritten einen Vertragsschluß bestimmten Inhalts zu vermitteln, während die andre Partei, der Auftraggeber, für den Fall, daß durch des Mäklers Vermittlung der Vertragsschluß wirklich zustande kommt, die Entrichtung eines Mäklerlohns übernimmt (§. 652).

2. Der Mäklervertrag steht dem Werkvertrage nahe: denn der Mäkler hat einen Lohnanspruch nur dann, wenn die ihm aufgetragene Vermittlerarbeit erfolgreich ist, nämlich einen Vertragsschluß wirklich herbeiführt. Doch unterscheidet sich der Mäklervertrag vom Werkvertrage dadurch, daß der Mäkler sich zu seiner Vermittlertätigkeit nur bereit zu erklären, nicht aber sich dazu zu verpflichten braucht.

3. Besondere Regeln gelten für den handelsrechtlichen Mäklervertrag. Sie sind im Handelsrecht darzustellen.

4. Bezüglich der Gesindemäkler ist das Landesrecht in Kraft geblieben (GG. 95).

II. 1. Gegenstand des Mäklervertrages ist die Vermittlung von Vertragsschlüssen aller Art, namentlich von Grundstücksverkäufen, Hypothekengeschäften, Dienst-, Fracht-, Versicherungsverträgen, Eheschließungen usw.

2. Geht der Mäklervertrag auf die Vermittlung einer Eheschließung, so ist seine Rechtswirkung in gleicher Art abgeschwächt wie die eines Spielvertrages. Insbesondere kann der Mäkler seinen Anspruch auf Mäklerlohn nicht einklagen; umgekehrt kann der Auftraggeber den Mäklerlohn, wenn er ihn

freiwillig bezahlt hat, nicht als Zahlung einer Nichtschuld zurückfordern (656).¹ Offenbar sieht das Gesetz die entgeltliche Heiratsvermittlung zwar nicht als unsittlich, aber doch als anstößig an und will ihr deshalb den Rechtsweg verschließen.

BGB. 656 verjagt den Rechtsweg ausdrücklich nur bei den Lohnansprüchen des Mädlers. Doch muß ein gleiches auch für anderweitige Ansprüche sowohl des Mädlers wie des Auftraggebers gelten. Letzterer macht z. B. eine Reise, um die künftige Braut zu besichtigen, trifft sie aber nicht an, weil der Mädlar ihr einen falschen Termin angegeben hat, und fordert nun Ersatz der Reisekosten.

III. 1. Die dem Mädlar gebührende Vergütung heißt Mädlarlohn, Courtage, Senfarie, Progenetikum.

2. Wenn die dem Mädlar übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, gilt ein Mädlarlohn, ebenso wie die Dienstvergütung und der Werklohn bei Dienst- und Werkverträgen, als stillschweigend vereinbart (653 I).

3. a) Auch die Höhe des Mädlarlohns ist ebenso zu bestimmen wie die der Dienstvergütung und des Werklohns, also namentlich unter Berücksichtigung der Taxen² und der Ortssitte (653 II).

Beispiel. Die Ortssitte bestimmt für die Vermittlung von Hausverkäufen in Berlin den Satz von 1 % des Kaufpreises.

b) Eine Besonderheit gilt bei der Vermittlung von Dienstverträgen: hier kann ein in übermäßiger Höhe vereinbarter Mädlarlohn in gleicher Art richterlich ermäßigt werden wie eine übermäßige Vertragsstrafe (655).

IV. Der Abschluß des Mädlarvertrages ist formlos.

V. 1. Der Mädlarvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.³

2. a) Der Mädlar muß bei Ausführung des Auftrages die Interessen des Auftraggebers mit aller Sorgfalt wahrnehmen.

Beispiel. Der Mädlar ist schadensersatzpflichtig, wenn er bei Vermittlung eines Darlehns geschäfts seinem Auftraggeber, dem Darleiher, einen Darlehnschuldner zuführt, dessen Zahlungsunfähigkeit er gekannt hat oder hätte kennen müssen.

Ist der Mädlar auch dann ersatzpflichtig, wenn er die Vermittlertätigkeit schuldhaft unterläßt? Die Frage ist zu bejahen, wenn er sich zu der Vermittlertätigkeit „verpflichtet“ hatte;⁴ daß eine derartige Verpflichtung dem Wesen des Mädlarvertrages widerspreche, ist schwerlich zutreffend.⁵ Sie ist zu verneinen, wenn der Mädlar sich zu der Vermittlertätigkeit nur „bereit“ erklärt hatte; doch ist der Mädlar auch in diesem Fall ersatzpflichtig, wenn er den ihm zur Vermittlung aufgetragenen Vertragsschluß geradezu verhindert, indem er z. B. die ihm zugehenden Anträge eines Dritten dem Auftraggeber verschweigt.

b) Man sollte meinen, daß ein Mädlar nicht gleichzeitig Aufträge von mehreren Auftraggebern mit widerstreitenden Interessen annehmen darf. Doch stellt das Gesetz eine derartige Regel nicht unbedingt auf; mit gutem Grunde: denn es ist sehr wohl möglich, daß der Mädlar die Interessen der verschiedenen Auftraggeber streng unparteiisch zu behandeln vermag. Vielmehr ist dem

1) Kohler, Arch. f. BN. 12 S. 316. 2) Siehe RG. 68 S. 195.

3) Vgl. Endemann § 176^o. 4) Crome 2 § 272¹⁸.

5) Siehe Pland-André, Vorbem. zu Titel 8 IV.

Mäkler die Übernahme kollidierender Aufträge nur dann versagt, wenn sie gegen die besondern Abmachungen mit dem Auftraggeber verstößt oder im Einzelfall, namentlich wegen der Schärfe der Interessenkollision, wider Treu und Glauben geht. Wird der Mäkler letzterer Regel entgegen für zwei Auftraggeber tätig, so ist er beiden zu Schadensersatz verpflichtet; stehen sich die beiden Auftraggeber bei dem vom Mäkler vermittelten Vertrage (unmittelbar oder mittelbar) geradezu als Gegenparteien gegenüber, so soll er außerdem den Anspruch auf Mäklerlohn und Auslagenerstattung einbüßen (654).

Daß man dem Mäkler die Übernahme kollidierender Vermittlungsaufträge nicht ganz verbieten kann, liegt auf der Hand. Denn genau besehen, stehen z. B. die Anträge zur Vermittlung von Hausverkäufen, Gleichartigkeit der Häuser vorausgesetzt, sämtlich in Kollision untereinander; jedes Lob, das der Mäkler einem Hause spendet, schädigt ja die Chancen für den Verkauf der andern Häuser. Und doch denkt, schon um den Mäklerlohn nicht gar zu sehr zu steigern, kein Hausverkäufer daran, die Tätigkeit eines Gebäudemäklers für sich allein in Anspruch zu nehmen.

c) Was zur Ausführung des dem Mäkler erteilten Auftrages gehört, läßt sich nur im Einzelfall bestimmen. So genügt es vielfach, wenn der Mäkler dem Auftraggeber eine Gelegenheit zum Abschluß des Vertrages nachweist. In andern Fällen muß der Mäkler dagegen auch die Vertragsverhandlungen zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten führen, d. h. als Bote die Anträge der einen Partei der Gegenpartei übermitteln, er muß den Vertragsgegenstand dem Dritten vorzeigen usw. Eine Vollmacht, den Vertrag im Namen des Auftraggebers abzuschließen, steht dem Mäkler nicht zu.

d) Dafür, daß das ihm zur Vermittlung übertragene Geschäft zustande kommt, steht der Mäkler nicht ein. Ebensowenig haftet er dafür, daß das Geschäft, nachdem es zustande gekommen ist, von dem Dritten tatsächlich erfüllt wird.

e) Die Zuziehung von Gehülfen und Vertretern ist dem Mäkler — nach Maßgabe der Verkehrsitte — gestattet.

3. a) Der Auftraggeber hat von Gesetzes wegen nur eine einzige Pflicht, die Entrichtung des vertragsmäßigen Mäklerlohns.⁶ Der Mäklerlohn ist aber erst verdient, wenn der dem Mäkler zur Vermittlung aufgebene Vertrag durch die Vermittlung des Mäklers wirklich rechtsgültig abgeschlossen wird; erfolgt der Vertragsschluß unter einer aufschiebenden Bedingung, so muß außerdem die Bedingung eingetreten sein (652 I). Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Dritte den Vertrag auch tatsächlich erfüllt. Ja, die Verpflichtung zur Entrichtung des Mäklerlohns bleibt sogar dann in Kraft, wenn der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten später wieder rückgängig gemacht wird.⁷

Ob ein zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten abgeschlossener Vertrag gerade von dem Mäkler vermittelt ist, wird oft zweifelhaft sein. Beispiel: A. soll einen Hausver-

6) Siehe auch RG. 68 S. 195.

7) Ortmann Anm. 2a zu § 652. Abw. Bland-André Anm. 2c zu § 652.

kauf für B. vermitteln, und zwar soll er die Verkaufsverhandlungen bis zum endgültigen Abschluß führen; mindester Verkaufspreis 50000; A. nennt dem B. die diesem bisher nicht bekannte Adresse des C.; darauf kündigt B. den Mäklervertrag und schließt persönlich den Hausverkauf mit C. zum Preise von 52000 ab; hier dürfte der Vertragschluß als von A. vermittelt gelten; A. kann also, falls er dem B. nicht Grund zur Kündigung gegeben hat, seinen Mäklerlohn fordern. Anders wäre zu entscheiden, wenn B. an C. für 42000 verkauft hat.

b) Zur Erstattung der dem Mäkler erwachsenen Auslagen an Porto, Insertionskosten u. dgl. ist der Auftraggeber nicht verbunden (652 II). So auch dann, wenn der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten nicht zustande kommt; der Mäkler hat alsdann nicht bloß den Lohn, sondern auch seine Auslagen verloren.

c) Auch zur Benutzung der vom Mäkler vermittelten Gelegenheit zum Vertragschluß ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, kann vielmehr alle Nachweisungen des Mäklers nach Willkür ablehnen. Dadurch erledigt sich auch die Frage, ob der Mäkler das Recht des Selbsteintritts hat, d. h. ob er sich selber statt eines Dritten dem Auftraggeber als Gegenpartei aufdrängen darf: die Frage ist selbstverständlich zu verneinen.

VI. Zu dem Dritten steht der Mäkler in keinem Vertragsverhältnis. Er ist also dem Dritten, wenn dieser durch den Vertragschluß geschädigt wird, zu Schadensersatz höchstens außerkontraktlich verpflichtet. Ebenjowenig kann er von dem Dritten einen Mäklerlohn fordern⁸; so selbst dann, wenn nach dem zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten geschlossenen Vertrage der Dritte den Mäklerlohn zu tragen hat; denn diese Abrede hat (im Zweifel) dem Mäkler gegenüber keine Wirksamkeit.

VII. Der Mäklervertrag erlischt durch Kündigung, die beiden Teilen zu jeder Zeit freisteht, sowie durch den Tod des Mäklers.

VIII. Zwingend sind von den Vorschriften des Mäklerrechts die Sonderregeln über die Vermittlung von Eheschließungen und Dienstverträgen (oben S. 634). Alle andern Vorschriften lassen eine abweichende Vereinbarung zu. So kann der Mäkler sich für die Erfüllung des von ihm vermittelten Vertrages durch den Dritten verbindlich machen, der Auftraggeber kann sich zur Erstattung der Auslagen des Mäklers verpflichten, beide Parteien können auf das freie Kündigungsrecht verzichten, der Mäkler kann bevollmächtigt werden, den Vertrag im Namen des Auftraggebers mit dem Dritten abzuschließen, usw. Nur muß im letztern Fall der Auftraggeber den Mäkler angewiesen haben, von der Vollmacht erst Gebrauch zu machen, nachdem die mit dem Dritten vereinbarten Vertragsbedingungen von ihm, dem Auftraggeber, genehmigt sind; denn ein Mäkler, der über die materiellen Bedingungen des Vertragschlusses selbständig zu entscheiden hätte, wäre nicht mehr ein „Vermittler“.

XIII. Die Auslobung.¹

§ 153.

I. 1. Die Auslobung besteht in der öffentlichen Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung (657). Die Handlung, die belohnt

8) Abw. Endemann § 176¹³.

1) Cfster, Arch. f. RR. 18 S. 125; Kohler, ebenda 25 S. 1; v. Mahr, Auslobung (05).

werden soll, kann von verschiedenster Art sein. Nur unmögliche und verbotene Handlungen sind selbstverständlich ausgeschlossen.

2. Die Auslobung muß, wie alle andern rechtsgeschäftlichen Erklärungen, in rechtlicher Absicht vorgenommen und darf nicht zu unbestimmt gehalten sein. Hat sie eine Preisbewerbung zum Gegenstande, so ist sie nur gültig, wenn sie eine Frist für die Bewerbung bestimmt (661 I).

3. Einer Annahme seitens des Lohnempfängers bedarf die Auslobung nicht. Allerdings ist sie so lange widerruflich, als die zu belohnende Handlung nicht vorgenommen ist. Allein man darf diese Handlung nicht als Annahme der Auslobung auffassen; denn sie ist wirksam, auch wenn sie ohne Rücksicht auf die Auslobung geschehen ist (657), also namentlich dann, wenn der Lohnempfänger zur Zeit der Handlung von der Auslobung keine Kenntnis hatte. Außerdem kann der Auslobende auf sein Widerrufsrecht verzichten; hat er eine Frist für die Vornahme der Handlung festgesetzt, so liegt hierin sogar ein stillschweigender Verzicht auf das Widerrufsrecht (s. 658).

4. Hiernach ist die Auslobung kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft (s. oben S. 358).

II. Gegenstand der Auslobung ist irgendein Gut, meistens eine Geldsumme.

III. Die Auslobung muß öffentlich geschehen, also durch die Zeitungen, öffentliche Anschläge, öffentliches Ausrufen u. dgl. Im übrigen ist die Auslobung formlos; das ist um so mehr zu betonen, als für das Versprechen der Schenkung unter einer Auflage gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben ist und die Auslobung einem derartigen Versprechen oft sehr nahe steht.

IV. 1. Durch die Auslobung wird nur der Auslobende verpflichtet: er hat dem, der die in der Auslobung genannte Handlung vorgenommen hat, die versprochene Belohnung zu gewähren.

Die Haftung des Auslobenden für Mängel im Recht oder für tatsächliche Mängel des als Lohn versprochenen Gegenstandes ist je nach Lage des Falls nach den Regeln des Kauf- oder des Schenkungsrechts zu beurteilen. — Der Lohnanspruch entsteht zugunsten dessen, der die Handlung vornimmt, ohne daß er es weiß oder will. Nur bei Auslobungen, die eine Preisbewerbung voraussetzen, gilt eine Ausnahme: hier ist der Lohnanspruch dadurch bedingt, daß der Berechtigte sich um den Lohn beworben und der Auslobende oder der Preisrichter ihm die Zuteilung des Preises angezeigt hat (s. 661).

2. Ist die in der Auslobung genannte Handlung mehrmals vorgenommen worden, so ist zu unterscheiden wie folgt.

a) War die Auslobung auf eine Preisbewerbung gerichtet, so erhält nur einer der Bewerber den Preis. Die Auswahl unter den Bewerbern, die sich innerhalb der Bewerbungsfrist gemeldet haben, steht bei dem in der Auslobung genannten Preisrichter oder, wenn ein Preisrichter nicht benannt ist, bei dem Auslobenden selbst und ist jeder Anfechtung seitens der Beteiligten entzogen (661 II). Findet der Preisrichter oder der Auslobende mehrere Arbeiten des Preises gleich würdig, so muß er jeder Arbeit einen gleichen Teil des Preises

zubilligen oder, wenn der Preis nicht geteilt werden kann oder soll, das Loß entscheiden lassen (661 III); findet er keine Arbeit preiswürdig, so wird der Preis überhaupt nicht vergeben.

Verzögert der Preisrichter die Entscheidung oder will oder kann er sie nicht treffen — wozu auch gehört, daß die mehreren Preisrichter nicht zu einer einstimmigen Entscheidung gelangen, — so wird die Auslobung unwirksam, wenn der Auslobende nicht nach dem Inhalt der Auslobung zur Ernennung anderer Preisrichter verpflichtet ist (s. 319 II, 317 II).²

b) Bei andern Auslobungen fällt das freie Wahlrecht des Preisrichters oder des Auslobenden fort. Hier hat vielmehr einfach der, der die Handlung zuerst vorgenommen hat, das alleinige Recht auf die Belohnung; ist die Handlung von mehreren Personen gleichzeitig vorgenommen, so ist die Belohnung unter sie nach Köpfen zu verteilen oder, falls dies, etwa wegen Unteilbarkeit des Lohns,³ ausgeschlossen ist, zu verlosen (659).

Hiernach kann der Auslobende, wenn er irrtümlich die später vorgenommene Handlung belohnt hat, die Belohnung zurückfordern, und zwar auch dann, wenn der, der die erste Handlung vorgenommen hat, gar nicht Anspruch auf die Belohnung erhebt oder gar darauf verzichtet: für die spätere Handlung ist die Belohnung eben schlechterdings nicht geschuldet.

3. Bezieht sich die Auslobung nicht auf eine bestimmte Handlung als solche, sondern auf deren Erfolg (z. B. die Festnahme eines Mörders) und haben mehrere Personen zu dem Erfolge mitgewirkt, so ist jede von ihnen zu einem Anteil lohnberechtigt; die Höhe des Anteils einer jeden wird, wie bei einer Preisbewerbung, durch einen in der Auslobung zu bestimmenden Schiedsrichter oder, wenn ein Schiedsrichter nicht bestimmt ist, durch den Auslobenden selbst festgesetzt; doch kann die Festsetzung (anders als die Entscheidung bei einer Preisbewerbung) wegen offener Unbilligkeit angefochten werden (660 I). Hat die Anfechtung Erfolg, so geht das Festsetzungsrecht auf das Gericht über; dasselbe gilt, wenn der Schiedsrichter oder der Auslobende die Festsetzung nicht treffen kann oder will oder die Festsetzung verzögert (319 I). — Wird die Festsetzung von einem Beteiligten beantragt, so kann der Auslobende die Austragung des Streits den Beteiligten überlassen und inzwischen die Auslieferung der Belohnung verweigern; jeder Beteiligte kann aber fordern, daß die Belohnung während der Dauer des Streits für alle hinterlegt wird (660 II). — Soll nach dem Inhalt der Auslobung die Belohnung nicht geteilt werden, so entscheidet auch hier das Loß (660 III).

V. Die Auslobung schafft ein streng einseitiges Schuldverhältnis zu Lasten des Auslobenden. Der Lohnempfänger ist also zu irgendeiner Leistung nicht verpflichtet. Insbesondere kann er, wenn sich nachträglich herausstellt, daß er die in der Auslobung bezeichnete Handlung gar nicht oder nicht auslobungsgemäß vorgenommen hat, höchstens auf Rückgabe der Belohnung, nicht aber auf Schadensersatz oder auf Nachholung der Handlung belangt werden. Eben-
sowenig braucht er bei einer Preisbewerbung sein preisgekröntes Werk dem Auslobenden dauernd zu überlassen, es sei denn, daß bei der Auslobung ein andres bestimmt ist (661 IV).

VI. 1. Die Verbindlichkeit des Auslobenden erlischt durch den Widerruf der Auslobung, falls der Auslobende nicht auf das Widerrufsrecht verzichtet hat (658 II). Der Widerruf ist aber nur wirksam (658 I):

2) Abw. Pland-André Anm. 3 zu § 661; Elster S. 189.

3) Siehe Pland-André Anm. 2g zu § 660.

- a) gegenüber den Personen, denen er besonders mitgeteilt ist,
- b) gegenüber andern Personen nur dann, wenn er in gleicher Art wie die Auslobung selbst bekannt gemacht wird.

2. Selbstverständlich hat der Widerruf keine rückwirkende Kraft. Hat also jemand die in der Auslobung genannte Handlung bereits vor Bekanntmachung des Widerrufs vorgenommen, so bleibt er lohnberechtigt. Dagegen bekommt er bei späterer Vornahme der Handlung nicht einmal seine Auslagen ersetzt, mag er auch von dem Widerruf keine Kenntnis gehabt haben.

XIV. Der Verwahrungsvertrag.

§ 154.

I. 1. a) Der Verwahrungsvertrag (depositum) hat zum Inhalt, daß die eine Partei, der Hinterleger, eine bewegliche Sache der Gegenpartei übergibt, während die Gegenpartei, der Verwahrer, sich zur Aufbewahrung und späterhin zur Rückgabe der Sache verpflichtet (688).

b) Die Verwahrung wird häufig unentgeltlich übernommen. Der Hinterleger kann aber dem Verwahrer auch eine Vergütung versprechen; wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, gilt dies Versprechen sogar als stillschweigend erteilt (689).

c) Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag ist eine Art des Auftrages, der entgeltliche eine Art des Dienstvertrages. Doch sind beide mit Rücksicht auf die Eigenart des vom Verwahrer übernommenen Dienstes eigentümlich geregelt.

2. Der Verwahrer kann außer der Verwahrung der Sache noch andre Nebenleistungen übernehmen, ohne daß dadurch der Charakter des Verwahrungsvertrages geändert wird. Überwiegen dagegen die anderweitigen Leistungen die Verwahrungspflicht, so liegt ein Verwahrungsvertrag überhaupt nicht vor.

Beispiele. I. Es ist ein Verwahrungsvertrag, wenn jemand einen Hund in Verwahrung nimmt und ihn während der Verwahrung zu füttern und auszuführen verspricht. II. Es ist im Zweifel kein Verwahrungsvertrag, sondern ein Werkvertrag, wenn jemand einen Hund in Verwahrung nimmt und ihn während der Verwahrung zu dressieren verspricht.

II. Gegenstand des Verwahrungsvertrages sind bewegliche Sachen aller Art, nicht aber Grundstücke. Nimmt jemand ein Grundstück in seine Obhut, so gilt dies als gewöhnlicher Auftrag oder Dienstvertrag.

III. Der Abschluß des Verwahrungsvertrages erfolgt formlos. Regelmäßig geschieht er erst durch tatsächliche Übergabe der Sache seitens des Hinterlegers an den Verwahrer, so daß der Verwahrungsvertrag als Realvertrag zustande kommt. Doch kann der Vertragschluß ebensogut der Übergabe der Sache vorausgehen.¹

IV. 1. a) Der Verwahrungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, wenn

1) Abw. Endemann § 185³; Crome 2 § 275¹².

er entgeltlich abgeschlossen wird; andernfalls schafft er ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis.

b) Die Gefahr der hinterlegten Sache trägt der Verwahrer insofern, als er, wenn die Sache zufällig untergeht, von nun ab den Anspruch auf die vertragmäßige Vergütung einbüßt (699 II). Dagegen braucht er nicht etwa an Stelle der untergegangenen Sache deren Wert zurückzugewähren.

2. a) Der Verwahrer haftet bei der Verwahrung und Rückgabe der Sache für jedes Verschulden, wenn der Verwahrungsvertrag entgeltlich ist. Andernfalls ist er nur dann verantwortlich, wenn er die Sorgfalt verläßt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (276, 690).

b) Der Verwahrer kann nach Maßgabe der Verkehrssitte die Verwahrung durch Gehülfen besorgen lassen oder einem Vertreter übertragen und haftet für diese seine Gehülfen und Vertreter nach den allgemeinen Regeln. Dagegen darf er die Sachen nicht bei einem Dritten hinterlegen, d. h. die Räume, in denen die Verwahrung geschieht, dürfen nicht im unmittelbaren Besitz eines Dritten sein. Doch kann der Hinterleger den Verwahrer auch zu einem derartigen Verfahren besonders ermächtigen; die Folge ist alsdann, daß der Verwahrer für ein Verschulden des Dritten nicht unbedingt einsteht, sondern daß er nur sein eigenes Verschulden oder das seiner sonstigen Gehülfen oder Vertreter, namentlich bei der Auswahl und Instruktion des Dritten, verantworten muß (691).

Beispiel. A. gibt dem Kürschner B. einen Pelz zur Verwahrung und ermächtigt B. zur Hinterlegung des Pelzes bei einem Dritten; B. verreis und übergibt den Pelz (samt seinem ganzen Pelzlager) an seinen Gefellen C.; dieser endlich hinterlegt, da die Räume des B. sich als feuergefährlich zeigen, alle Pelze bei einem Kürschner D. Hier steht B. für das Verschulden des Vertreters C. unbedingt ein; für den Vertreter D. haftet er dagegen nur, wenn er oder C. mitschuldig sind.

Die Regel zu b erinnert an eine verwandte Vorschrift beim Auftrage (oben S. 625 IV, 2). Doch ist zu beachten, daß letztere Vorschrift nur für ein unentgeltliches, die Regel zu b dagegen auch für ein entgeltliches Geschäft gilt. Auch ist die Vorschrift beim Auftrage auf alle Vertreter, die Regel zu b dagegen nur auf Vertreter mit eignen Verwahrungsräumen zu beziehen.²

c) Der Verwahrer darf von der mit dem Hinterleger vereinbarten Art der Aufbewahrung nur unter den Voraussetzungen abweichen, unter denen ein vertragsmäßig bestellter Geschäftsbesorger von den Anweisungen seines Auftraggebers abweichen darf (692).

d) Der Verwahrer darf die hinterlegte Sache nicht für sich oder Dritte gebrauchen. Andernfalls ist er schadensersatzpflichtig. Handelt es sich dabei um hinterlegtes Geld, so muß er es, wie im gleichen Fall ein Geschäftsführer, von der Verwendung ab verzinsen (698).

e) Der Verwahrer muß, wenn die Verwahrungszeit um ist, gerade die hinterlegte individuelle Sache, nicht etwa eine gleichartige oder gleichwertige Sache, zurückgeben. Die Rückgabe der hinterlegten Sache muß an dem Ort erfolgen, an dem die Sache aufzubewahren war; der Verwahrer ist also nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen oder zu übersenden; das gilt auch für hinterlegtes Geld (697).

f) Die den Pflichten des Verwahrers gegenüberstehenden Ansprüche des Hinterlegers sind persönliche Forderungen; der Anspruch auf Rückgabe der hinterlegten Sache gilt aber im Konkurse des Verwahrers als Aussonderungsrecht.

2) Abw. anscheinend Endemann § 185¹⁴.

3. a) Beim entgeltlichen Verwahrungsvertrage muß der Hinterleger die versprochene Vergütung entrichten, und zwar (wie einen Dienst- oder Werklohn): wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablauf je eines Zeitabschnitts, andernfalls bei Beendigung der Aufbewahrung (699 I).

Endigt die Aufbewahrung vor dem Ablauf der für sie bestimmten Frist, z. B. mitten in einem der Zeitabschnitte, nach denen die Vergütung bemessen ist, so kann der Verwahrer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung fordern (699 II). Hierher gehört nicht bloß der Fall, daß die Sache beim Verwahrer untergeht, sondern auch der Fall, daß eine der Parteien den Vertrag vor Ablauf der Frist kündigt.

b) Sowohl beim entgeltlichen wie beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrage muß der Hinterleger dem Verwahrer alle Aufwendungen erstatten, die dieser den Umständen nach für erforderlich halten durfte, entsprechend der für den auf eine Geschäftsbeforgung gerichteten Dienst- und Werkvertrag geltenden Regel (693).

c) Sowohl beim entgeltlichen wie beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrage muß der Hinterleger dem Verwahrer allen Schaden ersetzen, den dieser durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache erleidet; doch ist der Hinterleger haftfrei, erstens wenn er schuldlos ist, nämlich wenn er die Beschaffenheit der Sache weder gekannt hat noch hat kennen müssen oder die Beschaffenheit dem Verwahrer angezeigt hat, zweitens wenn der Verwahrer die Beschaffenheit auch ohne Anzeige gekannt hat (694).

Beispiel. I. Ein krankes Pferd, das A. bei B. eingestellt hat, steckt sämtliche Pferde B.s an. Hier ist A. haftbar, außer wenn er nachweist, daß die Ansteckungsgefahr ihm nicht bekannt und auch nicht erkennbar war, oder wenn B. die Gefahr gekannt hat. II. E. hat eine mit Dynamit gefüllte Kiste von seinem Freunde D. mit dem Auftrage erhalten, sie bei einem Dritten in eigenem Namen zu hinterlegen, und leistet auch dem Auftrage Folge; von dem Inhalt der Kiste hat er keine Ahnung, da D. ihm unrichtige, aber glaubhaft klingende Angaben darüber gemacht hat; die Kiste explodiert bei dem Dritten. Hier ist E. haftbar, ob schon ihm kein eignes Verschulden zur Last fällt; denn D. ist in diesem Fall analog einem Gehülften E.s zu behandeln, so daß E. unbedingt für ihn einstehen muß.

d) Bei Aufhebung des Verwahrungsvertrages muß der Hinterleger die Sache zurücknehmen (s. 696). Diese Rücknahmepflicht entspricht der Abnahmepflicht des Käufers und des Werkbestellers. Der Hinterleger gerät also, wenn er die Rücknahme verzögert, nicht bloß in Annahmehaft, sondern auch in Erfüllungsverzug.

e) Die den Pflichten des Hinterlegers gegenüberstehenden Ansprüche des Verwahrers sind rein persönlicher Art und durch ein Pfandrecht an der hinterlegten Sache nicht geschützt. Dagegen hat der Verwahrer wegen seiner Ansprüche das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht (274).

V. 1. Der Verwahrungsvertrag wird meistens auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Dann kann der Hinterleger die Rückgabe, der Verwahrer die Rücknahme der Sache zu jeder Zeit fordern, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist (695, 696).

2. Seltener wird eine bestimmte Verwahrungszeit ausgemacht. Sie hat für das Recht des Hinterlegers, die Rückgabe der Sache zu fordern, keinerlei

Bedeutung; dies Recht kann also auch vor Ablauf der Frist zu jeder Zeit geltend gemacht werden (695). Dagegen ist sie für das Recht des Verwahrers, die Rücknahme der Sache zu fordern, maßgebend; doch ist sie auch nach dieser Richtung hin nicht schlechthin verbindlich; vielmehr kann der Verwahrer die Rücknahme schon vor Ablauf der Frist zu jeder Zeit verlangen, wenn ihm ein wichtiger Grund — etwa die Notwendigkeit, seine Lagerräume auszubessern — zur Seite steht (696).

VI. 1. Wenn vertretbare Sachen hinterlegt werden, wird nicht selten ausgemacht, daß das Eigentum der Sachen auf den Verwahrer übergeht und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge, nicht aber gerade die bei ihm hinterlegten individuellen Stücke zurückzugewähren (Summenverwahrungsvertrag, depositum irregulare).

a) Bei diesem Vertrage braucht der Verwahrer die hinterlegten individuellen Stücke überhaupt nicht aufzuheben, sondern kann sie verbrauchen oder veräußern. Seine Rechtsstellung ist also unvergleichlich freier als die eines gewöhnlichen Verwahrers. Demgemäß ist die Rechtsstellung des Hinterlegers eine ungünstige; namentlich fehlt ihm im Konkurse des Verwahrers ein Aussonderungsrecht, selbst wenn die hinterlegten individuellen Stücke noch in der Konkursmasse vorhanden sind. Andererseits hat auch der Verwahrer einen Nachteil, der Hinterleger einen Vorteil: ersterer wird von seiner Rückgewährungspflicht nicht frei, wenn die hinterlegten Stücke durch einen Zufall bei ihm verloren gehen (279).

b) Hiernach ist der Summenverwahrungsvertrag juristisch als ein Darlehn aufzufassen.³ Doch ist er eine besondere Art des Darlehns. Er ist nämlich dadurch ausgezeichnet, daß der Darlehnsempfänger gleichsam den Wert der Darlehnsfachen für den Darlehnsgeber verwahren, d. h. zu dessen Verfügung halten muß.

α) Demgemäß unterwirft das Gesetz den Summenverwahrungsvertrag den Regeln des Darlehns mit der Maßgabe, daß die Zeit der Rückgabe nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag zu bestimmen ist (700 I Satz 1, 3); der Hinterleger braucht also, wenn er die Rückgabe der hinterlegten Werte fordern will, nicht erst unter Einhaltung einer gesetzlichen Frist zu kündigen, sondern kann auf sofortiger Rückgabe bestehen. Doch soll diese Regel nur „im Zweifel“ gelten; die vertragsmäßige Festsetzung von Kündigungs- und Rückzahlungsfristen soll also dem Wesen eines Summenverwahrungsvertrages nicht widersprechen; in der Tat kommen kurze (zweitägige, einwöchige) Kündigungsfristen beim Summenverwahrungsvertrage nicht selten vor.

β) Auch der Ort der Rückgabe wird im Zweifel nicht nach den Regeln vom Darlehn, sondern vom Verwahrungsvertrage bestimmt (700 I Satz 3): der Hinterleger muß also, wenn es sich um die Hinterlegung von Geld handelt, das Geld holen.

3) Abw. Crome 2 § 277¹.

c) Beim Summenverwahrungsvertrage können auch Zinsen zu Lasten des Verwahrers ausbedungen werden, wie auch umgekehrt der Hinterleger mit der Zahlung einer „Provision“ belastet werden kann.

d) Bei der Hinterlegung von Wertpapieren gilt der Vertrag nur dann als Summenverwahrungsvertrag, wenn dies ausdrücklich ausgemacht ist (700 II).

2. Ein Mittel Ding zwischen dem eigentlichen Verwahrungsvertrage und dem Summenverwahrungsvertrage liegt vor, wenn der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten Sachen zu verbrauchen. Dieser Vertrag wird nämlich zunächst als reiner Verwahrungsvertrag behandelt; sobald aber der Verwahrer die Sachen wirklich verbraucht, veräußert, verpfändet oder sonst sich aneignet, gilt der Vertrag von nun ab als Summenverwahrungsvertrag (700 I Satz 2, 3).

VII. Die Regeln über den Verwahrungsvertrag können durchweg vertragsmäßig abgeändert werden. So ist z. B. die Vereinbarung zulässig, daß der Verwahrer auch bei dem gewöhnlichen Verwahrungsvertrage für zufälligen Untergang der hinterlegten Sache haften soll.

XV. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten.¹

§ 154 a.

I. 1. a) Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten (receptum) im Sinn der demnächst zu besprechenden gesetzlichen Bestimmungen spielt sich zwischen Gastwirt und Gast ab.

α) Gastwirt ist, wer gewerbmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt.² Den Gegensatz bilden Restaurateure, deren Gewerbebetrieb nur auf die Bewirtung, nicht aber auch auf die Beherbergung ihrer Gäste geht, sowie Zimmervermieter, die ihre Zimmer ihren Mietern nicht als Herberge, sondern als Wohnung überlassen.

Nicht als Gastwirte sind auch die dem Personentransport dienenden Anstalten anzusehen; denn deren Gewerbebetrieb geht darauf, die Reisenden von Ort zu Ort zu schaffen; daß sie die Reisenden außerdem während des Transports beherbergen, ist nur Mittel zum Zweck. So auch dann, wenn sie den Reisenden getrennte Schlafräume, Kabinen u. dgl. zur Verfügung stellen; denn für den Begriff des Gastwirtgewerbes macht es nichts aus, ob die Reisenden getrennt untergebracht werden oder ein Massenquartier erhalten. Anders steht es mit den Schlafwagengesellschaften; denn diese haben mit dem Transport der Reisenden selber nichts zu tun, sondern lediglich für die Beherbergung der Reisenden während des Transports zu sorgen; insbesondre sind dafür, daß der Schlafwagen an den Eisenbahnzug angehängt und seinem Bestimmungsort zugeführt wird, nicht sie, sondern ist nur die Eisenbahn verantwortlich; die Schlafwagengesellschaften sind also wohl zu den Gastwirten zu rechnen.³

β) Gast ist, wer von einem Gastwirt in dem Betriebe der Gastwirtschaft

1) Eschenburg, Rechtsstellung der Wirte (Diss. 99); Sturm, Einbringung der Sachen bei Gastwirten (00); Langen, privatrechtl. Stellung der Wirte (02).

2) Mittelstein, Miete (09) S. 35.

3) Örtmann Anm. 1 zu § 701; abw. Brückner, Miete 2. Aufl. (02) S. 192.

„aufgenommen“ wird. Den Gegensatz bilden Personen, die nur in der mit dem Gasthof verbundenen Restauration verkehren oder bloß einen Gast im Gasthof besuchen.⁴

Gleichgültig ist, ob die Aufnahme des Gasts auf längere oder kürzere Zeit geschah. Wenn also z. B. ein Gast sich die freien Zimmer des Gasthauses zeigen läßt und während dessen sein Gepäck in der Portierloge niederlegt, so muß er in dieser Zeit als „aufgenommen“ gelten, auch wenn er schließlich keins der ihm gezeigten Zimmer nimmt.

b) Das „Einbringen“ von Sachen bei dem Gastwirt geschieht dadurch, daß der Gast die Sachen entweder dem Gastwirt selbst oder dessen Leuten, sofern sie zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehn waren, übergibt oder daß der Gast die Sachen an einen von diesen Personen angewiesenen oder in Ermanglung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort bringt (701 II).

Beispiele. I. Es ist nicht nötig, daß die Sachen in den Gasthof selbst hineingelangen, sondern es genügt, wenn sie dem am Bahnhof befindlichen Hausknecht des Gasthofs anvertraut oder in den Gasthofomnibus gelegt werden. Ob der Gastwirt oder seine Leute die Einbringung genehmigen oder auch nur Kenntnis von ihr erlangen, ist gleichgültig.⁵ II. Ein Schmucktui, das der Reisende bei seinem Eintritt in den Gasthof versteckt in der Tasche trägt, ist in dem Augenblick eingebracht, in dem der Reisende als Gast aufgenommen wird; denn für die Unterbringung von Sachen, die der Gast bei sich trägt, sind sämtliche Räume des Gasthauses bestimmt, in denen der Gast selber zu verweilen befugt ist.

Nicht als „eingebracht“ sind solche Sachen anzusehn, deren Einbringung, wie der Gast wissen mußte, der Gastwirt verboten hatte; denn hier fehlt es an einem zur Unterbringung der Sachen vom Wirt „angewiesenen“ Raum. Doch folgt hieraus keineswegs, daß der Wirt für solche Sachen nicht zu haften hätte; denn es ist selbstverständlich, daß der Gastwirt einem Gast, den er einmal aufgenommen hat, die Einbringung von Sachen nur aus bestimmten Gründen verbieten darf; er kann sich also dadurch, daß er die Einbringung der Sachen ohne zureichenden Grund verbietet, erst recht haftbar machen.

Unerheblich ist, ob die eingebrachten Sachen zum Reisegepäck des Gasts zählen. Demnach gehören hierher auch z. B. Sachen, die ein Geschäftsreisender auf der Reise ankauft, um sie alsbald weiter zu veräußern.⁶

Unerheblich ist auch, ob die Sachen im Eigentum des Gasts stehn. Demnach gehören hierher auch z. B. Sachen, die der Gast sich für die Reise geliehen hat.⁷

2. Die Einbringung von Sachen bei einem Gastwirt ist nicht als Verwahrungsvertrag anzusehn. Denn da sie ohne Vorwissen des Wirts und auch von einem geisteskranken Reisenden rechtsgültig vorgenommen werden kann, braucht sie keinen Vertrag darzustellen. Auch ist sie niemals für sich allein, sondern nur im Zusammenhang mit der Aufnahme der Person des Gasts wirksam.⁸

II. Die wichtigste Rechtswirkung der Einbringung ist, daß der Wirt für den Verlust und die Beschädigung der eingebrachten Sachen in ungewöhnlich strenger Art haftbar ist. Dies erklärt sich dadurch, daß der Gast außerstande ist, selber ausreichend für die Sachen zu sorgen; auch wird der Gastwirt durch die Strenge des Gesetzes nicht gar zu hart betroffen, wenn er auf gute Ordnung

4) Langen S. 27.

5) Langen S. 47.

6) Endemann 2 § 186²¹.

7) Langen S. 49.

8) Endemann § 186⁷; abw. Langen S. 63.

in seinem Hause hält und seine Preise mit Rücksicht auf das ihm auferlegte Risiko um einen angemessenen Zuschlag („Risikoprämie“) erhöht.

1. Die Haftung des Gastwirts erstreckt sich auf den Verlust und die Beschädigung der vom Gast eingebrachten Sachen ohne Rücksicht darauf, ob dem Wirt oder seinen Vertretern oder Gehülfen irgendein Verschulden zur Last fällt (701 I Satz 1). Doch ist die Haftung keine ausnahmslose. Vielmehr versagt sie (701 I Satz 2):

a) wenn der Unfall von dem Gast selbst oder von einem Begleiter des Gasts oder von einer Person, die der Gast bei sich aufgenommen hat, verursacht ist,

b) wenn der Unfall durch die Beschaffenheit der Sachen entsteht,

c) wenn der Unfall auf höherer Gewalt (oben S. 310) beruht.

2. Die Haftung des Gastwirts geht auf Schadensersatz und unterliegt den allgemeinen für die Schadensersatzpflicht geltenden Regeln. Eine wichtige Besonderheit ist aber (702), daß, wenn der Schaden Geld, Wertpapiere oder Kostbarkeiten betroffen hat, der Wirt nur bis zum Betrage von 1000 Mark haftet, es sei denn,

a) daß er diese Gegenstände in Kenntnis ihrer Eigenschaft als Wertgegenstände in Verwahrung genommen oder

b) daß er ihre Verwahrung abgelehnt hat oder

c) daß der Schaden nachweislich von ihm selbst oder von seinen Leuten verschuldet ist.

Ein Reisender, der Wertgegenstände im Wert von mehr als 1000 Mt. bei sich führt, wird also wohl tun, die Sachen dem Wirt zur Aufbewahrung anzubieten, indem er alsdann die Haftung des Wirts auf den vollen Wert entweder nach der Regel zu a oder nach der Regel zu b herbeiführt. Freilich riskiert er alsdann, daß der Wirt seine Aufnahme verweigert oder ihm erhöhte Zimmerpreise berechnet.

3. Die Haftung des Wirts erlischt:

a) wenn, ehe der Schaden eingetreten ist, der Gast das Gasthaus verläßt oder zum Verlassen des Gasthauses rechtmäßig aufgefordert wird oder wenn die Sache aufhört, eingebracht zu sein;

b) wenn, nachdem der Schaden eingetreten und zur Kenntnis des Gasts gekommen ist, der Gast dem Wirt nicht unverzüglich Anzeige macht, es sei denn, daß die Sachen dem Wirt zur Aufbewahrung gegeben waren (703).

4. Die Haftung des Wirts ist nicht zwingenden Rechts, kann also durch Vertrag zwischen Wirt und Gast ausgeschlossen werden. Dagegen kann der Wirt sie nicht einseitig durch einen Anschlag im Gasthause ablehnen (701 III); der Gast kann also einen derartigen Anschlag einfach unbeachtet lassen.

III. Eine zweite Rechtswirkung des Einbringens von Sachen bei Gastwirten ist eine pfandrechtliche. Von ihr wird erst im Sachenrecht die Rede sein.

XVI. Die Geschäftsführung ohne Auftrag.¹

§ 155.

I. 1. Bei der auftraglosen Geschäftsführung (*negotiorum gestio*) sind zwei Personen, der Geschäftsführer und der Geschäftsherr, in der Art beteiligt, daß der erstere ein Geschäft des letzteren in dessen Interesse besorgt, obschon er dazu nicht ermächtigt, geschweige denn verpflichtet ist (677). Meistens hat der Geschäftsherr dem Gebahren des Geschäftsführers nicht im voraus zugestimmt; er weiß sogar häufig nichts davon. Doch gehört auch eine Geschäftsführung, die mit Zustimmung des Geschäftsherrn erfolgt, hierher, wenn die Zustimmung ungültig ist.

Beispiel. I. A. sorgt für seinen vom Schlage getroffenen Freund B., indem er in B.'s Namen eine Krankenpflegerin annimmt und in eigenem Namen, aber für B.'s Rechnung Arzneien kauft. II. Der Arzt C. nimmt an D. mit dessen Einwilligung eine Operation vor; die Einwilligung ist aber unwirksam, weil D. noch minderjährig ist und sein Vater der Operation nicht zustimmt.

Der Begriff der Geschäftsbeforgung ist in dem bereits oben in der Lehre vom Dienstvertrage entwickelten Sinn zu verstehn (s. oben S. 594). Er umfaßt also nicht bloß die Vornahme von Rechtsgeschäften, sondern auch rein tatsächliche Handlungen; ob die Geschäfte das Vermögen oder die Person des Geschäftsherrn betreffen,² ist gleichgültig. Siehe die vorstehenden Beispiele.

2. a) Hiernach steht die „auftraglose“ Geschäftsführung im Gegensatz zu einer Geschäftsbeforgung, die kraft eines zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer abgeschlossenen rechtsgültigen Dienst- oder Werkvertrages, kraft eines rechtsgültigen Gesellschaftsvertrages, kraft elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt, kurz kraft eines Rechts zur Geschäftsführung erfolgt.

b) Ein anderer Gegensatz zur auftraglosen Geschäftsführung ist die unberechtigte Führung der Geschäfte eines andern im eignen Interesse oder im Interesse eines Dritten. Doch kann man eine derartige Geschäftsführung auch als „uneigentliche auftraglose Geschäftsführung“ bezeichnen.

3. a) Dem Erfordernis, daß die auftraglose Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn geschieht, ist genügt, wenn der Geschäftsführer diese Interessen mit den eignen Interessen oder mit den Interessen Dritter gemeinsam verfolgt. Das Interesse des Geschäftsherrn braucht also nicht ausschließlich maßgebend zu sein.

b) Eine auftraglose Geschäftsführung liegt auch dann vor, wenn der Geschäftsführer sich in einem Irrtum über die Person des Geschäftsherrn befindet.

1) Sturm, Geschäftsf. ohne Auftrag (97); Jhay, Geschäftsführung (00); v. Tuhr, *actio de in rem verso* (95); Zitelmann, Arch. f. ziv. Pr. 99 S. 1; Ernst, ebenda 96 S. 440; Brückmann, Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag (03); Streber, Wille u. Interesse des Geschäftsherrn (07).

2) Crome 2 § 254 Nr. 1; abw. Jhay S. 46 ff.

Seine Pflichten und Rechte gelten alsdann nicht gegenüber dem vermeintlichen, sondern gegenüber dem wirklichen Geschäftsherrn (686).

Beispiel. A., der eben einen Weinberg gekauft hat, glaubt, auf dem anstoßenden, wie er meint, dem B. gehörigen Weinberge einen Reblausherd zu entdecken, und bestellt Arbeiter, um die kranken Weinstöcke zu vernichten, sowohl im Interesse des B. wie im eignen Interesse; nachträglich stellt sich heraus, daß der Weinberg dem C. gehört. Hier liegt eine Geschäftsführung gegenüber C. vor.

4. a) Die auftraglose Geschäftsführung stellt keinen Vertrag dar und unterscheidet sich dadurch von den meisten in den vorausgehenden Paragraphen besprochenen Rechtsvorgängen auffällig. Ja, sie ist überhaupt kein Rechtsgeschäft.³ Denn es gibt Fälle, in denen der auftraglose Geschäftsführer irgendeine Rechtswirkung zu begründen durchaus nicht beabsichtigt, weder zum Vorteil des Geschäftsherrn noch zum eignen Vorteil.

Beispiel. Frau A. läßt die Wäsche des bei ihr zum Besuch weilenden Kadetten B. waschen, ohne B. oder dessen Eltern gefragt zu haben. Hier liegt sicher kein Rechtsgeschäft und doch auftraglose Geschäftsführung vor.

b) Dennoch wird die auftraglose Geschäftsführung einem Rechtsgeschäft insofern gleichgestellt, als sie den Geschäftsführer bloß dann verpflichtet, wenn er unbeschränkt geschäftsfähig ist; andernfalls haftet er nicht als Geschäftsführer, sondern höchstens wegen Delikts oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung (682). Dagegen ist die Geschäftsfähigkeit des Geschäftsherrn gleichgültig; nur insoweit, als der Wille des Geschäftsherrn berücksichtigt werden muß, ist, wenn der Geschäftsherr bloß beschränkt geschäftsfähig oder gar geschäftsunfähig ist, nicht sein eigener, sondern der Wille seines Gewalthabers maßgebend.

5. Die Geschäftsführung ohne Auftrag wird vom Gesetzgeber sehr begünstigt, obgleich sie ein rechtloser Eingriff in eine fremde Vermögenssphäre ist und deshalb einem Delikt sehr nahe kommt. Der Grund hiefür ist ein zweifacher. Erstlich handelt der Geschäftsführer (ausschließlich oder nebenbei) im Interesse des Geschäftsherrn, mag also wegen seiner guten Absicht subjektiv eine schonende Behandlung verdienen. Zweitens ist in Notfällen die auftraglose Geschäftsführung gar nicht zu entbehren; deshalb verdient sie auch objektiv die Gunst des Gesetzgebers. Und zwar kann der Gesetzgeber seine Gunst sogar solchen Geschäftsführungen nicht versagen, die dem Geschäftsherrn sehr unlieb sind. Würden doch andernfalls auch viele dem Geschäftsherrn tatsächlich höchst erwünschte Geschäftsführungen einfach unterlassen werden; denn nur selten kann der Geschäftsführer im voraus mit voller Sicherheit feststellen, ob seine Hilfe dem Geschäftsherrn willkommen sein wird oder nicht.

II. 1. a) Der Geschäftsführer hat, wenn er einmal die Interessen des Geschäftsherrn wahrnehmen will, dies mit aller Sorgfalt zu tun, gerade so als ob er zu der Geschäftsbesorgung durch einen Dienstvertrag verpflichtet wäre (677). Allerdings kann der Geschäftsherr dies nicht positiv verlangen; er kann insbesondere nicht fordern, daß der Geschäftsführer das einmal begonnene Geschäft bis zu Ende durchführe.⁴ Wohl aber hat er, wenn der Geschäftsführer die gebührende Sorgfalt außer Augen läßt, einen Anspruch auf vollen Schadensersatz.

3) *Jfay* S. 105. *Abw. Endemann* § 178³.

4) *RG.* 63 S. 284. *Abw. Jfay* S. 126.

b) Zur sorgfältigen Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn gehört es auch, daß der Geschäftsführer sich an den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn hält. Denn eines der wesentlichsten Interessen des letzteren ist es ja, daß in seinen Geschäften sein eigener Wille maßgebend ist. Ist doch auch der vertragsmäßig bestellte Geschäftsführer streng an den Willen des Geschäftsherrn gebunden! Somit fällt dem auftraglosen Geschäftsführer, der die Geschäftsführung unternimmt oder fortsetzt, obschon er weiß oder wissen muß, daß er damit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn zuwiderhandelt, ebendadurch ein Verschulden zur Last, und er muß deshalb allen Schaden, der dem Geschäftsherrn durch die Geschäftsführung erwächst, erstatten, auch wenn er im übrigen mit größter Sorgfalt gehandelt hat und den Schaden gar nicht abzuwenden in der Lage war (678). Dennoch darf man nicht sagen, daß er in diesem Fall für Zufall hafte; denn die letzte Ursache des Schadens ist doch gewesen, daß er seine Geschäftsführung dem Geschäftsherrn schuldhafterweise aufgedrängt hat, war also kein Zufall.

c) Als mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn muß es gelten, daß der Geschäftsführer ihm die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, anzeigt und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, seine Entschliebung abwartet. Somit greifen, wenn der Geschäftsführer schuldhaft gegen diese Regel verstößt, die Vorschriften zu b ein: der Geschäftsführer ist für allen Schaden, der durch die Verzögerung der Anzeige und das Nichtabwarten der Entschliebung des Geschäftsherrn entsteht, haftbar, mag ihm auch ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fallen (§. 681).

Beispiel. Bankier A. verkauft auftraglos die bei ihm hinterlegten italienischen Staatspapiere des B., weil er ungünstige Nachrichten über die italienischen Finanzen empfangen hat und einen Sturz des KurSES der Papiere erwartet; die Nachrichten sind aber unwahr: der Kurs steigt, statt zu fallen; so erleidet B. durch den Kauf seiner Papiere einen Schaden von 3000 Mk., um so schmerzlicher für ihn, als er Italiener ist und auch bei dem stärksten Niedergange des KurSES die Papiere festgehalten haben würde. Hier ist A. ersatzpflichtig: 1. wenn er die Unwahrheit jener Nachrichten hätte erkennen müssen; 2. wenn er Zeit hatte, zuvor bei B. anzufragen und dessen Entschliebung abzuwarten; 3. wenn er die unbedingte Unhänglichkeit des B. an italienische Papiere hätte kennen oder mutmaßen müssen. Trifft dagegen keine dieser Voraussetzungen zu, so muß B. seinen Schaden ersatzlos tragen.

2. Die Regeln zu 1 erfahren in zwei Fällen eine Änderung zugunsten des Geschäftsführers.

a) 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, bleibt die Regel zu 1b und teilweise auch die zu 1c außer Betracht: darin allein, daß der Geschäftsführer gegen den mutmaßlichen Willen, vielleicht sogar gegen ein ausdrückliches Verbot des Geschäftsherrn einschreitet oder daß er die eignen Entschliebungen des Geschäftsherrn nicht abwartet, liegt alsdann noch kein Verschulden (§. 679).

b) Bezweckt die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäfts-

herrn — d. h. seiner Person, seiner Familie, seinem Vermögen — drohenden bringenden Gefahr, so hat, selbst wenn die Gefahr in Wirklichkeit gar nicht bestand, der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (680).

Beispiele. I. A. erbricht die Haustür des B., um dessen krankem, allein im Hause gelassenem Kinde Pflege zu bringen. Hier ist A. ersatzfrei, auch wenn B. ihm sein Haus verboten hatte. II. Bei dem Nihilisten C. wird in dessen Abwesenheit eine Hausfuchung abgehalten; rasch entschlossen steckt C.'s Stubengenosse D. ein Kästchen, in dem C. seine gefährliche Korrespondenz verwahrt, in den Ofen und verbrennt dabei einen Tausendmarkschein, der gleichfalls, ohne daß D. dies wußte, im Kästchen lag. Hier ist D. haftfrei.

3. Der auftraglose Geschäftsführer ist in gleicher Weise wie ein vertragsmäßig bestellter verpflichtet (681, 666, 667, 668),

- a) dem Geschäftsherrn über die Geschäftsführung Auskunft zu geben und Rechenschaft abzulegen,
- b) ihm alles, was er aus der Geschäftsbeforgung erlangt, herauszugeben,
- c) Gelder, die er dem Geschäftsherrn herauszugeben hat, jedoch für sich selbst verwendet, von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

4. Auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers zu 1—3 hat es großen Einfluß, ob der Geschäftsherr nachträglich die Geschäftsführung genehmigt oder nicht. Denn einerseits wird darin, daß der Geschäftsherr genehmigt, vielfach ein Verzicht auf die ihm zustehenden Ersatzansprüche liegen. Andernteils wird der Geschäftsherr, wenn er nicht genehmigt, regelmäßig die Herausgabe dessen, was der Geschäftsführer durch die Geschäftsführung erlangt hat, nicht fordern können. — Beispiel. A. hat auftraglos den Schimmel B.'s gegen einen dem C. gehörigen Rappe ausgetauscht; und zwar hat er bei dem Tausch jahrlässig gehandelt, weil er hätte wissen müssen, daß der Rappe 1200, der Schimmel aber 1500 Mk. wert war. Hier hat B. die Wahl: entweder genehmigt er den Tausch nicht und kann dann Rückgabe des Schimmels oder Zahlung von 1500 Mk. fordern, während der Rappe dem A. verbleibt; oder er genehmigt und kann dann Herausgabe des Rappen, nicht aber weiteren Schadensersatz fordern.

III. 1. a) Wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt, muß er dem Geschäftsführer alle Aufwendungen erstatten, die dieser den Umständen nach für erforderlich halten durfte, gerade so, als ob er den Geschäftsführer vertragsmäßig bestellt hätte (684 Satz 2); ebenso muß er dem Geschäftsführer für dessen persönliche Mühewaltung eine Vergütung zahlen, vorausgesetzt, daß diesem durch seine Tätigkeit für den Geschäftsherrn ein anderweitiger Verdienst entgangen ist.⁵ Er ist also selbst dann haftbar, wenn er nicht bereichert ist, sei es, daß die Geschäftsführung erfolglos verlief, sei es, daß ihr anfänglicher Erfolg später wieder verloren ging.

Doch ändert sich diese Regel, wenn der Geschäftsführer zugleich im eignen Interesse oder im Interesse eines Dritten handelte: alsdann kann er von dem Geschäftsherrn nur anteiligen Ersatz fordern. Dies gilt z. B. für die Arbeitslöhne in dem Falle oben bei I, 3 b.

b) Dieselben Pflichten hat der Geschäftsherr, wenn er die Geschäftsführung zwar tatsächlich nicht genehmigt, aber billigerweise genehmigen sollte.

5) Jfay S. 145; Crome 2 S. 638. Abw. Lotmar, Arbeitsvertrag (02) S. 122¹.

Dies ist der Fall, wenn die Übernahme der Geschäftsführung subjektiv dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen und objektiv dem Interesse des Geschäftsherrn entsprach (683 Satz 1); daß auch der schließliche Erfolg der Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn gedient hat, ist hier so wenig wie bei der vom Geschäftsherrn wirklich genehmigten Geschäftsführung vorausgesetzt. Wäre ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt worden, so braucht das erste (subjektive) der beiden eben genannten Erfordernisse nicht erfüllt zu sein; dagegen muß dem zweiten (objektiven) Erfordernis auch in diesem Fall genügt werden (683 Satz 2).

Beispiele. I. A. bemerkt, daß die Gartenmauer des B. einzustürzen droht; da B. verreist ist und keinen Vertreter hinterlassen hat, schickt A. zu dem Maurermeister C.; dieser bessert die Mauer auch aus und erhält von A. 30 Mk. dafür; demnächst stürzt die Mauer trotz der Ausbesserung infolge einer Überschwemmung ein. Hier kann A. trotzdem von B. Erstattung der 30 Mk. fordern. II. Gleicher Fall; nur läßt sich feststellen, daß B. die Mauer sowieso abreißen und durch ein Eisengitter ersetzen wollte, weshalb die Ausbesserung seinem Interesse nicht diente. Hier hat A., auch wenn er diesen Umstand nicht kannte und nicht kennen konnte, einen Anspruch auf Erstattung der 30 Mk. nicht. III. Gleicher Fall; nur war der Zustand der Mauer für die im Garten spielenden Kinder des B. lebensgefährlich. Hier greift der Ersatzanspruch des A. wieder Platz; denn eine Änderung der Mauer mußte der Kinder wegen irgendwie vorgenommen werden; besser wäre es freilich für B. gewesen, wenn A. die Mauer hätte einreißen lassen; allein auch die Ausbesserung lag in diesem Fall in B.'s Interesse. Ja hier wäre A. sogar ersatzberechtigt, wenn B. sich im voraus jede Einmischung A.'s ausdrücklich verboten hätte. Dagegen hätte A. einen Ersatzanspruch nicht, wenn die Entfernung der Mauer von B. bereits dem D. aufgetragen ist und von diesem ohne das Eingreifen des C. rechtzeitig besorgt worden wäre.

2. Wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung weder genehmigt hat noch billigerweise genehmigen sollte, braucht er die Aufwendungen des Geschäftsführers nicht zu erstatten, mag dieser noch so eifrig und gutgläubig gehandelt haben. Wohl aber ist er zur Herausgabe der ihm durch die Geschäftsführung auf Kosten des Geschäftsführers zugewachsenen Bereicherung verpflichtet (684 Satz 1).

3. Sowohl der Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen wie der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung fällt fort, wenn der Geschäftsführer bei seiner Geschäftsführung nicht die Absicht hatte, Ersatz zu fordern; doch muß der Geschäftsherr beweisen, daß diese Voraussetzung erfüllt ist; nur wenn Eltern oder Voreltern ihren Nachkommen oder diese jenen Unterhalt gewähren, spricht die Vermutung gegen die Absicht, Ersatz zu fordern (685).

IV. 1. Fassen wir die Regeln zu II und III zusammen, so können wir fünf verschiedene Arten der Geschäftsführung unterscheiden, wobei wir der Kürze wegen eine Geschäftsführung, die vom Geschäftsherrn weder genehmigt ist noch billigerweise genehmigt werden sollte, als „mißlungen“, eine Geschäftsführung ohne die Absicht, Ersatz zu fordern, als „unentgeltlich“ bezeichnen.

a) Die gelungene entgeltliche Geschäftsführung: der Geschäftsführer ist ersatzfrei und kann Erstattung seiner Aufwendungen fordern.

b) Die schuldlos mißlungene entgeltliche Geschäftsführung: der Geschäftsführer ist ersatzfrei, kann aber vom Geschäftsherrn bloß Herausgabe der Bereicherung fordern.

c) Die schuldhaft mißlungene entgeltliche Geschäftsführung: der Geschäftsführer ist ersatzpflichtig und kann vom Geschäftsherrn gleichfalls nur Herausgabe der Bereicherung fordern.

d) Die gelungene oder schuldlos mißlungene unentgeltliche Geschäftsführung: der Geschäftsführer ist ersatzfrei und kann vom Geschäftsherrn gar nichts fordern.

e) Die schuldhaft mißlungene unentgeltliche Geschäftsführung: der Geschäftsführer ist ersatzpflichtig und kann vom Geschäftsherrn gleichfalls gar nichts fordern, vielmehr nur dessen etwaige Bereicherung von dem zu leistenden Schadensersatz abziehen.

Die Unterscheidung der eben genannten fünf Arten ist aber keine scharfe. Denn auch bei der gelungenen Geschäftsführung kann dem Geschäftsführer im einzelnen ein Verschulden zur Last fallen, das ihn ersatzpflichtig macht. Man nehme z. B. an, daß in dem zu III, 1 genannten Beispiel I bei der Ausbesserung der Mauer B.s fahrlässigerweise die Gartenanlagen des B. beschädigt worden sind.

2. a) Wird der Geschäftsführer ersatzpflichtig gemacht, so muß der Geschäftsherr nachweisen, daß die Geschäftsführung objektiv seinem Interesse oder subjektiv seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen widersprach. Verlangt der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen, so dreht die Beweislast sich um.

b) Wird der Geschäftsführer ersatzpflichtig gemacht, so genügt es zu dessen Entlastung, wenn festgestellt wird, er habe sich über den objektiven Nutzen seiner Geschäftsführung und deren subjektive Übereinstimmung mit dem Willen des Geschäftsherrn entschuldbar geirrt (s. 678, 680). Fordert dagegen der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen, so muß der objektive Nutzen der Geschäftsführung und deren subjektive Übereinstimmung mit dem Willen des Geschäftsherrn als Tatsache feststehen (683).

3. Über die Rechtsverhältnisse, die entstehen, wenn der auftraglose Geschäftsführer ein Rechtsgeschäft im Namen des Geschäftsherrn vornimmt, s. oben § 69.

4. Besondere Vorschriften gelten für einige Arten der auftraglosen Geschäftsführung, namentlich für die Auffindung einer verlorenen Sache. Hierüber ist erst später zu handeln.

V. 1. Eine uneigentliche auftraglose Geschäftsführung liegt vor, wenn jemand fremde Geschäfte nicht im Interesse des Geschäftsherrn, sondern im eignen Interesse oder im Interesse eines Dritten besorgt. Alsdann kommen nicht die Regeln von der eigentlichen auftraglosen Geschäftsführung, sondern die Regeln von der ungerechtfertigten Bereicherung oder von den Delikten zur Anwendung (687).

2. Nur wenn der Geschäftsführer sich dieser Art der Geschäftsbeforgung befleißigt, obschon er weiß, daß er dazu kein Recht hat, sind einige der Vor-

schriften von der eigentlichen auftraglosen Geschäftsführung, nämlich die oben zu I, 4, II, 1, 3 genannten, anwendbar; macht der Geschäftsherr auf Grund dieser Vorschriften Ansprüche gegen den Geschäftsführer geltend, so muß er ihm seine durch die Geschäftsführung gewonnene Bereicherung herausgeben (687 II).

Beispiel. A., der entlassene Kommiss des B., macht auftraglos im Namen des B., aber für eigne Rechnung glückliche Börsenspekulationen. Hier würde B., wäre er nur wegen Delikts haftbar, bloß auf Schadenersatz belangt werden können; B. ist aber gar nicht geschädigt. Ebenso wäre es ergebnislos, wenn A. wegen ungerechtfertigter Bereicherung belangt werden würde; denn er ist zwar ungerechtfertigt bereichert, aber nicht aus dem Vermögen des B. Nun aber haftet er außerdem als Geschäftsführer und muß als solcher seinen ganzen Spekulationsgewinn an B. abgeben, auch wenn B. es ablehnt, die Spekulationen des A. den Gegenkontrahenten des A. gegenüber zu genehmigen (681, 667).⁶

XVII. Das Spielgeschäft.

1. Allgemeines.

§ 156.

I. 1. Das Spielgeschäft ist ein Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft, dem folgende zwei Merkmale eigentümlich sind.¹

a) Einer oder allen bei dem Geschäft beteiligten Personen wird die ungewisse Aussicht eröffnet, durch eine Leistung der andern Beteiligten auf deren Kosten einen Gewinn zu machen.

b) Das Interesse, das dem Geschäft zugrunde liegt, verdient nach den herrschenden Anschauungen den Schutz der Rechtsordnung nicht.

Beispiele. I. 1. A. und B. würfeln miteinander unter einer der folgenden Vereinbarungen. a) Derjenige, dessen Würfe die geringere Augenzahl aufweisen, soll die Flasche Wein bezahlen, die beide bestellt und während des Würfelns getrunken haben. b) A. verspricht dem B. soviel Hundertmarkscheine, als die Augenzahl der Würfe B.s bei dreimaligem Würfeln ausmachen wird. c) Jede Partei hat der andern soviel Mark zu zahlen, als deren Würfe ihre eignen bei dreimaligem Würfeln an Augenzahl übertreffen wird. Hier liegen in allen drei Fällen Spielverträge vor; denn im ersten und im dritten Fall wird beiden Parteien, im zweiten Fall wird wenigstens dem B. vertragsmäßig die Aussicht eröffnet, auf Kosten des Gegners einen Gewinn zu machen; im ersten Fall ist die Person des Gewinners, im zweiten ist die Höhe des Gewinns, im dritten ist beides zugleich ungewiß; in allen drei Fällen verdient weder das Interesse des A. noch das des B. an dem Fall der Würfel und den künstlich daran geknüpften Rechtsfolgen den Schutz der Rechtsordnung. 2. Der Gastwirt C. verspricht durch einen Anschlag in der Wirtsstube allen seinen Gästen eine Zahlung von 1000 Mk., die vor seinen Augen mit zwei Würfeln fünfmal hintereinander 12 werfen würden. Hier liegt gleichfalls ein Spielgeschäft vor, jedoch kein vertragsmäßiges, wie zu 1, sondern ein einseitiges (Spieldauslobung). II. 1. D. kauft von dem Gärtner E. einen von diesem gezüchteten Rosenstrauch unter der Vereinbarung, daß E. alle andern von ihm gezogenen Sträucher derselben Art vernichten müsse, weil D. einziger Besitzer der Art sein will. Hier liegt ein Spielgeschäft nicht vor. Freilich wird man die Hoffnung hegen, daß die Interessen der Parteien an diesem Geschäft nach herrschender Anschauung für jedes Rechtsschutzes unwürdig erklärt werden. Doch reicht dieser Umstand für sich allein nicht aus, um den Vertrag zwischen D. und E. zum Spielvertrage zu stempeln; vielmehr wäre dazu noch weiter erforderlich, daß

6) Abw. Örtmann 2 S. 829.

1) Siehe Eßter, Arch. f. RR. 26 S. 34.

die Ansprüche des D. gegen E. oder des E. gegen D. mit irgendeiner Ungewißheit behaftet wären; das ist aber tatsächlich nicht der Fall. 2. Die Brüder F. und G. würfeln das Bildgemälde ihres Vaters aus, das ihnen durch Erbschaft zugefallen ist. Hier wird einem jeden von ihnen die ungewisse Aussicht eröffnet, durch die Leistung des Gegners (nämlich durch dessen Verzicht auf seinen Anteil am Bilde) auf des Gegners Kosten einen Gewinn zu machen. Doch reicht dieser Umstand für sich allein nicht aus, um den Vertrag zwischen F. und G. zum Spielvertrage zu stempeln; vielmehr wäre dazu noch weiter erforderlich, daß die Interessen der Parteien nach den herrschenden Anschauungen des Rechtschutzes unwürdig wären; das ist aber tatsächlich nicht der Fall; denn schließlich kann nur einer von beiden das Bild auf die Dauer erhalten; es ist also zwar nicht besonders gleichmachvoll, aber doch nicht unzweckmäßig, daß sie zwischen sich die Würfel entscheiden lassen.

Der Begriff des Spielgeschäfts ist weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht bestimmt und deshalb sehr bestritten. Man vergleiche z. B. die Begriffsbestimmung Crome's: „Spiel ist ein Vertrag, durch welchen die Parteien sich wechselseitig unter entgegengesetzten Bedingungen eine Vermögensleistung versprechen; Zweck des Geschäfts ist Gewinn oder Verlust einer Partei, indem nur die eine oder die andre die versprochene Leistung zu machen hat, je nach dem Ausfall der Bedingung.“² Es ist klar, daß diese Bestimmung teils viel weiter, teils viel enger ist als die meinige. Man prüfe an der Hand der zahlreichen in diesem Paragraphen erwähnten Beispiele, welche der beiden Begriffsbestimmungen den Vorzug verdient.

2. Im übrigen kann das Spielgeschäft jeden beliebigen Inhalt haben.

a) Sehr häufig wird ein Spielgeschäft vertragsmäßig in der Art abgeschlossen, daß beide Vertragsparteien sich gegenseitig eine Leistung unter entgegengesetzten Bedingungen zusagen und demnach schließlich nur eine von ihnen die versprochene Leistung wirklich vorzunehmen hat, da, wenn die für die Leistung der einen Partei gesetzte Bedingung eintritt, notwendig die für die Leistung der Gegenpartei gesetzte Bedingung ausfällt. Doch ist diese Art der Abrede für den Spielvertrag durchaus nicht wesentlich.³ Vielmehr kommen auch Spielverträge vor, bei denen die eine oder gar beide Parteien ihre Leistungen ohne irgendeine Bedingung vornehmen oder zusagen oder bei denen eine Leistung nur von einer der Parteien übernommen wird, während die Gegenpartei leistungsfrei bleibt.

Beispiele. I. Ein Fall eines Spielvertrages, in dem beide Parteien sich wechselseitig unter entgegengesetzten Bedingungen eine Leistung zusagen, ist oben bei 1 b unter I, 1 a, c erwähnt. II. 1. A. verkauft dem B. einen Ring, und B. soll dafür soviel Zwanzigmarkstücke zahlen, als er durch einmaligen Wurf mit zwei Würfeln Augen werfen wird. Hier liegt ein Spielvertrag vor, bei dem die Leistung B.s, nur soweit sie 40 Mk. übersteigt, bedingt, die Leistung A.s gänzlich unbedingt versprochen ist. 2. C. zeigt dem D. eine Brosche, die er geerbt hat, und erklärt dabei wahrheitsgemäß, er wisse nicht, ob die Steine der Brosche echte Brillanten oder nur Glas seien; ersterenfalls sei die Brosche mindestens 1000, letzterenfalls höchstens 20 M. wert; D., der gleichfalls nicht weiß, ob die Steine echt sind, erbietet sich darauf, die Brosche für 200 Mk. zu kaufen, und C. nimmt das Angebot an. Hier liegt ein Spielvertrag vor, bei dem die Leistungen beider Parteien unbedingt versprochen sind. III. Ein Fall eines Spielvertrages, bei dem eine Partei leistungsfrei bleibt, ist oben bei 1 b unter I, 1 b erwähnt.

b) Meistens gehen beim Spielgeschäft die Leistungen der Parteien auf Geld. Sie können aber ebensogut auch von beliebig anderer Art sein.

Beispiele. I. Siehe die bisher genannten Fälle. II. A. spielt mit B. Karten derart, daß B. einen festen Einsatz von 10 Mk. machen muß, A. dagegen je nach dem Glück, das

2) Crome 2 S. 830.

3) Abw. Crome 2 S. 830.

B. bei seinem Spiel entwickeln wird, ihm eine der neben dem Spieltisch aufgestellten Schmuckfachen im Wert von 5 bis 100 Mk. zu leisten hat.

c) Der Regel nach treten beim Spielgeschäft die Umstände, von denen die Zuteilung der Gewinnerrolle oder die Größe des Gewinns abhängt, erst nach Vornahme des Spielgeschäfts ein und werden zum Teil durch eine absichtliche Tätigkeit der Beteiligten, zum Teil durch zufällige Momente, die von dem Willen der Beteiligten mehr oder minder unabhängig sind, bestimmt. Doch kommen auch nach dieser Richtung hin Abweichungen vor: es gibt Spielgeschäfte, bei denen über den Gewinn durch Umstände entschieden wird, die bereits bei Vornahme des Geschäfts vorhanden waren oder die ohne eine tätige Mitwirkung der Beteiligten eintreten oder die ganz und gar in der Willkür eines der Beteiligten stehn.

Beispiele. I. In den oben S. 652 genannten Fällen ist für die Zuteilung der Gewinnerrolle eine zukünftige Tätigkeit der Parteien und der von dem Willen der Parteien unabhängige Würfelfall entscheidend. II. 1. Dagegen ist in dem oben S. 653 bei 2 a unter II, 2 genannten Fall die Echtheit oder Unechtheit der Steine, also ein bereits bei Abschluß des Spielvertrages vorhandener Umstand, entscheidend. 2. Wenn A. und B. vereinbaren, daß entweder A. oder B. die von beiden gemeinsam bestellte Flasche Wein bezahlen soll, je nachdem die Kellnerin Rose oder die Kellnerin Theresie das Geld einkassieren wird, ist entscheidend ein Umstand, bei dem keine der Parteien mitwirkt. 3. Wenn C. und D. vereinbaren, daß jeder dem andern 10 Mk. zahlen soll, falls der andre während des Frühstüppens keinmal fluchen wird, ist ein Umstand entscheidend, der gänzlich vom freien Willen des Verlierers abhängt.

d) In der Mehrzahl der Fälle ist die Vornahme und die Ausführung der Spielgeschäfte ausschließlich oder überwiegend ein bloßer der Unterhaltung dienender Zeitvertreib. Doch handelt es sich auch hier um kein wesentliches Merkmal des Spiels. Vielmehr gibt es Spielgeschäfte, die von den Parteien aus ganz andern Motiven, insonderheit aus reiner Gewinnsucht, vorgenommen werden.

Beispiel. Die Vereinbarung eines Kartenspiels um Geld ist Spielvertrag, mögen die Parteien nur zum Vergnügen spielen oder ausgesprochenermaßen ihren Lebensunterhalt aus dem Spiel gewinnen wollen.

In den früheren Auflagen dieses Buchs⁴ habe ich die Meinung verteidigt, der Spielvertrag müsse, wenn er nicht der Vergnügung dient, wenigstens eine Form anwenden, die nach der Verkehrssitte nur zur Vergnügung bestimmt ist. Doch muß ich diese Meinung fallen lassen; denn sie wird dadurch widerlegt, daß das Reichsbörsengesetz ausdrücklich von Börsentermingeschäften spricht, gegen die der Einwand erhoben werden kann, daß sie Spielgeschäfte im Sinn des BGB. seien (RBörsGes. 58), und daß diese Geschäfte sich zweifellos der hergebrachten Formen von Vergnügungsspielen nicht bedienen.

3. Die Spielgeschäfte stehn in keinem ausschließenden Gegensatz zu den übrigen Arten der obligatorischen Rechtsgeschäfte. Im Gegenteil: es kann ein und dasselbe Geschäft zugleich Spiel und Kauf, Spiel und Schenkungsvertrag, Spiel und Werkvertrag sein usw.

Beispiele s. oben bei 1 b unter I, 1 b und bei 2 a unter II.

Man beachte die praktischen Konsequenzen der Regel zu 3. Erstens: wer ein Schenkungsverprechen abgibt, das zugleich auf einem Spielvertrage beruht, kann zur Erfüllung des

4) S. die 4. Aufl. d. Buchs S. 578.

Verprechens selbst dann nicht gezwungen werden, wenn es notariell beurkundet war (§. 518, 762). Zweitens: wer ein solches Schenkungsversprechen als Verlierer bezahlt, kann, wenn er später verarmt, den Verlust zurückfordern (§. 528, 762).

4. Die Spielgeschäfte zählen zu den gewagten oder aleatorischen Rechtsgeschäften. Doch ist mit dieser Feststellung juristisch nichts gewonnen, weil es für den Kreis der gewagten Geschäfte keinerlei gemeinschaftliche Rechtsregeln gibt.

II. Das Spielgeschäft bedarf einer Form nur aus besondern Gründen, insbesondere wenn es ein Grundstück betrifft (313).

III. Die Rechtswirkungen des Spielgeschäfts sind verschieden.

1. Gewisse Spielgeschäfte sind völlig nichtig, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§. 134).

a) Für derartige Geschäfte gelten folgende zwei Regeln.

α) Keiner Partei steht ein Anspruch auf die ihr versprochenen Leistungen zu. Der Gewinner kann also seinen Gewinn nicht einklagen und ihn auch nicht gegen eine Gegenforderung aufrechnen, die dem Verlierer gegen ihn zusteht.

β) Hat eine Partei auf das Geschäft bereits etwas geleistet, sei es als Einzahlung, sei es als Voranschuss oder Sicherheit, sei es als Verlust, so kann sie das Geleistete zurückfordern; nur wenn gerade ihre Leistung es war, die gegen das gesetzliche Verbot verstieß, ist das Rückforderungsrecht ausgeschlossen (812, 817).

b) Das wichtigste Verbot von Spielgeschäften findet sich im Strafgesetzbuch: es betrifft alle Spielgeschäfte, die ein gewerbsmäßiger Spieler in seinem Gewerbebetriebe vornimmt (StrGB. 284). Demnach ist dem gewerbsmäßigen Spieler jeder Gewinnanspruch versagt, und auch eine Rückforderung dessen, was er auf das Geschäft geleistet hat, ist ihm nicht gestattet; dagegen darbt der nicht gewerbsmäßige Gegenspieler zwar gleichfalls eines Gewinnanspruchs, ist aber zur Rückforderung dessen berechtigt, was er geleistet hat.

Nicht hierher gehört das Verbot des Glückspiels in öffentlichen Räumen (StrGB. 360 Nr. 14); denn diese rein polizeiliche Vorschrift will keineswegs die Nichtigkeit der ihr zuwiderlaufenden Spielgeschäfte herbeiführen.

2. Andre Spielgeschäfte sind umgekehrt gesetzlich für vollgültig erklärt. Hierher gehören vor allem gewisse Börsentermingeschäfte. Von ihnen ist im Handelsrecht zu sprechen.⁵

3. Alle übrigen Spielgeschäfte endlich sind weder völlig nichtig noch vollgültig. Das Gesetz schreibt nämlich vermittelnd das Folgende für sie vor.

a) Gerade wie bei den verbotenen Spielgeschäften steht keiner Partei ein Anspruch auf die ihr versprochenen Leistungen zu (762 I).

b) Anders als bei den verbotenen Spielgeschäften steht keiner Partei das Recht zu, das, was sie auf das Geschäft bereits geleistet hat, zurückzufordern

5) S. m. Lehrb. des Handelsrechts, 7. Aufl. (10) § 102.

(762 I), es sei denn, daß ein besondrer Grund, insbesondre ein Verstoß der Gegenpartei wider die Spielregeln, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Rückforderung rechtfertigt.

Die Rückforderung ist auch dann ausgeschlossen, wenn eine Partei auf das Spielgeschäft einen Vorstoß geleistet oder eine Sicherheit bestellt hat.⁶ Dafür spricht der Wortlaut des Gesetzes und auch dessen Sinn; denn das Gesetz will es möglichst verhindern, daß Streitigkeiten der Spieler vor die Gerichte gebracht werden. Anders nur, wenn der Vorstoß oder die Sicherheit nachweislich mehr beträgt als der Verlust; denn wollte man dem Spieler auch in diesem Fall das rechtliche Gehör versagen, so würde man damit dem unredlichen Spieler gestatten, sich auf Kosten des redlichen Gegners geradezu zu bereichern.

IV. 1. Dem eigentlichen Spielgeschäft nahe stehn Dienst- und Werkverträge sowie Aufträge, die dahin gehn, daß jemand für Rechnung eines andern ein Spielgeschäft vornehmen soll. Gesetzliche Vorschriften hierfür fehlen (s. aber NBörsG. 60). Doch ist anzunehmen, daß auf Grund derartiger Verträge der Geschäftsbeforger regelmäßig nur Erstattung seiner Auslagen, insbesondre der von ihm bezahlten Spielverluste, nicht aber eine Vergütung fordern darf und daß er zur Auszahlung der von ihm eingezogenen Gewinne und zur Rechnungslegung nicht verpflichtet ist.

2. Analoge Regeln sind für Gesellschaftsverträge, die auf die Vornahme von Spielgeschäften für gemeinsame Rechnung gehn,⁷ sowie für die zum Spiel gegebenen Darlehne aufzustellen.⁸

2. Wette. Lotterie. Differenzgeschäfte.

§ 157.

I. 1. Bei der Wette sagt einer der Beteiligten den andern¹ oder sagen sich alle Beteiligten gegenseitig für den Fall, daß sich eine von ihnen aufgestellte Behauptung als unrichtig herausstellen sollte, eine Leistung zu, ohne daß das der Zusage zugrunde liegende Interesse nach den herrschenden Anschauungen den Schutz der Rechtsordnung verdient.

Beispiel. A. hat eine Abhandlung über die Morallehre der Jesuiten geschrieben und erklärt nun öffentlich, daß er jedem, der ihm eine Unrichtigkeit in dieser Abhandlung nachweisen wird, einen Preis von 1000 Mk. zahlen werde. Hier liegt eine Wette vor, wenn A. diese Erklärung nur aufstellt, um kundzutun, daß er recht habe. Dagegen liegt eine rechtsgültige Auslobung vor, wenn A. durch seine Erklärung unparteiisch die Ermittlung der Wahrheit fördern wollte. Denn in ersterem Fall ist das Interesse, das den A. zu seiner Erklärung veranlaßte, nach herrschender Anschauung des Rechtsschutzes unwürdig; in letzterem Fall ist das Gegenteil anzunehmen.

2. Die Wette ist nichts andres als eine Art des Spiels und wird auch rechtlich ebenso behandelt wie alle andern Spielgeschäfte (s. 762).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes sollte man freilich annehmen, die Wette sei nie oder wenigstens nicht inuner ein Spiel: denn das Gesetz spricht von Spiel „und“ Wette. Doch vermag ich eine Bestimmung des Spielbegriffs, die die Wette wirklich ausschloße, nicht zu finden.²

II. 1. a) Beim Lotteriegeschäft fordert einer der Beteiligten eine Mehrheit von Personen auf, Einsätze zu machen und verspricht, gemäß einem

6) Abw. Crome 2 S. 833³⁰⁻²⁹.

7) Abw. RG. 43 S. 148.

8) Siehe RG. 67 S. 356, 70 S. 1.

1) RG. 61 S. 153.

2) Elster, Arch. f. Bk. 26 S. 46. Vgl. Endemann 1 S. 1174.

von ihm aufgestellten Plan gewisse im Voraus festgestellte Gewinne nach einer nicht durch absichtliche Wahl getroffenen Entscheidung unter sie zu verteilen; meist wird das Geschäft in der Art vorgenommen, daß jemand der Aufforderung entsprechend tatsächlich einen Einsatz macht und dafür Zug um Zug ein Lospapier erhält. Darauf, ob dem Lotteriegeschäft ein Interesse zugrunde liegt, das des Rechtsschutzes würdig ist, kommt nichts an.

b) Das Lotteriegeschäft ist vollgültig, wenn die Lotterie staatlich genehmigt ist; andernfalls wird es, mag es, weil des Rechtsschutzes unwürdig, ein Spielgeschäft sein oder, weil des Rechtsschutzes würdig, in den Kreis der Spielgeschäfte nicht gehören, rechtlich wie ein Spielgeschäft behandelt (763).

Zweifelhaft ist, ob die staatliche Genehmigung einer Lotterie nur innerhalb des Staats, der die Genehmigung erteilt hat, oder für das ganze Reichsgebiet rechtswirksam ist. Ich nehme im Gegensatz zur herrschenden Meinung³ das erstere an; denn kein Staat ist befugt, über die Zulässigkeit von Geschäften zu entscheiden, die außerhalb seines Gebiets vorgenommen werden, es sei denn, daß ein Reichsgesetz das Gegenteil besonders bestimmt; eine derartige Bestimmung ist aber für die Lotterien nicht getroffen (anders 22, 795 II).

2. a) Eine besondere Art des Lotteriegeschäfts ist das **Auspielgeschäft**: es ist dadurch ausgezeichnet, daß die Gewinne nicht in Geld, sondern in andern Sachen bestehn.⁴ Die rechtliche Behandlung der Auspielgeschäfte ist dieselbe wie bei jeder andern Lotterie (763).

b) Dagegen ist kein Lotterie-, sondern ein gewöhnlicher Wettvertrag das bei Pferderennen vorkommende **Totalisatorgeschäft**, weil bei ihm die zu verteilenden Gewinne nicht im Voraus festgestellt sind. Es ist also, auch wenn es staatlich genehmigt ist (s. RGes. v. 4. Juli 1905), nicht vollgültig wie ein staatlich genehmigtes Lotteriegeschäft, sondern hat nur die Wirksamkeit einer erlaubten Wette.⁵

III. Bei den sogenannten **Differenzgeschäften** werden mitunter Vereinbarungen getroffen, die sie zu Spielgeschäften machen oder wenigstens an Spielgeschäfte erinnern. Sie werden deshalb auch rechtlich in gewissem Umfange wie Spielgeschäfte behandelt (s. 764; RBörsG. 52 ff.). Doch sei die genauere Darstellung dem Handelsrecht überlassen.

XVIII. Die Bürgschaft.¹

1. Die eigentliche Bürgschaft.

§ 158.

I. 1. Bei der **Bürgschaft** (*fidejussio*) verpflichtet sich eine Partei, der Bürge, gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, des Hauptschuldners, aufzukommen (765).

3) RG. 48 S. 178; Endemann 1 § 188²⁵. Zweifelhaft Bland-Unzner Anm. 6 zu § 763.

4) Bland-Unzner Anm. 1 zu § 763. 5) Abw. Bland-Unzner Anm. 2a zu § 763.

1) Westerkamp, Bürgschaft u. Schuldbetritt (08).

2. Die Bürgschaft unterscheidet sich von allen bisher besprochenen Verträgen deutlich durch ihren akzessorischen Charakter: sie setzt voraus, daß außer der in der Person des Bürgen begründeten Bürgschaftsschuld noch eine zweite in der Person des Hauptschuldners begründete „Hauptschuld“ besteht. Zweck der Bürgschaftsschuld ist lediglich die Sicherung der Hauptschuld. Demgemäß ist die Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld rechtlich abhängig.

II. 1. Eine Bürgschaft kann für Verpflichtungen aller Art, fällige wie betagte, unbedingte wie bedingte, übernommen werden (765 II).

2. Die Hauptschuld kann zu der Zeit, da der Bürgschaftsvertrag abgeschlossen wird, längst begründet sein. Nicht selten wird aber Hauptschuld und Bürgschaftsschuld auch gleichzeitig (vielleicht sogar in einem einheitlichen Vertrage, an dem alsdann drei Vertragsparteien, Gläubiger, Hauptschuldner und Bürge, teilnehmen) begründet. Schließlich kann die Begründung der Hauptschuld auch dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages nachfolgen: Bürgschaft für „zukünftige“ Hauptschulden (765 II).²

Beispiel. A. verbürgt sich für alle Verpflichtungen, die B. binnen der nächsten 3 Jahre in seinem geschäftlichen Verkehr mit C. gegen letzteren eingehen wird.

III. 1. a) Die Bürgschaft ist ein Vertrag, nicht etwa eine einseitige Willenserklärung des Bürgen. Sie bedarf also der Annahme seitens des Gläubigers (s. aber 328).

b) Dagegen ist eine Annahme seitens des Hauptschuldners nicht erforderlich. Sogar, daß er der Bürgschaftsübernahme widerspricht, schadet nichts.

2. a) Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages wird eine schriftliche Erklärung des Bürgen gefordert; der Mangel der Schriftform wird aber dadurch geheilt, daß der Bürge die Hauptschuld freiwillig erfüllt (766).³ Sonach kann der Bürge das von ihm Geleistete selbst dann nicht zurückfordern, wenn er zur Zeit der Leistung seine Bürgschaft in Unkenntnis ihres Formmangels für vollgültig erachtet hatte.

Der Grund der Formvorschrift ist, daß mündliche Bürgschaften sehr oft in unvorsichtiger Übereilung übernommen werden und daß es überaus häufig bei bloß mündlichem „Gutsagen“ sehr schwer zu entscheiden ist, ob der angebliche Bürge sich wirklich hat binden und nicht vielmehr den Hauptschuldner bloß unverbindlich hat empfehlen wollen.

b) Die Annahmeerklärung des Gläubigers kann formlos gegeben werden.

IV. Die Bürgschaft kann von Bürge und Gläubiger als gegenseitiger Vertrag abgeschlossen werden, etwa in der Art, daß der Gläubiger dem Bürgen als Entgelt für seine Bürgschaftsübernahme eine Provision zusagt. Weit häufiger bildet sie aber einen rein einseitigen Vertrag: sie verpflichtet nur den Bürgen, nicht den Gläubiger. Dies gilt auch dann, wenn die Hauptschuld auf einem gegenseitigen Vertrage beruht; allerdings liegen in diesem Fall dem Gläubiger Pflichten ob, aber nicht gegenüber dem Bürgen, sondern nur gegenüber dem Hauptschuldner; der Bürge kann demgemäß auf Erfüllung dieser

2) Siehe RG. 68 S. 303.

3) RG. 59 S. 42, 70 S. 411, 71 S. 114.

Gläubigerpflichten nicht positiv klagen, sondern nur negativ, solange die Gläubigerpflichten unerfüllt sind, auch die Erfüllung der Bürgenpflichten verweigern. Im folgenden soll deshalb auch nur von den Verpflichtungen des Bürgen, nicht von seinen Rechten gegenüber dem Gläubiger die Rede sein.

1. Der Bürge hat die Verpflichtungen des Hauptschuldners zu erfüllen, aber nur soweit, als er die Bürgschaft für sie übernommen hat. Sonach gehen seine Verpflichtungen niemals über die des Hauptschuldners hinaus (767 I Satz 1): ist die Verpflichtung des Hauptschuldners unverzinslich, so braucht auch der Bürge keine Zinsen zu zahlen; steht der Hauptschuldner nur für grobes Verschulden ein, so ist auch die Haftung des Bürgen auf grobes Verschulden beschränkt usw. Dagegen können die Verpflichtungen des Bürgen sehr wohl hinter denen des Hauptschuldners zurückbleiben: während der Hauptschuldner Kapital und Zinsen schuldet, kann der Bürge sich vielleicht bloß für die Kapitalschuld verbürgt, wenn der Hauptschuldner für Zufall haftet, kann er vielleicht die Haftung bloß für ein Verschulden des Hauptschuldners übernommen haben usw. Ob die Verpflichtung des Bürgen sich mit der des Hauptschuldners decken oder hinter ihr zurückbleiben soll, ist durch gewöhnliche Auslegung der Bürgschaftserklärung zu ermitteln. Nur nach drei Richtungen greifen gesetzliche Vorschriften Platz, eine zugunsten, zwei zuungunsten des Bürgen.

a) Zugunsten des Bürgen ist bestimmt, daß seine Verpflichtung durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wohl beschränkt, nicht aber erweitert werden kann (767 I Satz 3).⁴

b) Zuungunsten des Bürgen ist bestimmt, daß seine Haftung durch eine Änderung der Verpflichtung des Hauptschuldners, die nachträglich auf nicht rechtsgeschäftlichem Wege, etwa durch Verzug oder Verschulden des Hauptschuldners eintritt, nicht bloß beschränkt, sondern auch erweitert wird (767 I Satz 2).^{4a}

c) Zuungunsten des Bürgen ist ferner bestimmt, daß seine Haftung sich auch auf die Kosten der Kündigung und gerichtlichen oder außergerichtlichen Beitreibung der Hauptschuld bezieht, soweit diese Kosten dem Gläubiger vom Hauptschuldner zu ersetzen sind (767 II).

Beispiel. A. hat 1910 an B. eine Wohnung auf unbestimmte Zeit gegen einen Mietzins von 1000 Mk. jährlich vermietet; für 1913 vereinbarten A. und B. eine Erhöhung des Mietzinses auf 1200 Mk., von 1914 ab eine Ermäßigung auf 900 Mk.; zum 1. Januar 1915 kündigt B. die Wohnung, nimmt aber im Einverständnis mit A. die Kündigung zurück. Hier haftet C., der die Bürgschaft für die Verpflichtungen des B. aus dem Mietvertrage übernommen hat, für den Mietzins von 1000 Mk. bis 1913, von 900 Mk. bis 1. Januar 1915; hat B. die Wohnung vor 1915 schuldhaft beschädigt, so ist C. gleichfalls haftbar. Dagegen haftet C. für die Mieterpflichten B.s von 1915 ab und für die Mieterhöhung des Jahres 1913 nicht.

2. a) Der Bürge kann alle Einreden und Einwendungen, die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehen, gleichfalls geltend machen, mögen sie

4) Siehe auch RG. 56 S. 111, 53 S. 357, 59 S. 223.

4a) Siehe Westerkamp S. 373.

auch erst nach Übernahme der Bürgschaft entstanden sein, namentlich die Einrede der fehlenden Gegenleistung, die Einrede der Verjährung, den Einwand, daß die Hauptschuld auf einem Wucher- oder Spielgeschäft beruhe, und behält die Einreden sogar dann, wenn der Hauptschuldner selbst nachträglich auf sie verzichtet hat (768).⁵ Doch erleidet diese Regel eine zweifache Ausnahme: der Bürge kann sich darauf, daß der jetzige Hauptschuldner als Erbe des ursprünglichen Hauptschuldners nur mit Beschränkung auf dessen Nachlaß hafte oder daß der Hauptschuldner in Konkurs geraten sei und mit den Konkursgläubigern einen Zwangsvergleich abgeschlossen habe, nicht berufen (768 I Satz 2, KonkOrdn. 193).

b) Ist der Gläubiger befugt, sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners zu befriedigen, so kann der Bürge zwar die Aufrechnung selbst nicht vornehmen; er kann aber so lange, als das Aufrechnungsrecht des Gläubigers besteht, die Erfüllung der Bürgschaftsschuld verweigern (770 II).

Wenn nicht der Gläubiger, sondern allein der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt ist, kann der Bürge, so hart dies für ihn ist, sich auf die Aufrechnung gar nicht berufen: sowenig er das Geld des Hauptschuldners ohne dessen Willen zur Befriedigung des Gläubigers verwenden kann, sowenig kann er mit einer dem Hauptschuldner zustehenden Gegenforderung den Anspruch des Gläubigers beseitigen oder auch nur hemmen.

Beispiel. Wenn A. eine fällige Darlehnsforderung gegen B., B. eine fällige Forderung aus einem vorzüglich begangenen Delikt gegen A. hat und C. für B., D. für A. die Bürgschaft übernimmt, so kann zwar D. sich auf die Gegenforderung des A., nicht aber auch C. auf die Gegenforderung des B. berufen (s. 393).

c) Ist der Hauptschuldner befugt, das Rechtsgeschäft, auf dem seine Schuld beruht, anzufechten, so gelten gleiche Regeln wie im Fall b). Der Bürge kann also die Anfechtung selbst nicht erklären; er kann aber so lange, als das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners besteht, die Erfüllung der Bürgschaftsschuld verweigern; verwirkt der Hauptschuldner das Anfechtungsrecht durch Fristablauf oder Verzicht, so geht auch die Einrede des Bürgen verloren (770 I).⁶

3. a) Außer den etwaigen Einreden des Hauptschuldners steht dem Bürgen eine selbständige Einrede zu, die der *Vorausklage* (*beneficium excussionis*). Der Bürge soll nämlich dem Gläubiger erst in zweiter Reihe, erst hinter dem Hauptschuldner haftbar sein. Sonach kann er die Erfüllung der Bürgschaftsschuld verweigern, wenn der Gläubiger nicht zuvor gegen den Hauptschuldner vorgegangen ist, genauer: wenn der Gläubiger nicht vorher einen vollstreckbaren Titel gegen den Hauptschuldner erwirkt und kraft dessen eine Zwangsvollstreckung gegen ihn ohne Erfolg versucht hat (771).

Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz (wenn der Hauptschuldner an einem andern Ort eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Ort, in Ermanglung

5) RG. 56 S. 313; Grafemann, Rechte des Bürgen z. Geltendmachung von Einwänden (Diss. 05).

6) Siehe auch RG. 66 S. 334.

eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsort) versucht werden; steht dem Gläubiger ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen, selbst wenn die Sache sich an einem andern Ort als dem eben genannten befindet (772). In unbewegliche Sachen und sonstige Aktiva des Hauptschuldners braucht die Zwangsvollstreckung niemals versucht zu werden.

Der Beweis, daß die Vorausklage erfolglos geichehn ist, liegt dem Gläubiger⁷ ob; dagegen ist der Bürge beweispflichtig, wenn er behauptet, der Hauptschuldner habe den Gläubiger anderweit befriedigt.

b) Ausgeschlossen ist die Einrede der Vorausklage, 1. wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet hat; 2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Bürgschaftsübernahme eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist; dies wird nur der Fall sein, wenn die Verlegung an einen unbekanntem Ort oder in das Ausland erfolgt, aber auch hier nicht immer; 3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist; 4. wenn (etwa auf Grund einer von einem andern Gläubiger fruchtlos versuchten Zwangsvollstreckung) anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird (773 I).

In den Fällen zu 3 und 4 ist die Einrede aber zulässig, wenn der Gläubiger sich aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht hat (773 II).

4. Nicht selten wird die Bürgschaft nur auf bestimmte Zeit übernommen. Alsdann wird der Bürge nicht etwa sofort mit dem Ablauf der Zeit haftfrei. Wohl aber ist der Gläubiger gehalten, unverzüglich nach Ablauf der Zeit seine Forderung gegen den Hauptschuldner durch Klage und Zwangsvollstreckung zu betreiben, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortzusetzen und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme; verläßt der Gläubiger diese Obliegenheiten, so ist der Bürge nunmehr befreit; erfüllt dagegen der Gläubiger die Obliegenheiten, so bleibt der Bürge haftbar, jedoch mit der Beschränkung, daß eine Erweiterung der Hauptschuld, die nach der Beendigung des Verfahrens eintritt, ihm unschädlich ist (777).

Ist die Hauptschuld bei Ablauf der Bürgschaftszeit noch nicht fällig, so muß der Gläubiger, wenn er die Fälligkeit durch Kündigung herbeiführen kann, nach Ablauf der Zeit unverzüglich zur Kündigung schreiten; die Haftzeit des Bürgen wird also um die volle Dauer der Kündigungsfrist verlängert. Hat der Gläubiger dagegen kein Kündigungsrecht, so ist der Bürge sofort mit Ablauf der Bürgschaftszeit befreit.

Die vorstehenden Regeln gelten nicht, wenn die Bürgschaft für eine erst in Zukunft zu begründende Hauptschuld übernommen ist.⁸ Vielmehr ist hier durch freie Auslegung zu ermitteln, in welcher Absicht der Bürge seine Haftung zeitlich begrenzt hat. Es ist z. B. sehr wohl möglich, daß der Bürge hat sagen wollen, er wolle bloß für solche Schulden haften, die innerhalb der Zeit begründet (und fällig?) werden, während ihm an einer be-

7) Schollmeyer S. 177.

8) RG. 63 S. 12.

sonders beschleunigten Beitreibung der Schulden im Sinn der vorstehenden Vorschriften gar nicht gelegen war.

5. Die Haftung des Bürgen erlischt, abgesehen von den für alle andern Verpflichtungen geltenden Gründen,¹¹

- a) durch Aufhebung der Hauptschuld,
- b) durch Zusammentreffen der Haupt- und der Bürgschaftsschuld in der nämlichen Person,
- c) durch Kündigung des Bürgen, wenn die Bürgschaft für zukünftige Verpflichtungen in unbestimmter Zahl auf unbestimmte Zeit übernommen war.

V. Auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner ist regelmäßig ein einseitiges, wie das zwischen Bürgen und Gläubiger, und zwar derart, daß der Bürge die allein berechtigte Partei ist, während die Pflichten ausschließlich dem Hauptschuldner zur Last fallen. Doch ist das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen und das zwischen Bürgen und Hauptschuldner im übrigen recht verschieden; denn jenes ist immer vertragsmäßig; dieses kann dagegen ebenso gut außervertraglich sein, da ja der Bürge nur mit dem Gläubiger, nicht aber mit dem Hauptschuldner einen Vertrag geschlossen zu haben braucht.

1. Die Hauptbefugnis des Bürgen ist, daß er, wenn er den Gläubiger befriedigt⁹ hat, den Rückgriff auf den Hauptschuldner nehmen kann.¹⁰ Zu diesem Behuf hat er ein zwiefaches Recht. Erstlich geht die Forderung des Gläubigers samt den zur Sicherung bestellten Pfandrechten, den Ansprüchen gegen die Mitbürgen usw.¹¹ von Gesetzes wegen auf den Bürgen über (774 Satz 1); das Gesetz nimmt also an, daß der Bürge nicht zahlt, um den Hauptschuldner zu befreien, sondern um selber an des Gläubigers Statt dessen Forderung zu erwerben; sonach kann der Bürge als Rechtsnachfolger des Gläubigers gegen den Hauptschuldner vorgehn; hat der Bürge den Gläubiger nur teilweise befriedigt, so geht auch nur ein Teil der Forderung auf ihn über, es sei denn,¹² daß der Gläubiger ihm freiwillig die ganze Forderung abtritt. Zweitens kann der Bürge sein Rückgriffsrecht auch auf die Rechtsbeziehungen stützen, die unmittelbar zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehen; er kann also gegen den Hauptschuldner kraft eignen Rechts vorgehn.

a) Das Rückgriffsrecht steht aber dem Bürgen nicht ausnahmslos zu.¹³ Vielmehr muß er, wenn er kraft eignen Rechts Ansprüche gegen den Hauptschuldner geltend macht, dies sein Recht gemäß den zwischen ihm und dem Hauptschuldner getroffenen Vereinbarungen, gemäß den Regeln über auftraglose Geschäftsführung usw. besonders begründen. Stützt er sich dagegen als Rechts-

9) RG. 53 S. 404.

10) Rohan, Negrefß des Bürgen (04); Erlinghagen, Rückgriff des Bürgen (02); Schulz, Rückgriff u. Weitergriff (07); Wendig, Arch. f. B.R. 25 S. 84; Breit bei Gruchot 48 S. 283; Strohal, D. JurZtg. 03 S. 373.

11) RG. 60 S. 193.

12) Endemann 1 § 192².

13) RG. 59 S. 11, 207.

nachfolger des Gläubigers auf dessen Forderung, so braucht er zwar seine eignen Rechtsbeziehungen zum Hauptschuldner nicht weiter darzulegen; wohl aber kann der Hauptschuldner seinerseits einwandweise darauf Bezug nehmen und dartun, daß der Bürge den Rückgriff auf ihn nicht nehmen dürfe (774 Satz 3).

Beispiele. I. A. hat sich in B.'s Auftrag für ein dem B. von C. gegebenes Darlehn verbürgt. Hier hat er den Rückgriff sowohl aus eignem Recht (670) wie als Rechtsnachfolger C.'s. II. D. will auf seine Wechselforderung gegen E. verzichten, weil er die Mittellosigkeit des Schuldners kennt; da greift der mit E. verfeindete F. ein, übernimmt trotz E.'s Widerspruch die Bürgschaft für den Wechsel und bestimmt den D., den Verzicht nicht zu erklären. Hier kann F. den Rückgriff aus eignem Recht gegen E. nicht nehmen: denn er hat nicht in E.'s Auftrag gehandelt und hat auch E.'s Interessen nicht gefördert, ihn namentlich nicht bereichert. Wohl aber kann F. als Rechtsnachfolger D.'s gegen E. klagen. III. G. betreibt eine Schankwirtschaft in eigenem Namen, aber im Auftrage und für Rechnung des H.; für den Kaufpreis des von G. angeschafften Bieres übernimmt H. dem Bierbrauer J. gegenüber die Bürgschaft. Hier ist es selbstverständlich, daß H. den Rückgriff gegen G. nicht aus eignem Recht nehmen kann. Aber auch dann, wenn H. als Rechtsnachfolger J.'s auftreten will, kann G. einwenden, daß er (G.) als bloßer Geschäftsführer zwar Erstattung seiner geschäftlichen Ausgaben von H. fordern könne, nicht aber umgekehrt H.'s geschäftliche Ausgaben zu erstatten brauche.

b) Tritt der Bürge als Rechtsnachfolger des Gläubigers auf, so kann er nur die Rechte wider den Hauptschuldner geltend machen, die gerade dem Gläubiger zustanden,¹⁴ während er, wenn er aus eignem Recht vorgeht, im Einzelfall auch Ersatz des ihm selber durch des Hauptschuldners Verzug erwachsenen Schadens, Erstattung der Kosten des zwischen ihm und dem Gläubiger geführten Prozesses usw. fordern kann. Außerdem ist der Bürge als Rechtsnachfolger des Gläubigers dadurch beschränkt, daß er die vormaligen Rechte des Gläubigers nicht zu dessen eignem Nachteil geltend machen darf (774 I Satz 2).

Auch sonst können die vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangenen und die eignen Ansprüche des Bürgen unter sich verschieden sein,¹⁵ z. B. was die Sicherung durch Pfandrechte betrifft. Ferner kann der Hauptschuldner dem als Rechtsnachfolger des Gläubigers auftretenden Bürgen alle Einwendungen entgegenstellen, die gegen den Gläubiger selbst zulässig sind; dagegen ist der Bürge, der den Rückgriff gegen den Hauptschuldner kraft eignen Rechts nimmt, jenen Einwendungen nur dann ausgesetzt, wenn er sie bei Verteidigung des Gläubigers gekannt hat oder hätte kennen müssen.

c) Macht der Bürge gegen den Hauptschuldner Ersatzansprüche geltend, so muß er als Teil des Klagefundaments die Gültigkeit der Haupt- und der Bürgschaftsschuld dartun. Um sich diesen Beweis zu erleichtern und um sich zugleich gegen die Gefahr zu schützen, daß dem Hauptschuldner Einwendungen gegen die Forderung des Gläubigers zustehn, wird er wohlthun, sich von dem Gläubiger verklagen zu lassen und dem Hauptschuldner den Streit zu verkündigen.

d) Der Gläubiger muß beizeiten darauf Rücksicht nehmen, daß, wenn er von dem Bürgen befriedigt wird, sein Forderungsrecht samt Nebenrechten

14) Siehe aber RG. 61 S. 347.

15) RG. 59 S. 209.

auf den Bürgen übergeht.¹⁶ Wenn er also sein Forderungsrecht willkürlich verschlechtert, indem er Pfand- oder Vorzugsrechte, die mit ihm verbunden sind, oder Ansprüche gegen Mitbürgen preisgibt, so tut er es auf eigene Gefahr: der Bürge wird von seiner Haftung insoweit befreit, als er aus dem aufgegebenen Recht gemäß den Regeln zu a, b hätte Ersatz finden können; gleichgültig ist, ob das vom Gläubiger aufgegebenene Recht bereits zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bestand oder erst später begründet ist (776).

Beispiel. A. ist unter B.'s Bürgschaft an C. 10000 Mk. schuldig geworden; nachträglich bestellt A. zwecks weiterer Sicherung seiner Schuld dem C. eine Hypothek, die aber nur einen Wert von 3000 Mk. hat; schließlich verzichtet C. wieder auf die Hypothek. Damit ist B., obgleich er von der Bestellung und Wiederaufhebung der Hypothek vielleicht gar nichts erfahren hat, in Höhe von 3000 Mk. befreit.

2. Rückgriffsberechtigt ist der Bürge erst, wenn er den Gläubiger wirklich befriedigt hat, also gleichsam postnumerando. Unter Umständen kann der Bürge aber schon vorher gegen den Hauptschuldner vorgehen, nämlich die Befreiung von der Bürgschaftsschuld (also die Beseitigung des ihm drohenden Risikos, von dem Gläubiger in Anspruch genommen zu werden) fordern. Doch hat der Bürge dies Recht nur, wenn er von dem Hauptschuldner zur Übernahme der Bürgschaft beauftragt war oder wenn er nach den für die auftraglose Geschäftsführung geltenden Regeln die Befugnisse eines vertragsmäßig bestellten Geschäftsführers des Hauptschuldners hat; das Recht fehlt ihm also, wenn er die Bürgschaft gegen den mutmaßlichen Willen des Hauptschuldners übernahm oder wenn er bei der Bürgschaftsübernahme die Absicht hatte, dem Hauptschuldner den Gegenstand seiner Verpflichtung zu schenken. Das Recht auf Befreiung greift aber erst Platz, wenn das Risiko, das zur Zeit der Bürgschaftsübernahme noch ein entferntes war, dringlich wird, nämlich: 1. wenn die Hauptforderung fällig ist und der Hauptschuldner entweder in Verzug geraten ist oder ein vollstreckbares Urteil gegen ihn vorliegt, 2. vor Fälligkeit der Hauptforderung, wenn sich die Verhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben oder die Rechtsverfolgung gegen ihn infolge einer nach der Bürgschaftsübernahme eingetretenen Änderung seines Wohnsitzes (Gewerbebesitzes, Aufenthaltsorts) wesentlich erschwert ist (775 I).

Ist die Hauptschuld noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit bestellen (775 II).

3. Einen Anspruch auf Belohnung hat der Bürge nach Maßgabe der allgemeinen Regeln, also nur im Fall ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung.

VI. 1. Verbürgen sich mehrere Bürgen für die nämliche Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich, sondern etwa durch mehrere selbständige aufeinander folgende Verträge übernehmen (769).¹⁷

16) Siehe RW. 65 S. 137, 336.

17) Kremer, Mitbürgschaft (00); Tachen, Ausgleichungsanspruch der Mitbürgen (08).

2. Befriedigt ein Mitbürge den Gläubiger, so hat er den Rückgriff gegen den Hauptschuldner wie ein Einzelbürge. Außerdem hat er nach den allgemeinen für Gesamtschuldner geltenden Regeln auch den Rückgriff gegen die Mitbürgen (774 II).¹⁸

VII. Das Bürgschaftsrecht ist mit Ausnahme der Vorschrift zu III nachgiebiger Art, läßt also abweichenden Vereinbarungen Raum.

1. Besonders wichtig ist die Vereinbarung, daß der Bürge als Selbstschuldner haften soll.

a) Der selbstschuldnerische Bürge entbehrt der Einrede der Vorausklage (773 Nr. 1).

b) Damit hängt zusammen, daß, wenn der selbstschuldnerische Bürge sich nur auf Zeit verbürgt hat, der Gläubiger die Anzeige, daß er den Bürgen haftbar machen wolle, unverzüglich nach Ablauf der Bürgschaftszeit abzusenden hat (777 I Satz 2), ohne daß er, wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft, zwischen den Ablauf der Bürgschaftszeit und die Anzeige erst noch das Betreibungsverfahren gegen den Hauptschuldner einschleppen darf.

Wird die Anzeige rechtzeitig erstattet, so haftet der Bürge nur für den Bestand der Hauptschuld bei Ablauf der Bürgschaftszeit (772 II). Er steht also zum Beispiel für die Kosten des vom Gläubiger gegen den Hauptschuldner angestrebten Prozesses nur insoweit ein, als die Kosten noch vor Ablauf der Bürgschaftszeit entstanden sind.

c) Im übrigen gilt auch für den selbstschuldnerischen Bürgen gewöhnliches Bürgschaftsrecht. Er haftet also keineswegs wie ein gewöhnlicher Gesamtschuldner, sondern ist und bleibt Nebenschuldner.

2. Ab und zu findet sich eine sog. Schadlosbürgschaft: jemand steht nicht positiv für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit, sondern nur für den Schaden ein, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung der fremden Verbindlichkeit erwächst. Dies ist keine echte Bürgschaft, sondern ein Garantievertrag,¹⁹ unterliegt also dem Bürgschaftsrecht (insbesondere dem Erfordernis der Schriftform) nicht.

2. Bürgschaftsähnliche Verträge.

§ 159.

Für alle Geschäfte, die bürgschaftsähnlich sind, aber doch keine eigentlichen Bürgschaften darstellen, gilt die negative Regel, daß sie einer schriftlichen Verpflichtungserklärung des Quasi-Bürgers nicht bedürfen.¹ Das ist um so mehr zu betonen, als manche dieser Geschäfte ganz ähnlichen wirtschaftlichen Bedenken unterliegen wie die eigentliche Bürgschaft.

I. Der Kreditauftrag („qualifiziertes Mandat“) besteht darin, daß jemand einen andern beauftragt, in eigenem Namen und für eigne Rechnung

18) Rudorff, Arch. f. ziv. Pr. 101 S. 403.

19) Abw. Endemann 1 § 190¹⁷.

1) RG. 50 S. 162; Westerkamp, Bürgschaft (08) S. 537. Abw. RG. 51 S. 121

einem Dritten Kredit zu geben. Hier haftet der Auftraggeber dem Auftragnehmer für die aus der Kreditgewährung entstehenden Verpflichtungen des Dritten ebenso wie ein Bürge (778).² Im übrigen sind Kreditauftrag und Bürgschaft verschieden.³ Denn die Rechte des Auftraggebers gegen den Dritten bestimmen sich nicht nach Bürgschaftsrecht: der Auftraggeber tritt also keineswegs, wenn er den Beauftragten befriedigt, in dessen Forderung gegen den Dritten von Gesetzes wegen ein;⁴ noch weniger kann er von dem Dritten fordern, daß dieser ihn von der Bürgschaftshaftung gegenüber dem Beauftragten befreie. Ferner hat der Auftraggeber, wenn sein Auftrag von dem Beauftragten angenommen ist, ein Recht darauf, daß der Beauftragte dem Dritten wirklich Kredit gewährt, während dem Bürgen, wie gezeigt, ein selbständiges Recht gegen den Gläubiger nicht zusteht. Sodann kann der Auftraggeber den Auftrag beliebig widerrufen, der Auftrag erlischt im Zweifel mit dem Tode des Beauftragten usw.

II. Der Eintritt in fremde Schuld kann derart erfolgen, daß der Eintretende neben den bisherigen Schuldner als Mitschuldner tritt. Dieser Vertrag kann wie eine Bürgschaft den Zweck verfolgen, die Erfüllung der dem Gläubiger gegen den bisherigen Schuldner zustehenden Ansprüche zu sichern. Er ist aber von der Bürgschaft dadurch verschieden, daß der Eintretende neben dem bisherigen Schuldner zum Hauptschuldner wird; daraus folgt u. a., daß der Eintretende sich keineswegs auf alle Einwendungen berufen kann, die nachträglich zugunsten des bisherigen Schuldners begründet werden; insbesondere kann der Gläubiger dem bisherigen Schuldner die Haftung erlassen oder ermäßigen, ohne daß dies dem Eintretenden zugute kommt (423); ferner steht der neue Schuldner für den Verzug des bisherigen Schuldners nicht ein (425 II); der Rückgriff des neuen Schuldners, der den Gläubiger befriedigt, gegen den alten Schuldner ist nicht nach Bürgschaftsrecht geregelt (426) usw.⁵ Noch verschiedener von der Bürgschaft ist die Schuldübernahme, bei der der neue Schuldner nicht neben dem bisherigen Schuldner, sondern an dessen Stelle als einziger Schuldner in die Verpflichtung eintritt.

III. Beim Garantievertrage⁶ übernimmt eine Partei vertragsmäßig die Gewähr für den glücklichen Ausgang eines von der Gegenpartei geplanten, begonnenen oder gar schon vollendeten Unternehmens. Dieser Vertrag hat mit der Bürgschaft und dem Kreditauftrage eine gewisse Ähnlichkeit, wenn das Unternehmen in der Begründung einer Forderung der Gegenpartei gegen einen Dritten besteht und der Garant die Erfüllung dieser Forderung gewährleistet; doch verspricht der Garant keineswegs, die Erfüllung der Forderung im Not-

2) Rothenberg, Arch. f. ziv. Pr. 77 S. 323; Vendiç, Arch. f. B.R. 20 S. 155; Förster, Kreditauftrag (OB); Eccius bei Gruchot 46 S. 55; Martinius ebenda 49 S. 181; Wetde-
mann, Ztschr. f. Handelsrecht 53 S. 429; Lippmann, Jahrb. f. Dogm. 48 S. 315.

3) R.G. 56 S. 130.

4) Abw. Cromé 2 § 299²⁵.

5) Westerkamp a. a. D.

6) S. R.G. 61 S. 157.

fall an Stelle des Bürgen selber zu besorgen, sondern er ist, wenn der Dritte nicht erfüllt, lediglich zu Schadenersatz verpflichtet. Außerdem kann der Garantievertrag sich auch auf Unternehmungen beziehen, bei denen eine Forderung der Gegenpartei gegen einen Dritten gar nicht in Frage steht.

Beispiel: A. garantiert dem B. die Rentabilität eines von B. zu betreibenden Eisenbahnunternehmens.

IV. Rat und Empfehlung⁷ haben grundsätzlich gar keine rechtliche Bedeutung, weil der, der einen Rat erteilt oder eine Empfehlung gibt, im Zweifel „ohne Verbindlichkeit“ handelt und deshalb nur im Fall eines Delikts haftpflichtig ist (676). Doch kann im Einzelfall Rat und Empfehlung auch rechtsverbindlich gegeben und von der Gegenpartei angenommen werden; dann enthalten sie bald einen Kreditauftrag, bald einen Garantievertrag, bald einen Vertrag eigener Art. Letzteres ist namentlich bei den Empfehlungen der Fall, die die sog. Auskunftsbureaus gegen Entgelt gewähren.

XIX. Vergleich und Anerkenntnis.¹

1. Der Vergleich.

§ 160.

I. 1. Beim Vergleich beseitigen zwei Parteien den Streit oder die Ungewißheit über ein zwischen ihnen bestehendes Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen vertragsmäßigen Nachgebens (779).

2. Der Streit und die Ungewißheit kann sich sowohl auf das Vorhandensein des Rechtsverhältnisses wie auf den Umfang oder Inhalt der daraus entspringenden Ansprüche beziehen; als ungewiß gilt ein Rechtsverhältnis auch dann, wenn die Erfüllung der daraus entspringenden Ansprüche rein tatsächlich, etwa nur wegen der üblen Vermögenslage des Schuldners, unsicher ist (779 II).

3. Darauf, ob das Rechtsverhältnis objektiv ungewiß ist, kommt nichts an, wenn es nur subjektiv von den Parteien für ungewiß gehalten wird. Deshalb ist ein Vergleich auch über ein zwischen den Parteien rechtskräftig abgeurteiltes Rechtsverhältnis zulässig,² sei es nun, daß die Parteien den Sinn, sei es, daß sie die tatsächliche Durchführbarkeit des Urteils zweifelhaft finden.

4. Die Parteien müssen gegenseitig nachgeben. Doch kann die Nachgiebigkeit auf beiden Seiten sehr ungleich sein, weshalb der Vergleich zwar stets einen gegenseitigen, nicht aber stets einen entgeltlichen Vertrag darstellt.³

7) Brunswig, Ztschr. f. Handelsrecht 56 S. 77; Königberger, berufl. Auskunfterteilung (07). Siehe RG. 52 S. 366, 67 S. 394.

1) Bähr, Anerkenntnis als Verpflichtungsgrund (3. Aufl. 94); Nisch, U. v. Vergl. (55); Buhl, Beitr. z. U. v. Anerkennungsvertr. (75); Sturm, U. v. Vergl. (89); Lrtmann, Vergleich (95).

2) Crome 2 § 301⁵, 9. Abw. Endemann 1 § 193, 2. Siehe auch Bülow, Arch. f. ziv. Pr. 83 S. 83. 3) Abw. Regelsberger S. 624.

Beispiel. Es genügt, daß eine der Parteien ihren angeblich fälligen Anspruch auf einen Tag stundet oder lediglich die erhobene Klage zurückzieht, während die Nachgiebigkeit der Gegenpartei sich auf materielle Ansprüche im Wert von vielen tausend Mark bezieht. Selbstverständlich muß aber die Nachgiebigkeit, so gering sie sein mag, beiderseits eine ernsthafte sein.

II. Gegenstand des Vergleichs können Rechtsverhältnisse jeder Art sein, also nicht bloß obligatorische, sondern auch dingliche Rechtsverhältnisse, Urheberrechte, Erbrechte usw. Ob das Rechtsverhältnis tatsächlich bestanden hat und rechtswirksam war, ist gleichgültig; ist es doch häufig gerade der Zweck des Vergleichs, den Streit der Parteien über diese Frage abzuschneiden. Wohl aber muß das Rechtsverhältnis seiner Art nach der Verfügung der Parteien unterstehen. Sonach ist ein Vergleich über Familienverhältnisse der Regel nach unzulässig. Ebenjowenig kann ein unsittlicher Vertrag, ein Spielvertrag, eine Wette durch einen Vergleich rechtsgültig gemacht werden.

III. Der Abschluß des Vergleichs geschieht formlos, es sei denn, daß der Inhalt der Parteivereinbarung — es wird vergleichsweise ein Grundstück veräußert, es wird ein formloses Schenkungsversprechen vergleichsweise bestätigt usw. — eine Ausnahme bedingt.

IV. 1. Der Vergleich ist seinem Wesen nach ein gegenseitiger Vertrag.

2. Der Vergleich will die streitigen oder ungewissen Rechtsverhältnisse der Parteien im Wege rechtsgeschäftlicher Festsetzung neu ordnen. Wie er dies macht, hängt von der Willkür der Parteien ab. Demnach ist keine Rede davon, daß die Parteien die Gültigkeit ihres Vergleichs nachträglich in Frage ziehen können, weil er die streitigen Rechtsverhältnisse unrichtig oder unbillig geordnet habe. Ist doch der Vergleich kein Urteil! Will er doch den Parteistreit abschneiden, nicht aber nach Recht und Billigkeit entscheiden!

3. Demnach sind die Rechtsverhältnisse der Parteien fortab ausschließlich nach dem Inhalt ihres Vergleichs zu beurteilen. Nur soweit der Vergleich Lücken enthält, ist auch auf den früheren Bestand der Rechtsverhältnisse zurückzugreifen: denn daß der Vergleich novatorisch wirken, d. h. die Rechtsverhältnisse der Parteien von Grund aus neu ordnen und ein Zurückgreifen auf den früheren Zustand unbedingt ausschließen wolle, läßt sich nur annehmen, wenn es besonders vereinbart ist.

Beispiel. A. und B. verwandeln eine dem B. gegen A. zustehende Kaufpreisforderung von 1000 Mk. vergleichsweise in eine Darlehnsforderung von 900 Mk.; vor dem Vergleich hatte A. dem B. für die Kaufpreisforderung ein Pfand bestellt. Da dies Pfandrecht im Vergleich nicht erwähnt ist, dauert es fort; doch ist es jetzt auf die Darlehnsforderung des B. übertragen, gilt also nur auf den Betrag von 900 Mk.

4. Der Vergleich kann wie jeder andre Vertrag wegen Irrtums, Zwanges, Betruges usw. angefochten werden. Außerdem ist er wegen Irrtums⁴ von Gesetzes wegen, also ohne besondere Anfechtung seitens der Parteien, unwirksam, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (779).

4) Hedemann, Vergleichsirrthum (03).

a) Der Irrtum muß einen Punkt betreffen, den beide Parteien als feststehend, also weder als streitig noch als ungewiß, behandelt haben.⁵

Beispiel. Dem A. ist von B. 1899 im Gebiet des vormalig gemeinen Rechts rechtsgültig durch Privaturkunde eine Schenkung zugelegt; nach B.'s Tode streitet dessen Erbe C. mit A. über die Höhe der Zuwendung, da die Urkunde schwer zu lesen ist und C. nur 100, A. dagegen eine größere Zahl bis zu 1000 Mk. als Betrag der Schenkung herausliest; schließlich vergleichen sich C. und A. mittels gerichtlicher Urkunde auf den Betrag von 300 Mk. I. Dieser Vergleich bleibt gültig, auch wenn später ein Schriftverständiger den Betrag der Schenkung zweifelstfrei auf 700 Mk. feststellt; denn der dadurch erwiesene Irrtum der Parteien betrifft gerade den von ihnen als nicht feststehend behandelten Punkt. II. Dagegen wäre der Vergleich unwirksam, wenn der Schriftverständige den Betrag der Schenkung bestimmt auf 2000 Mk. angibt; denn die Parteien haben als feststehend angesehen, daß die Schenkung sich auf höchstens 1000 Mk. belaufe. III. Ebenso wäre der Vergleich unwirksam, wenn sich später herausstellte, daß die schwer leserliche Urkunde nur eine Abschrift war, während die Urschrift deutlich auf den Betrag von 100 Mk. geht.

b) Der Irrtum muß die Ursache oder wenigstens die Voraussetzung des Streits oder der Ungewißheit gewesen sein, wegen deren die Parteien sich verglichen haben, derart, daß, wenn die Parteien den wahren Sachverhalt gekannt haben würden, der Streit oder die Ungewißheit gar nicht entstanden wäre.

Beispiele sind die zu a II, III genannten Fälle. Ist dagegen in dem Fall a III die Urschrift der Schenkung ebenso schwer zu lesen wie die ihr genau nachgebildete Abschrift, so bleibt der Vergleich wirksam, weil alsdann auch bei Kenntnis der Sachlage der nämliche Streit geherrscht hätte.

Nicht selten wäre den Parteien, wenn sie den wahren Sachverhalt gekannt hätten, zwar der Streit, dessentwegen sie sich verglichen haben, erspart gewesen; dafür wären sie aber in einen andern, vielleicht noch schlimmeren Streit geraten. Dennoch ist ihr Vergleich unwirksam; denn er sollte nicht jedem möglichen, sondern nur einem bestimmten, konkreten Streit ein Ende machen; als Beispiel dient der Fall zu a II, sobald der Schriftverständige erklärt, die Schenkung gehe gewiß auf mehr als 1000, nämlich auf 2000 oder auf 4000 Mk. Geht der Vergleich auf mehrere Streitpunkte, so ist er unwirksam, wenn der Irrtum auch nur einen der Punkte betrifft. War etwa in dem Fall a II nicht bloß die Höhe der Schenkung, sondern auch die Zeit, zu der die Auszahlung erfolgen sollte, schwer zu lesen und haben sich die Parteien hierüber gleichfalls verglichen, so ist auch dieser Teil des Vergleichs unwirksam, selbst wenn der Schriftverständige über die Auszahlungszeit keine Aufklärung geben kann.

c) Im übrigen kommt es auf die Art des Irrtums nicht an. Deshalb kann auch ein Rechtsirrtum genügen.⁶ Beispiel: im Falle a ist die Annahme beider Parteien, die Schenkung B.'s sei nach „gemeinem“ Recht zu beurteilen und deshalb gültig, rechtsirrtümlich, die Schenkung unterliegt vielmehr dem preussischen Recht und ist ungültig; hier ist der Vergleich unwirksam; denn hätte C. dies gewußt, so wäre der Streit über die Höhe der Schenkung gar nicht entstanden, C. hätte vielmehr die Erfüllung der Schenkung ganz abgelehnt. — Auch die Auffindung neuer Beweismittel kann den Vergleich unwirksam machen, wenn der Mangel dieser Beweismittel von beiden Vergleichsparteien als feststehend angenommen war.

5) R.G. 61 S. 321.

6) Pland-Strecker, Anm. 3c zu § 779. Abw. Endemann 1 § 193²⁵.

2. Der Anerkenntnisvertrag.

§ 161.

I. 1. Der Anerkenntnisvertrag steht dem Vergleich dadurch nahe, daß er die vertragsmäßige Ordnung eines als bestehend vorausgesetzten Rechtsverhältnisses bezweckt. Er unterscheidet sich aber vom Vergleich dadurch,

a) daß er angeblich die bestehenden Rechtsverhältnisse nicht ändern, sondern bloß bestätigen will, während der Vergleich überaus häufig an Stelle der bisherigen ausgesprochenenmaßen völlig neue Rechtsverhältnisse setzt,

b) daß er weder Streitigkeit oder Ungewißheit des zu ordnenden Rechtsverhältnisses noch ein beiderseitiges Nachgeben der Vertragsparteien erfordert.

Doch bedingen diese beiden Unterschiede keinen eigentlichen Gegensatz zwischen Anerkenntnisvertrag und Vergleich. Vielmehr kann im Einzelfall ein und derselbe Vertrag zugleich Anerkenntnis und Vergleich sein. Beispiel: A. erkennt die vormals bestrittene Darlehnsforderung des B., B. erkennt dagegen die gleichfalls früher bestrittene Kaufpreisforderung des A. an, beides in einem Vertrage.

2. Durchaus verschieden von dem Anerkenntnisvertrage ist das Geständnis. Denn dieses vermag die Rechtsverhältnisse der Parteien nicht materiell zu ordnen, sondern höchstens Beweismittel für sie zu schaffen. Auch betrifft das Geständnis nur Tatsachen, nicht aber Rechtsverhältnisse. Endlich führt das Geständnis die ihm eignen Rechtswirkungen auch dann herbei, wenn es nicht in verpflichtender Absicht gegeben und von der Gegenpartei nicht angenommen ist; es ist also kein Rechtsgeschäft, geschweige denn ein Vertrag; dagegen wird das Anerkenntnis nur als Vertrag wirksam.

II. Über den Gegenstand des Anerkenntnisvertrages gelten die nämlichen Regeln wie beim Vergleich.

III. 1. Der Abschluß des Anerkenntnisvertrages ist, anders als der des Vergleichs, formalisiert. Er bedarf nämlich zur Gültigkeit einer schriftlichen Erklärung der anerkennenden Partei (781). Doch gilt diese Regel nur mit folgenden Beschränkungen.

a) Sie gilt nur, wenn ein „Schuldverhältnis“ anerkannt wird, also nicht, wenn etwa ein Gläubiger das Vorhandensein eines seiner Forderung entgegenstehenden Einwandes anerkennt.

b) Sie versagt auch bei dem Anerkenntnis eines Schuldverhältnisses, wenn das Anerkenntnis im Wege eines Vergleichs oder auf Grund einer Abrechnung erteilt wird (782).¹

Daß diese Voraussetzung zutrifft, muß im Streitfall der Gläubiger beweisen. So selbst dann, wenn der Schuldner bei seinem Anerkenntnis auf Vergleich oder Abrechnung ausdrücklich Bezug genommen hat; denn diese Bezugnahme ist höchstens ein Geständnis, nicht aber, eben weil die Schriftform fehlt, ein gültiges Anerkenntnis, nimmt also dem Gläubiger die Beweislast nicht ab. — Die „Abrechnung“ setzt voraus, daß beide Parteien ernstlich annehmen, es bestehe zwischen ihnen eine Mehrheit gleichartiger Schuldbbeziehungen, und daß

1) RG. 71 S. 102. Regelsberger, Jahrb. f. Dogm. 46 S. 1.

sie diese Mehrheit rechnungsmäßig (durch Zusammenzählen, Abziehen usw.) auf eine Einheit zurückführen. Ein freies „Abschätzen“ ist von einem „Abrechnen“ jedenfalls verschieden.

c) Wenn ein Schuldverhältnis zu seiner Neubegründung einer strengeren Form als der Schriftform bedarf, gilt das gleiche Formerfordernis auch dann, wenn das Schuldverhältnis als bereits bestehend anerkannt wird. Insbesondere kann die Verpflichtung aus einem Schenkungsversprechen nur durch gerichtliche oder notarielle Urkunde anerkannt werden (781 Satz 2).

Die Formvorschriften zu 1 sind wohl begründet. Denn da der Beweis der tatsächlichen Unrichtigkeit des Anerkenntnisses ausgeschlossen ist, kann der Anerkenntnisvertrag dem Anerkennenden höchst gefährlich werden. Dies um so mehr, als gegenüber einem Geständnis der Beweis der Unrichtigkeit statthaft ist, und unser Volk die feine Unterscheidung von Geständnis und Anerkenntnis keineswegs richtig zu würdigen weiß. So ist es also heilsam, daß das Gesetz durch seine Formvorschrift den Abschluß von Anerkenntnisverträgen erschwert.

2. Die Annahme des Anerkenntnisses durch die Gegenpartei kann formlos geschehen. Meist wird sie stillschweigend abgegeben.

IV. 1. Der Anerkenntnisvertrag ist bald ein einseitiger, bald ein gegenseitiger Vertrag.

2. Der Anerkenntnisvertrag gibt vor, die Rechtsverhältnisse der Parteien nur zu bestätigen, nicht abzuändern. In Wirklichkeit geht er aber über diesen bescheidenen Inhalt häufig weit hinaus und erstrebt, gerade wie der Vergleich, eine Neuordnung der beiderseitigen Rechtsverhältnisse; zu diesem Behuf ändert er trotz seiner konservativen Maske die bestehenden Rechtsverhältnisse nach Gutdünken ab und begründet sogar völlig neue Rechte und Verbindlichkeiten. Demgemäß ist gegen den Anerkenntnisvertrag der Einwand, das Anerkenntnis sei unwahr, die beiderseitigen Rechtsverhältnisse seien in Wirklichkeit von ganz anderer Art, als das Anerkenntnis besage, gerade ebenso ausgeschlossen wie beim Vergleich der Einwand der Unrichtigkeit oder Unbilligkeit.²

Tatsächlich sind Verträge, die ein wahrheitswidriges Anerkenntnis enthalten, sehr häufig. Das ist auch leicht begreiflich. Denn die Wahrheit zu bekennen, kann für die Parteien anstößig oder unbequem sein. So pflegen die Parteien z. B. eine verwickelte Geldverpflichtung, die aus einem Kauf, einem Gesellschaftsverhältnis, einem Vermächtnis, einer strafbaren Handlung entspringt, als Darlehnschuld anzuerkennen, weil sie sie damit wesentlich vereinfachen (s. 607 II).³

3. Demnach sind die Rechtsverhältnisse der Parteien fortan ausschließlich nach dem Inhalt des Anerkenntnisses zu beurteilen. Nur soweit das Anerkenntnis Lücken enthält, kann auch auf den frühern Bestand der anerkannten Rechtsverhältnisse zurückgegriffen werden; daß dies unzulässig sei, weil das Anerkenntnis „novatorisch“ wirke, d. h. das frühere Rechtsverhältnis vollständig zerstöre, ist ebensowenig anzunehmen wie beim Vergleich.

4. Der Anerkenntnisvertrag kann wie jeder andre Vertrag wegen Irrtums, Zwanges usw. angefochten werden. Auch kann er wegen ungerechtfertigter Bereicherung des (angeblichen) Gläubigers in gleicher Art rückgängig

2) RÖ. 57 S. 322.

3) Klemperer bei Gruchot 43 S. 567.

gemacht werden wie eine Barzahlung: wer die auf seine angebliche Schuld geleistete Zahlung zurückfordern kann, kann auch das Anerkenntnis dieser angeblichen Schuld widerrufen (812 II)

XX. Der abstrakte Schuldvertrag.¹

§ 162.

I. 1. Der abstrakte Schuldvertrag oder, wie das Gesetz ihn mit schwer verständlicher Kürze nennt, das Schuldversprechen, hat zum Inhalt, daß jemand sich zu einer Leistung vertragsmäßig verpflichtet, ohne in dem Vertrage zugleich den Zweck, den er mit der Übernahme der Verpflichtung verfolgt, — den sog. Schuldgrund — in rechtswirksamer Weise festzusetzen. Allerdings verfolgen Schuldner und Gläubiger auch beim Abschluß des abstrakten Schuldvertrages irgendeinen Zweck. Aber sie lösen den Schuldvertrag von diesem Zweck los, sie machen ihn mehr oder minder unabhängig von ihm: der Schuldner verspricht seine Leistung „schlechthin“, und der Gläubiger nimmt sie „schlechthin“ an.

2. a) Somit stehen die andern in diesem Abschnitt besprochenen Verträge so verschieden sie auch unter sich sein mögen, sämtlich in scharfem Gegensatz zu den abstrakten Schuldverträgen. Denn für sie ist die Verknüpfung des Schuldversprechens mit einem bestimmten vertragsmäßig festgestellten Zweck geradezu charakteristisch: der Käufer verspricht den Kaufpreis zu dem Zweck, dadurch den Anspruch auf Lieferung der Kaufsache zu erwerben; der Darlehnschuldner verspricht die Zahlung einer gewissen Menge vertretbarer Sachen zu dem Zweck, um dadurch den Gläubiger zur Hingabe von Sachen gleicher Beschaffenheit und gleicher Menge zu bestimmen; der Schenker stellt wenigstens negativ fest, daß er eine Entgeltleistung des Beschenkten nicht bezwecke. Beim abstrakten Schuldvertrage läßt der Schuldner dagegen den Zweck seines Versprechens gänzlich ungewiß.

b) Eine Ausnahme macht der Anerkenntnisvertrag: dieser steht nicht in Gegensatz zu den abstrakten Schuldverträgen, sondern kann selber zu ihnen gehören. Denn da, wie wir gesehen haben, der Einwand der Wahrheitswidrigkeit des Anerkenntnisses ausgeschlossen ist, wird damit der Anerkenntnisvertrag tatsächlich von seinem angeblichen Schuldgrunde, nämlich dem bisherigen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, losgelöst. Doch darf man nicht sagen, daß jeder Anerkenntnisvertrag einen abstrakten Schuldvertrag darstelle. Würde doch

1) v. Tuhr, z. L. von den abstrakten Schuldverträgen (03); Brütt, die abstrakte Forderung (08); Stampe, Ztsch. f. Handelsrecht 55 S. 387; Klingmüller ebenda 58 S. 152; ders., Schuldversprechen u. Schuldanerkentnis (03); Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. 97 S. 211; Neubeder, Arch. f. B.R. 22 S. 34; Wienstein bei Gruchot 48 S. 477.

andernfalls das Anerkenntnis eines gegenseitigen Schuldverhältnisses unmöglich sein.

c) Ebenso bildet eine Ausnahme die Ausstellung und Annahme einer Anweisung: auch sie stellt einen abstrakten Schuldvertrag dar (s. oben S. 628, 629).

3. Die Loslösung eines Schuldversprechens von seinem Schuldgrunde gibt dem Gläubiger eine ausgezeichnete Angriffsstellung gegen den Schuldner. Denn sie nimmt ihm die Last ab, jedesmal, wenn er einen vertragsmäßigen Anspruch erhebt, erst weitläufig dessen Grund darzulegen. Daß diese Bevorzugung des Gläubigers auf der andern Seite eine empfindliche Benachteiligung des Schuldners bedeutet, liegt auf der Hand.

Beispiel. Der Verkäufer, der für das von ihm verkaufte Getreide den auf 1000 Mk. festgesetzten Kaufpreis einfordert, muß beweisen, daß er das Getreide geliefert oder, wenn die Annahme vom Käufer verweigert war, daß er das Getreide in gehöriger Menge und Beschaffenheit dem Käufer angeboten hat. Hat aber der Käufer über die 1000 Mk. einen abstrakten Schuldschein ausgestellt, so ist der Verkäufer dieser Beweislast enthoben.

II. Gegenstand des abstrakten Schuldvertrages kann jede beliebige der Verfügung des Schuldners unterliegende Leistung sein. Weitaus am häufigsten gehen die abstrakten Schuldverträge auf eine festbestimmte Geldzahlung.

III. 1. Beim Abschluß eines abstrakten Schuldvertrages muß die Loslösung des Schuldversprechens von dem Schuldgrunde als Absicht beider Parteien unzweideutig erklärt werden. Dazu ist es aber weder erforderlich noch genügend, daß die Parteien beim Vertragschluß den Schuldgrund nicht erwähnen.

a) Es ist nicht erforderlich. Denn aus der Erwähnung des Schuldgrundes folgt noch nicht, daß die Parteien die Vertragspflichten von dem Schuldgrunde abhängig machen wollen.

b) Es ist nicht genügend. Denn aus der Nichterwähnung des Schuldgrundes, die ja auf einem bloßen Versehen beruhen mag, folgt noch nicht, daß die Parteien die Vertragspflichten von dem Schuldgrunde unabhängig machen wollen.

Beispiele. Zu a: Kaufmann A. übergibt dem Gläubiger B. einen formularmäßigen, den Schuldgrund nicht bezeichnenden Verpflichtungsschein und sagt dazu mündlich: hier ist der Darlehensschuldschein. Zu b: Pferdehändler C. schreibt an D.: „den Schimmel Hans schide ich Ihnen morgen; ich verspreche es bestimmt“, wobei hinter dem Worte Hans die Worte „den Sie von mir gekauft haben“ nur unabsichtlich ausgelassen sind.

2. Der Abschluß eines abstrakten Schuldvertrages ist in der selben Art formalisiert wie der Abschluß eines Anerkenntnisvertrages (780, 782): er bedarf also regelmäßig zur Gültigkeit einer schriftlichen Erklärung des Schuldners, wenn nicht der Gegenstand des Vertrages die Beobachtung einer strengern Form mit sich bringt.²

Zu den oben § 161 III, 1 erwähnten Ausnahmen vom Schriftzwange tritt hier vielleicht noch eine weitere hinzu:^{2a} der abstrakte Schuldvertrag ist formlos gültig, wenn er die Übernahme der bereits bestehenden Schuld eines Dritten betrifft, sei es, daß der Übernehmende einziger Schuldner, sei es, daß er Mitschuldner des Dritten werden will. Da-

2) RG. 52 S. 40, 71 S. 292.

2a) Vgl. Hümelin S. 239.

gegen darf nicht als weitere Ausnahme die Abtretung einer Forderung oder der Erlaß einer Schuld angeführt werden; denn hier handelt es sich nicht um Schuldverträge, sondern um Verfügungen von gleicher Art wie die Übereignung, Nießbrauchsbestellung usw.

Die Formvorschrift zu 2 ist ähnlich zu rechtfertigen wie die nämliche Formvorschrift beim Anerkenntnisvertrage: das Publikum hat für die Gefahren, mit denen der abstrakte Schuldvertrag den Schuldner bedroht, nur geringes Verständnis und soll deshalb durch den Schriftzwang vor Übereilung bewahrt werden.

IV. 1. Der abstrakte Schuldvertrag ist stets ein einseitiger Vertrag.

Allerdings kann der Schuldner die ihm obliegenden Leistungen von Gegenleistungen des Gläubigers abhängig machen, indem er sich nur unter der Bedingung verpflichtet, daß der Gläubiger solche Gegenleistungen vollzieht, und kann alsdann, falls Leistung und Gegenleistung Zug um Zug erfolgen sollen, seine Leistung so lange verweigern, als der Gläubiger die Gegenleistung verzögert. Allein ein positives Recht auf die Gegenleistungen kann er sich nicht ausbedingen; das würde dem Wesen des abstrakten Schuldvertrages widersprechen; denn mit der Festsetzung der Gegenleistung wäre ja zugleich der Schuldgrund der andern Leistung festgesetzt.

2. Die Rechte des Gläubigers ergeben sich aus dem Inhalt des Schuldvertrages. Dieser ist auszulegen wie jeder andre Vertrag, also so, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern.³

3. Kann der Schuldner sich nicht wenigstens einwandweise auf den Schuldgrund berufen, dem sein Versprechen entspringt?

a) Die Frage ist unbedingt zu bejahen, soweit es sich um zwingende Rechtsätze handelt; denn die Parteien können die Anwendung dieser Rechtsätze nicht dadurch umgehen, daß sie das Schuldversprechen von seinem Schuldgrunde ablösen. Demgemäß kann sich der Schuldner darauf berufen, daß der Schuldvertrag bei Berücksichtigung seines Schuldgrundes als unsittlich oder wucherisch erscheint, daß er eine Spielschuld betrifft, daß er ein formloses Schenkungsversprechen enthält usw. (s. 762 II, 518 I Satz 2).⁴

b) Im übrigen hängt die Antwort auf die Frage von der Parteivereinbarung ab.⁵ Die Parteien können also ausmachen, daß der Schuldgrund zwar von dem angreifenden Gläubiger nicht berücksichtigt werden muß, wohl aber von dem sich verteidigenden Schuldner berücksichtigt werden darf. Die Parteien können aber ebensogut dem Schuldner auch etwaige Einwendungen aus dem Schuldgrunde abschneiden. Im Zweifel wird man den Schuldvertrag im Sinn der erstern, dem Schuldner günstigeren Meinung auslegen.

Beispiel. A. hat dem B. „1000 Mk. am 1. April 1912“ versprochen. Hier kann A. einwenden, der Schuldgrund dieses Versprechens sei, daß B. ihm für den 1. April 1909 ein Darlehn von 950 Mk. versprochen habe; B. habe aber dies Versprechen nie gehalten; damit sei auch sein eignes Schuldversprechen trotz dessen Abstraktheit unverbindlich.

Abzulehnen ist die Auffassung, daß der Schuldner, der sich auf den Schuldgrund beruft, damit den abstrakten Schuldvertrag gleichsam rückgängig mache und daß er hierzu nur berechtigt sei, wenn der Gläubiger andernfalls rechtlos bereichert werden würde.⁶ Das BGB. unterstützt diese Auffassung durchaus nicht.⁷

Wird dem Schuldner die Befugnis abgeschnitten, sich einwandweise auf den Schuld-

3) Abw. Endemann 1 § 194⁸.

4) Vgl. aber v. Tuhr a. a. O. S. 5.

5) Vgl. RG. 67 S. 129.

6) So RG. 57 S. 323; Endemann 1 § 194¹²; v. Tuhr S. 17.

7) Rümelin S. 343.

grund zu berufen, so kann dies bedeuten: 1. daß der Schuldner auf die Einwendungen gänzlich verzichtet oder 2. daß er die Einwendungen nur als solche preisgibt, dagegen selbständige, im Streitfall durch Klage geltend zu machende Rechte daraus herleiten darf.

Nach Maßgabe der Regeln zu a, b kann auch der Gläubiger, wenn er will, sich auf den Schuldgrund des Schuldvertrages berufen. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn ihm die vom Schuldner kraft des Vertrages gelieferte Sache von einem besserberechtigten Dritten entrispen wird und er nun aus BGB. 445 („entgeltliche“ Veräußerung eines Gegenstandes) Ansprüche gegen den Schuldner erheben will.⁸

c) Wer sich gegenüber einem abstrakten Schuldvertrage auf den Schuldgrund bezieht, auf dem dieser Vertrag beruht, sei es als Schuldner, sei es als Gläubiger, muß den Schuldgrund beweisen.

4. Die Unsechtbarkeit eines abstrakten Schuldvertrages wegen Irrtums usw. folgt den allgemeinen Regeln.

XXI. Die Delikte.

1. Die Delikte im allgemeinen.¹

a) Tatbestand.

§ 163.

I. Zum Tatbestande eines jeden Delikts oder, wie das Gesetz sich schwerfällig ausdrückt, jeder unerlaubten Handlung gehört, daß jemand durch ein unerlaubtes Verhalten einem andern schuldhaft oder doch nicht erweislich schuldlos einen Schaden zufügt. Doch sind die einzelnen Merkmale dieses Tatbestandes nicht bei allen Delikten gleichmäßig bestimmt. Wir ordnen die Delikte deshalb in drei Hauptgruppen; die Delikte der ersten Gruppe seien als die gewöhnlichen bezeichnet, da das Gesetz (823 I) sie an die Spitze seiner deliktrechtlichen Regeln stellt; die Delikte der zweiten Gruppe (823 II) seien Schutzgesetzverletzungen, die der dritten Gruppe (826) seien unfittliche Delikte genannt. Daneben gibt es freilich noch einige Delikte (824, 825 usw.), die sich keiner dieser drei Hauptgruppen zuzählen lassen und die deshalb als Sonderdelikte bezeichnet werden mögen; doch soll dieser und der nächstfolgende Paragraph sich zunächst auf die Delikte der drei Hauptgruppen beschränken und erst der Schlußparagraph des Deliktsrechts (unten § 165) auch auf die Sonderdelikte Bezug nehmen.

1. Erstens ist schon das Merkmal, daß bei allen Delikten jemand einem andern einen Schaden zufügt, bei jeder der drei Deliktgruppen verschieden bestimmt.

8) Siehe RG. 62 S. 45.

1) Jung, Delikt u. Schadensverurteilung (97); Lindelmann, Schadensersatzpflicht aus unerl. Handlungen (98); v. Liszt, Deliktobligationen (98); Elsbacher, Handlungsfähigkeit (98) S. 274; Prym, Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerl. Handlung (Diff. 05); Krüdmann, Jahrb. f. Dogm. 52 S. 428.

a) Bei den gewöhnlichen Delikten geschieht die Schädigung dadurch, daß der Urheber des Delikts gewisse besonders befriedete Rechtsgüter eines andern verletzt. Als solche Rechtsgüter macht das Gesetz namhaft: einerseits Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, andererseits das Eigentum und die sonstigen Rechte (823 I). Der Bereich der gewöhnlichen Delikte fällt also mit dem Bereich eben dieser Rechtsgüter zusammen. Er ist demnach klar umgrenzt, soweit es sich um eine Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum handelt. Dagegen ist seine Umgrenzung undeutlich, sobald die Verletzung eines „sonstigen Rechts“ in Frage steht.

α) Zu den „sonstigen Rechten“ gehören zunächst alle dinglichen Rechte außer dem Eigentum, also namentlich Hypotheken, Dienstbarkeiten, nachbarrechtliche Befugnisse,² Besitzrecht³ usw.

β) Zu den „sonstigen Rechten“ gehören aber, obschon die unbedingt herrschende Meinung^{4, 5} das Gegenteil annimmt, zweifellos auch die Forderungsrechte; denn das Gesetz nimmt sie nicht ausdrücklich aus, und es ist undenkbar, daß dies ein bloßer Redaktionsfehler des Gesetzgebers sein sollte. Demnach kann auch die Verletzung eines Forderungsrechts sehr wohl ein gewöhnliches Delikt sein. Doch ist die Frage belanglos, wenn es sich um eine Verletzung des Forderungsrechts handelt, die gerade von dem durch die Forderung persönlich gebundenen Schuldner verübt ist; denn für diesen Fall hat das Gesetz besondere Rechtsregeln aufgestellt, neben denen für die Anwendung der für die gewöhnlichen Delikte geltenden Regeln kein Raum ist (s. unten S. 688 VI, 1). Dagegen ist die Frage von großer rechtlicher Bedeutung, wenn ein Forderungsrecht von einem Dritten verletzt wird;⁶ die Behauptung, daß das unmöglich sei, weil das Forderungsrecht nur relativ zwischen Gläubiger und Schuldner wirke, ist nicht zu billigen.

γ) Zu den „sonstigen Rechten“ gehören weiter auch die sogenannten Persönlichkeitsrechte, jedoch nur so weit, als sie von der geltenden Rechtsordnung wirklich zu echten Privatrechten erhoben sind, also etwa das Recht jeder Person an ihrem Namen, nicht aber auch ihr sogenanntes Recht auf Achtung ihrer Ehre⁷, auf Schonung ihrer Geheimnisse, auf Nichtbeeinträchtigung ihres Geschäftsbetriebes.⁸ Mit dieser Beschränkung kann also auch die Verletzung eines „Persönlichkeitsrechts“ ein gewöhnliches Delikt darstellen.⁹

δ) Dagegen ist zu den „sonstigen Rechten“ nicht das Vermögen einer Person als Ganzes zu rechnen.¹⁰ Demnach gehört es nicht zu den gewöhn-

2) RG. 60 S. 140.

3) RG. 59 S. 326.

4) RG. 57 S. 353, 59 S. 327.

5) D. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung (05); Prhm S. 21.

6) v. Liszt S. 21; Crome § 325 Nr. II, 4b; abw. Prhm S. 23; Örtmann Anm. 3 d β zu 823.

7) RG. 51 S. 369, 60 S. 5.

8) Vgl. Endemann 1 § 200²⁴; Riezler, Arch. f. BR. 27 S. 246.

9) RG. 64 S. 55, 65 S. 211. Abw. RG. 56 S. 275, 58 S. 27.

10) RG. 62 S. 317.

lichen Delikten, wenn jemand um eine Erwerbssausicht gebracht, zu Ausgaben genötigt, zur Aufnahme von Schulden veranlaßt wird.¹¹

Beispiele. I. Gewöhnliche Delikte liegen vor, wenn U. unerlaubt und schuldhaft einen Schaden anrichtet wie folgt: 1. Er tötet den B. oder schlägt ihm ein Auge aus oder erschreckt ihn so, daß er krank wird, oder sperrt ihn ein. 2. Er zerbricht Schmucksachen, die entweder dem C. gehören oder zwar in seinem eignen Eigentum stehn, aber von ihm dem C. als Pfand gegeben sind. 3. a) Er eröffnet neben dem Laden seines früheren Prinzipals D. ein Konkurrenzgeschäft, obgleich D. nach einem zwischen ihm und U. abgeschlossenen Vertrage von U. die Unterlassung eines derartigen Wettbewerbes fordern kann. b) Er zieht eine Forderung, die ihm gegen den C. zu stand, von diejem ein, obgleich er die Forderung kurz zuvor an den F. abgetreten hatte, und zerstört damit, da der Schuldner C. die Abtretung erst nachträglich erfährt, die Forderung des F. (407 I). 4. Er legt sich, nachdem seine Mutter in zweiter Ehe den G. geheiratet hatte, den Namen seines Stiefvaters bei. II. Dagegen ist der Tatbestand eines gewöhnlichen Delikts in folgenden Fällen nicht erfüllt. 1. U. beleidigt den H. oder verführt die J. zur Unzucht oder verrät ein wichtiges Geschäftsgeheimnis, das sein Freund K. ihm unter dem Siegel der Verschwiegenheit mitgeteilt hat, einem Konkurrenten oder stört den Gewerbebetrieb des L. dadurch, daß er auf Grund eines ihm in Wahrheit gar nicht zustehenden Patentrechts dem L. und dessen Arbeitern den Gebrauch gewisser Maschinen verbietet.¹² 2. U. hört von einer ihm als unzuverlässig bekannten Person, daß angeblich die Frau seines zurzeit auf einer Studienreise befindlichen Freundes M. gestorben sein soll, telegraphiert auf Grund dieser Mitteilung, ohne weitere Erkundigungen einzuziehen, an M. den Tod der Frau als Tatsache und veranlaßt diejen dadurch zu einer unnötigen Heimreise.

Sehr gewissenhaft ist es, daß das Gesetz neben der Verletzung des Körpers als Delikt auch die Verletzung der Gesundheit erwähnt. Doch ist es nicht wohl einzusehn, wie man jemandes Gesundheit schädigen soll, ohne zugleich seinen Körper zu verletzen. Offenbar haben die Gesetzesverfasser hier einmal ausnahmsweise versucht, volkstümlich zu sein und haben deshalb eine Störung der Nervenfunktionen nicht als Körperverletzung gelten lassen.

b) Bei den Schutzgesetzverletzungen geschieht die Schädigung dadurch, daß der Urheber des Delikts gegen ein Gesetz verstößt, das gerade den Schutz des Geschädigten bezweckt (823 II).¹³ Der Bereich dieser Delikte ist also gerade so groß wie der Bereich der von der geltenden Rechtsordnung aufgestellten Schutzgesetze; die Folge ist, daß jede Änderung dieser Gesetze, auch wenn sie zunächst als bloße Straf- oder Verwaltungsgesetze gedacht sind und dem bürgerlichen Recht fern zu stehn scheinen, mittelbar auch eine Änderung des bürgerlichen Deliktsrechts mit sich bringen kann. Daß die Delikte sich gerade gegen eines der zu a genannten Rechtsgüter richten, ist nicht erforderlich.

Beispiele. I. Deliktische Schutzgesetzverletzungen liegen vor, wenn U. unerlaubt und schuldhaft einen Schaden anrichtet wie folgt: 1. Er veröffentlicht in den Zeitungen Anzeigen, die eine Beleidigung des B. enthalten (StrGB. 185). 2. Er verführt die noch nicht sechzehnjährige C., ihm die Beiwohnung zu gestatten; die Folge ist, daß die C. niederkommt (StrGB. 182). 3. Er unterläßt es, für seinen Arbeiter D. das Einkleben von Marken für die Altersversicherung zu besorgen (RGes. v. 19. Juli 1899 § 176).¹⁴ 4. Er schädigt seinen Konkurrenten E. durch unwahre Reklame für sein eignes Geschäft (RGes. v. 7. Juni 1909 § 3). II. Dagegen ist es keine deliktische Schutzgesetzverletzung, wenn U. seinen Nachbarn F. dadurch schädigt, daß er in seinem Hause ein Bordell betreibt. Denn das Verbot des Bordellbetriebes (StrGB. 180)¹⁵ ist nicht zum Schutz der Nachbarn, sondern zum Schutz der im Bordell verkuppelten Personen oder zum Schutz der allgemeinen Sittlichkeit bestimmt.

11) Örtmann Anm. 3g zu 823. Vgl. Elsbacher 333.

12) Abw. RG. 58 S. 29.

13) RG. 53 S. 314, 59 S. 237, 63 S. 325.

14) Abw. RG. 63 S. 53.

15) RG. 57 S. 241.

Abzulehnen ist die Lehre, daß unter den Schutzgesetzen im Sinn der Regel zu b nur Gesetze zu verstehen seien, die den Schutz ganzer Personentklassen bezwecken. Im Gegenteil gehören auch Gesetze hierher, die, wie z. B. der Beleidigungsparagraph des Strafgesetzbuchs, bloß dem Schutz einzelner Individuen dienen sollen.¹⁶

c) Bei den unsittlichen Delikten geschieht die Schädigung dadurch, daß der Urheber des Delikts die gute Sitte verletzt (826).¹⁷ Der Bereich dieser Delikte ist also gerade so groß wie der Bereich der von der herrschenden Anschauung anerkannten Sittengebote; die Folge ist, daß jede Änderung dieser Gebote, auch wenn kein Gesetz des bürgerlichen oder des Straf- und Verwaltungsrechts ihr eine formelle Anerkennung zuteil werden läßt, mittelbar auch das bürgerliche Deliktsrecht abzuändern vermag. Ob die Delikte sich gerade auf die zu a genannten Rechtsgüter beziehen, ist, gerade wie bei den Schutzgesetzverletzungen, ohne Belang.

Beispiele. I. Eine sehr große Zahl von Theaterdirektoren haben einen Vertrag dahin geschlossen,¹⁸ daß sie einen Schauspieler, der bei einem der Vertragsgenossen kontraktbrüchig wird, ohne Zustimmung des von dem Kontraktbruch betroffenen Direktors niemals beschäftigen dürfen; auf Grund dieses Vertrages meldet Direktor A. den Schauspieler B. bei den Vertragsgenossen als kontraktbrüchig an, und B. findet infolgedessen keine Beschäftigung. Hier liegt ein unsittliches Delikt des A. gegenüber dem B. vor; denn eine derartige maßlose Bestrafung des B. für seinen Kontraktbruch ist gegen die gute Sitte. II. Dagegen läge ein Delikt nicht vor, wenn der Eingang erwähnte Vertrag die Folgen eines Kontraktbruchs milder bestimmte, also etwa angäbe, daß der kontraktbrüchige Schauspieler sich durch Zahlung einer mäßigen Vertragsstrafe wieder rehabilitieren könne. III. Sollte sich in der Volksmeinung ein Umschwung dahin vollziehen, daß es allgemein für unsittlich angesehen wird, wenn jemand die Dienstboten eines andern ausmietet, so wäre damit zugleich ein neues Delikt, die vorsätzliche Schädigung eines Dienstherrn durch Ausmieten seines Gefindes, geschaffen. Dagegen wird zurzeit nicht das Ausmieten als solches, sondern nur der Gebrauch von Drohmitteln, Lügen u. dgl. zum Zweck des Ausmietens als unsittlich angesehen, und es ist deshalb auch nur ein mit derartigen Kunstgriffen betriebenes Ausmieten ein Delikt.

2. Ebenso verschieden gestaltet sich bei allen drei Deliktgruppen das Merkmal, daß jedes Delikt eine unerlaubte Handlung ist.

a) Bei den gewöhnlichen Delikten spielt dies Merkmal eine sehr große Rolle. Denn es gibt zahlreiche und wichtige Fälle, in denen die Verletzung von Leben, Körper, Eigentum usw. eines andern gesetzlich erlaubt und eben deshalb kein Delikt ist.

α) Erlaubt ist eine solche Handlung, wenn der Geschädigte oder dessen Vertreter im voraus in sie eingewilligt hat. Doch muß die Einwilligung eine rechtsgültige, der Geschädigte also voll geschäftsfähig und zur Verfügung über das verletzte Rechtsgut berechtigt gewesen sein.

β) Erlaubt ist eine solche Handlung, wenn der Täter zu ihrer Vornahme ein Recht gehabt hat oder als Geschäftsführer ohne Auftrag von dem Verletzten die nachträgliche Genehmigung der Handlung fordern kann (s. 633).¹⁹

16) Abw. Detmold in der Göttinger Festschrift für Regelsberger S. 317.

17) RG. 53 S. 176, 54 S. 258, 55 S. 372, 56 S. 278, 57 S. 418, 58 S. 219, 397, 60 S. 94, 64 S. 53, 65 S. 333, 424, 66 S. 379, 67 S. 169, 69 S. 280. Dalberg, rechtskräftiges Urteil u. Verstoß gegen die guten Sitten (Diff. 10).

18) RG. 57 S. 418, 71¹⁰⁹.

19) Bittelmann, Arch. f. ziv. Pr. 99 S. 1.

γ) Erlaubt ist eine solche Handlung endlich noch aus andern Gründen, insbesondere wenn der Täter in rechtmäßiger Notwehr oder in rechtmäßigem Notangriff (227, 229) gehandelt hat.

Beispiele. I. 1. Wenn A. den Hund Tell des B. vergiftet, so ist das regelmäßig kein Delikt, falls B. in die Vergiftung eingewilligt hatte; denn so gut wie B. seinen eignen Hund selber vergiften darf, so gut kann er es auch rechtsgültig einem andern erlauben. 2. a) Wenn C. den D. tötet, so kann dies ein Delikt auch dann sein, wenn D. den C. ernstlich und dringend darum gebeten hatte; denn D. ist nicht imstande, über sein Leben rechtsgültig zu verfügen.²⁰ b) Ebenso kann auch im Fall 1 die Vergiftung des Tell trotz der Einwilligung des Eigentümers B. wenigstens ausnahmsweise ein Delikt sein, z. B. wenn B. minderjährig war und ohne Zustimmung seines Vormundes handelte oder wenn er sich erkennbar nur versprochen hatte, da er nicht in die Vergiftung des Tell, sondern eines andern Hundes einwilligen wollte und nun nachträglich die Einwilligung wegen Irrtums ansieht. II. 1. Wenn E. des Nachts die Tür seines Hauses schließt, so daß sein Diensthote F. das Haus nicht verlassen kann, so ist das kein Delikt (Verletzung der Freiheit des F.), weil E. ein Recht darauf hatte, sein Haus nachts verschlossen zu halten. 2. Wenn der Arzt G. die Operation des H. eigenmächtig weiter ausdehnt als vereinbart war, da die sofortige Ausdehnung sich im Lauf der Operation als zweckmäßig herausstellt, H. aber in der Narose nicht um seine Einwilligung angegangen werden kann, so ist das kein Delikt, weil G. hier von H. die nachträgliche Genehmigung seines Verhaltens beanspruchen konnte (s. 683).²¹ III. Wenn J. eine Fensterscheibe eines in Brand geratenen Eisenbahnwagens zerschlägt, um sich aus dem Wagen zu retten, so ist das kein Delikt, weil erlaubt (228).

Dagegen ist für die Deliktnatur einer Handlung unerheblich die nachträgliche Genehmigung der Handlung durch den Verletzten (es sei denn, daß die Handlung in einem Rechtsgeschäft bestände und durch die Genehmigung rückwirkend gültig würde); eine solche Genehmigung ist also nur als Verzicht des Verletzten auf seinen Anspruch aus dem Delikt aufzufassen und bedarf demgemäß der Annahme seitens des Deliktschuldners.²²

b) Umgekehrt ist das Merkmal der Unerlaubtheit ohne jede selbständige Bedeutung bei den Schutzgesetzverletzungen. Denn bei ihnen ergibt sich die Unerlaubtheit schon daraus, daß sie einem Schutzgesetz zuwiderlaufen: eine „erlaubte“ Verletzung eines Schutzgesetzes wäre ein Begriff, der sich selber widerspräche.

Beispiel. Wenn A. den B. in Notwehr verwundet, so kann man sehr wohl sagen, daß er den Körper des B. erlaubtermaßen verletzt, nicht aber auch, daß er dem Schutzgesetz, das die Körperverletzung verbietet, erlaubtermaßen zuwidergehandelt hat. Vielmehr liegt eine Zuwiderhandlung gegen jenes Schutzgesetz überhaupt nicht vor, da dieses von vornherein für eine Körperverletzung in Notwehr gar nicht gelten will.

c) Bei den unfittlichen Delikten ist das Merkmal der Unerlaubtheit zwar nicht ganz bedeutungslos,²³ aber doch von sehr geringer Wichtigkeit.

α) Daß die unfittliche Schädigung eines andern erlaubt wäre, weil der Geschädigte in sie eingewilligt hätte, ist ausgeschlossen. Denn eine solche Einwilligung wäre nichtig (138 I).

β) Daß die unfittliche Schädigung eines andern erlaubt sein könnte, weil

20) RG. 66 S. 308.

21) Zitelmann a. a. D. S. 106.

22) Siehe Zitelmann a. a. D. S. 102.

23) Siehe auch RG. 59 S. 105.

der Täter zu ihrer Vornahme ein Recht gehabt hätte²⁴ oder die nachträgliche Genehmigung seiner Handlung vom Geschädigten hätte fordern können, ist ausgeschlossen. Denn niemand darf sein Recht in unsittlicher Art gebrauchen, und niemand braucht einen ihm in unsittlicher Art zugefügten Schaden zu genehmigen.

γ) Dagegen ist es nicht undenkbar, daß die unsittliche Schädigung eines andern ausnahmsweise erlaubt ist, weil sie etwa in Nothwehr vorgenommen wurde.

Beispiel. Wenn die A. den betrunkenen B. vorzüglich tötet, weil sie seine plumpen, aber harmlosen Zärtlichkeitsbezeugungen nicht anders abwehren kann (s. auch den Fall oben S. 345 Abs. 1), so ist das gegen die guten Sitten, weil das Leben des B. unvergleichlich mehr wert war als das Leid, das die A. durch B.'s Zärtlichkeiten erdulden mußte. Trotzdem liegt hier, so wenig wie ein gewöhnliches Delikt oder eine Schutzgesetzverletzung, so wenig auch ein unsittliches Delikt vor. Denn was die B. tat, war erlaubt (226).

3. Grundverschieden endlich ist bei den drei Deliktgruppen auch das Erforderniß bestimmt, daß jedes Delikt **schuldhaft** vorgenommen sein muß.

a) Bei den gewöhnlichen Delikten genügt als Verschulden jede, also auch eine ganz geringe Fahrlässigkeit (823 I). Und zwar muß das Verschulden sich auf die Verletzung eines fremden Rechtsguts als solche und auf ihre Unerlaubtheit beziehen; daß es auch auf den Schaden gerichtet ist, den der Verletzte durch das Delikt erleidet, ist nicht nötig.

Beispiele. I. Wenn A. nach einer Gesellschaft seine Gummischuhe fahrlässigerweise mit denen des B. verwechselt und mit nach Hause nimmt, so ist dies ein Delikt, mag die Fahrlässigkeit auch bloß eine geringe sein (s. oben S. 302 Abs. 1). II. Wenn C. als auftragloser Geschäftsführer des D. eine diesem gehörige Sache an E. veräußert, weil er sich irrtümlich einbildet, die Veräußerung liege im Interesse des D. und entspreche auch seinem Willen, so ist dies kein Delikt, falls der Irrtum C.'s durch die Umstände gerechtfertigt war und also nicht als schuldhaft anzusehn ist.²⁵ III. 1. Wenn F. dem G. heimlich ein Buch fortnimmt, um es schnell zu lesen und sofort wiederzubringen, so ist dies ein Delikt auch dann, wenn F. mit Recht annahm, das Buch sei in der Zwischenzeit bei ihm viel besser aufgehoben als bei G. und werde auch von G. gar nicht vermißt werden, die Wegnahme des Buchs sei also für G. unschädlich. 2. Anders, wenn F. ohne Fahrlässigkeit annahm, G. werde nachträglich seine Genehmigung erklären; denn dann hat F. gewissermaßen als Geschäftsführer des G. für diesen in seine eigne Handlung im voraus eingewilligt, und damit ist ein Verschulden auf seiner Seite ausgeschlossen, auch wenn G. später tatsächlich die Genehmigung verweigert.²⁶

Die Frage, ob jemandem ein leichtes Verschulden zur Last fällt, ist nur nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Denn nur von diesen hängt es ab, welches Maß der Sorgfalt jener anzuwenden hatte. — Beispiel. A., der sich im Zimmer des B. befindet, zerbricht durch eine ungeschickte Bewegung ein auf dem Tisch stehendes Weinglas. Hier ist die Frage, ob dem A. ein Verschulden zur Last fällt, sehr verschieden zu beantworten, je nachdem A. sich bei B. als dessen eingeladener Gast oder als Bote, der ihm eine Bestellung auszurichten hatte, oder zu Zwecken eines Diebstahls befand.

b) Bei den Schutzgesetzverletzungen ist zu unterscheiden:

a) Wenn das verletzte Schutzgesetz selber bei Vornahme der von ihm verbotenen

24) RG. 55 S. 372. Vgl. 67 S. 152.

25) Siehe RG. 68 S. 437.

26) Siehe Zitelmann a. a. O. S. 129.

Tat ein gewisses Maß oder eine gewisse Richtung des Verschuldens voraussetzt, ist diese Bestimmung auch für die Deliktsnatur der Tat maßgebend; je nach den Normen des Schutzgesetzes wird also als Delikt bald nur eine vorsätzliche, bald auch eine fahrlässige Handlung gelten.

β) Anders wenn das Schutzgesetz auch eine schuldblose Zuwiderhandlung verbietet: hier bleibt das Deliktsrecht bei seinem Erfordernis stehn, daß jedes Delikt schuldhaft begangen sein muß (823 II Satz 2); es läßt aber wie bei den gewöhnlichen Delikten nicht bloß Vorsatz, sondern jede Fahrlässigkeit genügen und unterscheidet nicht, ob das Verschulden sich auf die Verletzung des Schutzgesetzes als solche oder auf den dadurch verursachten Schaden bezieht.

Beispiele. I. 1. Die Beleidigung ist Schutzgesetzverletzung nur, wenn sie absichtlich, der Falschheid, auch wenn er fahrlässig begangen ist. 2. Der fahrlässige Falschheid ist Schutzgesetzverletzung auch dann, wenn der Schwörende weder mußte noch hätte wissen müssen, daß er mit jenem Eide einen andern schädigte, sondern die Umstände, auf die sein Falschheid sich bezog, ohne Fahrlässigkeit für ganz gleichgültig ansah. II. Würde ein Ortsstatut im Interesse der Feuericherheit ein gewisses Mindestmaß der Brandmauer vorschreiben und würde, weil die Brandmauer des Hauses x dieses Maß nicht erreicht, bei einem Brande von x auch das Nachbarhaus y beschädigt werden, so wäre für die Beschädigung von y nicht jeder deliktmäßig haftbar, der jener Schutzvorrichtung zuwidergehandelt hat, sondern nur, wem dabei ein Verschulden zur Last fällt. Und zwar würde es als Schuld genügen, wenn der Zuwiderhandelnde entweder die von ihm verletzte Vorschrift oder wenn er die durch den Bau für y begründete Feuergefährdung hätte kennen müssen.

c) Bei den unsittlichen Delikten genügt als Verschulden nur der schuldhafteste Vorsatz (826).²⁷ Und zwar muß sich der Vorsatz auf die Schädigung des Verletzten beziehen; daß er auch auf die Unsittlichkeit der Schädigung gerichtet ist, ist nicht erforderlich.²⁸

Beispiele. I. A. verführt den Primaner B. zum Wirtshausbesuch; infolge davon fällt B. im Examen durch. Hier liegt ein unsittliches Delikt nicht vor, da A. diesen Schaden B.s nicht vorsätzlich herbeigeführt hat. II. C. bestimmt den D., seine Bewerbung um ein mit großen Einnahmen verbundenes Amt zurückzuziehen, indem er ihm wider besseres Wissen seinen zukünftigen Vorgesetzten als einen unerträglichen Tyrannen schildert, und erreicht dadurch, daß dem D. das Amt, das ihm sonst sicher zugefallen, entgeht. Hier liegt ein vorsätzliches Delikt auch dann vor, wenn C. den D. nur deshalb belogen hat, weil er annahm, dieser passe für das Amt nicht, und des Glaubens war, der gute Zweck heilige das schlechte Mittel.

II. 1. Die Delikte sind oftmals zugleich strafbare Handlungen. Doch kommt es auch nicht selten vor, daß eine Handlung ein Delikt und doch nicht strafbar oder daß sie strafbar und doch kein Delikt ist.

Beispiel. A. dringt nachts bei B. ein, um eine in B.s Besitz befindliche Uhr, von der er sich in schuldhaftem Irrtum einbildet, sie gehöre ihm, an sich zu nehmen; er führt dies Vorhaben auch tatsächlich aus, nimmt aber zugleich eine Uhrkette mit, von der er genau weiß, daß sie B.s Eigentum ist; außerdem versucht er, aus dem Schreibtisch B.s Geld zu entwenden, gibt es aber auf, weil er das Schloß nicht zu öffnen vermag. Hier ist die Wegnahme der Uhrkette Delikt (823 I) und strafbar (StrGB. 242 I); die Wegnahme der Uhr ist Delikt (823 I), aber nicht strafbar (StrGB. 59); der Versuch der Entwendung des Geldes ist strafbar, aber (weil B. dadurch keinen Schaden erlitt) kein Delikt.

27) RG. 57 S. 241, 58 S. 214, 62 S. 139.

28) RG. 72 S. 175; j. aber auch RG. 71 S. 112.

2. Demgemäß sind auch die Strafausschließungs- und Strafbefreiungsgründe keineswegs allgemein auf das Deliktrecht zu übertragen; insbesondere gelten Unerwachsene im Alter von acht bis zwölf Jahren zwar strafrechtlich, nicht aber deliktrechtlich als unzurechnungsfähig; der Notstand von StrGB. 54 befreit von Strafe, nicht aber von deliktrechtlicher Verantwortlichkeit usw.

Nur, wenn eine Handlung bloß deshalb ein Delikt ist, weil sie einem Strafgesetz zuwiderläuft, kommen die strafrechtlichen Regeln auf sie auch dann zur Anwendung, wenn der Täter für sie deliktrechtlich haftbar gemacht wird. Deshalb kann z. B. eine von einem elfjährigen Knaben begangene fahrlässige Körperverletzung (823 I), nicht aber eine von ihm verübte Beleidigung (823 II) Delikt sein.

III. Die Delikte können entweder positive Handlungen oder bloße Unterlassungen sein.²⁹

Beispiel. Die A. ist als Amme zu sofortigem Dienstantritt für ein schwächliches Kind gebunden, tritt aber, weil sie inzwischen einen Streit mit ihrem Bräutigam hat, und darüber alles andre vergißt, ihre Stellung zu spät an; die Folge ist, daß das Kind an Schwäche stirbt. Hier ist die A. einer fahrlässigen Tötung schuldig.

IV. Die Delikte können nur von zurechnungsfähigen Personen begangen werden (s. oben S. 304, 4 und unten S. 698).

V. Daß ich den vom Gesetz gebrauchten Ausdruck „unerlaubte Handlung“ verwerfe und ihm den Ausdruck „Delikt“, obgleich er ein Fremdwort ist, vorziehe, hat seinen Grund darin, daß er viel zu lang ist und jeder Elastizität mangelt. So klingt es einfach und klar, wenn man sagt: ein von einem sechsjährigen Kinde verübter Diebstahl ist kein „Delikt“, während es sich sehr sonderbar ausnimmt, wenn man sagen würde: jener Diebstahl ist „keine unerlaubte“ oder gar eine „erlaubte Handlung“. Und wie will man die von Delikt abgeleiteten Ausdrücke „Deliktschuldner“, „deliktmäßig“, „deliktähnlich“ usw. durch Ausdrücke ersetzen, die von „unerlaubter Handlung“ abgeleitet sind?

b) Rechtswirkung.

§ 164.

I. Jedes Delikt hat zur Folge, daß der Täter und unter Umständen auch andre Personen neben ihm dem Verletzten Schadensersatz zu leisten haben (823, 826)

1. a) Ersatzpflichtig ist immer der Täter.¹ Ist ein Delikt von mehreren Personen gemeinschaftlich verübt, so haften sie alle als Gesamtschuldner (830 I Satz 1). Ist der Täter zur Vornahme des Delikts von einem andern angestiftet oder bei Vornahme des Delikts von einem andern unterstützt worden, so haften Anstifter und Gehülfen neben ihm wie Mittäter (830 II).

Beispiele. A. trägt dem B. auf, den C. zu vergiften; B. führt die Tat auch aus, indem er sich das Gift von D. beschafft. Hier sind Schadensersatzpflichtig A., B., und wenn ihm eine Fahrlässigkeit zur Last fällt, auch D. Und zwar haften sie alle drei als Gesamtschuldner, obgleich das Verschulden des D. unvergleichlich geringer ist als das der beiden andern.

²⁹) RG. 52 S. 370, 54 S. 54.

1) Rumpf, Teilnahme an unerl. Handlungen (04); Hein, Anstiftung z. Vertragsbruch (06); Crome, Jahrb. f. Dogm. 35 S. 100.

b) Begeht jemand, der von einem andern zu einer Verrichtung bestellt ist, in Ausführung der Verrichtung ein Delikt, so ist neben ihm auch dieser andre, ist neben dem „Geschäftsführer“ auch der „Geschäftsherr“ als Mittäter haftbar, vorausgesetzt, daß ihm persönlich eine Mitschuld zur Last fällt; letzteres ist der Fall, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl des Geschäftsführers oder, sofern² er Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hatte, bei der Beschaffung oder der Leitung nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat und bei Anwendung der Sorgfalt der durch das Delikt verursachte Schaden nicht eingetreten wäre (s. 831 I und unten S. 684, 4 a).³ In derselben Art ist, wenn zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn eine Mittelsperson steht, der es kraft eines mit dem Geschäftsherrn geschlossenen Vertrages obliegt, für diesen den Geschäftsführer auszuwählen, die Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Verrichtungen des Geschäftsführers zu leiten, auch diese Mittelsperson haftbar, falls sie an dem Delikt des Geschäftsführers persönlich mit-schuldig ist (s. 831 II und unten S. 684, 4 a).

Beispiele s. unten S. 685 I.

Für die Anwendung der vorstehenden Regel genügt es, wenn feststeht, daß das Delikt von irgendeinem Geschäftsführer des in Anspruch genommenen Geschäftsherrn verübt ist; es ist also nicht nötig, daß dessen Person individuell bezeichnet wird. Das ist besonders wichtig, wenn ein Geschäftsherr eine große Anzahl von Angestellten beschäftigt und nicht ermittelt werden kann, welcher der Angestellten der Schuldige ist.⁴

c) Begeht jemand, der, ohne geradezu unzurechnungsfähig zu sein (s. unten S. 698), wegen Minderjährigkeit oder wegen seines körperlichen oder geistigen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf, ein Delikt, so ist neben ihm auch derjenige als Mittäter haftbar, dem kraft Gesetzes oder Vertrages die Sorge für die Person des Täters obliegt, vorausgesetzt, daß ihm persönlich eine Mitschuld zur Last fällt; letzteres ist der Fall, wenn er seiner Aufsichtspflicht nicht genügt hat und der Schaden bei genügender Erfüllung dieser Pflicht nicht eingetreten wäre (s. 832 und unten S. 684, 4 a).⁵

Beispiele s. unten S. 685 II.

2. Ersatzberechtigt ist derjenige, gegen den das Delikt begangen ist, also bei den gewöhnlichen Delikten der Inhaber des durch das Delikt verletzten Rechtsguts, bei den Schutzgesetzverletzungen derjenige, zu dessen Schutz das Gesetz, gegen das der Täter sich vergangen, erlassen ist, bei den unsittlichen Delikten derjenige, den der Täter vorsätzlich geschädigt hat.

Beispiele. I. 1. A. hat eine Sache, die der Eigentümer B. unter Hinterlegung bei dem Spediteur C. seinem Gläubiger D. verpfändet hatte, unerlaubt und schuldhaft zerstört. Hier ist ersatzberechtigt nicht bloß B., sondern auch C., der vielleicht wegen des für die Sache zu zahlenden Lagergeldes ein Interesse an ihr hatte, sowie, wenn die Verpfändung dem B. bekannt war oder bekannt sein mußte, schließlich auch D.; denn A. hatte durch seine Tat zugleich das Eigentum des B., das Besitzrecht des C. und das Pfandrecht des D.

2) RG. 53 S. 125, 56 (!).

3) RG. 59 S. 203, 70 S. 76.

4) RG. 70 S. 380.

5) RG. 52 S. 74, 65 S. 290. Stehe auch 70 S. 48.

verlegt. 2. E. hat ein Pferd, das der Eigentümer F. dem G. verkauft, aber noch nicht übereignet hatte, fahrlässig beschädigt: das Pferd hat in der Hand des G. einen viel höheren Wert als in der des F., da es mit drei andern Pferden des G. ein besonders schönes Viergespann abgibt (s. den Fall oben S. 405). Hier ist ersatzberechtigt nicht bloß F., sondern, wenn der Verkauf dem E. bekannt war oder bekannt sein mußte, auch G.; denn E. hatte durch seine Tat zugleich das Eigentum des F. und das Käuferrecht des G. verletzt. Anders natürlich die herrschende Meinung,⁶ die ja eine Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte nicht als gewöhnliches Delikt anerkennt (s. oben S. 676 β). 3. F. setzt fahrlässig ein dem K. gehöriges Möbel, das dieier bei L. gegen Feuer versichert hatte, in Brand. Hier ist ersatzberechtigt nur K., nicht L., auch wenn F. gewußt hat, daß die Sache bei L. versichert war. Denn die Handlung F.'s ist ein Delikt nur gegenüber K., nicht auch gegenüber L., weil gegenüber K. fahrlässige Sachbeschädigung, gegenüber L. fahrlässige Schädigung des Gesamtvermögens vorliegt. II. M. verführt die unbescholtene noch nicht sechzehnjährige N. zur Unzucht; die Folge ist, daß der Bräutigam einer Schwester der N. sein Verlöbniß auflöst, weil er nicht mit einer Dirne verschwägert sein will. Hier ist ersatzberechtigt nur die N. selbst, nicht auch ihre Schwester. Denn das Schutzgesetz, das die Verführung von Mädchen verbietet, will nur die unmittelbaren Opfer der Verführung schützen, nicht auch ihre Familie. III. O. veranlaßt durch erlogene Angaben den P., sein Geschäft aufzulösen, weil er einen Prozeß mit P. verloren hat und sich rächen will; dadurch wird sowohl P. wie sein ganzes Personal schwer geschädigt. Hier ist ersatzberechtigt nur P. selbst, nicht auch sein Personal. Denn der böse Voratz des O. galt ja nur dem P.

3. Der Inhalt der Schadenersatzpflicht bestimmt sich nach für den Schadenersatz maßgebenden allgemeinen Normen (s. oben S. 381). Doch greifen zwei Sonderregeln Platz.

a) Ist das Delikt gegen die Person des Ersatzberechtigten gerichtet, so kann dieser auch Ersatz für die Nachteile fordern, die das Delikt für seinen Erwerb oder sein Fortkommen herbeiführt (842).

Diese Regel ist übrigens ihrem Inhalt nach gar keine Besonderheit des Deliktsrechts, sondern ergibt sich schon aus den allgemeinen Normen des Schadenersatzrechts.⁷

b) Der Schadenersatzanspruch ist einer besondern, bereits früher erörterten Verjährung unterworfen (s. oben S. 317 b, 320 β, 321 2 c).

4. Wird jemand aus einem Delikt auf Schadenersatz belangt, so muß ihm im Streitfall nachgewiesen werden, daß das Delikt wirklich begangen und er als Täter oder wie ein Täter dafür haftbar ist. Doch wird diese Beweisführung durch einige gesetzliche Vermutungen wesentlich erleichtert.

a) Wird in der oben S. 683 erwähnten Art ein Delikt von einem Geschäftsführer verübt, so spricht die Vermutung dafür, daß dem Geschäftsherrn und den etwa zwischen den Geschäftsherrn und den Geschäftsführer eingeschobenen Mittelspersonen eine Mitschuld zur Last fällt; nicht ihnen braucht ihre Mitschuld nachgewiesen zu werden, sondern ihre Sache ist es, ihre Nichtschuld zu beweisen (831). Eine analoge Vermutung gilt bei einem Delikt, das von einer aufsichtsbedürftigen Person vorgenommen ist, zuungunsten des Aufsichtsführers (832).

Beispiele. I. 1. Der Apotheker A. verschickt die von ihm verkauften Arzneien an seine Kunden durch seinen Diener B. auf einem Fahrrad; bei einer derartigen Beforgung stößt B. durch eignes Ungeßchick mit C. zusammen und verletzt ihn schwer. a) Hier ist keine Rede

6) Örtmann, Berliner Festschr. f. Dernburg S. 61.

7) Pland zu § 842.

dabon, daß A. für den B. als seinen Erfüllungsgehilfen schlechthin haftbar wäre (s. 278); denn C. war ja kein Gläubiger des A., dem gegenüber dieser irgendwelche Verpflichtungen zu erfüllen hätte, sondern war für ihn zur Zeit des Unfalls ein Fremder.⁸ b) Wohl aber kann C. den A. auf Grund der oben zu 1 b genannten Regel als Miturheber des von B. verübten Delikts haftbar machen, vorausgesetzt, daß dem A. eine Mitschuld zur Last fällt. Und zwar braucht die Mitschuld des A. nicht von C. bewiesen zu werden, sondern wird so lange vermutet, bis A. den Beweis führt, daß er die Zuverlässigkeit und Geschicklichkeit des B. beim Radeln zuvor ordnungsmäßig geprüft hatte und er deshalb von einer Mitschuld an dem Unfall tatsächlich frei ist. 2. Derselbe Fall wie zu 1; nur hat A. die Auswahl und Überwachung seines ganzen Personals dem Provisor D. übertragen. Hier wird A. haftfrei, wenn er den Beweis erbringt, daß er den D. mit Sorgfalt ausgesucht und mit geeigneten Anweisungen und Vollmachten versehen habe. Dafür ist aber D. selber dem C. haftbar, und zwar statt des A., wenn dieser den eben genannten Beweis erbringt, neben dem A. als Gesamtschuldner, wenn A. den Beweis nicht erbringen kann. Doch wird auch D. haftfrei, wenn er sich in der zu 1 genannten Weise „exculpieren“ kann. 3. Derselbe Fall wie zu 1 oder 2; nur hat A. die Beförderung der Arzneien nicht einem eignen Laufburschen, sondern dem Institut Bliß übertragen, und dieses läßt sie durch seinen „Bou“ B. ausführen. Hier ist für den Unfall weder A. noch D., wohl aber der „Bliß“ haftbar. 4. Derselbe Fall wie zu 1 oder 2; nur hat B. den Zusammenstoß mit C. bei einer Spazierfahrt gehabt, die er nach Erledigung der ihm aufgetragenen Beforgungen auf dem Rade des A. machte. Hier sind A. und D. gleichfalls haftfrei, auch wenn sie dem B. solche Privatfahrten ausdrücklich erlaubt hatten. 5. Derselbe Fall wie zu 1 oder 2; nur läßt sich nicht nachweisen, daß der Zusammenstoß des B. mit C. durch eine Ungechicklichkeit des B. verursacht ist, sondern die Ursache des Unfalls bleibt unaufgeklärt. Hier sind A. und D. ebenfalls haftfrei; denn solange nicht feststeht, daß B. ein Delikt (oder eine deliktähnliche Handlung [s. unten § 166]) begangen hat, kann auch von einer wirklichen oder vermuteten Miturheberchaft des A. oder D. an dem Unfall nicht die Rede sein; würde doch andernfalls A. für einen Radunfall des B. strenger haften als für einen eignen. Trotzdem nimmt die herrschende Meinung unbegreiflicherweise das Gegenteil an.⁹ 6. Derselbe Fall wie zu 5; nur wird als Ursache des Zusammenstoßes ein Versagen der Bremse des Rades festgestellt. a) Hier gelten die Regeln zu 1 und 2 analog, wenn B. die Unzuverlässigkeit der Bremse hätte erkennen können; doch ist jetzt der von A. oder D. zu führende Exculpationsbeweis auch dahin zu richten, daß A. oder D. den Mangel der Bremse nicht kennen konnte, etwa weil B. selbst die Bremse kurz vorher beschädigt, dem A. und D. aber nichts davon gesagt hatte. b) Anders, wenn der Mangel der Bremse dem B. nicht erkennbar war. Denn hier fehlt es wieder an einem Delikt des B., und damit entfällt die vermutete Miturheberchaft von A. und D. an dem Unfall. Doch kann natürlich ein eignes selbständiges Delikt des A. oder D. vorliegen, etwa weil einer von ihnen den Fehler getannt, aber dem B. verschwiegen hatte. Doch muß ihnen alsdann, anders als zu a, ihre Schuld nachgewiesen werden. II. 1. F., der am 2. März 1911 21 Jahre alt wird, hat am 1. und am 3. März Einbrüche verübt. Hier ist sein Vater G. für den zweiten Einbruch nur haftbar, wenn ihm eine Mitschuld nachgewiesen wird; dagegen haftet er für den ersten so lange, bis er nachweist, daß er seiner Aufsichtspflicht gegenüber F. genügt hat oder F. den Diebstahl auch bei gehöriger Beaufsichtigung ausgeführt haben würde. Doch wird ersterer Beweis leicht zu erbringen sein; denn ein Minderjähriger bedarf am letzten Tage vor Beginn seiner Volljährigkeit von Gesetzes wegen regelmäßig einer sehr geringen Beaufsichtigung. 2. Der neunjährige H., der mit seinem Kindermädchen J. spazieren geht, entläuft ihr, fängt mit dem fünfjährigen K. Streit an und verlegt ihn. Hier sind für diesen Frevel so lange, bis sie den Exculpationsbeweis erbringen, beide Eltern des H. und auch die J. haftbar.

Solange dem Geschäftsherrn nicht ein eignes Verschulden nachgewiesen ist, sondern er nur als mutmaßlicher Mitschuldiger des Geschäftsführers haftet, kann er sich zur Aufhebung oder Milderung seiner Haftung auf alle Umstände berufen, die auch die Haftung

8) RG. 58 S. 334 (!).

9) Örtmann Anm. 1 c zu § 831.

des Geschäftsführers aufheben oder mildern, also etwa auf ein mitwirkendes eignes Verschulden des Verletzten (254); fällt dem Geschäftsführer Arglist, dem Verletzten nur leichte Fahrlässigkeit zur Last, so wird der Geschäftsführer und also auch der Geschäftsherr nicht entlastet.¹⁰ Siehe indeß unten S. 698, 1.

b) Haben mehrere Personen Handlungen vorgenommen, die Delikte sein würden, wenn sie einen Schaden angerichtet hätten, und ist tatsächlich ein Schaden entstanden, der nur durch eine dieser Handlungen verursacht sein kann, so wird, solange sich nicht ermitteln läßt, durch welche der Handlungen der Schaden entstanden ist, fingiert, daß er durch alle jene Handlungen gemeinschaftlich verursacht ist (830 I Satz 2).¹¹

Beispiele. I. A., B. und C. kommen von der Jagd nach Hauje; da fällt ein Schuß, der den in der Nähe befindlichen D. verletzt; nach Lage des Falls kann der Schuß nur aus der Büchse eines der drei Jäger erfolgt sein, und es wäre auch, hätten die drei alsbald gegenseitig ihre Büchsen nachgesehen, die Feststellung leicht gewesen, wer von ihnen der Schuldige war; doch ist eine solche Feststellung unterblieben, und selbst das ist unsicher, ob die drei ihre Büchsen nach Ende der Jagd vorschriftsmäßig gesichert hatten. Hier ist keiner der drei haftbar; denn es ist keinem von ihnen irgendein schuldhaftes oder unerlaubtes Verhalten nachgewiesen. II. Die Wilddiebe E. und F. treiben sich, ohne etwas voneinander zu wissen, in einer Herbstnacht im Revier des Försters G. umher; beide werden von G. entdeckt und geben auf der Flucht einen Schuß auf ihn ab; am nächsten Morgen wird G. Leiche mit einer einzigen, aber unbedingt tödlichen Schußwunde, die zu den Kugeln der beiden Wilddiebe paßt, aufgefunden; außer den beiden von E. und F. abgegebenen sind in jener Nacht keine andern Schüsse in dem Revier gefallen. Hier sind sowohl E. wie F. als Mörder des G. anzusehen, obschon einer von beiden es sicher nicht ist. Denn auch derjenige von ihnen, der den G. nicht getroffen und also auch nichts zu seinem Tode beigetragen hat, hat doch schon dadurch, daß er auf G. geschossen hat, eine unerlaubte schuldhaftes Tat begangen, muß sich also, da die Tat eines jeden den Tod G.'s zur Folge gehabt haben kann, die Fiktion der Urheberchaft an dem Tode gefallen lassen.

Zu beachten ist, daß die vom Gesetzgeber für die Regel zu b aufgestellte Formel sehr viel eleganter als die von uns gegebene Formel ist. Dafür ist sie aber auch gänzlich unverständlich; denn die schwierigen Voraussetzungen der Regel sind einfach fortgelassen.

II. Bei allen Delikten kann der Verletzte, falls eine Fortsetzung oder Wiederholung des Delikts zu besorgen ist, von dem Deliktsschuldner die Unterlassung des Delikts für die Zukunft beanspruchen.¹² Dagegen ist es zweifelhaft, ob ein solcher Anspruch auf Unterlassung auch schon dann gegeben ist, wenn nicht die Fortsetzung oder Wiederholung, sondern die erstmalige Begehung eines Delikts in der Zukunft droht.

Beispiel. A. bereitet die Herausgabe einer Schrift vor, die schwere Verleumdungen des B. enthält, und hat in der Person des C. bereits einen Verleger dafür gewonnen. Kann hier A. im voraus gegen B. und C. auf Unterlassung klagen? Ich möchte die Frage bejahen.¹³

III. Bei einigen Delikten kann der Verletzte von dem Täter statt des Schadensersatzes eine Buße fordern (StrGB. 188, 231 usw.). Es handelt

10) Abw. RG. 71 S. 217.

11) RG. 58 S. 359; Pland Anm. 2 zu § 830. Abw. v. Liszt S. 76; Crome § 338 Nr. 2, anscheinend auch Ortmann Anm. 3 zu § 830.

12) RG. 56 S. 286, 61 S. 370, 71 S. 85; Eßbacher, Unterlassungsklage (06).

13) Ebenso RG. 60 S. 6, 61 S. 370.

sich dabei durchweg um strafbare Handlungen, namentlich um Körperverletzung, Verleumdung, Verletzung eines fremden Firmen- oder Markenrechts, Patentverletzung.

1. Die Buße kann nur im Strafverfahren begehrt werden, und zwar bloß für den Fall, daß der Schuldige wirklich zu einer Kriminalstrafe verurteilt wird. Ein Privatrecht auf die Buße hat der Verletzte nicht; vielmehr hängt deren Verhängung vom freien Ermessen des Gerichts ab.

2. Die Höhe der Buße wird vom Gericht bis zu einem gewissen, für die verschiedenen Delikte nicht gleichmäßig bestimmten Höchstbetrage (etwa bei der Körperverletzung bis zum Betrage von 6000 Mk.) frei bestimmt. Das Gericht braucht also bei Bemessung der Buße nicht bloß auf den Schaden Rücksicht zu nehmen, den der Verletzte nachweislich oder wahrscheinlich durch das Delikt erlitten hat, sondern kann darauf bedacht sein, daß dem Verletzten über den Schadensersatz hinaus volle „Genugtuung“ (s. oben S. 391 I, 1) gewährt werde. Deshalb stellt die Buße eine Privatstrafe dar.¹⁴ Dem steht nicht entgegen, daß der Verletzte neben der Buße nicht noch „einen weiteren Entschädigungsanspruch“ geltend machen darf: denn daraus folgt nur, daß die Buße den Schadensersatz in sich schließt, nicht aber, daß der Schadensersatz ihr einziger Zweck ist.

IV. Hat der Täter durch sein Delikt eine Forderung wider den erworben, gegen den das Delikt gerichtet war, so kann es sein, daß die Forderung nichtig ist (s. 138). Aber auch wenn dies nicht der Fall, ist die Forderung trotzdem für den Schuldner nicht verbindlich; vielmehr kann dieser die Erfüllung der Forderung durch Einrede verweigern, und zwar selbst dann, wenn der Schadensersatzanspruch des Schuldners aus dem Delikt verjährt ist (833).

Beispiel. A. hat den B. durch Drohungen bestimmt, ihm sein etwa 30 000 Mk. wertcs Grundstück für 90 000 Mk. abzukufen; das Grundstück ist dem B. übergeben und aufgelassen, und B. hat 60 000 Mk. darauf bezahlt; als fünf Jahre später A. die Zahlung des Restkaufpreises fordert, sichts B. den Kaufvertrag wegen Bedrohung an, verweigert die Zahlung der noch ausstehenden 30 000 und fordert Rückgabe der bereits bezahlten 60 000 Mk. gegen Rückgewähr des Grundstücks. Hier ist die Anfechtung des Vertrages wegen Ablauf der einjährigen Anfechtungsfrist ausgeschlossen (124). Ebenso ist das Recht des B., von A. wegen Delikts Schadensersatz zu fordern (823, 826) und aus diesem Grunde etwa die bereits angezahlten 60 000 Mk. ganz oder teilweise zurückzuerlangen,¹⁵ durch Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist wirkungslos gemacht. Dagegen ist dem B. das Recht, die Zahlung der ausstehenden 30 000 Mk. zu verweigern, unverkürzt geblieben.

V. 1. Unter Umständen kann ein Delikt, für das eine Mehrheit von Personen als Gesamtschuldner ersatzpflichtig sind, rechtliche Verpflichtungen auch zwischen diesen Personen erzeugen. Im Verhältnis zueinander sind nämlich die Gesamtschuldner zur Aufbringung der Ersatzsumme der Regel nach nur geteilt, und zwar im Zweifel ein jeder zu einem Kopfteil verpflichtet (426); ein jeder kann demnach, wenn er auf Grund seiner Gesamtschuld dem Verletzten vollen

14) Abw. Crome 2 S. 85¹.

15) Siehe auch RG. 59 S. 156, 63 S. 270.

Schadensersatz gegeben, von den Mitschuldern die Erstattung ihres Anteils fordern.¹⁶ Dies gilt sogar bei vorsätzlichen Delikten.

Beispiel. A. und B. haben gemeinsam das Haus des C. in Brand gesetzt; C. hat darauf den A. zur Leistung von 100 000 Mk. Schadensersatz genötigt. Hier kann A. von B. Erstattung von 50 000 Mk. fordern.

2. Doch erleidet die Regel zu 1 manche Ausnahmen.

a) Wenn für ein von einem Geschäftsführer verübtes Delikt neben ihm auch der Geschäftsherr oder eine Zwischenperson als Gesamtschuldner ersatzpflichtig ist, so ist im Verhältnis zwischen den Gesamtschuldnern nur der Geschäftsführer für die Ersatzsumme haftbar (840 II).

b) Wenn für ein von einer aufsichtsbedürftigen Person verübtes Delikt neben ihr auch der Aufsichtsführer als Gesamtschuldner ersatzpflichtig ist, so ist im Verhältnis zwischen den Gesamtschuldnern nur die aufsichtsbedürftige Person für die Ersatzsumme haftbar (s. 840 II und unten S. 698).

c) Wenn bei einem Delikt, für das mehrere Personen als Gesamtschuldner ersatzpflichtig sind, die Beteiligung eines der Schuldner derart überwiegt, daß es unsittlich wäre, wollte er die andern Schuldner zur Teilnahme am Schadensersatz nötigen, so ist im Verhältnis zwischen den Gesamtschuldnern nur er für die Ersatzsumme haftbar.

Beispiele. I. In den oben zu I, 4a genannten Fällen kann der Apotheker A., wenn er für den Nadelunfall des B. Ersatz leisten muß, von B. die Erstattung der vollen von ihm geleisteten Ersatzsumme fordern. II. Wenn C. unter Mißbrauch seines elterlichen Ansehns seinen Sohn D. angestiftet hat, das Haus des E. in Brand zu setzen und dafür an E. 100 000 Mk. Schadensersatz hat leisten müssen, so ist ihm ein Anspruch auf Erstattung eines Teils dieser Summe gegen D. zu versagen.

VI. 1. Die Rechtswirkungen eines gewöhnlichen Delikts versagen, wenn das Delikt darin besteht, daß ein Schuldner seine Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger verletzt; denn, wie bereits erwähnt, kommen auf ein solches Delikt lediglich die für das verletzte Schuldverhältnis geltenden Regeln und nicht die Vorschriften des Deliktsrechts zur Anwendung (s. oben S. 676 β). Dagegen bleiben die deliktischen Rechtswirkungen bestehen, wenn ein Schuldner in der nämlichen Art eine Schutzgesetzverletzung oder ein unsittliches Delikt begeht. Doch ist die Frage sehr umstritten.

Beispiele. I. 1. A. hat die Wohnung, die er dem B. abgemietet, während der Mietzeit schuldhaft erheblich beschädigt; doch entdeckt B. die Schäden erst ein Jahr nach Rückgabe der Wohnung. Hier liegt auf seiten des A. sowohl eine Verletzung seiner Vertragspflichten wie ein gewöhnliches Delikt (823 I: Verletzung fremden Eigentums) vor. Doch kann B. rechtswirksam Ersatzansprüche nur aus der Verletzung der Vertragspflichten, nicht aus dem Delikt erheben. Die Folge ist, daß A. die Ansprüche B.s mit der Einrede der sechsmonatigen Verjährung (558 I) abwehren kann, während die Deliktansprüche des B. erst in drei Jahren verjährt sein würden (852). 2. Derselbe Fall; nur hat A. die Wohnung B.s absichtlich aus Schikane beschädigt. Hier liegt auf seiten A.s außer der Verletzung seiner Vertragspflichten auch eine Schutzgesetzverletzung (StrGB. 303) vor, und B. kann Ersatzansprüche sowohl aus dem Vertrage wie aus dem Delikt ableiten. Die Folge ist, daß B. mit seinem Anspruch

16) R. 69 S. 422.

gegen A. der sechsmonatigen Verjährung zum Trotz siegreich durchdringen wird. II. 1. C. hat der siebzehnjährigen D. mit Genehmigung ihres Vaters E. Stoffe zum Besticken gegen Lohn ins Haus mitgegeben; die D. verdirbt dabei den Stoff durch grobe Ungeschicklichkeit. Hier liegt auf Seiten der D. gleichfalls eine Vertragsverletzung und ein gewöhnliches Delikt vor. Doch kann E. Ansprüche aus dem Delikt nicht erheben und insbesondre den C. selbst dann nicht haftbar machen, wenn er die Aufsicht über seine Tochter ganz vernachlässigt hat. 2. Anders wenn die D. den Stoff absichtlich verdorben hätte; denn dann läge auf ihrer Seite außer der Vertragsverletzung noch eine Schutzgesetzverletzung (StrGB. 303) vor.

2. Die Rechtswirkungen eines gewöhnlichen Delikts versagen ferner, wenn das Delikt in Ansehung einer Sache von deren Besitzer gegenüber dem Eigentümer der Sache oder einem Nießbraucher oder Pfandgläubiger begangen wird, es sei denn, daß er den Besitz durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung erlangt hat. Denn auf ein solches Delikt kommen lediglich die für den Eigentumsanspruch geltenden Regeln und nicht die für gewöhnliche Delikte geltenden Vorschriften zur Anwendung (s. 992, 1065, 1227).¹⁷

Beispiel. A. hat von B. ein Haus samt Garten gemietet; der Garten gehört aber nicht dem B., sondern dem C., und B. war zu seiner Vermietung nicht befugt; A. könnte dies auch recht gut wissen; er hat sich indes fahrlässigerweise um die Frage nicht gekümmert; jedoch ist seine Fahrlässigkeit nur eine leichte; als C. nachträglich sein Eigentum geltend macht und Herausgabe des Gartens von A. fordert, stellt sich heraus, daß A. den Garten durch allerlei eigenmächtige Änderungen wesentlich verschlechtert hat. Hier kann C. auf Grund seines Eigentumsanspruchs von A. keinen Ersatz verlangen, weil A., da seine Unkenntnis von dem Eigentum C.s keine grobfahrlässige war, als gutgläubiger Besitzer des Gartens gilt. Ebenso wenig kann er aber den A. wegen fahrlässiger Beschädigung seines Eigentums deliktisch haftbar machen.

2. Die Delikte im einzelnen.

§ 165.

Die Zahl der einzelnen Deliktarten ist unübersehbar groß. Es kann deshalb im folgenden nur auf solche Einzeldelikte eingegangen werden, für die gesetzliche Sonderregeln — sei es zur Ergänzung, sei es zur Abänderung der allgemeinen deliktsrechtlichen Normen — aufgestellt sind oder deren rechtliche Regelung auf Zweifel stößt.

I. 1. Die Tötung eines andern ist stets gewöhnliches Delikt, wenn sie unerlaubt und schuldhaft vorgenommen ist (823 I). Der Tatbestand der deliktischen Tötung fällt deshalb im ganzen mit dem der strafbaren Tötung — Mord, Totschlag, Körperverletzung, Zweikampf mit tödlichem Ausgange usw.¹ — zusammen (s. aber oben S. 681 II).

2. Die Rechtswirkung der Tötung ist dadurch ausgezeichnet, daß die Person des Ersatzberechtigten und der Inhalt seiner Ansprüche abweichend von den allgemeinen deliktsrechtlichen Normen bestimmt ist.

a) Ersatzberechtigt ist nämlich zunächst, wer für die Kosten der Beerdigung

17) Brym in der S. 675¹ genannten Schrift.

1) RG. 66 S. 252. M. Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. 90 S. 241. Abw. v. Rijt S. 29.

des Getöteten haftbar ist; sein Anspruch geht auf Erstattung dieser Kosten (844 I, 1968, 1615 II, 1713 II).²

b) Ersatzberechtigt sind ferner alle seine Hinterbliebenen, soweit er sie kraft Gesetzes zu unterhalten verpflichtet war und sie nun durch seinen Tod ihr Recht auf den Unterhalt einbüßen; ihr Anspruch geht auf Ersatz des Werts, den der vom Getöteten ihnen zu gewährende Unterhalt für sie hatte, ist also abhängig von seiner mutmaßlichen Lebensdauer, von seinen Vermögensverhältnissen usw.; der Ersatz ist regelmäßig in einer Geldrente zu leisten, die vierteljährlich im voraus zahlbar ist (844 II, 843 II, 760, 1360, 1601, 1708).³ Der Anspruch fällt fort oder wird vermindert, wenn bei der Tötung ein Verschulden des Getöteten oder des Ersatzberechtigten mitgewirkt hat (254, 846).⁴ Gleichgültig ist, ob der Ersatzberechtigte den Getöteten beerbt hat oder nicht; der Anspruch steht ihm also aus eigenem Recht zu. Ebenso ist gleichgültig, ob der Täter den Unterhaltsanspruch des Ersatzberechtigten gekannt hat oder hätte kennen müssen.

Beispiel. Bei einem durch Fahrlässigkeit des Theatermeisters A. entstandenen Brande kommen die Schauspielerinnen B., C. und D. ums Leben; die B. ist ohne Anhang; die C. hat vier uneheliche Kinder, deren Dasein sie freilich sorgsam dem Theaterpersonal verheimlicht hatte; die D. hinterläßt einen kränklichen Ehemann ohne eignes Vermögen. Hier muß A. alle drei Frauen auf seine Kosten beerdigen lassen; außerdem muß er auch die vier Kinder der C. und den Ehemann D. unterhalten.

Der Ersatzanspruch der Hinterbliebenen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Dritter den Hinterbliebenen Unterhalt zu gewähren hat, z. B., nachdem der Vater getötet ist, die Mutter (844 II, 843 IV).⁵

Der Ersatzanspruch gilt auch dann, wenn die Unterhaltsverpflichtung zur Zeit der tödlichen Verletzung des Verstorbenen noch gar nicht begründet war, sofern nur zwischen dem Getöteten und den Hinterbliebenen damals bereits ein Verhältnis bestand, auf das sich für die Zukunft eine Unterhaltsverpflichtung des ersteren gründen konnte; ja es werden sogar die Unterhaltsansprüche solcher Hinterbliebener berücksichtigt, die zur Zeit der Verletzung zwar schon gezeugt, aber noch nicht geboren waren (844 II). Danach sind z. B. die Enkel des Getöteten schadensersatzberechtigt, wenn sie zur Zeit der Verletzung bereits gezeugt waren, mag ihr Vater auch damals noch gelebt haben, also der Großvater in jenem Zeitpunkt zu ihrer Unterhaltung nicht verpflichtet gewesen sein (1606 II); dagegen ist, wenn der tödlich Verletzte noch kurz vor seinem Tode heiratet, die Witwe nicht ersatzberechtigt.

Der Ersatzberechtigte kann, wenn die Umstände es rechtfertigen, für die Leistung der Geldrente eine Sicherheit fordern; spricht ein wichtiger Grund dafür, so kann er eine Abfindung in Kapital verlangen;⁶ bei nachträglicher Änderung der Umstände kann die Rente, auch wenn ihre Höhe durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, erhöht oder vermindert werden (844 II, 843 II, III, 330. 324, 323).

c) Ersatzberechtigt sind endlich alle Personen, denen der Getötete kraft Gesetzes zur Dienstleistung im Haushalt oder Gewerbe verpflichtet war; ihr Anspruch geht auf Ersatz für den Wert der ihnen entgehenden Dienste; im übrigen unterliegt er analogen Regeln wie der Ersatzanspruch zu b; insbesondre ist der Ersatz regelmäßig durch eine Geldrente zu gewähren (845, 1356, 1617).

2) RG. 66 S. 308.

3) RG. 69 S. 296.

4) RG. 55 S. 32.

5) Siehe auch RG. 61 S. 296, 64 S. 351, 68 S. 46, 70 S. 101.

6) RG. 68 S. 429.

Beispiel. A. hat durch die Schuld des B. seine Ehefrau verloren und muß sich nun eine Wirtschaftlerin nehmen, der er nicht bloß freie Station wie seiner Frau, sondern auch ein Gehalt von 600 Mk. jährlich geben muß. Hier muß B. dem A. diese 600 Mk. ersetzen.

d) Nicht ersatzberechtigt sind alle andern Personen, also etwa seine Erben, denen durch den verfrühten Tod des Erblassers dessen Nachlaß zwar früher, aber in geringerem Umfange zufällt, ferner Personen, die auf die Dienste des Getöteten nicht einen gesetzlichen, sondern einen vertragmäßigen Anspruch hatten,⁷ ferner die Versicherungsgesellschaft, bei der das Leben des Getöteten versichert war, usw.⁸ Doch kann diesen Personen ein Ersatzanspruch dann zustehn, wenn in der Tötung nicht bloß ein gegen den Getöteten, sondern noch ein zweites, gerade gegen sie gerichtetes Delikt lag; Beispiel: A. tötet, um sich an dem Fabrikbesitzer B. zu rächen, dessen Geschäftsleiter C., da er weiß, daß B. ohne diesen seine Fabrik nicht zu betreiben imstande ist (826).

d) Ebenso sind den ersatzberechtigten Personen alle andern Ersatzansprüche außer den zu a—c genannten versagt.⁹ Insbesondere können sie die Erstattung eines rein ideellen Schadens nicht verlangen.

II. 1. Die einem andern zugefügte Körperverletzung ist stets gewöhnliches Delikt, wenn sie unerlaubt und schuldhaft vorgenommen ist (823 I). Der Tatbestand der deliktischen Körperverletzung fällt deshalb im ganzen mit dem der strafbaren Körperverletzung zusammen (s. aber oben S. 681 II).

2. Der Ersatzanspruch steht zunächst, wie selbstverständlich, dem Verletzten selber zu. Sein Anspruch geht erstens auf die Erstattung des Schadens, den er dadurch erleidet, daß seine Erwerbsfähigkeit aufgehoben oder gemindert ist oder daß seine Bedürfnisse vermehrt sind;¹⁰ der Ersatz ist in derselben Art zu leisten, wie die Unterhaltsvergütung, die im Fall der Tötung der Schuldner an die Hinterbliebenen zu leisten hat, also regelmäßig in Gestalt einer Geldrente (843, 846). Zweitens geht aber sein Anspruch noch auf eine billige Geldentschädigung für den ideellen Schaden, den er erlitten hat, also namentlich für die ausgestandenen Schmerzen; dieser Anspruch ist nicht übertragbar; vererblich wird er erst, wenn er vertragmäßig anerkannt oder rechtskräftig festgestellt ist (847 I).

Beispiel. A. hat die schöne B., die seine Heiratsanträge verschmäht und den C. zum Mann genommen hat, absichtlich schwer verletzt. Hier kann die B., wenn sie mit dem Leben davonkommt, dafür, daß sie schwere Schmerzen hat ausstehn müssen und durch die erhaltenen Wunden für immer entstellt ist, von A. Ersatz fordern; stirbt aber die B. an der Verletzung, so wird dem A. dieser Ersatz regelmäßig erspart; und auch C. kann für den ideellen Verlust, den der Tod seiner Frau für ihn bedeutet, keine Geldentschädigung fordern.

3. Außer dem Verletzten ist ersatzberechtigt gerade wie im Fall der Tötung jeder Dritte, dem der Verletzte kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten im Haushalt oder Gewerbe verpflichtet war (845, 846).¹¹

III. Die gegen einen andern begangene Freiheitsentziehung ist, wie Tötung und Körperverletzung, stets gewöhnliches Delikt, sobald sie unerlaubt

7) Siehe RG. 61 S. 295.

8) Gerhard, Kommentar z. RGes. über den Versicherungsvertrag (08) S. 319.

9) RG. 64 S. 350, 69 S. 293. 10) RG. 63 S. 195.

11) RG. 63 S. 195.

und schuldhaft vorgenommen ist (823 I); der Tatbestand der deliktischen Freiheitsentziehung ist aber gerade deshalb sehr viel weiter als der der strafbaren Freiheitsentziehung, da er auch ein fahrlässiges, dieser nur ein vorsätzliches Verhalten umfaßt. Für den Umfang der Ersatzpflicht des Täters gelten ähnliche Regeln wie bei der Körperverletzung (845, 846, 847 I).

Beispiel. Frau A. hat, als sie früh morgens ausging, ihre Wohnung abgeschlossen, ohne daran zu denken, daß sich der bei ihr wohnende Kommiss B. noch darin befand; die Folge ist, daß B. sich nicht zu einer mit dem Kaufmann C. vormittags 10 Uhr vereinbarten Besprechung einfinden kann und dadurch die ihm angebotene Prokuristenstelle bei C. nicht erhält. Hier ist Frau A. ersatzpflichtig.

IV. Die Beleidigung mit Einschluß der üblen Nachrede und der Verleumdung¹² ist niemals ein gewöhnliches Delikt; denn sie verletzt ja nur die Ehre des Beleidigten oder sein Vermögen als Ganzes, und beide gehören nicht zu den besonders befriedeten Rechtsgütern, die Gegenstand eines gewöhnlichen Delikts sein können (s. 823 I). Wohl aber ist sie, sobald sie strafbar, eine Schutzgesetzverletzung (823 II). Außerdem kann sie ohne Rücksicht auf ihre Strafbarkeit auch ein Sonderdelikt darstellen; vorausgesetzt ist dafür, daß jemand eine Tatsache, die geeignet ist, den Kredit eines andern zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, behauptet oder verbreitet, daß diese Nachrede erweislich unwahr ist und daß ihr Urheber die Unwahrheit kennt oder kennen muß; eine Ausnahme gilt, wenn der Urheber der Nachrede die Unwahrheit seiner Mitteilung erweislich nicht gekannt hat und außerdem entweder er selbst oder der Dritte, dem die Mitteilung gemacht wird, an dem Inhalt der Mitteilung ein berechtigtes Interesse hat (824). Die Art der Ersatzpflicht des Täters folgt den allgemeinen Vorschriften.¹³

Beispiele. I. A. behauptet aus bloßer Klatschsucht, also ohne ein berechtigtes Interesse wahrzunehmen, daß Kaufmann B. in einem Prozeß, den er mit C. geführt, einen Meineid geleistet habe; ob dies wahr ist oder nicht, läßt sich nicht ermitteln. Hier ist A. dem B. schadensersatzpflichtig; denn sein Verhalten ist nach StrGB. 186 strafbar. II. A. behauptet in derselben Weise, daß B. in jenem Geschäft durch Unglücksfälle sein ganzes Vermögen verloren habe; diese Angabe ist unwahr; A. hat die Unwahrheit zwar nicht gewußt, hätte sie aber wissen müssen. Hier ist A. dem B. gleichfalls schadensersatzpflichtig; denn sein Verhalten ist zwar straffrei, da weder StrGB. 186 noch StrGB. 187 anwendbar sind, aber nach BGB. 824 ein Delikt.

V. Eine geschlechtliche Verfehlung gegen eine Frau wird häufig den Körper, die Gesundheit oder die Freiheit der Frau verletzen und fällt alsdann unter die zu II und III genannten gewöhnlichen Delikte. Trifft jene Voraussetzung nicht zu, so ist sie kein gewöhnliches Delikt. Wohl aber ist sie möglicherweise ein unsittliches Delikt und, soweit sie strafbar, Schutzgesetzverletzung (826, 823 II). Endlich kann sie auch ein Sonderdelikt darstellen; vorausgesetzt ist dafür, daß jemand eine Frau durch Hinterlist, Drohung oder

12) Tränkel, Schutz der Ehre nach Bürgerl. Recht (08).

13) RG. 56 S. 283, 57 S. 160, 60 S. 5.

unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außer-ehelichen Beiwohnung bestimmt (825). Die Ersatzpflicht des Täters umfaßt, wie bei der Körperverletzung und Freiheitsentziehung, auch einen rein ideellen Schaden der mißbrauchten Frau (847); im übrigen folgt sie den allgemeinen Regeln.

Beispiel. A. und B., die gemeinsam ein Fabrikgeschäft betreiben, bestimmen die bei ihnen angestellte Arbeiterin C., ihnen die Beiwohnung zu gestatten, indem sie ihr die Dienstentlassung androhn, falls sie standhaft bleibe; die C. würde, obschon sie sonst den Männerumgang nicht verschmäht, den Antrag der beiden ihr höchst widerwärtigen Prinzipale abgewiesen haben; nur weil sie ihre Anstellung nicht verlieren will, fügt sie sich; die Folge ist, daß sie niederkommt. Hier liegt kein gewöhnliches Delikt, ebensowenig, da die Handlung straffrei ist, eine Schutzgesetzverletzung, endlich, da die beiden die C. nicht schädigen wollten, ein unächtliches Delikt, wohl aber das oben genannte Sonderdelikt vor; die beiden müssen also die C. entschädigen, und zwar, obschon schließlich nur einer von ihnen die Niederkunft verursacht haben kann, als Gesamtschuldner (830 I Satz 2; vgl. dazu 1717 I).

VI. Die Entziehung oder Beschädigung einer fremden Sache ist stets gewöhnliches Delikt, wenn sie schuldhaft und unerlaubt begangen ist (823 I); ihr Tatbestand ist deshalb viel weiter als der der strafbaren Sachentziehung (Diebstahl, Unterschlagung, Raub usw.) oder Sachbeschädigung, da er auch fahrlässige, dieser lediglich vorsätzliche Handlungen umfaßt. Für die Ersatzpflicht des Täters gelten folgende Vorschriften.

1. Bei der Sachentziehung steht der Täter in Ansehung der Sache auch für Zufall ein, also namentlich für zufällige Beschädigung oder Zerstörung der Sache, es sei denn, daß der Zufall die Sache nachweislich auch ohne das Delikt betroffen haben würde (848; s. 287).

Beispiel. A. nimmt bei einem Besuch, den er dem B. macht, aus Zerstreutheit ein Buch des B. mit; unterwegs wird er angefallen und ihm sein Überzieher samt dem darin steckenden Buch geraubt. Hier ist A. für das Buch haftbar.

2. Bei der Sachentziehung und Sachbeschädigung muß der Täter, wenn er für den Wert der entzogenen oder die Wertminderung der beschädigten Sache Ersatz zu leisten hat, die Ersatzsumme von dem Zeitpunkt ab verzinsen, der der Bestimmung des Werts zugrunde gelegt wird (849; s. 290).

3. Bei der Sachentziehung und Sachbeschädigung kann der Täter die von ihm zu leistende Ersatzsumme mit befreiender Wirkung an den zahlen, der zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung im Besitz der Sache war, mag auch dieser Besitzer ein Recht an der Sache nicht gehabt, sondern die Sache vielleicht selber gestohlen haben; nur wenn der Täter das Recht oder die Mitberechtigung eines Dritten an der Sache gekannt oder aus grober Fahrlässigkeit übersehen hat, bleibt er trotz der Zahlung der Ersatzsumme an den vor- maligen Besitzer dem Dritten haftbar (851).

4. Hat der Täter auf die entzogene Sache Verwendungen gemacht, so kann er deren Vergütung in gleicher Art verlangen wie ein mit dem Eigentumsanspruch verfolgter Besitzer (850, 994).

VII. 1. Die Täuschung ist, wenn sie unerlaubt und schuldhaft mittelbar

Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder sonstige Rechte eines andern verletzt, gewöhnliches Delikt (823 I). Andernfalls ist sie, wenn sie den Tatbestand des Betruges oder einer andern strafbaren Handlung enthält, eine Schutzgesetzverletzung oder, wenn sie im Widerspruch zu den guten Sitten einen andern vorsätzlich schädigt, ein unsittliches Delikt (823 II, 826).¹⁴

Beispiele. I. A. will seiner kranken Kuh eine Arznei in das Futter gießen und bittet den zufällig anwesenden B., ihm das Arzneifläschchen zu reichen; B. reicht ihm grobfahrlässig ein Fläschchen mit Gift; die Folge ist, daß die Kuh eingeht. Hier ist B. wegen der durch die fahrlässige Täuschung verursachten Sachbeschädigung, obgleich nicht strafbar, doch ersatzpflichtig (823 I). II. C. bestimmt den D., indem er eine gefälschte Bürgschaftserklärung seiner Frau vorlegt, ihm ein Darlehn zu geben; eine Schädigung des D. bezweckt er nicht, da er zwar weiß, daß seine Frau mit der Bürgschaftserklärung zunächst nicht einverstanden ist, aber bestimmt darauf rechnet, daß sie sie schließlich doch genehmigen wird; die Frau verweigert aber die Genehmigung. Hier ist C. dem D. wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes (strafbare Urkundenfälschung, StrGB. 267) ersatzpflichtig. III. E. empfiehlt dem F. wider besseres Wissen eine diebische Haushälterin, nur um ihm Verdruß zu bereiten. Hier ist E., obgleich seine Handlung nicht strafbar, dem F. wegen unsittlichen Delikts ersatzpflichtig (826). IV. G. gibt dem H. grobfahrlässig die Abfahrtzeit eines Zuges falsch an; H. veräumt den Zug. Hier ist G. ersatzfrei.

2. Demnach sind fahrlässige Täuschungen in sehr viel geringerem Umfange Delikte als fahrlässige Sachbeschädigungen. Insbesondere geht ihnen der Deliktcharakter ab, wenn die Fahrlässigkeit des Täters nicht einem konkreten Recht, sondern nur dem Vermögen des Getäuschten im ganzen gilt (s. oben S. 676 d).¹⁵

VIII. 1. a) Pflichtverletzungen von Beamten¹⁶ können je nach Lage des Falls gewöhnliche Delikte, Schutzgesetzverletzungen oder unsittliche Delikte sein. Außerdem können sie auch Sonderdelikte darstellen; vorausgesetzt ist dabei weiter nichts, als daß die verletzte Amtspflicht nicht allein gegenüber dem Amtsverleiher (Staat, Gemeinde usw.), sondern auch gegenüber dem Geschädigten bestand (839 I Satz 1).¹⁷

Beispiele. I. A. ist um eine ihm zustehende Hypothek gebracht, weil B. sie im Grundbuch hat rechtswidrig löschen lassen; dies ist dem B. dadurch gelungen, daß er eine auf den Namen A.s lautende Löschungsbewilligung gefälscht hat und die angebliche Unterschrift A.s durch den Notar C. als echt hat beglaubigen lassen. Hier liegt auf seiten des C., wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, ein Delikt gegenüber A. vor. Denn die Amtspflicht der Notare, bei Beglaubigung von Unterschriften vorsichtig zu sein, besteht gegenüber dem gesamten Publikum. II. D. hat große Kosten gehabt, weil er einen gegen E. angestregten Prozeß zwar in den beiden ersten Instanzen gewonnen, aber in der dritten verloren hat; das Reichsgericht führt in seinem Urteil aus, daß zwar die Billigkeit für den D. spreche und auch der klare Wortlaut des Gesetzes dem D. unzweifelhaft zur Seite stehe, daß aber eine genaue Prüfung der Vorgeschichte des Gesetzes eine freie Auslegung des Gesetzeswortlauts zum Nachteil des Klägers nötig mache. Hier kann es sein, daß die Schädigung des D. durch die Prozeßkosten auf einer schuldhaften Pflichtverletzung der Gesetzesredaktoren beruht: denn deren Amtspflicht war es, sich so klar auszudrücken, daß ihre Formeln nicht bloß vom Reichsgericht in all seiner Gelehrsamkeit, sondern auch von dem rechtsuchenden Publikum mit

14) RG. 59 S. 156. 15) RG. 62 S. 317.

16) Delius, Haftpflicht der Beamten (01); Melg, Beamtenhaftpflicht (04).

17) RG. 58 S. 298.

den Hilfsmitteln des gesunden Menschenverstandes und einigen Rechtsgefühl richtig aufgefaßt werden mußten. Dennoch liegt kein Delikt der Redaktoren vor. Denn jene Amtspflicht bestand nicht gegenüber dem Publikum, sondern nur gegenüber dem Staat.

b) Eine Ausnahme¹⁸ gilt, wenn ein Beamter bei Fällung des Urteils in einer Rechtsache seine Amtspflichten¹⁹ verletzt: hier soll ein Delikt nur vorliegen, wenn die Pflichtverletzung kriminell strafbar ist (839 II). Doch fällt diese Ausnahme fort, wenn die Pflichtverletzung in der Verweigerung oder Verzögerung der Amtsausübung besteht.

2. In gewissen Fällen haftet aus einem Beamtendelikt dem Geschädigten nicht der Beamte selbst, sondern statt seiner der Amtsverleiher;²⁰ dieser hat aber den Rückgriff gegen den schuldigen Beamten. Eingehender soll hierüber erst in der Lehre von den juristischen Personen gehandelt werden.

3. a) Die Haftpflicht des Beamten oder des Amtsverleihers ist bei Delikten, die nicht vorsätzlich begangen sind, bloß eine ergänzende, gilt also nur, wenn der Verletzte nicht auf andre Weise Ersatz zu erlangen vermag (839 I Satz 2).

b) Die Haftpflicht fällt ganz fort, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch ein Rechtsmittel (Klage, Beschwerde, Einspruch usw.) abzuwenden (839 III).

c) Wenn ein Vormund seinen Mündel pflichtwidrig schädigt, kann der Vormundschaftsrichter als Mitschuldiger erscheinen, namentlich weil er den Vormund nachlässig ausgesucht oder beaufsichtigt hat. Alsdann haften Vormund und Richter dem Mündel als Gesamtschuldner; im Verhältnis zwischen Vormund und Richter gilt aber der erstere als allein schuldig; der Richter kann also den Rückgriff gegen den Vormund nehmen, nicht aber der Vormund gegen den Richter (841). Dies gilt sogar, da das Gesetz nicht unterscheidet, dann, wenn die Fahrlässigkeit des Richters schlimmer war als die des Vormundes; jener kannte z. B. den Sachverhalt genau, während der Vormund sein Amt erst eben übernommen hatte. — Analoge Regeln gelten für das Verhältnis von Sequester, Konkursverwalter, Nachlasspfleger und Gericht usw. (841).

IX. 1. Unfälle, die durch den Einsturz eines Gebäudes entstehen, können auf einem Delikt verschiedenster Art beruhen. In Betracht kommt hier neben manchen zu einer der drei Hauptgruppen gehörigen Delikten noch ein wichtiges Sonderdelikt nach Maßgabe der folgenden Regeln.

a) Stürzt ein Gebäude infolge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ein, so gilt es als ein Delikt, wenn durch den Unfall ein Mensch getötet oder körperlich verletzt oder eine Sache beschädigt wird, es sei denn, daß sämtliche für das Gebäude verantwortlichen Personen den gleich zu erwähnenden Entlastungsbeweis erbringen (s. 836, 838). Verantwortlich für das Gebäude in dem hier gemeinten Sinn ist aber nicht etwa der Baumeister, sondern

α) erstens, wer zur Zeit des Einsturzes das Gebäude in seinem Eigenbesitz gehabt hat (836 I, III);

18) Schneider, Arch. f. ziv. Pr. 91 S. 209; Brie, richterl. Haftung aus Urteilen (06).

19) Siehe RG. 65 S. 176 (Schiedsrichter).

20) RG. v. 22. Mai 1910 § 1; RGvD. 12 usw.; preuß. Ges. v. 1. Aug. 1909 § 1.

β) zweitens, wer zur Zeit des Einsturzes entweder die Unterhaltung des Gebäudes für den Eigenbesitzer vertragsmäßig übernommen hatte oder vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts zur Unterhaltung des Gebäudes verpflichtet war (§. 838);

γ) drittens, wer das Gebäude im letzten Jahr vor dem Einsturz in seinem Eigenbesitz hatte oder es in dieser Zeit kraft Vertrages oder Nutzungsrechts unterhalten mußte (§. 836 II, 838).

b) Als Täter gilt jede der zu a genannten für das Gebäude verantwortlichen Personen so lange, bis sie für sich den Entlastungsbeweis führt, daß sie zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr übliche Sorgfalt beobachtet hat; dem vormaligen Eigenbesitzer oder Unterhaltspflichtigen (a γ) wird außerdem auch der Entlastungsbeweis nachgelassen, daß die Gefahr von einem späteren Besitzer durch Anwendung der verkehrüblichen Sorgfalt hätte abgewendet werden können; seine Haftung ist also eine bloß ergänzende (§. 836, 838).

c) Hiernach unterscheidet sich der Tatbestand des Sonderdelikts von dem Tatbestande aller bisher besprochenen Delikte vor allem dadurch, daß zu den Tatbestandsstücken nicht eine positiv nachgewiesene Schuld, sondern nur negativ die nicht nachgewiesene Schuldlosigkeit des Urhebers gehört.

Beispiel. N. ist am 1. Dezember 1909 durch den Einsturz eines Stalls schwer verletzt; der Stall ist Frühjahr 1909 vom Baumeister B. für den damaligen Eigentümer C. gebaut, im April 1909 samt dem Landgut, zu dem er gehört, von C. an D. veräußert und seit 1. Juli 1909 an E. verpachtet; E. wohnt aber nicht auf dem Gut und hat deshalb dessen ganze Verwaltung dem Inspektor F. übertragen. Hier kann N. sich an den Baumeister B. nur halten, wenn er ihm ein Verschulden nachweist; dagegen sind ihm C., D., E. und F. auch ohne solchen Beweis als Gesamtschuldner haftbar, ein jeder freilich nur so lange, als er sich nicht „exculpirt“.

Besitzt jemand auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechts ein Gebäude, so soll bei dessen Einsturz statt des Eigenbesizers des Grundstücks er selber haftbar sein (837). Doch ist hierbei nur an den Fall zu denken, daß das Gebäude nicht als Bestandteil des Grundstücks gilt, auf dem es steht (§. 95 I Satz 2), also etwa an den Fall, daß N. das eingestürzte Gebäude auf dem Grundstück B.s kraft Erbbaurecht errichtet, nicht aber an den Fall, daß C. ein auf D.s Grundstück stehendes Gebäude zur Alleinbenutzung gemietet hat; demnach ist im ersten Fall nur N., im zweiten Fall nur D. (oder D. und C.) haftbar.²¹ Freilich läßt der Wortlaut der Vorschrift diese Einschränkung nur sehr undeutlich erkennen.

Über das Rückgriffsrecht der oben genannten Personen gegen einen Dritten, der nachweislich die Schuld an dem Einsturz trägt, siehe 840 III.²²

2. Analoge Regeln gelten, wenn Unfälle durch den Einsturz nicht eines Gebäudes, sondern eines andern mit einem Grundstück verbundenen „Werks“²³ oder nicht durch den Einsturz des Gebäudes oder andern Werks, sondern durch Ablösung von Gebäude- oder Werkteilen entstehen (836—838).²⁴

Beispiel. Der Gut des N. wird dadurch beschädigt, daß ihm vom Hausdach des B. ein Ziegel auf den Kopf fällt oder jemand aus einem Fenster des Hauses einen Wasserkrug ausgießt. Hier ist B. wegen des Ziegels ohne weiteres haftbar, wenn er sich nicht exculpieren

21) RÜ. 59 S. 9.

22) Siehe RÜ. 53 S. 115.

23) RÜ. 60 S. 139.

24) RÜ. 52 S. 238.

kann. Wegen des Kruges haftet er dagegen erst, wenn ihm oder seinen Angestellten (831) oder Pflegebefohlenen (832) ein Verschulden nachgewiesen werden kann.

„Werke“ sind alle künstlichen Anlagen, also Mauern, Gräben, Böschungen, Sandhaufen,²⁵ auch wohl Bäume, solange sie noch nicht festgewurzelt sind, usw.

X. 1. Unfälle, die durch ein Tier verursacht sind, können gleichfalls auf einem Delikt verschiedenster Art beruhen. In Betracht kommt auch hier neben den zu einer der drei Hauptgruppen gehörigen Delikten ein Sonderdelikt von größter praktischer Bedeutung, nach Maßgabe der folgenden Regeln.

a) Hält jemand ein Haustier, das seinem Beruf, seiner Erwerbstätigkeit oder seinem Unterhalt zu dienen bestimmt ist, so gilt es als ein Delikt, wenn durch das Tier ein Mensch getötet oder körperlich verletzt oder wenn durch das Tier eine Sache beschädigt wird, es sei denn, daß der Tierhalter sowie der Dritte, der etwa für den Tierhalter vertragsmäßig die Aufsicht über das Tier übernommen hat, den gleich zu erwähnenden Entlastungsbeweis erbringen (s. 833, 834).

b) Als Täter gilt zunächst der Tierhalter selbst so lange, bis er zu seiner Entlastung den Beweis führt, daß er bei Beaufsichtigung des Tiers die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (833 II). Neben ihm oder statt seiner gilt aber als Täter auch der vertragsmäßig bestellte Aufsichtsführer, solange ihm nicht für seine Person der nämliche Entlastungsbeweis gelingt (834, s. auch 840 III).

Beispiele s. unten S. 699.

2. Über den Fall einer nicht deliktischen, aber doch deliktähnlichen Haftung des Tierhalters wird im nächsten Paragraphen zu sprechen sein.

XI. Sonstige Sonderdelikte finden sich noch in zahlreichen andern Reichs- und Landesgesetzen. Hierher gehören namentlich der Mißbrauch fremder Warenzeichen (RGes. v. 12. Mai 1894), unlauterer Wettbewerb (RGes. v. 7. Juni 1909), Weidestrevel (EG. 107), Auflauf und Aufruhr (EG. 108).

XXII. Deliktähnliche Schuldverhältnisse.

§ 166.

Ein deliktähnliches Schuldverhältnis liegt vor, wenn auf ein Schuldverhältnis die deliktrechtlichen Regeln, sei es unverändert, sei es mit gewissen Abschwächungen, zur Anwendung kommen, obgleich ein für echte Delikte wesentliches Tatbestandsmerkmal nicht gegeben ist.

I. Hierher gehört zunächst der Fall, daß ein unzurechnungsfähiger Mensch eine Handlung vornimmt, die ein Delikt sein würde, wenn er zurechnungsfähig wäre.¹

25) Abw. RG. 60 S. 139.

1) Schwarz, das Billigkeitsurteil des § 829 (04); Heinsheimer, Arch. f. ziv. Pr. 95 S. 234.

1. Auf eine solche Handlung kommen grundsätzlich sämtliche deliktrechtliche Regeln zur Anwendung, also die Regel, daß der unzurechnungsfähige Täter (829), ebenso aber auch der Anstifter und die Gehülfen der Tat, mögen sie ihrerseits gleichfalls unzurechnungsfähig sein oder nicht, als Gesamtschuldner dem Verletzten zu Schadensersatz verpflichtet sind, ferner die Regeln über die Haftung des Geschäftsherrn und der aufsichtspflichtigen Personen, sodann die Regeln über die abgekürzte Verjährung der deliktmäßigen Ansprüche usw.

Die Richtigkeit des Satzes zu 1 folgt einfach daraus, daß die Vorschriften des BGB. über die Schadensersatzpflicht der unzurechnungsfähigen Personen mitten in den Abschnitt gestellt sind, der von den Delikten handelt.

Ist der Satz zu 1 richtig, so ist weiter anzunehmen, daß in dem Tatbestand der von einem Unzurechnungsfähigen begangenen deliktähnlichen Handlung das Merkmal der Schuld (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) nicht ganz gestrichen, sondern nur soweit umgewandelt werden darf, daß es auch auf unzurechnungsfähige Personen paßt.² Beispiel: ein Geistesfranker ist haftfrei, wenn er eine fremde Sache zertrümmert, weil er sie, von einem andern plötzlich erschreckt, fallen läßt oder weil er sie ohne Fahrlässigkeit für seine eigne hält.

2. Doch gelten zugunsten des Unzurechnungsfähigen, nicht aber auch zugunsten der neben ihm haftenden zurechnungsfähigen Personen folgende Sonderregeln (829):

a) Er haftet nur insoweit, als von einem aufsichtspflichtigen Dritten kein Ersatz zu erlangen ist.

b) Er haftet nur insoweit, als es nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, als billig erscheint.

c) Er haftet nur soweit, daß ihm noch die Mittel verbleiben, deren er zum eignen standesmäßigen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf.

Beispiel. Die Geisteskranken A., B., C. sind ihrem Wärter entlaufen; D. stellt sie; eine Schlägerei entsteht; ein vierter gleichfalls entsprungener Kranker E. kommt hinzu, glaubt seine Kameraden angegriffen und schlägt auch drein: D. wird schwer verwundet. Er wünscht, da vom Wärter nichts zu holen ist, von den Kranken Ersatz seiner Kurkosten. Nun besitzt A. nichts; B. ist zwar vermögend, war aber früher General und braucht alle seine Einnahmen für sich und seine große Familie; auch C. kommt frei, weil man ihm sein Eingreifen überhaupt nicht übelnehmen kann; so muß E., der etwas Geld hat, zum Glück nur Barbier war und keine Familie besitzt, allein zahlen. Doch entspricht es der Billigkeit, daß er bloß $\frac{1}{3}$ der ganzen Rechnung eriebt. Und sollte D. reich sein oder hat er sich bei dem Streit, wenn auch nicht schuldhaft, so doch unpassend benommen, so werden wir billigerweise den E. noch weniger belasten oder ganz entlasten.

Eine weitere Beschränkung ist, daß der Unzurechnungsfähige anscheinend nur für solche Handlungen haftet, die, wäre er zurechnungsfähig, Delikte nach BGB. 823—826 wären (i. 829). Für Unfälle, die dadurch entstehen, daß ein in seinem Eigenbesitz befindliches Haus einstürzt (Delikt nach BGB. 836), wäre er also anscheinend nicht haftbar.

3. Daß unzurechnungsfähige Personen für den von ihnen angerichteten Schaden haften sollen, beruht auf dem Gedanken, daß eine solche Schädigung den Urheber ebenso angeht wie den Verletzten: jener hatte das Unglück, den Schaden anzurichten, dieser hatte das Unglück, ihn zu erleiden. So sind beide in eine Gemeinschaft des Unglücks hineingeraten. Als treue Genossen müssen sie nach Maßgabe ihrer Verhältnisse den Schaden unter sich teilen.

2) Heinsheimer a. a. O. S. 253. Abw. Höchster ebenda 104 S. 427.

II. Zweitens gehört hierher der Fall, daß jemand ein Tier hält und durch dies Tier ein Mensch getötet oder dessen Körper verletzt oder eine Sache beschädigt wird, es sei denn, daß das Tier ein Haustier ist und dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters dient (833; s. oben S. 697).³

1. a) Vorausgesetzt ist erstlich, daß jemand ein Tier „hält“, d. h. es in seinem unmittelbaren Besitz hat, gleichgültig, ob in eigenem oder⁴ in fremdem Interesse, gleichgültig, ob für längere Zeit oder nur vorübergehend,⁵ gleichgültig, ob in Eigen- oder⁶ in Fremdbesitz.

Beispiel. Wenn A. dem B. ein Pferd stiehlt und es an den redlichen C. veräußert, C. es für einen Spazierritt dem D. vermietet, D., weil er unterwegs plötzlich erkrankt, es dem Gastwirt F. zur Verwahrung übergibt und F. schließlich es seinem Kutscher G. zur Einstellung in den Gasthausstall ausliefert, so ist, wenn das Tier auf dem Wege zum Stall einen Schaden anrichtet, in diesem kritischen Augenblick lediglich F. als „Halter“ des Pferdes anzusehen.

Selbstverständlich ist der Begriff des Tierhalters bestritten.⁷ Wie sollte es auch anders sein, da das Gesetzbuch ihn in seinen Regeln verwendet, ohne auch nur zu versuchen, ihn näher zu bestimmen? Für meine Definition spricht, daß es allein sachgemäß ist, für ein Tier dessen derzeitigen unmittelbaren Besitzer verantwortlich zu machen.

b) Vorausgesetzt ist zweitens, daß das Tier einen Schaden anrichtet. Gleichgültig ist, ob es dabei aus eigenem Antriebe oder auf Antrieb eines Menschen tätig wird.⁸ Wirken neben der Tätigkeit des Tiers noch andre Ursachen zur Herbeiführung des Schadens mit, so kommen die allgemeinen für den Schadensersatz geltenden Regeln zur Anwendung (s. oben S. 383).⁹

Beispiel. Rentner A. läßt seine Kutschpferde durch seinen Kutscher B. ausfahren; B., ein sonst zuverlässiger Mensch, lenkt die Pferde in einem unbegreiflichen Unfall von Übermut derart, daß sie mit den Hufen ein auf der Straße spielendes Kind verletzen, der Wagen aber mit einem Hinterrade gegen einen Baum stößt und ihn beschädigt. Hier ist die Verletzung des Kindes auf die Pferde zurückzuführen,¹⁰ die Beschädigung des Baumes nicht.

c) Vorausgesetzt ist drittens, daß der Schaden, den das Tier angerichtet hat, in der Tötung oder körperlichen Verletzung eines Menschen oder der Beschädigung einer Sache besteht; doch wird der Sachbeschädigung die Sachentziehung gleichzustellen sein.¹¹

Beispiel. A. ist auf Grund der hier behandelten Regel haftbar, wenn seine Elster dem Nachbar B. Sachen stiehlt, nicht aber auch, wenn sein Hund durch sein nächtliches Gebell die Mieter des Nachbarhauses zur Kündigung veranlaßt.

d) Vorausgesetzt ist viertens, daß das Tier, das den Schaden anrichtet, nicht etwa ein Haustier ist, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem

3) Jfay, Jahrb. f. Dogm. 39 S. 209; Stierle, Haftung für Tiere (04): Schwarz, Haftung des Tierhalters (05); Litten, Erjaspflicht des Tierhalters (05); Hagelberg, Begriff des Tierhalters (05); Schmoller, Arch. f. ziv. Pr. 98 S. 1.

4) Abw. RG. 66 S. 1; Goldmann 1 S. 913.

5) Abw. Goldmann 1 S. 913; RG. 52 S. 118.

6) Abw. Jfay S. 315.

7) Litten S. 110.

8) Abw. RG. 50 S. 180, 54 S. 74, 65 S. 107.

9) RG. 60 S. 66, 61 S. 316. Vgl. RG. 69 S. 400, 54 S. 74.

10) Abw. Litten S. 87.

11) Litten S. 22.

Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist (s. oben S. 697), eine Regel, die erst nachträglich durch RGes. vom 30. Mai 1908 in das bürgerliche Gesetzbuch eingeschoben ist.

Beispiel. A. wird von dem Jagdhunde des B. gebissen; der Hund ist sonst nicht im mindesten bissig und ist von B. stets gut gehalten worden. Hier ist B. haftfrei, wenn er berufsmäßiger Jäger oder Hundezüchter, nicht aber, wenn er nur Sportjäger ist.

e) Vorausgesetzt ist ferner, daß die Anrichtung des Schadens, wäre sie von einem Menschen ausgegangen, unerlaubt gewesen wäre.

Beispiel. Die Luxushunde des A. und B. geraten in Kampf und verletzen sich gegenseitig. Hier ist derjenige Herr haftfrei, dessen Hund sich in Notwehr befunden hat.

f) Nicht vorausgesetzt ist dagegen, daß dem Tierhalter oder seinen Gehülften oder Vertretern irgendein Verschulden bei der Anrichtung des Schadens zur Last fällt. Selbst, daß der Tierhalter beweisen kann, er und seine Leute hätten den Schaden weder voraussehen noch verhindern können, ist unerheblich.¹²

Beispiel. A. haftet, wenn sein Luxushund toll wird, für allen Schaden, den der Hund anrichtet, auch wenn die Tollwut viel plötzlicher und mit ganz andern Symptomen aufgetreten ist, als sie es sonst zu tun pflegt, und ein Tierarzt, der von A. wegen des veränderten Benehmens des Hundes konsultiert wurde, das Tier ausdrücklich für gesund erklärt hatte.

2. a) Ist der zu 1 bestimmte Tatbestand gegeben, so ist der Tierhalter für den Schaden, den das Tier während der Zeit, da er es hielt, angerichtet, nach Deliktgrundsätzen verantwortlich (833). Mehrere Tierhalter haften also als Gesamtschuldner; ist durch das Tier ein Mensch getötet, so sind ersatzberechtigt nicht die Erben als solche, sondern namentlich diejenigen, die der Getötete kraft Gesetzes zu unterhalten verpflichtet war; die Ersatzansprüche verjähren in drei Jahren usw.

b) Doch erleiden die Deliktgrundsätze einige wichtige Abänderungen.

α) Daß der Tierhalter bei Eintritt des Schadens unzurechnungsfähig war, ist auf seine Haftung ohne Einfluß,¹³ wenn er nur zurechnungsfähig war, als er das Tier in Besitz nahm, oder die Besitznahme durch seinen gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Genehmigung geschah.

β) Der Satz, daß die Haftung eines Deliktschuldners durch ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten ausgeschlossen oder abgeschwächt werden kann (254), ist hier, wo der Tierhalter ohne Rücksicht auf sein eigenes Verschulden haftbar ist, dahin abzuändern, daß seine Haftung auch durch eine schuldlose Mitwirkung des Verletzten ausgeschlossen oder abgeschwächt werden kann.¹⁴ Ja es ist weiter anzunehmen, daß die Haftung des Tierhalters fortfällt, wenn der Verletzte sich der Schädigung durch das Tier auf eigene Gefahr ausgesetzt hat.¹⁵

Beispiel. Rentner A. macht eine Spazierfahrt und hat den bei ihm als Gast wohnenden

12) RG. 54 S. 409.

13) Litten S. 137. Abw. Endemann § 202^o u. unsre 4. Aufl. S. 618.

14) Abw. RG. 54 S. 408. 15) Siehe RG. 58 S. 410, 61 S. 55, 65 S. 313.

B. sowie, weil C. ihn darum besonders gebeten, auch ihn mitgenommen; unterwegs scheuen die Pferde, weil unmittelbar vor ihnen der Blix einschlägt; dabei fällt der Wagen um und B., C. sowie der Kutscher A. & D. werden schwer verletzt. Hier ist A. nur dem B. haftbar; dagegen haben C. und D. auf eigene Gefahr an dem Ausfluge teilgenommen.

γ) Hat ein Dritter für den Tierhalter die Führung der Aufsicht über das Tier vertragsmäßig übernommen, so ist er neben dem Tierhalter haftbar, es sei denn, daß er beweist, er habe bei der Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder der Schaden würde auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein (834; s. auch 840 III).

III. Drittens gehört hierher der Fall, daß bei dem Betriebe eines Kraftfahrzeuges ein Mensch getötet oder dessen Körper verletzt oder eine Sache beschädigt wird (RGes. über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen [AutG.] vom 3. Mai 1909 §§ 7 ff.).

1. a) Hier ist der Halter des Fahrzeuges verpflichtet, dem Verletzten den aus dem Unfall entstandenen Schaden zu ersetzen, auch wenn er nachweislich außer Schuld ist, insbesondere dann, wenn die Schutzvorrichtungen des Fahrzeuges plötzlich ohne seine Schuld versagen (AutG. 7 I). Doch erleidet seine Haftpflicht folgende Ausnahmen:

α) Sie fällt fort, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeuges noch auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht; als unabwendbar gilt ein Ereignis namentlich dann, wenn es auf das eigene Verhalten des Verletzten oder eines nicht bei dem Betriebe beschäftigten Dritten oder eines Tiers zurückzuführen ist und sowohl der Halter als der Führer des Fahrzeuges nachweislich jede nach den Umständen gebotene Sorgfalt beobachtet hat (AutG. 7 II).

β) Sie fällt fort, wenn die verletzte Person oder die beschädigte Sache zur Zeit des Unfalls durch das Fahrzeug befördert wurde oder die verletzte Person bei dem Betriebe des Fahrzeuges tätig war (AutG. 8 Nr. 1).

γ) Sie fällt fort, wenn der verletzte Person oder im Fall der Beschädigung einer Sache dem, der die tatsächliche Gewalt über sie ausübt, ein überwiegendes Verschulden zur Last fällt (AutG. 9).

δ) Sie fällt fort bei langsam beweglichen Lastfahrzeugen (AutG. 8 Nr. 2).

b) Ist das Fahrzeug ohne Wissen und Willen des Fahrzeughalters von einem andern in Betrieb gesetzt worden, so ist dieser an Stelle des Halters ersatzpflichtig (AutG. 7 III).

c) Wird das Fahrzeug von einem andern als dem Halter geführt, so ist auch der Führer, sei es neben dem Halter, sei es statt seiner, ersatzpflichtig, es sei denn, daß ihm nachweislich kein Verschulden zur Last fällt (AutG. 18 I).

2. Die Ersatzpflicht richtet sich im ganzen nach Deliktsgrundsätzen, ob schon das Gesetz es nicht ausdrücklich bestimmt hat. Insbesondere setzt sie offen-

bar Zurechnungsfähigkeit des Ersazpflichtigen voraus, wichtig namentlich in dem zu 1 c genannten Fall. Doch fehlt es im einzelnen nicht an Abweichungen. Hervorgehoben sei,

a) daß die Höhe des zu leistenden Schadensersatzes nach oben hin fest begrenzt ist — namentlich sind im Fall einer Tötung höchstens 50 000, im Fall einer Sachbeschädigung höchstens 10 000 Mk. zu zahlen — (AutG. 12);

b) daß die Haftpflicht erlischt, wenn der Ersazberechtigte nicht binnen zwei Monaten, nachdem er von dem Schaden und der Person des Ersazpflichtigen Kenntnis erhalten hat, dem Ersazpflichtigen Anzeige macht (AutG. 15);

c) daß die Verjährung der Ersazansprüche schon in zwei Jahren erfolgt (AutG. 14).

IV. Viertens gehört hierher der Fall des Wildschadens (835). Doch soll er wegen seines engen Zusammenhanges mit dem Jagdrecht, das nach dem Plan dieses Werks hier nicht zur Darstellung kommt, an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden.

V. Aus einem ähnlichen Grunde, nämlich wegen seines Zusammenhanges mit dem Gewerberecht, muß hier ferner auch der Fall der Haftpflicht der Eisenbahn aus dem Reichshaftpflichtgesetz von 1871 unerörtert bleiben.

XXIII. Ungerechtfertigte Bereicherung.¹

1. Tatbestand.

§ 167.

Der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung steht dem des Delikts nahe;² denn er setzt wie dieser voraus, daß jemand zu Unrecht einen Schaden erlitten hat. Er ist aber viel enger: denn er bezieht sich nur auf einen Schaden, der das Vermögen, nicht auch auf einen Schaden, der die Person des Geschädigten trifft; auch muß den Vermögensnachteilen auf seiten des Geschädigten ein Vermögensvorteil auf seiten eines andern, des „Bereicherten“, gegenüberstehn; unter den Delikten steht also der ungerechtfertigten Bereicherung am nächsten der Diebstahl, am fernsten Tötung, Körperverletzung, Beleidigung, Sachbeschädigung. Andererseits ist der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung auch weiter als der des Delikts; vor allem setzt er nicht notwendig eine Handlung oder Unterlassung, geschweige denn ein Verschulden des Bereicherten voraus. So kommt es, daß die Unrechtmäßigkeit der un-

1) Stieve, Gegenstand des Bereicherungsanspruchs (99); Collatz, ungerechtf. Vermögensverschlebung (99); Jung, die Bereicherungsansprüche (02); v. Mayr, Bereicherungsanspruch (03); Stammeler, z. L. von der ungerechtfertigten Bereicherung (03); Freund, Eingriff in fremde Rechte (02); Hartmann, Arch. f. RR. 21 S. 224.

2) Jung S. 1.

gerechtfertigten Bereicherung vom Gesetz nicht so scharf betont wird wie die des Delikts: das Delikt ist geradezu verboten, der ungerechtfertigten Bereicherung wird dagegen nur negativ die Billigung des Gesetzes versagt; jenes ist „rechtswidrig“, diese ist „rechtlos“.

I. 1. Die ungerechtfertigte Bereicherung muß das Vermögen der einen Partei benachteiligen, das Vermögen der andern Partei vermehren: der Bereicherte muß also auf Kosten des Geschädigten einen Erwerb gemacht haben (812). Ob der Erwerb unmittelbar oder nur mittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten stammt, ist gleichgültig.³

Beispiel. A. trägt dem B. auf, in eigenem Namen ein Wertpapier für etwa 1000 Mk. anzuschaffen und anonym dem C. durch die Post zuzusenden; seine Absicht war, dem D. mit jenem Papier ein Geschenk zu machen, ohne als Geber bekannt zu werden; nur aus Versehen hat er als Empfänger des Papiers statt des D. den C. genannt. Hier ist C., wenn er das Papier bekommt und A. nachträglich seinen Auftrag ansieht, ungerechtfertigt aus dem Vermögen eines andern bereichert. Und zwar geht seine Bereicherung nicht auf B.'s Kosten; denn B. hat von der Sendung keinen Nachteil, da A. ihm den Wert des Papiers erstatten muß. Sie geht auch nicht auf D.'s Kosten; denn D. hat durch die bloße Schenkungsabsicht A.'s noch nichts gewonnen, also durch seine Verwechslung mit C. auch nichts verloren. Vielmehr geht C.'s Bereicherung auf A.'s Kosten.

2. Die Verminderung des Vermögens des Geschädigten kann in dem Verlust von Rechten, in der Belastung mit Pflichten usw. bestehen. Auch eine unentgeltliche Arbeitsleistung des Geschädigten kann, falls der Geschädigte für sie bezahlt zu werden pflegt oder ihretwegen einen andern Verdienst eingebüßt hat, hierher gehören; das gleiche gilt, wenn der Geschädigte irgendeinen Erwerb unterläßt, auf den er ein Recht hatte, wie etwa den Erwerb einer ihm angefallenen Erbschaft; die für die Schenkungen geltende entgegengesetzte Regel (oben S. 573, 3) ist hier nicht anwendbar.

Als Verlust eines Rechts gilt auch der Verlust des Besitzes einer Sache, selbst wenn der Geschädigte an der Sache kein andres Recht als das des Besitzes gehabt hat, ferner der Verlust einer gegen den Bereicherten oder gegen einen Dritten gerichteten Forderung usw.

3. So mannigfach wie der Verlust des Geschädigten kann auch der Erwerb des Bereicherten sein. Namentlich genügt es, wenn dem Bereicherten Ausgaben erspart werden.

II. Der Erwerb des Bereicherten muß ohne einen Rechtsgrund erfolgt sein. Wann dies der Fall, wird nicht durch eine einheitliche Formel bestimmt, sowenig wie der Tatbestand des Delikts einheitlich formuliert ist. Vielmehr gibt es eine ganze Anzahl verschiedener Arten ungerechtfertigter Bereicherung. Wir fassen sie, ähnlich wie die verschiedenen Deliktarten, zu drei Hauptgruppen zusammen, müssen aber daneben noch einige Sonderarten beachten, die sich unter keine der drei Hauptgruppen unterbringen lassen.

1. a) Die ungerechtfertigten Bereicherungen der ersten Hauptgruppe beruhen darauf, daß jemand eine Leistung empfängt, die laut rechtsgeschäftlicher Bestimmung des Leistenden einen gewissen Erfolg herbeiführen soll, aber diesen

3) Siehe RG. 60 S. 28.

Erfolg tatsächlich nicht erreicht und damit ihren rechtlichen Sinn verliert (812 I Satz 2). Hierher gehören namentlich folgende Fälle.

α) Jemand empfängt eine Leistung, die nach Bestimmung des Leistenden ein Rechtsgeschäft zum Abschluß bringen soll; das Rechtsgeschäft kommt aber nicht zustande oder wird nachträglich durch Anfechtung oder Widerruf hinfällig.

β) Jemand empfängt eine Leistung, die nach Bestimmung des Leistenden in gewisser Weise verwendet werden soll, ohne daß der Empfänger sich zu dieser Verwendung positiv verpflichtet; der Empfänger unterläßt aber die Verwendung.

γ) Jemand empfängt eine Leistung, die nach Bestimmung des Leistenden zur Erfüllung eines dem Empfänger angeblich zustehenden Anspruchs dienen soll; der Anspruch besteht aber in Wahrheit nicht oder fällt nachträglich fort. Einem nicht bestehenden Anspruch gleichgestellt ist ein Anspruch, der zwar besteht, aber durch eine dauernde Einrede — ausgenommen die Einrede der Verjährung — entkräftet ist (813 I). Dasselbe wird für einen aufschiebend bedingten Anspruch gelten, solange die Bedingung schwebt,⁴ nicht aber auch für einen betagten Anspruch vor Eintritt der Fälligkeit (nicht einmal was den Zwischenzins betrifft [813 II]) oder für einen durch eine aufschiebende Einrede gehemmten Anspruch.

Beispiele. I. Eine ungerechtfertigte Bereicherung liegt in folgenden Fällen vor. 1. a) A. will dem B. dadurch ein Geschenk machen, daß er eine Schuld des B. gegenüber C. bezahlt; als B. die Zahlung erfährt, kann er sie natürlich nicht rückgängig machen (267), erklärt aber dem A., daß er sich von ihm nichts schenken lassen wolle (516 II). b) D. erhält von E. brieflich 1000 Mk. als Geschenk; gleich darauf sichts E. die Schenkung wegen Irrtums an, weil er bei der Zuwendung den D. mit dem F. verwechselt und das Geld nur letzterem zugedacht habe. 2. G. schenkt dem H. 200 Mk. zur Aufbesserung seiner Garderobe; H. kauft sich aber für das Geld ein Fahrrad. 3. a) H. bezahlt eine alte Darlehensschuld an K.; nachträglich stellt sich heraus, daß die Schuld schon vorher hinter dem Rücken des H. von seiner Frau bezahlt worden ist. b) L. hat am 1. Februar von M. ein Pferd gekauft; der Kaufpreis soll binnen 14 Tagen bezahlt und das Pferd dem B. gleich nach Eingang des Geldes mit der Bahn zugesandt werden; L. zahlt pünktlich; das Pferd erkrankt aber gleich darauf, so daß die Absendung unterbleiben muß, und verendet. c) N. bezahlt einen Mietrückstand seines verstorbenen Onkels O., weil er dessen Erbe geworden ist; nachträglich stellt sich heraus, daß O. überschuldet verstorben ist, alle seine Aktiva bereits zur Bezahlung anderer Nachlassschulden verwendet sind und N. demnach die Bezahlung des Mietzinses mittels der (dauernden) Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses hätte verweigern können (1990). d) P. zahlt dem Q. 1000 Mk. aus, weil er weiß, daß sein verstorbener Onkel R. diese Summe dem Q. vermacht hat und er Erbe des R. geworden ist; nachträglich stellt sich heraus, daß R. das Vermächtnis nur für den Fall angeordnet hat, daß Q. sein Assessorexamen bestanden haben werde; Q. ist aber bisher nur bis zum ersten Durchfall im Referendarexamen vorgeedrungen. II. 1. a) Dagegen ist eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht gegeben, wenn S. seinem Patentkinde T. zur Einsegnung eine goldne Uhr schenkt, die er eigens für diesen Zweck um 200 Mk. erstanden hat, und T. die Uhr mit Zustimmung seines Vaters sofort für 80 Mk. an einen Uhrmacher verkauft. Denn so sicher es ist, daß damit der Zweck der Schenkung gründlich verfehlt ist, so kann man doch nicht sagen, daß S. diesen (übrigens recht schwer bestimmbaren) Zweck rechtsgeschäftlich festgelegt hat und daß

4) Endemann 1 § 198²³; v. Mayr S. 454. Siehe aber auch RG. 71 S. 317.

seine Schenkung somit einen von ihm rechtsgeschäftlich bestimmten Erfolg nicht erreicht habe.⁵⁾
 b) Dasselbe ist der Fall, wenn U. dem B. 10 Flaschen sogenannten Malaga „zur Kräftigung seiner Gesundheit“ schenkt und nun ein Sachverständiger erklärt, der „Wein“ sei der Gesundheit B.s zwar nicht schädlich, aber auch nicht im mindesten nützlich. Denn hier ist der Erfolg der Schenkung zwar vom Schenker deutlich bestimmt; die Bestimmung hat aber keine rechtliche Bedeutung, weil U. sie nur als einen frommen Wunsch ausgesprochen hat. 2. Dieselbe Entscheidung ist angebracht, wenn B. als Bürge des X. in der irrigen Annahme, der Gläubiger Y. habe den Hauptschuldner X. bereits rechtzeitig verklagt, aber keine Befriedigung von ihm erhalten können, die Schuld des X. an Y. bezahlt, obschon Y. in Wahrheit gegen X. noch nicht geklagt hat und sogar seine Forderung gegen ihn hat verjähren lassen und demnach B. die Zahlung an Y. sowohl mittels der Einrede der Vorausklage wie mittels der Einrede der Verjährung hätte verweigern können. Denn die Einrede der Vorausklage hat nur eine aufschiebende Wirkung; die Einrede der Verjährung aber ist zwar dauernd, jedoch in ihrer Bedeutung für die ungerechtfertigte Bereicherung den aufschiebenden Einreden gleichgestellt. 3. Nicht anders ist zu entscheiden, wenn B. ein ihm von seinem Vater testamentarisch auferlegtes Vermächtnis sofort nach dem Tode des Vaters auszahlt und nun nachträglich festgestellt wird, daß das Vermächtnis erst 25 Jahre nach des Erblassers Tode zinslos ausbezahlt war, der Vermächtnisnehmer also durch B.s Voreiligkeit den Zwischenzins für 25 Jahre, also mehr als 100%, lukriert hat.

b) Der Satz, daß die Bereicherung, die jemand durch die Leistung eines andern gewinnt, als ungerechtfertigt gilt, wenn die Leistung den ihr bestimmten Erfolg nicht erreicht, wird durch wichtige Ausnahmen durchbrochen.

α) Nicht als ungerechtfertigt gilt die Bereicherung, wenn der Leistende selber den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat (815).

β) Nicht als ungerechtfertigt gilt die Bereicherung, wenn der Eintritt des Erfolges von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies bei Vornahme der Leistung gewußt hat (815). Der wichtigste Anwendungsfall dieses Satzes ist, daß jemand eine Leistung zur Erfüllung eines angeblich dem Empfänger zustehenden Anspruchs macht, obschon er bei Vornahme der Leistung weiß, daß der Anspruch in Wahrheit nicht besteht (814); es bedarf also, um festzustellen, daß die Bereicherung des angeblichen Gläubigers ungerechtfertigt ist, nicht des Beweises, daß der Leistende irrtümlich angenommen habe, der Anspruch, den er zu erfüllen vorgab, bestehe zu Recht;⁶⁾ wohl aber wird die Rechtlosigkeit der Bereicherung durch den Beweis ausgeschlossen, daß das Nichtvorhandensein oder die Unwirksamkeit des Anspruchs ihm positiv bekannt gewesen ist; Kennen müssen steht dem Kennen nicht gleich.

γ) Nicht als ungerechtfertigt gilt die Bereicherung, wenn die Leistung, auf der sie beruht, zur Erfüllung eines angeblich dem Empfänger zustehenden Anspruchs geschieht und der Anspruch zwar in Wahrheit nicht besteht, seine Erfüllung aber durch eine sittliche Pflicht oder durch den Anstand geboten ist (814).

δ) Nicht als ungerechtfertigt gilt die Bereicherung, wenn die Leistung, auf der sie beruht, zur Erfüllung eines angeblich dem Empfänger zustehenden Anspruchs geschieht und der Anspruch zwar in Wahrheit zur Zeit der Leistung

5) Siehe RG. 69 S. 245.

6) RG. 59 S. 351, 60 S. 420. Abw. RG. 71 S. 317.

nicht besteht, aber gerade dadurch, daß die Leistung erfolgt, rechtswirksam zustande kommt (s. 313; 518 II; 766).

ε) Nicht als ungerechtfertigt gilt die Bereicherung, wenn die Leistung, auf der sie beruht, zur Erfüllung eines angeblich dem Empfänger zustehenden Anspruchs geschieht und der Anspruch nur deshalb unwirksam ist, weil er aus einem ungültigen Spiel- oder Wettgeschäft abgeleitet wird (762 I; s. auch 656 I).

Beispiele. I. 1. A. hat am 1. Mai durch mündlichen Vertrag sein Haus für 50 000 Mk. an B. verkauft; B. hat sofort eine Anzahlung von 1000 Mk. darauf geleistet und zugleich versprochen, sich zur Entgegennahme der Auflassung und Zahlung des Restkaufpreises am 10. Mai auf dem Grundbuchamt einzufinden; nachträglich verweigert er aber unter Berufung darauf, daß der Vertrag vom 1. Mai wegen Formmangels ungültig sei, die Erfüllung dieses seines Versprechens. Hier ist A. in Höhe der angezahlten 1000 Mk. ungerechtfertigt bereichert; denn der Hauskauf ist wegen Formmangels tatsächlich nicht zustande gekommen. Allerdings ist allein B. daran schuld; denn sobald er die Auflassung entgegennimmt, wird ja der Formmangel geheilt und der Hauskauf vollgültig (313). Doch kann man nicht sagen, daß B. gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er sein (ungültiges) Versprechen bricht und die Entgegennahme der Auflassung verweigert.⁷ 2. Der nämliche A. hat dem B. 5000 Mk. geschenkt, damit dieser das zum Verkauf stehende Kronengasthaus erwerbe und die 5000 Mk. zur Anzahlung auf den Kaufpreis verwende; ärgerlich über den eben erwähnten Wortbruch des B. kauft er aber plötzlich die Krone selber, nur um den B. an dem Erwerbe zu verhindern, und fordert die 5000 Mk. nunmehr von B. zurück. Hier ist B.'s Bereicherung keine ungerechtfertigte; denn A. selber hat gegen Treu und Glauben verhindert, daß B. die 5000 Mk. bestimmungsgemäß verwendet. II. 1. a) C. hat für eine Operation, die er an D. vorgenommen, 700 Mk. zu fordern und sendet ihm auch eine Liquidation über diesen Betrag; D. schickt darauf umgehend, nur unter Beifügung seiner Visitenkarte, 1000 Mk. an C. Hier kann D. nicht behaupten, daß C. um 300 Mk. ungerechtfertigt bereichert sei; denn es steht ja nicht fest, daß D. mit seiner Geldsendung wirklich bloß den Honoraranspruch des C. hat erfüllen und nicht vielmehr ihm zu seinem Honorar noch 300 Mk. hat schenken wollen. b) Derselbe Fall; nur standen auf D.'s Visitenkarte die Worte „zur Begleichung Ihrer gefälligen Liquidation“. Hier ist C. in Höhe von 300 Mk. ungerechtfertigt bereichert, ohne daß D. aufklären muß, wie er zu seiner Mehrsendung gekommen ist. Dagegen wäre die Bereicherung C.'s als gerechtfertigt anzusehn, wenn sich beweisen läßt, daß D. seiner Frau erzählt hat, er habe dem C. zur Abrundung 300 Mk. mehr geschickt als dieser liquidiert habe, obschon C.'s Liquidation schon an sich viel zu hoch gewesen sei. Strenggenommen folgt freilich aus dieser Äußerung noch nicht, daß D. wirklich „gewußt“ hat, C. könne höchstens 700 Mk. verlangen, sondern nur, daß er dies geglaubt hat; denn vielleicht war D. mit Bezug auf ärztliche Rechnungen ein Skeptiker und hat es für sehr unwahrscheinlich, aber doch nicht für unmöglich gehalten, daß C. am Ende versehentlich zu wenig liquidiert hat. Doch wird man in einem Fall wie diesem das Glauben an die Richtigkeit der Liquidation im Sinn des Gesetzes dem Wissen gleichstellen müssen. 2. C. hat von F. über eine Warenlieferung, die er längst bezahlt hat, eine zweite Rechnung erhalten und auch sie vorbehaltslos bezahlt, weil er die Quittung über die erste Zahlung nicht finden konnte; nachträglich kommt die Quittung zum Vorschein. Hier ist F. ungerechtfertigt bereichert, wenn C. die erste Zahlung vergessen hatte oder sich wenigstens ihrer nicht mit voller Sicherheit erinnerte. Läßt sich dagegen der schwierige Beweis erbringen, daß C. über die erste Zahlung keinen Zweifel hatte, so ist F.'s Bereicherung gerechtfertigt.⁸ 3. G. ersetzt dem H. den Wert eines Pferdes, das er für einen Spazierritt von G. gemietet hatte, weil es ohne das geringste Verschulden seinerseits bei dem Ritt ein Bein gebrochen hat, in der irrigen Annahme, daß er dazu verpflichtet sei. Hier ist H.'s Bereicherung ungerechtfertigt, mag der Irrtum G.'s die Tatfrage, ob er an dem Unfall schuld sei, oder die Rechtsfrage, ob er trotz seiner Unschuld Ersatz leisten müsse, betroffen haben. III. 1. Keine ungerechtfertigte Bereicherung liegt vor, wenn J. seine alte

7) RG. 72 S. 343.

8) RG. 59 S. 351.

hülfsbedürftige Stiefmutter R., der er seine ganze Erziehung verdankt, unterstützt, in der irrigen Annahme, er sei rechtlich dazu verpflichtet. Denn wenn schon nicht eine Rechtsregel, so doch ein Sittengebot machte ihm diese Unterstützung zur Pflicht. 2. Dasselbe gilt für folgenden Fall: Reichsgerichtsrat L. wird von seinen Verwandten und Freunden in der Art ausgebeutet, daß sie ihn um eingehende briefliche Auskunft in ihren Rechtsangelegenheiten bitten; so hat denn auch M. von L. ein Gutachten über einen Streit mit einem Nachbarn erbeten und erhalten und hat darauf in der irrigen Annahme, er sei rechtlich dazu verpflichtet, dem L. 60 Mk. Honorar geschickt. Denn wenn schon nicht eine Rechtsregel, so doch eine Anstands Rücksicht gebot dem M. eine Honorierung des L. IV. Ebenso wenig ist eine ungerechtfertigte Bereicherung gegeben, wenn N. dem O. 1000 Mk. mündlich schenkungsweise versprochen hat und ihm nun in der irrigen Annahme, daß solch ein Versprechen rechtsverbindlich sei, das Geld mit der Post zuschickt, obschon er sein Versprechen lebhaft bereut, weil er inzwischen erfahren hat, daß O. ein liederlicher Mensch ist, der das Geld unwürdig vergeuden wird. Denn durch die Zusendung des Geldes ist das Schenkungsversprechen des N. nachträglich rechtsverbindlich geworden. V. Wenn P. dem Q. 20 Mk. Spielverlust in der irrigen Annahme auszahlt, daß er rechtlich dazu verpflichtet sei, so ist Q.'s Bereicherung keine ungerechtfertigte, falls P. die 20 Mk. an Q. wirklich verloren hatte. Anders, wenn P. die 20 Mk. in Wahrheit an den R. verloren oder wenn er in Wirklichkeit überhaupt nicht verloren hatte.

2. Die ungerechtfertigten Bereicherungen der zweiten Hauptgruppe beruhen darauf, daß ein Scheinberechtigter (s. oben S. 56) über ein fremdes Recht derart verfügt, daß der wahre Berechtigte die Verfügung gegen sich gelten lassen muß; und zwar gehört hierher sowohl die Bereicherung, die der Verfügende selber durch die Verfügung gewinnt, wie auch, wenn die Verfügung unentgeltlich geschah, die Bereicherung des andern, der durch die Verfügung rechtlich unmittelbar begünstigt wird (816 I). Der Verfügung des Scheinberechtigten steht eine Leistung gleich, die ein Dritter derart an ihn bewirkt, daß der wahre Berechtigte sie gegen sich gelten lassen muß (816 II).

Beispiele. I. A. hat von B. einen Ring im Wert von 1000 Mk. geschenkt bekommen und ihn an C. für 200 Mk. weiter veräußert; nachträglich stellt sich heraus, daß B. minderjährig, sein Geschenk also ungültig war. Hier gilt A. als ungerechtfertigt bereichert. Dagegen ist die Bereicherung des C. nur dann ungerechtfertigt, wenn er den Ring unentgeltlich erworben hatte, d. h. wenn ihm bekannt war, daß die von ihm gezahlten 200 Mk. kein wirkliches Entgelt für den Ring darstellten. II. D. tritt eine ihm gegen E. zustehende Forderung zuerst an den F. und dann an den G. ab; E. erfüllt die Forderung gutgläubig an G. Hier gilt G., mag er gleichfalls gutgläubig gewesen sein oder nicht, als ungerechtfertigt bereichert.

3. Die ungerechtfertigten Bereicherungen der dritten Hauptgruppe beruhen darauf, daß jemand eine Leistung empfängt, durch deren Annahme er um des Zwecks der Leistung willen gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, während dem Leistenden selber ein solcher Verstoß nicht zur Last fällt (s. 817).⁹

Beispiele. I. Rechtsanwalt A. fordert von seinem Klienten B. das Dreifache der ihm zustehenden Gebühren; B. zahlt sie auch, obschon er die Unrichtigkeit der Liquidation sofort erkennt, um des Friedens willen; später hört er, daß A. wegen Überhebung von Gebühren bereits bestraft sei, und verlangt nun die zuviel gezahlten $\frac{2}{3}$ zurück. Hier ist B. im Recht, zwar nicht nach den für Gruppe 1, wohl aber nach den für Gruppe 3 geltenden Regeln. II. C. hat ein Mädchen dem D. verknüpelt und erhält von D. den versprochenen Kuppel-

9) RG. 58 S. 206, 67 S. 324, 72 S. 48.

lohn; später verlangt D. den Lohn zurück. Hier ist D. im Unrecht. Denn nicht bloß das Nehmen, sondern auch das Geben von Kuppellohn ist gegen die guten Sitten.

Der Satz, daß jemand eine Leistung, die er gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten vorgenommen hat, nicht wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Empfängers zurückfordern kann, ist im Gesetz bloß für die Gruppe 3 der Bereicherungstatbestände ausgesprochen. Ich meine aber, daß er allgemeingültig ist. Man nehme etwa den Fall, daß der Wildprethändler A. bei dem minderjährigen Wilddiebe B. einige Rehböcke bestellt und ihm dabei in Anrechnung auf den Kaufpreis eine alte Jagdflinte gegeben, B. aber nicht den mindesten Versuch gemacht hat, dem A. die Rehböcke zu verschaffen: hier kann A. von B. nicht nur nicht die Lieferung der Rehböcke, sondern nicht einmal die Zurückgabe der Flinte fordern, mag er sich nun auf die Unsitlichkeit der Bestellung von Wild bei Wilddieben oder auf die Nichtausführung dieser Bestellung oder auf die Minderjährigkeit des B. berufen.¹⁰

4. Die sonstigen Fälle ungerechtfertigter Bereicherung lassen sich nicht erschöpfend aufzählen. Zum Teil sind sie an den verschiedensten Stellen des Gesetzbuchs ausdrücklich namhaft gemacht; zum Teil sind sie aus dem Gesetzbuch erst im Wege freier Auslegung oder kraft Analogie zu erschließen.

Beispiele. I. Im BGB. ausdrücklich erwähnt ist, daß als ungerechtfertigt die Bereicherung dessen gilt, der unbefugterweise durch Verarbeitung fremder Sachen eine neue Sache geschaffen und an ihr als Hersteller das Eigentum gewonnen hat (950, 951 I.). II. Im BGB. nicht ausdrücklich erwähnt, aber aus der Analogie von BGB. 816 zu entnehmen ist, daß als ungerechtfertigt die Bereicherung dessen gilt, der eine fremde Sache unbefugtermaßen, aber in gutem Glauben verbraucht und sich dadurch eine notwendige Ausgabe erspart.

III. Da die ungerechtfertigte Bereicherung weder ein Rechtsgeschäft noch ein Delikt ist, ist auf seiten des Bereicherten ebensowenig wie auf seiten des Geschädigten Geschäftsfähigkeit oder Zurechnungsfähigkeit erforderlich.

Beispiele. I. Der minderjährige A. erhält ohne Vorwissen seines Vormundes B. von C. ein Darlehn; als B. nachträglich von dem Darlehn erfährt, verweigert er seine Genehmigung. Hier ist A., obschon nur beschränkt geschäftsfähig, auf Kosten C.s ungerechtfertigt bereichert. II. Der geistesranke D. stiehlt dem C. Geld und liefert es seinem Vormunde F. unter dem Vorgeben ab, ein Unbekannter habe es ihm geschenkt; F. bringt das Geld auf die Sparkasse. Hier ist D., obschon unzurechnungsfähig, auf Kosten F.s ungerechtfertigt bereichert.

2. Rechtswirkung.

§ 168.

I. Die ungerechtfertigte Bereicherung erzeugt ein Forderungsrecht, gerade wie das Delikt, die sog. *condictio*. Gläubiger ist der Geschädigte, Schuldner der Bereicherte. Gegenstand des Forderungsrecht ist nicht, wie beim Delikt, Schadensersatz, sondern Herausgabe des ungerechtfertigten Erwerbes.

1. Der Anspruch des Gläubigers geht regelmäßig auf Herausgabe des Gegenstandes, den der Schuldner ungerechtfertigt erworben hat, in Natur oder auf Ersatz des Werts dieses Gegenstandes, beides aber nicht über das Maß der Bereicherung des Schuldners hinaus (812, 818). Im einzelnen gelten folgende Regeln.

10) RG. 63 S. 354; v. Mahr S. 44. Abw. Palandt Anm. 4 zu § 817; Crome § 322¹⁰.

a) Außer dem rechtlos erworbenen Gegenstande selber muß der Schuldner auch die Nutzungen, die er von diesem Gegenstande gezogen hat, sowie den Ersatz, der ihm für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des Gegenstandes zuteil wird, herausgeben, nicht aber auch den Gewinn, den er etwa durch eine spekulative Veräußerung des Gegenstandes erzielt hat;¹ ist der Gegenstand ein Recht, so muß er auch herausgeben, was er auf Grund dieses Rechts erlangt hat (818 I).

b) Die Herausgabe geschieht in Natur. Nur insoweit, als der Schuldner zu dieser Herausgabe unvermögend ist, hat er den Wert des Gegenstandes in Geld zu ersetzen (818 II); dies gilt auch dann, wenn sein Unvermögen auf einem Umstande beruht, den er nicht zu vertreten hat.

c) Die äußerste Grenze für die Haftung des Schuldners gibt dessen Bereicherung ab (818 III),² woraus sich von selbst ergibt, daß ihm allewendungen, die er auf den Gegenstand gemache hat, zu vergüten sind, mögen sie auch für den Gläubiger ohne jeden Wert sein; doch hat der Schuldner selber, im Wege des Einwandes, dafür zu sorgen, daß diese Grenze nicht überschritten wird. Und zwar ist maßgebend die „jeweilige“ Bereicherung des Schuldners; er wird also auch dann haftfrei, wenn er die anfänglich vorhandene Bereicherung nachträglich wieder einbüßt. So selbst dann, wenn er die Einbuße fahrlässig oder gar absichtlich herbeiführt.

Beispiele. I. A. hat gutgläubig von dem minderjährigen B. ein Haus für 100 000 Mk. erworben und, weil er in Geldverlegenheit geriet, an den gleichfalls gutgläubigen C. für 80 000 Mk. weiter veräußert; B. hat die ihm gezahlten 100 000 Mk. vergeudet. Hier kann D., der Vormund des B., von A. die Herausgabe der 80 000 Mk., die A. von C. empfangen, verlangen: denn A. ist, wenn man von den ihm erwachsenen Unkosten abzieht, auf Grund seiner Verfügung über das Haus um 80 000 Mk. bereichert. Allerdings ist er durch eben diese Verfügung um das Haus gekommen; das war aber kein Verlust: denn hätte er es nicht veräußert, so hätte er es dem D. auf Grund des Eigentumsanspruchs des A. ohne Wertersatz herausgeben müssen. II. Dagegen kann A. von B. die Rückstattung der diesem gegebenen 100 000 Mk. nicht verlangen; denn B. ist ja um diesen Betrag nicht mehr bereichert.

d) Zinsen braucht der Schuldner nicht zu zahlen.

2. a) Die Haftung des Schuldners wird wesentlich gesteigert, wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes seines Erwerbes kennt, und zwar, wenn er die Kenntnis schon zur Zeit des Erwerbes besaß, von Anfang an, wenn er die Kenntnis dagegen erst nachträglich erwarb, erst von diesem späteren Zeitpunkt ab. Er haftet nämlich alsdann nicht bloß für die Nutzungen, die er tatsächlich gezogen, sondern auch für solche, die zu ziehen er schuldhaft unterlassen hat (819, 292, 987 II). Er haftet ferner, wenn der herauszugebende Gegenstand durch sein Verschulden verschlechtert wird, untergeht oder nicht herausgegeben werden kann, nicht bloß auf Wertersatz bis zur Höhe seiner Bereicherung, sondern auf vollen Schadensersatz ohne jede Rücksicht auf seine

1) Endemann 1 § 198⁶⁰; v. Mayr S. 613; Örtmann Anm. 2c zu § 818.

2) RG. 60 S. 285.

Bereicherung (819, 292, 989). Sodann kann er seine Verwendungen von dem herauszugebenden oder zu erstattenden Betrage nur unter der Voraussetzung abziehen, daß sie nötig waren, und auch dies nur unter den Beschränkungen, die für den Erstattungsanspruch eines auftraglosen Geschäftsführers gelten (819, 292, 994 II). Geht endlich seine Verpflichtung auf eine Geldzahlung, so muß er die geschuldete Geldsumme mit 4 % verzinsen (819, 291, 288).

b) Die gleiche Steigerung der Haftung tritt ein, wenn der Schuldner durch die Annahme der ungerechtfertigten Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, und zwar vom Empfang der Leistung ab (819 II).

c) Die gleiche Steigerung tritt auch dann ein, wenn mit der Leistung ein Erfolg bezweckt war, dessen Eintritt nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen wurde; der Empfänger soll hier eben von vornherein mit der Möglichkeit rechnen, daß der Erfolg nicht eintreten werde; nur für die Herausgabe der Nutzungen und für die Zahlung von Zinsen verbleibt es bei der milden Haftung bis zu dem Zeitpunkt, in dem er erfährt, daß der Erfolg nicht eingetreten ist (820).

Beispiel. A. fordert von B. eine Geldsumme, die, wie er glaubt, B. ihm schuldig ist; B. zahlt auch, erklärt aber dem A., daß er die Richtigkeit der Forderung bezweifle; nachträglich stellt sich wirklich heraus, daß A.'s Forderung unbegründet ist.

Die Regel zu c gilt analog auch dann, wenn die Leistung aus einem Rechtsgrunde erfolgt ist, dessen späterer Wegfall nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen wurde (820 I Satz 2).

3. Wird die Verpflichtung aus einer ungerechtfertigten Bereicherung rechtshängig oder kommt der Schuldner mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen in Verzug, so gelten die allgemeinen Regeln (s. 818 IV).

4. a) Der Gläubiger muß beweisen, daß der Schuldner auf seine Kosten einen Erwerb gemacht hat und daß diesem Erwerbe der Rechtsgrund fehlt.³ Gegebenenfalls muß er ferner beweisen, daß der Schuldner den Mangel des rechtlichen Grundes seines Erwerbes gekannt hat, daß er Nutzungen gezogen hat, wie hoch der Wert des ungerechtfertigt erworbenen Gegenstandes ist usw. Dagegen trifft die Beweislast den Schuldner, wenn dieser behauptet, der Anspruch des Gläubigers übersteige seine Bereicherung.

b) Insbesondere bei der Rückforderung einer Leistung „auf Schuld“ muß der Leistende nicht bloß die Leistung als solche, sondern auch das Nichtvorhandensein der Schuld, auf die die Leistung erfolgt ist, beweisen. Ist es dagegen streitig, ob der Leistende das Vorhandensein der Schuld schon zur Zeit der Leistung gekannt habe, so trifft die Beweislast den Empfänger.

5. Im Konkurse des Schuldners zählt der Gläubiger zu den gewöhnlichen Konkursgläubigern; er hat also, selbst wenn der ungerechtfertigt erworbene Gegenstand noch in der Konkursmasse vorhanden ist, kein Aus- oder Ab-

³) Crome § 319²³; Bland Anm. II zu § 812; v. Manr S. 701. Abw. Endemann I § 198 bei Anm. 36; Örtmann Anm. 5 vor § 812.

sonderungsrecht. Anders nur, wenn der Rechtsgrund, auf den der Erwerb des Schuldners sich stützt, nicht bloß ungerechtfertigt, sondern nichtig oder in anderer Art rechtsunwirksam ist (s. auch KonkOrd. 46).

6. Nicht selten hat der Gläubiger außer dem Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Schuldner noch einen andern auf Herausgabe des gleichen Gegenstandes gerichteten Anspruch, z. B. den Eigentumsanspruch. Er hat alsdann die Wahl, ob er sich nur auf einen oder auf alle beide Ansprüche stützen will. Abzulehnen ist die Auffassung, als ob der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung ein subsidiärer sei und nur in Ermanglung anderer Ansprüche Platz greife.⁴

II. 1. Die Ansprüche des Geschädigten gegen den Bereicherten sind Forderungsrechte, wirken also an und für sich gegen dritte Personen nicht. So selbst dann, wenn sie auf die Herausgabe eines individuell bestimmten Gegenstandes gehn und der Bereicherte diesen Gegenstand an einen Dritten übertragen hat: hier bleibt, wie wir gesehen haben, der Bereicherte — regelmäßig in Höhe des ihm von dem Dritten gewährten Entgelts — dem Geschädigten haftbar; der Dritte ist dagegen haftfrei, mag er auch gewußt haben, daß sein Rechtsvorgänger den Gegenstand „ungerechtfertigt“ besessen hat.

2. Eine Ausnahme gilt, wenn der Bereicherte den Gegenstand dem Dritten unentgeltlich zugewendet hat: hier ist der Dritte in gleicher Art haftbar, wie wenn er selber den Gegenstand von dem Geschädigten ohne Rechtsgrund erworben hätte (822).

a) Vorausgesetzt ist, daß es sich um einen individuell bestimmten Gegenstand handelt. Wenn also A. von B. ungerechtfertigterweise einen Schmuck erwirbt und seiner Braut schenkt, so ist die Braut dem B. haftbar; hat A. dagegen ungerechtfertigterweise eine Geldsumme erworben und dafür den der Braut geschenkten Schmuck angeschafft, so ist die Braut haftfrei.

b) Der Dritte muß den Gegenstand durch eine (rechtsgeschäftliche) Zuwendung des Bereicherten erworben haben. Doch möchten wir der Zuwendung auch einen nicht rechtsgeschäftlichen Erwerb gleichstellen, der dem Bereicherten gegenüber ungerechtfertigt ist oder gar auf einem Delikt des Dritten beruht. Denn es geht doch, um bei dem zu a genannten Beispiel zu bleiben, nicht an, daß die Braut dem B. haftbar sein soll, wenn sie den Schmuck von ihrem Bräutigam geschenkt bekommen, daß sie ihm dagegen nicht haftet, wenn sie den Schmuck dem Bräutigam gestohlen hat.⁵

c) Der Dritte haftet für den Gegenstand nur insoweit, als der ursprünglich Bereicherte dank seiner Zuwendung von der Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung befreit ist. Bleibt der ursprünglich Bereicherte dagegen trotz seiner Zuwendung verpflichtet, so ist der Dritte haftfrei.

d) Verwandt ist die oben § 167 III, 2 genannte Regel. Doch sieht sie den unentgeltlichen Erwerber als den ursprünglich Bereicherten an, während hier der unentgeltliche Erwerber bloß als Nachfolger des ursprünglich Bereicherten erscheint.

III. Die ungerechtfertigte Bereicherung kann auch darin bestehen, daß der Geschädigte dem Bereicherten ein abstraktes Schuldversprechen oder ein Schuldanerkennntnis abgibt. Alsdann kann der Geschädigte die „Herausgabe“ der durch das Versprechen oder das Anerkenntnis begründeten Verbindlichkeit fordern (812 II, 817, 821).

4) Zum Teil abw. RG. 21 S. 243, 44 S. 80; Jung S. 42; Endemann 1 § 198¹²; v. Mohr S. 358, 419. 5) Abw. v. Mohr S. 333.

1. Diese Herausgabe besteht darin, daß der Bereicherte dem Geschädigten die Verbindlichkeit erläßt, die darüber ausgestellten Schuldturkunden zurückgibt und alles, was zur Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet ist, erstattet.

2. Fällt dem Geschädigten bei der Abgabe des Schuldversprechens oder Anerkenntnisses ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zur Last, so behält er, abweichend von der oben § 167 II, 3 genannten Regel, das Recht auf Erlaß seiner Verbindlichkeit und auf Rückgabe der Schuldturkunden; dagegen kann er das, was er zur Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet hat, nicht zurückfordern (817).

3. Statt die „Herausgabe“ seiner Verbindlichkeit zu fordern, kann der Geschädigte, solange die Verbindlichkeit noch unerfüllt ist, auch einfach die Erfüllung verweigern; dies Recht hat er nicht bloß gegen den ursprünglichen Gläubiger, sondern auch gegen dessen Rechtsnachfolger, mögen diese die Forderung entgeltlich oder unentgeltlich erworben haben; er kann das Recht auch dann ausüben, wenn sein Anspruch auf die „Herausgabe“ seiner Verpflichtung verjährt ist (821).

XXIV. Vorlegung von Sachen und Urkunden.¹

§ 169.

I. 1. Jeder Besitzer einer Sache ist verpflichtet, dem, der einen gegen ihn, den Besitzer, wirksamen dinglichen oder obligatorischen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewißheit darüber verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht, und der aus diesem Grunde ein Interesse an der Besichtigung der Sache hat, die Besichtigung zu gestatten (809). Verpflichtet ist sowohl der Eigen- wie der Fremd-, der unmittelbare wie der mittelbare Besitzer.

2. Wer kraft der Regel zu 1 die Besichtigung einer Sache fordert, muß die Sache individuell genau bezeichnen und auch den Anspruch, den er in Ansehung der Sache verfolgt, und das Interesse, das er wegen dieses Anspruchs an der Besichtigung hat, bestimmt angeben. Und zwar ist er im Streitfall bezüglich des ersten und dritten Punkts beweispflichtig: er muß also beweisen, daß die von ihm genannte Sache sich tatsächlich im Besitz des Gegners befindet und daß er wirklich ein Interesse an ihrer Besichtigung hat. Dagegen braucht er für den zweiten Punkt — daß ihm ein gegen den Besitzer wirksamer Anspruch in Ansehung der Sache zusteht — einen Beweis nicht zu erbringen;² ist ihm doch das Recht auf die Besichtigung der Sache ausdrücklich auch für den Fall zugestanden, daß er selber seines Anspruchs nicht sicher ist; wohl aber muß er dartun, daß ihm wenigstens dann, wenn die Besichtigung ein bestimmtes Ergebnis haben sollte, ein solcher Anspruch zustehn würde; denn nur

1) Dierschte, Vorlegung von Sachen (01).

2) Abw. Dierschte S. 62.

dann darf man sagen, daß er „wegen dieses Anspruchs“ ein Interesse an der Besichtigung der Sache habe.

Beispiel. A. hat von seinem Bruder B. einige Ahnenbilder geerbt; gleich nach B.'s Tode werden zwei der Bilder gestohlen. Hier ist A. keineswegs berechtigt, in alle Gemäldesammlungen Deutschlands einzudringen, um nach seinen Ahnen zu suchen, sondern kann nur da Eingang fordern, wo sich Gemälde befinden, die erweislich erst nach B.'s Tode erworben und den gestohlenen Bildern ähnlich sind. Erklärt A., er könne die Bilder nicht beschreiben, da sie seit seiner Kinderzeit stets verhangen gewesen wären, er würde sie aber, sobald er sie sehe, sofort wiedererkennen, so kann er auf Grund der Regel zu 1 einen Anspruch wegen der Bilder überhaupt nicht erheben. Das Gleiche ist der Fall, wenn A. die Bilder nicht geerbt hat, sondern als Vermächtnis empfangen soll; denn alsdann hat er nur einen Anspruch auf Übergabe der Bilder gegen die Erben B.'s, nicht aber einen Anspruch gegen den jetzigen angeblichen Besitzer.

3. Wenn das erweisliche Interesse des Berechtigten es verlangt, muß der Besitzer ihm nicht bloß die Besichtigung der Streitsache (passiv) gestatten, sondern die Sache ihm sogar zur Besichtigung (aktiv) vorlegen; und zwar muß er dies an dem Ort tun, wo zu der Zeit, da die Vorlegung rechtmäßig gefordert wird, die Sache sich befindet; aus wichtigen Gründen können aber beide Parteien die Vorlegung an einem andern Ort fordern (809, 811 I).

Man nehme etwa im vorigen Beispiel an, daß die Bilder sehr dunkel aufgehängt und deshalb nicht genau zu erkennen sind oder daß sie in dem nämlichen Saal mit andern Bildern hängen, die der Besitzer dem A. keineswegs zu zeigen gedenkt; ersterenfalls kann A. die Vorlegung in einem helleren Raum fordern, letzterenfalls darf der Besitzer die Vorlegung in der Stube seines Kastellans anbieten. — Die Gefahr und Kosten der Vorlegung hat in jedem Fall der zu tragen, der die Vorlegung fordert; der Besitzer kann die Vorlegung verweigern, bis jener ihm die Kosten vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet (811 II).

II. 1. Auch der Besitzer einer Urkunde ist verpflichtet, die Einsicht darein auf Erfordern zu gestatten. Berechtigt zu diesem Verlangen ist aber nicht bloß, wer gerade in Ansehung der Urkunde als einer gewöhnlichen körperlichen Sache einen Anspruch verfolgt, sondern auch, wer ein rechtliches Interesse an dem Inhalt der Urkunde hat, vorausgesetzt, daß entweder die Urkunde gerade in seinem Interesse errichtet ist oder wenigstens über ein zwischen ihm und einem andern bestehendes Rechtsverhältnis Auskunft gibt oder Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem andern oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind (810).

Beispiele. I. 1. A. hat ein Testament errichtet, in dem weiter nichts steht, als daß er den B. zum Erben einsetzt. Hier kann B. die Einsicht von jedem Besitzer fordern, etwa von C., der das Testament irgendwo als Makulatur gekauft hat; wenn also C., der das Testament unter der Makulatur findet, seinen Fund dem B. in der Hoffnung anzeigt, dieser müsse das kostbare Dokument ihm zu hohem Preise abkaufen, so irrt er sich sehr; vielmehr kann B. die unentgeltliche Vorlegung des Testaments fordern. 2. D., der einen Schuldschein zugunsten des E. ausgestellt hat und befürchtet, er habe durch einen Schreibfehler das Schuldkapital in dem Schein zu hoch angegeben, kann von E. oder von dem Rechtsanwalt, bei dem E. den Schein hinterlegt hat, die Vorlegung des Scheins fordern, um nachzusehen, ob seine Furcht begründet ist. II. 1. Dagegen kann der Bräutigam nicht die Vorlegung seiner einstmals an die Braut geschriebenen Briefe fordern: denn diese Briefe pflegen nach

der Absicht des Briefstellers rechtlich bedeutungslos zu sein; also sind sie (regelmäßig) keine „Urkunden“. 2. Ebenjowenig kann, wer ein Haus kaufen will, Vorlegung der Briefe fordern, die der Hauseigentümer mit andern Kaufliebhabern ausgetauscht hat; diese Briefe sind freilich Urkunden, sind aber weder im Interesse des ersten Kaufliebhabers errichtet noch ihm und den andern Liebhabern gemeinschaftlich.

2. Hat der Berechtigte nur ein Interesse an der Einsicht in einen Teil der Urkunde, so kann er auch nur die Einsicht in diesen Teil fordern.

XXV. Rückblick auf das bisherige Recht.

§ 169a.

I. 1. a) Die Gefahr der Kaufsache ging nach altdeutschem Recht mit der Übergabe oder, wenn der Verkäufer die Sache dem Käufer zusenden sollte, mit der Absendung auf den Käufer über.¹

b) Dagegen ließ seit der Rezeption das bisherige gemeine Recht die Gefahr auf den Käufer übergehen: beim unbedingten Kauf einer individuell bestimmten Sache sofort mit dem Kaufabschluß, beim aufschiebend bedingten Kauf einer individuell bestimmten Sache mit dem Eintritt der Bedingung; wann die Gefahr beim Kauf von Gattungssachen auf den Käufer überging, war Gegenstand einer jener berühmten, für das bisherige gemeine Recht charakteristischen Kontroversen.²

c) Von den neueren Gesetzbüchern folgte im wesentlichen das preußische Landrecht dem altdeutschen, der code civil und das sächsische Gesetzbuch dem bisherigen gemeinen Recht.³ Ob und inwieweit nach preußischem Recht seit der Grundbuchgesetzgebung von 1872 beim Grundstückskauf an die Stelle der Übergabe des Grundstücks die Eintragung des Käufers im Grundbuch getreten war, ist nicht zweifellos.⁴

2. a) Nach bisherigem gemeinen, französischen und sächsischen Recht war der Verkäufer nicht verpflichtet, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache zu verschaffen, sondern hatte nur dafür einzustehn, daß der Käufer, wenn er ihm das Eigentum nicht verschaffte, dadurch keinen Nachteil erlitt; die Folge war z. B., daß der Verkäufer, der eine einem Dritten gestohlene Sache verkauft und dem Käufer übergeben hatte, haftfrei war, wenn die Sache, ehe der Dritte sie „evinzierte“, unterging.⁵ Dagegen legte das preußische Landrecht, wie das bürgerliche Gesetzbuch, dem Verkäufer die positive Pflicht auf, den Käufer zum Eigentümer der Kaufsache zu machen.⁶

1) Stobbe-Lehmann 3 § 231, 6.

2) Dernb. 2 § 96; Hofmann, periculum beim Kauf (70).

3) Pr. LR. I, 11 §§ 95, 128; c. c. 1138; sächs. GB. 866.

4) Dernb., pr. PrR. 2 § 138^o.

5) Windscheid §§ 389, 391; Förstich S. 246; sächs. GB. 1082, 930 ff.

6) Pr. LR. I, 11 §§ 1, 135, 136.

b) Das bisherige gemeine Recht ließ den Verkäufer für Pfandrechte und Grundgerechtigkeiten, die auf der Kaufsache ruhten, nur dann haften, wenn der Käufer die Pfandrechte nicht gekannt oder der Verkäufer das Nichtvorhandensein der Grundgerechtigkeiten zugesagt hatte; dagegen stimmte das bisherige preußische Recht auch in dieser Beziehung mit dem bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich überein.⁷

3. a) Eine allgemeine Haftung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache, wie sie jetzt das bürgerliche Gesetzbuch festsetzt, ist dem altdeutschen Recht noch unbekannt,⁸ aber seit der Rezeption in ganz Deutschland eingeführt. Da das bisherige gemeine Recht war gegen den Verkäufer sogar noch strenger als das bürgerliche Gesetzbuch: erstlich ließ es statt der abgekürzten die gewöhnliche lange Verjährung nicht bloß bei Arglist des Verkäufers, sondern auch dann gelten, wenn es sich um Mängel handelte, die gegen besondere Zusagen des Verkäufers verstießen; zweitens beließ es dem Käufer alle seine Rechte, auch wenn er die Kaufsache in Kenntnis ihrer Mängel vorbehaltlos angenommen hatte.⁹ Umgekehrt war das preußische Landrecht etwas milder gegen den Verkäufer, indem es unter gewissen Voraussetzungen einem Käufer, der die mangelhafte Kaufsache vorbehaltlos angenommen hatte, seine Rechte schon dann nahm, wenn er die Mängel der Sache zwar nicht gekannt hatte, aber hätte kennen müssen.¹⁰

b) Die besondern Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Haftung des Verkäufers für Viehmängel sind umgekehrt dem altdeutschen Recht sehr wohl bekannt gewesen, während sie seit der Rezeption in einem großen Teil Deutschlands in Vergessenheit geraten sind. Doch sind zahlreiche jüngere deutsche Gesetze, namentlich in Süddeutschland, wieder zu der altdeutschen Auffassung zurückgekehrt.¹¹ Ganz eigentümlich war die Stellung des preußischen Landrechts: es griff von den altdeutschen, nun in das bürgerliche Gesetzbuch übergegangenen Regeln nur die dem Verkäufer ungünstige heraus, nämlich die Vorschrift, daß von gewissen Hauptmängeln, die binnen bestimmter Zeit nach der Übergabe des verkauften Tiers hervortreten, vermutet werde, sie seien bereits vor der Übergabe vorhanden gewesen; dagegen nahm es die dem Verkäufer günstigen Regeln, also vor allem den Satz, daß die Haftung des Verkäufers grundsätzlich nur für Hauptmängel gelte, nicht auf.¹²

II. 1. Der Mietvertrag bedurfte nach bisherigem preußischen Recht der Schriftlichkeit, sobald der Jahreszins mehr als 150 Mk. ausmachte; andernfalls war er auch bei formlosem Abschluß gültig; ob der Vertrag Grundstücke oder bewegliche Sachen betraf und ob er nur für ein Jahr oder für längere Zeit gelten sollte, war, anders als nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, gleichgültig.¹³ Nach

7) Windscheid § 391³⁰, ²⁹; Dernb., pr. PrR. 2 § 141 Nr. 5, 6.

8) Stobbe-Lehmann § 231, 7. 9) Windscheid §§ 393 ff.

10) Pr. LR. I, 5 § 330.

11) Genauere Angaben s. in der 3. Aufl. dieses Werks S. 429.

12) Pr. LR. I, 11 §§ 199 ff. 13) Pr. LR. I, 21 §§ 267 ff.

den übrigen Rechten gab es eine Formvorschrift für Mietverträge überhaupt nicht.

2. Nach bisherigem gemeinen und sächsischen, nicht aber nach bisherigem preussischen Recht war der Mieter ohne weiteres befugt, die Mietsache einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen.¹⁴

3. Nach bisherigem gemeinen und preussischen Recht hatte ein Pächter bei allen unverschuldeten größeren Wirtschaftsunfällen ein Recht auf Herabsetzung (Remission) des Pachtzinses.¹⁵

4. Nach bisherigem gemeinen und preussischen Recht hatte der Vermieter ein Kündigungsrecht, wenn eine Hauptreparatur der Mietsache nötig war, nach bisherigem gemeinen Recht auch dann, wenn er die Sache für sich selbst brauchte.¹⁶

III. 1. Nach bisherigem gemeinen Recht konnten Schenkungen bis zum Betrage von 4666,67 Mk. formlos vorgenommen werden, während für größere Schenkungen eine gerichtliche Beurkundung erforderlich war; zwischen vollzogenen Schenkungen und bloßen Schenkungsversprechen wurde nicht unterschieden.¹⁷ Dagegen hatte das preussische Landrecht und das französische Recht ähnliche Formvorschriften wie das bürgerliche Gesetzbuch; doch bestimmte das Landrecht, daß eine formlose vollzogene Schenkung sechs Monate lang frei widerruflich sei.¹⁸

2. Nach bisherigem gemeinen, französischen und sächsischen Recht waren Schenkungen unter Ehegatten ungültig.¹⁹

3. Nach bisherigem gemeinen, preussischen und französischen Recht hatte der Schenker ein Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder; dagegen stand ihm ein Widerrufsrecht wegen Undanks des Beschenkten nur in gewissen gesetzlich einzeln aufgeführten Fällen zu.²⁰

IV. 1. Nach bisherigem gemeinen Recht (Senatus consultum Macedonianum) waren volljährige Kinder in väterlicher Gewalt, nach preussischem Landrecht waren königliche Schauspieler u. a. nur beschränkt fähig, Darlehne zu empfangen.²¹

2. Gesetzliche Kündigungsfristen kannte bisher nur das preussische Recht.²²

V. 1. Die Abgrenzung von Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag war im bisherigen Recht zum Teil eine andre als jetzt. Insbesondere betonte das

14) Windscheid § 400²³; sächs. GB. 1194; pr. RN. I, 21 § 309.

15) Dernb. 2 § 111²⁴; pr. RN. I, 21 §§ 478 ff.

16) Windscheid § 402²⁵; Dernb., pr. PrN. 2 § 173²⁶.

17) Dernb. 2 § 108²⁷.

18) Pr. RN. I, 11 §§ 1063 ff., 1090; Mot. 2 S. 292.

19) Windscheid § 509; c. c. 1096; sächs. GB. 1647.

20) Dernb. 2 § 108²⁸; Windscheid § 367²⁹; pr. RN. I, 11 §§ 1140, 1152 ff.; c. c. 960, 955.

21) Windscheid § 373; pr. RN. I, 11 §§ 704, 678 ff.

22) Pr. RN. I, 11 §§ 761, 762.

bisherige Recht die Unentgeltlichkeit des Auftrages minder scharf als das bürgerliche Gesetzbuch oder sah ganz von ihr ab.²³

2. Das bisherige Recht hat gewisse Regeln, die das bürgerliche Gesetzbuch für den Dienstvertrag aufstellt, gar nicht oder nur sehr beschränkt anerkennt, nämlich: die Regel, daß der Dienstschuldner seinen Lohn fortbezieht, wenn er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden kürzere Zeit an der Dienstleistung behindert ist; daß bei manchen Dienstverträgen der Dienstberechtigte zur Fürsorge für die Person des Dienstschuldners verpflichtet ist und dem Dienstschuldner auf Verlangen ein Zeugnis geben muß; daß Dienstverträge auf unbestimmte Zeit in Ermanglung eines wichtigen Kündigungsgrundes nur unter Einhaltung gewisser Kündigungsfristen gekündigt werden können; daß Dienstverträge schon vor Ablauf der bedungenen Dienstzeit gekündigt werden können, sobald ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt.

3. Beim Werkvertrage trug nach bisherigem gemeinen und sächsischen Recht die Gefahr des Werks, soweit es vollendet war, nicht der Unternehmer, sondern der Besteller; doch war die Frage für das bisherige gemeine Recht bestritten.²⁴ Dagegen ließ das preußische Recht wie das bürgerliche Gesetzbuch die Gefahr des Werks der Regel nach nicht vor der Ablieferung auf den Besteller übergehen.²⁵

4. Der Auftrag erlosch nach bisherigem Recht, wenn der Auftraggeber starb oder geschäftsunfähig wurde.²⁶

VI. 1. Besondere Vorschriften über die Vermittlung von Eheschließungen und Dienstverträgen waren dem bisherigen Recht nicht bekannt.

2. Ebensowenig der Satz, daß der Makler, der rechtswidrig nicht bloß für seinen Auftraggeber, sondern auch für die Gegenpartei tätig gewesen ist, seinen Anspruch auf Maklerlohn und Auslagenerstattung einbüßt.

VII. Beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrage ließ das bisherige gemeine Recht den Verwahrer nur für grobes Verschulden haften und versagte ihm das Recht, wegen seiner Ansprüche auf Auslagenerstattung die in Verwahrung genommenen Sachen zurückzubehalten.²⁷

VIII. In Ansehung der Einbringung von Sachen bei einem Gastwirt waren dem bisherigen Recht unbekannt die Sätze: daß der Wirt bei Kostbarkeiten u. dgl. der Regel nach nur bis zum Betrage von 1000 Mk. haftet; daß die Haftung des Wirts erlischt, wenn der Gast den Unfall nicht unverzüglich anzeigt; daß Anschläge des Wirts, durch die er seine Haftung ausschließt, ohne alle Wirkung sind.

23) Windscheid § 409⁷; Dernb. pr. PrR. 2 § 180⁴ (s. aber pr. LR. I, 13 § 56); c. c. 1986; sächs. GB. 1299.

24) Windscheid § 401^{8, 10}; sächs. GB. 1249.

25) Siehe pr. LR. I, 11 §§ 960 ff.

26) Windscheid § 411⁴; pr. LR. I, 13 § 186; c. c. 2003; sächs. GB. 1324.

27) Dernb. 2 § 92^{15, 21}.

IX. 1. Das preußische Landrecht war im Vergleich zum bürgerlichen Gesetzbuch dem auftraglosen Geschäftsführer günstiger, weil es ihm einen Ersatzanspruch auch dann gewährte, wenn er sich mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn nicht in Übereinstimmung befunden hatte, ungünstiger, weil es ihm den Ersatzanspruch nur zugestand, wenn seine Geschäftsführung zur Abwendung eines Schadens, nicht bloß zur Gewinnung eines Vorteils diente.²⁸

2. Das französische Recht gab dem Geschäftsführer einen Ersatzanspruch allgemein, wenn l'affaire (du maître) a été bien administrée, kam also dem Geschäftsführer noch weiter entgegen als das preußische Landrecht und das bürgerliche Gesetzbuch.²⁹

3. Dagegen stimmte das bisherige gemeine Recht mit dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs im wesentlichen überein.³⁰

X. 1. Das französische Recht ließ bei gewissen Spielen eine Klage auf Bezahlung des Spielgewinns zu.³¹

2. Das preußische Landrecht behandelte Darlehne zum Spiel wie Spiele.³²

3. Das bisherige gemeine Recht sah die Wette als gültig an; ebenso das preußische Landrecht, sobald die Wettsumme hinterlegt war; dagegen behandelte der code civil und das sächsische Gesetzbuch Wette und Spiel gleich.³³

XI. 1. Schriftliche Abgabe der Bürgschaftserklärung war bisher nur im preußischen Recht vorgeschrieben.³⁴

2. Das bisherige gemeine Recht (Senatus consultum Vellejanum) und das preußische Landrecht hatte die Bürgschaften der Frauen sehr erschwert.³⁵ Doch sind die hierher gehörigen Vorschriften im größten Teile Deutschlands bereits vor Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs aufgehoben worden.³⁶

3. Nach bisherigem Recht war der Bürge teils ungünstiger, teils günstiger gestellt als nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

a) Nach preußischem Landrecht und dem code civil konnte er sich darauf nicht berufen, daß der Hauptschuldner bei Begründung der Hauptschuld geschäftsunfähig gewesen war; nach dem sächsischen Gesetzbuch waren ihm alle Einwendungen des Hauptschuldners entzogen, die er bei Übernahme der Bürgschaft gekannt hatte.³⁷

b) Nach sämtlichen bisherigen Rechten konnte der Bürge mit Gegenforderungen des Hauptschuldners aufrechnen.³⁸

28) Pr. LR. I, 13 §§ 238, 234, 235. 29) C. c. 1375.

30) Siehe Windscheid § 430^{17, 21}.

31) C. c. 1966. 32) Pr. LR. I, 11 § 581.

33) Stobbe-Lehmann 3 § 244, 3; pr. LR. I, 11 § 579; c. c. 1965; sächs. GB. 1480.

34) Pr. LR. I, 14 § 203.

35) Dernb. 2 § 84; pr. LR. I, 14 §§ 221 ff.

36) In Preußen 1869, in Württemb. 1828, in Bayern 1871 usw. Stobbe-Lehmann 3 § 239, 9. 37) Pr. LR. I, 14 § 254; c. c. 2012; sächs. GB. 1459.

38) Dernb. 2 § 63⁷; Eccius 2 § 144⁸⁸; c. c. 1294; sächs. GB. 988, 1459.

c) Nach preußischem Landrecht war die Vorausklage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner positive Voraussetzung für die Haftung des Bürgen; der Gläubiger mußte sie also, wenn er den Bürgen belangen wollte, bereits in der Klage behaupten. Nach den andern Rechten mußte sich der Bürge dagegen auf die mangelnde Vorausklage, wie nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, mittels Einrede berufen; nach dem code civil mußte er sogar die Einrede dadurch begründen, daß er dem Gläubiger nachwies, wie er den Hauptschuldner fassen konnte, und ihm die Kosten der Vorausklage vorschießen.³⁹

d) Das bisherige Recht legte dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen eine gewisse Diligenzpflicht ob, d. h. es verpflichtete ihn, die Betreibung seiner Forderung gegen den Hauptschuldner tunlichst zu beschleunigen.⁴⁰

e) Nach bisherigem gemeinen und sächsischen Recht ging die Forderung des Gläubigers auf den regreßberechtigten Bürgen, der die Bürgschaftsschuld erfüllte, nur über, wenn der Gläubiger sie ihm abtrat; der Bürge konnte aber die Erfüllung seiner Bürgschaftsschuld so lange verweigern, bis die Abtretung geschah (beneficium cedendarum actionum).⁴¹

f) Nach bisherigem gemeinen und französischen Recht hatte bei Mehrheit der Bürgen jeder Bürge das beneficium divisionis, d. h. er konnte verlangen, daß der Gläubiger seine Forderung von jedem zahlungsfähigen Bürgen nur zu einem Anteil betrieb.⁴²

XII. 1. a) Das bisherige gemeine Recht erklärte einen Vergleich über ein rechtskräftig abgeurteiltes Rechtsverhältnis für ungültig.⁴³

b) Der code civil schrieb für jeden Vergleich die Schriftform vor.⁴⁴

c) Das preußische Landrecht ließ gegen jeden Vergleich wegen neu aufgefundener Beweismittel die Anfechtung zu, in gleicher Art und Frist wie gegen ein Urteil.⁴⁵

2. Dem bisherigen Recht war das Erfordernis der Schriftform beim Anerkennnisvertrage unbekannt.

XIII. Abstrakte Schuldverträge wurden vom altdeutschen Recht anstandslos zugelassen. Dagegen war ihre Gültigkeit seit der Rezeption bestritten, und erst das sächsische Gesetzbuch hat ihre Gültigkeit allgemein anerkannt.⁴⁶

XIV. 1. Das bisherige gemeine und das sächsische Recht hat die Delikte nicht in große Gruppen eingeteilt wie das bürgerliche Gesetzbuch, sondern äh-

39) Pr. LR. I, 14 § 283; c. c. 2023.

40) Windscheid § 478¹⁰; pr. LR. I, 14 § 328; sächs. GB. 1466.

41) Dernb. 2 § 80⁶; sächs. GB. 955.

42) Windscheid § 479; c. c. 2026.

43) Windscheid § 414⁶. Vgl. freilich Dernb. 2 § 109⁷.

44) C. c. 2044.

45) Pr. LR. I, 16 § 421; siehe Eccius § 103³⁰; Dernb. pr. PrR. 1 § 82¹⁷.

46) Stobbe-Lehmann 3 § 220⁵; Windscheid § 318⁸; Eccius 1 § 76⁵; Förtsch S. 164; sächs. GB. 1397 ff.

lich den Verträgen genau spezialisiert. Dagegen hat das preußische Landrecht und der code civil nicht einmal eine Gruppeneinteilung versucht, sondern den Tatbestand des Delikts ganz allgemein und einheitlich bestimmt.⁴⁷

2. a) Das altdeutsche Recht ließ die Geschäftsherrn für die Delikte ihrer Angestellten, die Eltern für die Delikte ihrer unerwachsenen Kinder strenger haften als das bürgerliche Gesetzbuch; es verordnete nämlich ihre Haftung selbst für den Fall, daß sie erweislich schuldlos waren.⁴⁸ Von neueren Rechten schloß sich nur das französische dieser Auffassung an, und auch dieses nur beschränkt.⁴⁹

b) Dagegen war das bisherige gemeine Recht, das preußische Landrecht und das sächsische Gesetzbuch milder als das bürgerliche Gesetzbuch: die Geschäftsherrn und die Eltern sollten nur haften, wenn ihnen eine Mitschuld an dem Delikt nachgewiesen werden konnte.⁵⁰

3. Im Fall der Körperverletzung wurde dem Verletzten ein Anspruch auf Schmerzensgeld bereits im bisherigen gemeinen und sächsischen Recht zugebilligt; nach preußischem Landrecht war der Anspruch dagegen nur Leuten niedern Standes gewährt.⁵¹ Eine Entschädigung für den ideellen Schaden, den der Verletzte durch eine Freiheitsberaubung erleidet, war bisher nur dem sächsischen Recht bekannt („Sachsenbuße“).⁵²

XV. 1. Eine deliktähnliche Haftung Unzurechnungsfähiger für den von ihnen angerichteten Schaden galt in strengster Form nach altdeutschem Recht. Von neueren Gesetzen hat sie nur das preußische Landrecht beibehalten, und zwar ähnlich abgeschwächt wie jetzt das bürgerliche Gesetzbuch.⁵³

2. Eine deliktähnliche Haftung dessen, der Tiere hält, für den von den Tieren angerichteten Schaden, ohne Rücksicht auf sein Verschulden, war schon dem altdeutschen und ebenso dem jüngern Recht bekannt; doch galt mit Ausnahme des französischen Rechts die Beschränkung, daß der Schuldner haftfrei wurde, wenn er das Tier dem Geschädigten preisgab; nach preußischem Landrecht wurde die Haftung nur dem auferlegt, der wilde Tiere hielt.⁵⁴ Nach dem ursprünglichen Text des bürgerlichen Gesetzbuchs galt die Haftung allgemein für sämtliche Tiere; erst durch die Novelle vom 30. Mai 1908 ist sie in Ansehung der Haustiere wesentlich eingeschränkt worden.

3. Nach bisherigem gemeinen Recht haftete der Eigentümer eines Gebäudes ohne Rücksicht auf sein Verschulden deliktähnlich für allen Schaden, der durch Sachen, die aus dem Gebäude hinausgeworfen oder hinausgegossen wurden, angerichtet ward (*actio de effusis et dejectis*).⁵⁵

47) Windscheid §§ 451 ff.; sächs. GB. 1483 ff.; pr. LR. I, 6 §§ 1 ff.; c. c. 1382.

48) Stobbe-Lehmann 3 § 264. 49) C. c. 1384.

50) Windscheid § 455¹²; pr. LR. I, 6 § 60 ff., II, 2 § 139 ff.; sächs. GB. 1483.

51) Stobbe-Lehmann 3 § 260; sächs. GB. 1489; pr. LR. I, 6 § 112.

52) Sächs. GB. 1497.

53) Stobbe-Lehmann 3 § 259¹¹; pr. LR. I, 6 §§ 41, 42.

54) Windscheid § 457, 3; sächs. GB. 1561; c. c. 1385; pr. LR. I, 6 §§ 72, 73.

55) Windscheid § 457, 1.

XVI. Nach bisherigem Recht war eine Rückforderung (*condictio indebiti*) dessen, was zur Erfüllung einer Nichtschuld geleistet wurde, nur statthaft, wenn dem Leistenden das Nichtvorhandensein der Schuld nachweislich unbekannt gewesen war.⁵⁶ Daß der Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung erweitert wird, wenn der in Anspruch genommene Schuldner seine Bereicherung unentgeltlich erworben hat, war im bisherigen Recht nur für einige wenige Fälle anerkannt.⁵⁷

Zusatz zu § 120 a ff.

Für die einzelnen Arten der Forderungsrechte gelten zum Teil besondere Kollisionsnormen und Übergangsvorschriften, die von den oben S. 477 ff. entwickelten allgemeinen Regeln abweichen. Erwähnt sei nur das Folgende.

I. Für die Geschäftsbeforgung ohne Auftrag ist maßgebend das Recht des Orts, wo die Geschäftsbeforgung stattgefunden hat, jedoch mit der Beschränkung, daß der Geschäftsführer keine größeren Ansprüche geltend machen kann, als das Personalstatut des Geschäftsherrn zuläßt.¹ — Beispiel: A. in Wien will eine ihm gegen B. in München angeblich zustehende Forderung Beitreiben; da B. gerade abwesend ist, greift sein Wiener Freund C. ein und zahlt dem A. für B.'s Rechnung den geforderten Betrag. Hier bestimmen sich die Geschäftsführerplichten C.'s nur nach österreichischem, seine Geschäftsführeransprüche sowohl nach österreichischem wie nach deutschem Recht.

II. 1. a) Für die Delikte ist maßgebend das Recht des Orts, wo das Delikt vor sich geht, jedoch mit der Beschränkung (EÖ. 12), daß, wenn nach dieser Regel irgendein Auslandsrecht zur Anwendung kommt, gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden dürfen, als nach deutschem Recht begründet sind. — Beispiel. Der deutsche Staatsangehörige A. hat sich in Paris als Fabrikant niedergelassen; einer seiner Angestellten B. schädigt dort bei Ausführung der ihm aufgetragenen Verrichtungen den C.; C. verklagt, nachdem A. sein Geschäft aufgegeben und sich in Eisenach niedergelassen, ihn bei dem Eisenacher Gericht auf Schadensersatz. Hier kann C. nur solche Ansprüche durchsetzen, die sowohl nach französischem wie nach deutschem Recht begründet sind; demnach ist die Haftung des A. für seinen Gehülfen B. — obschon sich der Vorfall doch ganz und gar im französischen Rechtsgebiet abgepielt hat — nicht nach der strengen Regel von c. c. 1384, sondern nach der milden Regel von BÖB. 831 zu beurteilen; das Eisenacher Gericht muß also die Klage des C. abweisen, wenn A. sich für seine Person „exculpieren“ kann.

b) Erstreckt sich der deliktische Vorgang auf mehrere Orte verschiedenen Rechts, so kommt auf jeden Teilvorgang das Recht seines Orts zur Anwendung.² — Beispiele. I. A., der minderjährige Sohn des B. in Aachen, wildert auf belgischem Gebiet hart an der niederländischen Grenze; durch einen Schuß über die Grenze verwundet er den auf niederländischem Boden befindlichen C. Hier sind Ansprüche des C. gegen den B. nur begründet, wenn sie sowohl das deutsche wie das belgische wie endlich das niederländische Recht billigt; denn das angebliche Delikt des B. besteht darin, daß A. in Belgien einen Schuß abgegeben, daß dieser Schuß in den Niederlanden den C. getroffen und daß B. in Deutschland seine väterliche Aufsichtspflicht vernachlässigt hat. II. D. hat in der Frankfurter Zeitung ein Inserat veröffentlicht, durch das sich der Champagnerfabrikant E. in Rheims beleidigt fühlt. Hier sind Ansprüche des E. gegen D. nur begründet, wenn sie vom deutschen Recht gebilligt werden; denn das angebliche Delikt des D. besteht darin, daß er das Inserat in Deutschland der Zeitung übergeben und diese es in Deutschland, Frankreich und anderswo verbreitet hat. Dasselbe gilt für die Ansprüche des E. gegen den Redakteur F. oder den Verleger G. der Zeitung; denn auch deren angebliches Delikt ist wenigstens zu einem Teil in Deutschland

56) Dernb. 2 § 141³⁴; Eccius 2 § 150⁹⁹.

57) Hauptbeispiel: alte Konf.Ord. von 1877 §§ 25, 30 Abs. 2.

1) Vgl. Zitelmann 2 S. 527.

2) RÖ. 54 S. 205. Vgl. Zitelmann 2 S. 478.

begangen, und denkt man dieses in Deutschland begangene Teilstück des Delikts fort, so bleibt nichts übrig, wofür F. oder G. haftbar gemacht werden könnte.

2. Analoge Regeln gelten für deliktähnliche Vorgänge. — Beispiel. Wenn der Hund des A. in Böhmen hart an der preussischen Grenze hinter dem Hunde des B. heßt, ihn über die Grenze treibt und schließlich auf preussischem Boden beißt, so ist der Vorfall nur nach deutschem Recht zu beurteilen, auch wenn sowohl A. wie B. Österreicher sind und auch ihren Wohnsitz in Österreich haben. Denn das angebliche Delikt A.s besteht darin, daß ein Hund einen andern gebissen und A. zur Zeit des Bisses den ersteren Hund „gehalten“ hat; beide Tatbestandsstücke des Delikts haben sich aber auf preussischem Boden abgespielt, nämlich nicht bloß der Biß, sondern auch das mit dem unmittelbaren Besitz identische „Halten“ des bissigen Hundes.

III. Für die Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist maßgebend das Recht des Orts, wo der die Haftung begründende Vorgang sich abspielt.³ Freilich ist dieser Ort nicht immer leicht zu ermitteln, weil es oft zweifelhaft sein wird, wo der entscheidende Erfolg des Vorganges, nämlich die Vermögensvermehrung des Schuldners, eingetreten ist.

3) Zitelmann 2 S. 525.

Verzeichnis der besprochenen Stellen des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Paragrafen	Seitenzahlen	Paragrafen	Seitenzahlen
1	80	105	175, 2; 179
2	91 II, 1 a	106	91; 180
3—5	91 II, 1 b	107	181 a; 182 b
6	92 α	108 I	182 b
7	104	II	183 δ
8	105 b	III	185 ϑ
9	106 d	109	184 ϵ
10	106 a	110	184 ζ ; 188 Absf. 2
11	106 b, c	111	189
12	102 II; 676 γ	112, 113	190
13	83	114	180 γ ; 9 δ ; 95 b
14	83 α , β aa	115	178 oben; 189 ¹⁵
15	83 $\beta\beta$	116	257 c; 260, 7
16	83 $\gamma\gamma$	117	257, 1 a, 2 b
17	84 $\delta\delta$	118	257, 1 b
18	86, 2; 84 c	119	261 II; 529, 2 b
19	88 III	120	267 III
20	89 IV	121	264, 3; 269, 2
21—89	©. Band II	122	258, 5; 265, 5; 269, 2; 309 a, b
90	114	123	270; 529, 2 b
91	128 I	124	272, 3; 273, 3; 687 IV B
92	129 III	125	213 a; 217, 1
93	121 III	126 I	219; 290 e
94	121 b, c; 116 b	II	221 b
95	116 b; 696 Absf. 6	III	222 II
96	118 δ ; 121 β	127	231
97	125	128	225 b
98	125 b; 126 c	129	228
99	136 I, 1	130	199 I; 203 II, III
100	142 (§ 476)	131	178 II; 179 II; 192 II
101	140 III, 1	132	202 b
102	141, 2	133	251 II
103	143 II	134	244; 410 II; 655 III, 1
104	91 I b; 94 b; 175 I; 95 II	135, 136	248

Paragraphen	Seitenzahlen	Paragraphen	Seitenzahlen
137	198, 4	187 I	312, 2
138 I	245	II	312, 1, 2
II	246, 2	188	312, 1, 2
139	167 e; 482 Absf. 1	189	313, 4 c
140	167 d	190	313 e
141	166 c	191	313 d
142	170 c	193	313 III, 1; 323 e
143	169 γ	194	58; 315
144	169 η	195	316, 1
145	358 Absf. 2; 204; 211, 6	196	316, 2; 317 α, β
146	210, 5	197	317 c, γ
147	208 α	198	319 a; 321, 2 b
148	208 a	199	320 b
149	209 b	200	319 b, β
150	210, 4; 205, 2	201	321, 2 a
151	206 b; 208 β	202	322 a
152	207 c	203	323 c; 311, 5
153	211, 5 b	204	323, 1 b
154	233 b; 234 c; 217 III, 1	205	323, 2 a
155	234 d	206, 207	323, 1 d, 2 b
156	212, 7	208	324 b
157	251	209	324 a
158	237 a; 239 b; 242 b	211	325 α
159	240 ϵ ; 242 γ	212	325, 3
160	240 β ; 242 α	214	325 β
161	240 γ ; 242 β	215	325 α
162	242 III	217	325, 2 a, b
163	243 II	218	316 b
164 I	275 b; 291 III	221	318, 2
II	275 α	222 I	326 a
III	276, 2; 291 III	II	328, 4; 704 γ
165	289 a	223	326 γ
166	290 f; 291 g	224	326 α ; 392 Absf. 1
167	278 $\alpha\alpha, \gamma\gamma$	225	315 Absf. 1
168	282 f	226	341, 1
170	281 $\alpha\alpha$	227	343, 1; 679 γ ; 680 γ
171	279 β ; 284 $\alpha\alpha, \beta\beta$	228	345, 2
172	279 β ; 284 $\gamma\gamma$	229	346, 3; 679 γ
173	284 β	230	347 b
174	281 e	231	350 b; 309 d
175	284 Absf. 3	232—240	342 V
176	284 $\gamma\gamma$	241	355 II
177	294	242	368 VI
178	294	243 I	364 a, b; 514 b
179 I	295 $\alpha\alpha$; 309 c	II	364 d, e; 432 β ; 490, 4;
II	295 $\beta\beta$; 309 c		431 Absf. 4
III	295 α	244	378; 254 Absf. 2
180	296 II	245	379 Absf. 1
181	292	246	380 III, 2
182	299 II, III; 183 γ	247	380 III, 1 a
183	299 IV; 183 γ	248	380 IV
184	299 V; 182 α ; 465 α	249	388, 1, 2
185	195 c; 173, 2; 198 d; 194	250	388, 1

Paragraphen	Seitenzahlen	Paragraphen	Seitenzahlen
251	388, 1, 3	302	433 <i>e</i>
252	385 <i>c</i> ; 500 <i>γγ</i>	303	434 <i>a</i>
253	388, 4; 691 <i>d</i> , 2; 692 Abf. 1; 693 Abf. 1	304	433 <i>b</i>
254	387; 500 Abf. 3; 502 <i>εε</i> ; 690 Abf. 2; 700 <i>β</i>	305	357, 1
255	389 VII	306	400 <i>a</i> ; 481, 2 <i>a</i> ; 482, 3
256, 257	395 (§ 95)	307 I	407 IV;
258	378	II	408, 3
259, 260	395 (§ 96)	308	408 VI
262	361 <i>a</i>	309	410 II
263	363 <i>e</i> ; 362 <i>d</i>	310—12	410 (§ 100)
264	361 <i>c</i>	313	375 II; 485 <i>b</i> ; 576, 2; 655 II; 706 Abf. 3, I, 1
265	362 <i>d</i>	314	375 I
266	417 VI; 498 <i>a</i> ; 379 II <i>a</i>	315	366 <i>b</i> , <i>c</i> ; 367 <i>e</i>
267	415 <i>a</i>	316	366 <i>a</i> ; 483 <i>b</i> ; 552 Abf. 2; 596, 5
268	416 <i>b</i> ; 464 Abf. 2, 3	317 I	367 IV, 2 <i>a</i>
269	423 I; 492, 3; 504 II	II	368 V; 638 [*]
270	423 II; 590 Abf. 4	318	368, 5, 6
271	424; 492, 3; 592, 3	319	367 <i>b</i> ; 368, 3; 638 Abf. 2, 5
272	425 III	320 I	371 II, 1 <i>a</i> ; 529, 2 <i>a</i> ; 469 III, 1
273, 274	374, 2; 433 <i>ζ</i>	II	372 <i>b</i> ; 510 <i>a</i>
275	401 <i>c</i> ; 611 <i>α</i> ; 512 <i>l</i> . Abf.	321	373 <i>d</i>
276	403, 1; 303 <i>d</i> ; 304, 4; 308 VI	322	373 <i>c</i> ; 433 <i>ζ</i>
277	303 <i>c</i>	323 I	405 <i>c</i> ; 407, 1; 486, 1; 489, 3 <i>a</i> ; 513 Abf. 1; 531, 3 <i>b</i> ; 555 <i>c</i>
278	307 <i>b</i> ; 308 VI; 403, 1; 427 <i>a</i> ; 505 Abf. 4; 598, 2 <i>b</i> ; 615, 1 <i>a</i> ; 640, 2 <i>b</i>	II	409 <i>c</i>
279	403, 2; 427 <i>b</i> ; 642 <i>a</i>	324 I	404 <i>b</i>
280	400 <i>b</i> ; 408, 2; 409 IX	II	433 <i>γ</i>
281	409 <i>a</i> , <i>b</i>	325 I	404 <i>a</i> ; 408, 2; 409 <i>c</i> ; 531, 3 <i>b</i>
282	409 VIII; 427 <i>c</i>	II	436 II
283	429 <i>a</i> ; 436 II	326 I	429 <i>b</i> ; 493, 2 <i>a</i> , <i>b</i> ; 494 <i>c</i> ; 496 <i>b</i> ; 497; 498, 4; 541 ¹⁰ ; 561, 2 <i>b</i>
284	426, 2	II	429 <i>c</i> ; 493 <i>b</i>
285	427, 3	327	409 IX; 497 <i>α</i> ; 452, 2
286 I	428 <i>b</i> ; 496, 3 <i>a</i> ; 499, 5; 497 <i>α</i>	328	397 <i>a</i> , <i>b</i> ; 399 <i>a</i>
II	429 <i>c</i> ; 452, 2	329	397 <i>α</i>
287	428 <i>α</i>	330	397 <i>β</i>
288, 289	428 <i>β</i> , <i>b</i>	331	399 <i>α</i> , <i>β</i>
290	428 Abf. 8	333	399, 4 <i>a</i>
291	435, 1	334	399, 5
292	435, 2	335	400, 6
293, 294	430, 1, 2 <i>a</i>	336	394 I
295	430, 2 <i>a</i>	337	394 II, 1
296	431 <i>b</i>	338	394 II, 2
297	430, 2	339	392 <i>d</i>
298	432, 4	340	392 <i>b</i> ; 393 <i>f</i>
299	431, 3 <i>b</i>		
300	432 <i>α</i> , <i>β</i>		
301	433 <i>δ</i>		

Paragrafen	Seitenzahlen	Paragrafen	Seitenzahlen
341	392 c; 393 f	396	445 III
342	393 f	397	452 I; 453 II
343	393 e, g	398	455, 1
344	392 a	399	455 a
345	392 d	400	455 b
346	450 g; 517 α	401	459, 2
347	451 γ , δ , e; 517 α ; 518 Absf. 4	402, 403	463 Absf. 1
348	452 ζ ; 517 α	404	459, 3
349	450 e	405	460 Absf. 1, 3
350	448 c; 518 β	406	460 c
351	448 c; 518 β	407	457 a, b; 460 b; 461 d
352	448 c; 521 β	408	459 Absf. 1, 3
353	448 c; 449 I. Absf.; 518 γ	409	461 V
354	452 α ; 517 α	410	457 a; 458 c
355	448 b; 521 γ	412	463 II
356	450 f; 519 δ	414	464, 2 a
357	445 Absf. 1	415	465 Absf. 1; 467 Absf. 1
358	448 Absf. 4	416	467, 8
359	452 β	417	465, 4; 466, 5
360	448 Absf. 3	418	465, 4 a; 466, 6
361	436 III	419	468 (§ 117)
362	422 X, 1; 414 III	420	469 II, IV
363	416 V; 517 II; 540 Absf. 3	421	470 b
364	437 (§ 109); 453 IV	422	470 c
365	438, 2; 550 II	423	470 c
366 I	419 VII, 2	424	471 c
II	417, 1 a	425	471 d
367	418 b; 419 VII, 2	426	471 e; 472 Absf. 1; 687 V
368	419 VIII, 1 a	427	470 a
370	421, 3	428—431	f. 38b. II
371	419 b	431	470 a
372	439 I, II, 1; 434 b	432	f. 38b. II
373	440 IV	433	481; 492; 507; 537; 540 II, 1
374	439 II, 2	434	507
376	440 III	435	509 d
377	440 vor Anm. 3	436	509 Absf. 1
378	440 V, 2; 434 b, c	437	543 II, 1
379	440 V, 1	438	543 II, 2 a
381	441 VI	439	508 β ; 513 III; 543 II, 1
382	440 I. Absf.	440	510 III, 1; 511 c; 512 IV
383	434 c	441	542 I
384	434 β	442	509 II
385	434 α	443	513 II; 543, 2 b
386	435 γ	444	537 (§ 129 a)
387	441 a; 442 a, b	445	550 II
388	444, 1	446	486 a, α ; 541 I. 1; 542 b
389	444, 2 b	447	486 β ; 505, 2; 506, 4, 6
390	443 a	448	492, 2; 506, 3, 6 b; 541 IV; 543, 3
391	442 c, Absf. 7	449	509, 2; 541 IV
393	444, 6 a	450	541 III
394	444, 6 b	451	543 Absf. 2
395	441 c		

Paragrafen	Seitenzahlen	Paragrafen	Seitenzahlen
452	539, 2	507	546 b; 547 a
453	483, 2 a	508	547 b
454	538 c	509	547 c
455	513 I, 1	510	546, 5, 6
456—458	485, 2	511, 512	546 b
459 I	514; 515 ζ	513	546, 7
II	533 e	514	546, 2 c; 545, 2 b
460	515 α, β; 533 α; 527 V	515	549 I
461	515 η	516 I	572, 1, 2; 573, 3; 574, 4, 5
462	517, 1; 525, 3	II	574, 5
463	526, 4; 534 γ	517	574 Abf. 1
464	515 γ; 533 Abf. 5	518	575, 1; 671 c; 674, 3 a; 668 III
465	519 α; 526 c, α	519 I	579 b
466	521 γ; 526 β	II	580 α
467	517 a; 521 β; 524 η; 452, 2	520	578 e
468	532 b; 534 e	521	577 a
469	524 αα	522	577 b
470	524 ββ	523, 524	577 c; 578 d; 628 Abf. 2; 707 Abf. 1 IV
471	524 γγ	525	582 c
472	525 a	526	583 d
474	526 b α	527	583 e
475	527 IV; 526 δ	528	579 a; 580 α
476	534 II	529	579 γ
477	521 αα; 522; 523 εε; 526 c, β; 533 Abf. 5	530	580, 4
478	523 δδ, εε; 526 c, β; 533 Abf. 5	531	580, 4 c; 581 e
479	534 δ	532, 533	581 d
480	524, 2; 527 IV; 534 γ	534	585 a, b
481	535	535	550 I, 1
482, 483	535 I	536	554 c
484	535 II	537	554 c; 555 c; 558 e
485	536, 2 a	538	556 α; 557 β
487	536, 1	539	557 γ
488, 489	536 Abf. 4, 5	540	559 b
490	536, 3	541	555 c; 556 α; 557 β, γ 559 b
491	536 Abf. 1	542	555 c; 556 Abf. 1
492	536 IV	543	557 γ; 559 b
493	550 II	544	558 δ
494	532 a	545	560 d
495	544, 1—3	546, 547	558, 6
496	544, 4	548	560 b; 561 e
497	548, 5; 549 d	549	553 1 b; 562, 3; 569 e
498	548, 6 a, c	550	560 b
499	548, 6 b	551	559 III a
500	549 d	552	554, 3
501	549 e	553, 554	562 c, 3
502	548, 4	556	561 e; 562, 3
503	548, 2 c	557	561, 2 a
504	546, 3 a	558	558 ζ; 561 b
505	547, 8, 9	559—563	©. Band 2
506	547 d		

Paragrafen	Seitenzahlen	Paragrafen	Seitenzahlen
564	567 I	632	613 III
565	568, 2	633	615 c; 617 b, c
566	568, 3	634	617, 3, 5 b, c, d, Absf. 3
567	569 a	635	618 e
568	569, 6	636	616, 3
569	569 b	638, 639	618 g
570	569 d	640	620, 3; 618 f; 613, 2 a
571—579	©. Band 2	641	619 III, 1
580	551 II, 2	642	616, 2 a
581	551 I, 2	643	616, 2 b
582	564 II	644	613, 2 a; 614 β , γ
583	564 III	645	614 α
584	564 I	646	614 δ ; 618 g; 619, 1
586	566 Absf. 2, 4	647, 648	621, 6
587—589	566, 2; 567 Absf. 1, 2	649	622 Absf. 1
591	564 IV, 1	650	620 b
592	565, 3	651	633
593	565, 2	652	633; 635, 3 a; 636 b
595	570 II, 1	653	634, III, 2, 3 a
596	570 II, 2	654	635 Absf. 1
597	565, 4	655	634 III, 3 b
598	586	656	634 Absf. 1
599, 600	587 b	657	636 I, 1; 637, 3
601	587 c	658	638 VI, 1
602	587 Absf. 2	659	638 b
603	587 Absf. 2, 7	660	638, 3
604	588, 2	661	637 I, 2, IV, 2 a; 638 V
605	588, 4	662	624; 594, 2 a; 612 II, 2
606	587 Absf. 2	663	624 III; 597 VI, 2
607	588 I, 1 a; 671 ³	664	625 Absf. 1
608	381 VII; 591 Absf. 2	665	624 IV, 2; 599, 5
609	592, 2, 3	666	624 IV, 2; 600 b
610	592 VI	667, 668	624 IV, 2; 600 c
611	593 I, 1; 594 II, 1	669, 670	625, 3; 602, 2
612	596, 4, 5	671	625, 1; 606 IV, 1 b
613	598, 3; 608 VII, 1	672, 673	625 V, 2; 608 VIII, 2
614	602 Absf. 1	674	625 V, 2; 608 VIII, 1
615	600, 6	675	594, 2 a; 597 VI, 2;
616	597, 2 b		599, 5; 602, 2; 608
617	603 c		VIII; 612 II, 2; 613
618	602, 3 a, b; 604 Absf. 4		IV; 616 d; 619, 2;
619	604, 8 b		622 VI
620	605 I	676	667 IV
621	605 II, 1 a	677	646; 647, 1 a
622	605 II, 1 b	678	648 b; 651, 2 b
623	605, 2	679	648, 2 a
624	606, III, 1	680	649 Absf. 1; 651, 2 b
625	607, V	681	648 c; 649, 3
626	606 IV, 1 a	682	647, 4 b
627	606 IV, 1 a, b	683	649 III b; 651, 2 b
628	607, 2	684	649 III, 1 a; 650, 2
629, 630	604, 4	685	650, 3
631	610 I, 1; 612 II, 1	686	647 Absf. 1

Paragrafen	Seitenzahlen	Paragrafen	Seitenzahlen
687	651 V	790	626, 3; 630, 2a
688	639 I, 1a	791	638 VII
689	639 I, 1b	792	632 VI
690	640, 2a	793—808	Ö. Band 2
691	640, 2b	809	712, 713
692	640c	810	713 II
693	641, 3b	811	713, 3
694	641c	812	703 I
695	641 V, 1	813	704 γ
696	641 V, 1; 641 d	814	705 β , γ
697	640e	815	705 α , β
698	640d	816	707, 2; 708 Absf. 4
699	641, 3a; 640, 1b	817	707, 3; 712, 2
700	642 VI	818	709, 1a—c; 710, 3
701	643; 644b; 645, 1, 4; 310, 4	819	709, 2a; 710, 2b
702	645, 2	820	710, 2c
703	645, 3b	821	711 III
704—758	Ö. Band 2	822	711, 2
759	396 II, III	823 I	676; 680, 3a; 682 I
760	396 IV, V	II	677b; 681b; 682 I; 692 IV, V; 694 Absf. 1
761	396 I	824	692 IV
762	652; 655, 3; 656 I; 668 II; 670 II; 674, 3a; 706e	825	692 V
763	656 II	826	678c; 681c; 682 I; 694 Absf. 1.
764	657 III	827, 828	304, 4a; 682, 2; 689, 1 700a; 701, 2
765	657 I, 1; 658 II	829	698
766	658 III, 2	830	682 I, 1a; 686b
767	658 IV; 659	831	683b; 684, 4a; 698, 1
768	659, 2a	832	683c; 684, 4a; 698, 1
769	664 VI, 1	833	697 X; 699 II; 700, 2
770	660b, c	834	697 X; 701 II, γ
771	660, 3a	835	702 IV
772	660 l. Absf.	836	695 IX a; 696 γ , b; 696, 2; 698 vorl. Absf.
773	661b	837	696 Absf. 6; 696, 2
774	662, 1; 663 Absf. 1, 3; 665 VI, 2	838	696 β , γ , b; 696, 2
775	664, 2	839	694 VIII
776	663, d	840	688, 2a, b; 470, 1a
777	661, 4	841	695c
778	665 I	842	684, 3a
779	667, 1, 2; 668, 4	843	690b; 691, 2
780	673 III, 2	844	689a, 690b
781	670 III, 1; 671c	845	690c; 691, 3; 692 III
782	673 III, 2; 670 III, 1	846	690b; 691 2, 3; 692 III
783	626 I, 1; 628 II, 1, III, 1a	847	691, 2; 692 III; 693 V
784	626; 629, 2a, b, β ; 630, 1a	848	693, 1
785, 786	630, 1a	849	693, 2
787	627b, c	850	690, 4
788	627b	851	693, 3
789	631, 3a	852	317b; 321, 2c; 320 β
		853	687 IV

Wortverzeichnis.

Unter Mitwirkung des Herrn Referendar **Wiedersum** in Baden-Baden.

Die Zahlen des Verzeichnisses verweisen auf die Seiten des Buchs und deren Unterabteilungen.

B. bedeutet Beispiel.

A.

- Aberratio 267 III.
Abfindung des Gläubigers durch einen Dritten 415 IV; des Entwehrungsberechtigten 511 a; des Schadensersatzberechtigten 389 VII; Cessio legis 416 β; 463 I, 2, II.
— Verträge zwischen gesetzlichen Erben 410, 2.
Abgeleiteter Rechtserwerb 74 IV.
Abhanden gekommene Sachen 389 VII; f. auch Diebstahl, Kraftloserklärung.
Ablehnung eines Antrages 210, 5 a; 211, 6 a; bei Geschäftsbeforgung 597 VI, 2; 613 IV; 624 III; einer Schenkung 574, 5; eines Erwerbes 574, 3; 703, 2; bei Verträgen zugunsten Dritter 399, 4.
— der Leistung bei Leistungsverzögerung 436 II, III, IV; Schuldnerverzug 429, 2; bei gegenseitigen Verträgen 429 b; 541 Abs. 1; 561, 2 b; f. Teilleistungen.
Ablieferung bei Kauf 522; bei Werkvertrag 613 a; f. Übergabe.
Ablieferungsort; f. Erfüllungsort.
Abnahme bei Kauf 540 II; Abnahmeverzug 540, 2; bei Werkvertrag 613, 2 a; 614 γ, δ; 616 e; 618 f, g; 619, 1; 620, 3; bei Miete 561 f.; bei Dienstvertrag 604, 5; 600, 6; f. Annahme.
Abrechnung 670 III b.
Abschoß (im Fremdenrecht) 111, 7 a.
Absendung f. Versendung.
Absicht; f. Vorsatz.
Absolute Gewalt 174 II, 3; 272 II.
— Rechte 64.
Abstrakte Schulbverträge 672; Form 673 III, 2; Einwendungen 674, 3; Entgeltlichkeit 675 Abs. 2; Widerruf wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Gläubigers 674¹; 711 III.
— Zuwendungen 162; 466, 5; 412 VI; 235 e.
— Schadensberechnung 499 a; 501 a; 538 aa.
Abtretung, (Zession) von Forderungen 455; abtretbare und nichtabtretbare Forderungen 455, 2; 460 Abs. 3; Vollzug durch Vertrag zwischen Zedent und Zessionar 456; Teilnahme des Schuldners 455, 2 a; Anzeige entbehrlich 456 II, 1; Aushändigung des, Vermerk auf dem Schuldschein überflüssig 456 II, 1; N. und pactum de cedendo 456; Verhältnis zwischen dem alten und neuen Gläubiger 456 III, 1; Auskunftsspflicht des alten Gläubigers 463 oben; Beurkundungspflicht 463 oben; Herausgabe der Beweisurkunden 463 oben, 456 II, 1; Verhältnis des Schuldners zum alten und neuen Gläubiger 457, 2; Schuldner hat keine sichere Kenntnis von der N. 457 a; Schuldner hat sichere Kenntnis von der N. 457 b; dem Schuldner ist eine Anzeige (denuntiatio) zugegangen 458 c; Wirksamkeit der N. Dritten gegenüber 458, 3 ff.; mehrfache N. 459 oben; 707, 2 B II; Rechtsstellung des neuen Gläubigers 459 IV; bei der N. mit „Damno“ 459; Vorzüge und Mängel der Forderung 459, 1; Pfandrechte, Zinsen usw. 459, 2; Verteidigung des Schuldners dem neuen Gläubiger gegenüber 459, 3; Einwand des Scheingeschäfts 460 oben; 461, 2 c;

- Einwand des Irrtums usw. 460 oben;
 Einwand des Ausschusses der A. 460 Abs. 3;
 erst nach der A. entstandene Einwände gegen
 den alten Gläubiger 460 b; Aufrechnungs-
 recht des Schuldners 460 c; Urteil zwischen
 dem alten Gläubiger und dem Schuldner
 461 d; Wirkung der denuntiatio
 461 V; 458 c; Legitimierungspflicht des
 Gläubigers, Prüfungspflicht des Schuldners
 462 VI; Forderungen aus Wertpapieren
 und hypothekarisch gesicherte Forderungen
 463 VIII; Verjährung 318 II, 1.
 — von Ansprüchen bei der Schadensersatz-
 leistung 389 VII.
 Abtretungsurkunde 458 c.
 Abwesende, Erklärungen unter A. 201 Abs. 3;
 208 $\beta\beta$; Widerruf 211, 6 a.
 Acceptilatio 419 VIII; 452 (§ 113); 453.
 Accessio possessionis 318 II, 2.
 — temporis 318 II, 1.
 Accidentalien eines Rechtsgeschäfts 236, 3.
 Acht Tage 313, 4 b.
 Actio nata 320 II, 1.
 Actio, System der Aktionen 69; römische
 Klageverjährung 338; ad exhibendum 712,
 395; doli 270 I; 681 c (f. Arglist); quod
 metus causa 272 II ff.; quanti minoris
 525, 3; redhibitoria 517, 1; de effusis et
 dejectis 720 XV, 3; 696, 2 B.
 Adäquate Verursachung 384 c.
 Adel, besonderes Rechtssystem im Mittelalter
 4 III; Geburtsstand 95; Autonomie 25 c.
 Adelsname 104 IV; f. auch Namensrecht.
 Adoption, künstliche Verwandtschaft 99, 3;
 Alter 92, 4; 91 III, 1; Name 101 β ; 102 $\beta\beta$.
 Adilzische Ansprüche 517 III; f. Sachmängel,
 Wandlung, Preisminderung.
 Äußerungstheorie; f. Zugang und empfangsbe-
 dürftige Willenserklärungen.
 Affektionsinteresse 388, 4; 474, 2; 691 d, 2;
 692 III; 693 IV.
 Astermiete 553, 1 b; 559, 9 a; 562, 3; 569 e.
 Austerpacht 570, 2; f. Astermiete.
 Agnaten (Schwertmagen) 99 d.
 Afford; f. Zwangsvergleich.
 Affordarbeiter 595, 1; 598 Abs. 2; 612 Abs. 2.
 Akzeptation; f. Annahme.
 Akzeptilation; f. Erlass.
 Akzessionsprinzip 122, 2.
 Akzessorischer Schadensersatz 390 III, 1.
 — und Vertragsstrafe 392 b, c.
 Aleatorische Verträge 655, 4.
 Alimente; f. Unterhaltsansprüche.
 Allgemeine Rechtsnachfolge 75.
 Allgemeines Landrecht 14, 1; 16 Abs. 2.
 Allgemeines Recht 30 II.
 Allgemeine Sachen 133 (§ 46).
 Alter; f. Lebensalter.
 Alternative Ermächtigung 363 g.
 Alternativa facultas 363; nur eine Leistung in
 obligatione 363 α, γ ; Unmöglichkeit 363 β, γ .
 Alternativobligationen 360 III; sämtliche Lei-
 stungen in obligatione, eine in solutione
 360 III, 1; rechtsgeschäftliche Bestimmung
 der wahlberechtigten Partei 361; im Zweifel
 wahlberechtigt der Schuldner 361 a; willkür-
 liche Wahl 361 b; keine Frist 361 c; Wahl in
 der Zwangsvollstreckung 361 α ; Wahlrecht bei
 Verzug des Gläubigers 361 β ; Konzen-
 tration durch Wahl des Berechtigten 362 d;
 Unmöglichkeit einer Leistung 362 d; Form
 der Wahl 363 e; kein jus variandi 363 f;
 facultas alternativa 363 g.
 Altersstufen 90.
 Amortisation; f. Kraftloserklärung.
 Amtspflicht 694 VIII.
 Analogie als Rechtsquelle 22; Recht der 23;
 33; contra legem 34; A. und wissenschaft-
 liches Reichsrecht 33 I; A. und ausdehnende
 Auslegung 36 Abs. 2.
 — und Prinzip des intern. u. intertemporalen
 Privatrechts 42, 2; 50, 2; 44 d.
 Anastasiana lex 475, 2 b.
 Anatozismus 380 IV.
 Anerkenntnis 670; Geständnis 670, 2; Ver-
 gleich 670 I, 1; Form 670 III; 329 Abs. 1;
 Schenkung 671 c; Spiel 670 II; 668 II;
 Gegenbeweis 671 IV, 2; Irrtum 671, 4;
 Novation? 671, 3; Widerruf 672 Abs. 1;
 abstrakt? 672 b; Anerkenntnis der Schuld,
 Unterbrechungsgrund bei der Verjährung
 324 II b; Unwiderruflichkeit des A. bei ver-
 jährtem Schuldanspruch 328, 4 c; während
 und nach dem Verjährungslauf 329 oben;
 statt Schuldschein bei der Leistung 419
 VIII b; als Schulderlaß 453 II.
 Anfall, Verzicht auf ein Recht vor A. 574, 3.
 Anfang von Fristen 312; 313 e; der Verjährung
 319.
 Anfechtung, Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte
 kraft 169; wegen Irrtums 261 II; 529,
 2 b; 668, 4; 671, 4; 679 Abs. 2; 704 B
 I, 1 a; wegen unrichtiger Übermittlung
 267 III; wegen Täuschung und Bedrohung
 270; 529, 2 b; A. durch den Bürgen 660 c;
 bei Verjährung 319, 6 b α .
 — einer Todeserklärung 87, 3.
 — einer Entmündigung 94.

- Angebot der Leistung 430 unten; bei Gesamt-
schuldverhältnissen 470 unten.
- Angeld; s. Draufgabe.
- Angestellte; s. Gehülfen.
- Animus solvendi, credendi, donandi 162 d;
413 II; 575, 7; 650, 3, 627.
- Anlegung des Geldes 144 I.
- Anmeldung, Unterbrechung der Verjährung
durch A. im Konkurse 324 β ; 325 a β .
- Annahme, einer Offerte 204; Widerruf 211,
6; Anweisung 629, 2; Schenkung 574, 5.
— als Erfüllung 417 VII; 613, 2 a; an Er-
füllungsort 437; Erfüllungshalber 437; der
Hinterlegung 440 III, 2; s. Vorbehalt, Ab-
nahme.
- Annahmeverzug 430; beim Kauf 487; 490 b;
bei Miete 554, 3; 561 f.; bei Dienstvertrag
604, 5; 600, 6; bei Werkvertrag 616, 2.
- Anpreisungen 533 d.
- Anrechnung der Zahlung bei mehreren Forde-
rungen 417 VII.
- Anruchigkeit 110, 5.
- Anschlag im Gasthause 645, 4.
- Ansichtsfendung 544 Abs. 3.
- Anspruch 58.
- auf Auskunft 395; auf Rechnungslegung
395; auf Vorlegung eines Verzeichnisses 395.
- Anspruchsmacht, Begriff 60, 4; 63.
- Anspruchsverjährung; s. Verjährung.
- Anstalten; s. juristische Personen im II. Bd.
- Anstandspflicht; s. Sitten, Sittl. Pflicht.
- Anstifter 682, 1 a.
- Antinomien 36, 2.
- Auftrag (Offerte) 204; 358 Abs. 2; und Ein-
ladung 204 a; durch Zusendung eines Kata-
loges? 205 Abs. 1; Automatenvertrag
205 Abs. 2; Widerruf 211, 6.
- Anwartschaft (Vor-Recht) bei aufschiebenden
Bedingungen 238 II; 574, 3; bei auf-
schiebenden Befristungen 243 II.
- Anweisung (Assignation, Delegation) 626; An-
nahme 629, 2; Übertragung 632 VI;
Widerruf 633 VII; 630, 2 a; Widerruf der
Annahme 629 β ; gefälschte Anweisung 630,
1 a B; 631 ¹⁰; Anweisung zwecks Schenkung
628 ³; Anweisung auf Schuld 626, 4; Vor-
legungsfrist 631, 3 a; 632, 3 a; Rückgriff
des Angewiesenen 630 ⁶; des Empfängers
631, 3 b; 632, 3 b.
- Anweisungen des Käufers 506, 4; des Dienst-
herrn 599, 4, 5 a; des Wertbestellers 614 a;
616 d; 620 b; des Auftraggebers 624 IV, 2;
des Hinterlegers 640 c.
- Anwesende 208 aa; 201 Abs. 3.
- Anzeigen 154 II b; Formvorschriften 219 IV;
Vollmachtsanzeige 279; Hinterlegungsan-
zeige 439 II, 2; denuntiatio bei Besien
458 c; 461 V; denuntiatio im gemeinen
Recht 477; bei Miete 560 d; bei Werkvertrag
616 e; im Gasthause 645, 3 b; bei Auto-
mobilunfall 702 b; bei Anweisung 631, 3 a;
s. Mängelanzeige.
- Arbeiter, beschränkt Geschäftsfähige als A. 190.
- Arbeitsleistung als Schenkung 573, 3; als
Geschäftsführung ohne Auftrag 649 ⁶; als
Bereicherung 703, 2; bei Rücktritt 450 g β .
- Arbitrator 367 IV.
- Arglist 301 b; des Vertreters 306 a; Ver-
schweigen 527 V; 513 II; 535 ⁴; 535 I;
543 b; 557 γ .
- Arglistige Täuschung 270; s. Betrug.
- Arrha 394.
- Arzt, Verkauf der Praxis 481 II, 1; 245 B II, 1;
Werkvertrag 612 II, 1; 615 ⁶; Dienstver-
trag 593 B; 594 a B; 606 B; Geschäftsführung
ohne Auftrag 646, 1 B 2; Delikte 679 γ B
II, 2; Verjährung 317.
- Auszendeten 98.
- Aufbewahrung; s. Verwahrung.
- Aufenthalt, vorübergehender 104.
- Aufforderungen 154 II b.
- Aufgabe des Wohnsitzes 105 oben.
- Aufgebot 338 a, b; s. Kraftloserklärung.
— eines Verschollenen 85.
— bei der Hinterlegung 440 I. Abs.
- Aufhebung der Entmündigung 94 oben.
- Auflage, bei Schenkung 581, 1; im eignen
Interesse des Beschenkten 582 Abs. 1; Be-
reicherung 582 Abs. 3; 583 d; Verzug des
Beschenkten 583 e; Mängel des Schenkungs-
gegenstandes 583 d; wer kann Erfüllung der
Auflage fordern? 582 c; wann? 582 b;
gegenseitiger Vertrag? 581, 1; 584 I, 2;
Unterschied von Zweckschenkung 584 II;
Rückforderung des Geschenks 583 e; 584 II, 2.
- Auflassung, abstrakte Zuwendung 163 B III, 2;
Form der A. 230 I. Abs.; A. als bedingungs-
feindliches Rechtsgeschäft 238; A. und
Verschweigung 338 2 a; heißt Formmangel
des Grundstücksverkaufs 377, 3; überträgt
Gefahr beim Kauf 486 a.
- Auflösende Bedingung 241, 2; Beweislast
243 IV.
- Aufrechnung 441; gegen eine abgetretene
Forderung 441 b; gegen Forderungen des
Reichsfiiskus 441 c.
— Voraussetzungen: Gleichartigkeit der Forde-
rungen 442 a; Fälligkeit nur der Aktiv-

- forderung 442 b; Rechtsgültigkeit der Forderungen 443, 3; Einfluß von Einreden 443, 3; 330, 2 b; 534 d; der Liquidität 443, 4.
- verschiedener Erfüllungsort 442 c; Teilaufrechnung 443, 5; 446 Absf. 2.
- Forderungen, gegen die A. ausgeschlossen 444, 6; Eventualaufrechnung 444, 1 b; Schwebezustand bis zur A. 444, 2 a; 446 IV; A. und Einrede 445, 3; mehrerer Forderungen 445 III; im Falle der Schuldübernahme 465, 4 b; Gesamtschuld 446 IV; Gesamtforderung 446 IV; gegen eine eingeklagte Forderung 446 Absf. 2.
- Unterbrechung der Verjährung 324 γ.
- mit Wandlungs- und Schadensersatzanspruch bei Mängeln der Kaufsache 520 B; 534 d; bei Bürgschaft 660 b.
- Auffchiebende Bedingungen 237; Schwebezeit bei nichterfüllten 238 II; Surrogat für den Eintritt einer 240 III; rückwirkende Kraft 240 e; Beweislast 243 IV.
- Aufsichtspflichtige Personen bei Delikten 683 b, c; 684, 2 a; 688, 2 b; 695 c; 696 β; 697 b; 698 a; 701 γ, c.
- Auftrag 624; 287 i; 626 b, 3; zum Spiel 656 IV.
- Aufwendungen, Ertrag und Zinsen 395; auf Früchte 141, 2; 565, 3; bei Rücktritt und Wandlung 451 ε; 517¹⁰; des Verkäufers 541 III; beim Wiederkauf 549 d, e; des Mieters 557 β; 558 ζ, 6; des Pächters 565, 3; des Beschenkten 583 d; des Dienstschuldners 602, 2; des Werkbestellers 617 c; des Werkunternehmers 619, 2; des Märlers 636 b; des Verwahrers 641 b; des Beauftragten 625, 3; des auftraglosen Geschäftsführers 649, 1; des Bürgen 663 b; des Bereicherten 709 c; 710 Absf. 1.
- Auktion 212; f. Versteigerung.
- Auktor (Rechtsvorgänger) 74, 1 a.
- Ausbesserung bei Kauf 529, 1 b; 533²; bei Miete 554 c; 557 β, γ; 560 c; beim Werkvertrage 617, c, d; 618 f.
- Ausbeute, sonstige bestimmungsmäßige 137; eines Grundstücks 137 β B; eines Ochsen, einer Kiesgrube 137 β B.
- Ausbeutung des Leichtsinns usw. 246 a.
- Ausdehnende Auslegung 35.
- Ausdrückliche Willenserklärung 253, 4.
- Auseinanderziehung wegen der Früchte 141, Lasten 140 III; 143 II; 541 I; 565, 2, 3.
- Ausfertigung eines Protokolls 226, 5; öffentlich beglaubigter Erklärungen 229, 5.
- Ausführungsgesetze zum BGB. 20, 4.
- Ausfunfterteilung 395; bei Zession 462 VII; bei Kauf 537; f. Rechnungslegung.
- Ausländer 97 II; im Mittelalter 111.
- Ausländisches Recht 40; f. Kollisionsnormen.
- Auslagen f. Aufwendungen.
- Auslegung von Rechtsregeln 35; von Rechtsgeschäften 250; im früheren Recht 335, 9.
- Auslobung 636; 358 Absf. 3; Form 637 II; Mehrheit der Bewerber 637 IV, 2; Rückgabe des Lohnes 638 V, IV b; Preisgekrontes Werk 638 V; Spiel 652 I, B I, 2; Widerruf 637, 3; 638 VI.
- Ausnahmegesetze 38 oben.
- Ausfäpige 109, 3.
- Ausschlagung; f. Ablehnung.
- Ausschlussfrist 330 I.
- Außerkräfttreten der Gesetze 48.
- Ausspielgeschäft 657, 2 a.
- Ausstattung 573 Absf. 2; 585, 2 B.
- Ausüber eines Rechts 70.
- Ausübung der Rechte 341.
- Authentische Auslegung 38; 52¹⁴.
- Automatenvertrag 205 Absf. 2.
- Automobile 701 III.
- Autonome Observanz; 31 I c.
- Autonomie, bei Rechtsgeschäften 154 II.
- Autonome Statuten 25 c; 28 c; 30 II.

B.

- Bäume (Pflanzen usw.) als Bestandteile 117 β; 122 Absf. 1; 118 B II; Frucht 137 Absf. 3, 4; 140 Absf. 2; Werk? 697 Absf. 2.
- Bairisches Landrecht 15 I. Absf.; 29 Absf. 3 VI.
- Bankiers (Zinsen) 381 Absf. 2.
- Banknoten 130, 2; Nachträge XVI; Annahmepflicht 131, 3; Nachträge XVI; Nennwert und Metallwert 132 b; Nichtgeld oder Geld 132 VI, 4; Privileg der Ausgabe 332 Absf. 3.
- Barverkauf 540 Absf. 3.
- Bayerisches Landrecht 10 I; 29 Absf. 3 V.
- Beamte, Amtsdelikte 694 VIII; 3 Absf. 3; Wohnsitz 107 Absf. 1; Stand 95 unten; Dienstvertrag 595 d; Miete 569 d.
- Bedingungen 237; unechte 238, 3; Zulässigkeit 238, 4; Beweislast 243 IV; im früheren Recht 335, 8; Verjährung 319 a α; Aufrechnung 444, 1 b; Verzicht auf bedingte Rechte 574, 3; Gefahrübergang bei schwebender Bedingung 491, 5; Bedingung bei Spiel 653 a; Erfüllung bedingter Ansprüche 704 γ; f. aufschiebende, auflösende B.
- Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte 238, 4; 188 Absf. 1.

- Bedrohung 272 ff.; 687 B.
 Bedürfnis des Rechtslebens 23 ff.; 33; 34.
 Beerdigungskosten 689, 2a.
 Befreiungen (Dispensationen) 333 III.
 Befristungen 243; befristungsfeindliche Rechtsgeschäfte 243, 3; Verjährung 319 a a; 320 2; gesetzliche B. 330; Hemmung der Frist bei der erlöschenden B. 330 I, 2; Erfüllung befristeter Ansprüche 243, 2 B; 704 γ.
 Beginn der Verjährung 319 ff.
 Beglaubigung, öffentliche 228; 220, 2 b; 101 a; 102 Abs. 1; 463 Abs. 1; 419 b.
 — einer Abschrift 226, Abs. 3.
 Behörden, Erklärung an 156; 282 Abs. 2.
 Belastung eines Rechts 159; 375.
 Belege bei der Auskunftspflicht 396 Abs. 1.
 Beleidigung 692 IV; 388 B I.
 Beneficium cedendarum actionum; f. Subrogation.
 — competentiae f. Dürftigkeit.
 Beneficium divisionis 664 VI, 1; 719 f.
 Beneficium excussionis 660, 3; 719 c.
 Berechnung der Zeit 311.
 — der Fristen 312.
 Bereicherung, 574, 4; 582⁴; f. ungerechtfertigte.
 Bergrecht 26 B I; 27 γ B.
 Bergwerk, Ertrag 134, 2 B II; 135, 3 B III; 137 β.
 Berufsstände 95.
 Beschaffenheit f. Sachmängel.
 Beschlagnahme 196 B; 248, 3.
 Bescholtenheit 96; 110, 5.
 Beschränkte Haftung des Erben 660 Abs. 1; 195 β; 704 B I 3 c.
 Beschränkte Rechte, f. dingliche Rechte.
 Beschränkt geschäftsfähige Personen 180; 333, 2.
 Geschäftsabluß 181; lukrative und onerose Geschäfte 181 a; 182 b; Schwebezeit 184; negotium claudicans 184; Rechtszustand nach Eintritt der Geschäftsfähigkeit 185 ϑ; Taschengeld 184 ζ; 188 Abs. 2; Zustimmung des Vormundschaftsgerichts 185 oben; Zustimmung des Gewalthabers unter einer Bedingung 187 unten; stillschweigende Zustimmung 188 Abs. 2; einseitige Rechtsgeschäfte 189 c; selbständige Erwerbsgeschäfte 190; Schenkungen 192 a; passive Geschäftsfähigkeit 192 II.
 — Wohnsitz 105 b.
 — Lohnauszahlung an 28 c B.
 — Minderjährigkeit und 91 II, 2.
 — Gesetzlicher Vertreter für 287, 2.
 — beschränktgeschäftsfähige Stellvertreter 289 a; Vertreter ohne Vertretungsmacht 295 a.
- Beschränkte Hemmung der Verjährung 323 a, 2.
 — Geschäftsführung ohne Auftrag 647 b; ungerechtf. Bereicherung 708 III.
 — Zurechnungsfähigkeit 305 c.
 Beschreien der Wände 107 I, 1.
 Besitz u. Delikt 689 Abs. 2.
 Besitzkonstitut, f. Übergabesurrogate.
 Besorgung; f. Geschäftsbeforgung.
 Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte 166 c; anfechtbarer Rechtsgeschäfte 169 η.
 Bestallung gesetzlicher Vertreter 288 e, g.
 Bestandteil 116.
 — von Grundstücken 116 ff.
 — einer Sacheinheit 121 ff.; unwesentliche und wesentliche 121 ff.; Akzessionsprinzip 122 (siehe Stodwerkseigentum); vorübergehend verbundene B. 117 αα, γγ; Rechte am Grundstück (Servituten usw.) 118 δ.
 — Eigentumsvorbehalt an Maschinen 122²⁴; 126⁴.
 Bestimmbarkeit der Leistung 231 I, 1; 360 ff.
 Bestimmung, des Inhalts der Forderungen 360 ff.; unbestimmte Rechtsgeschäfte nichtig 231 I, 1; Blankett 360; Alternativobligationen 360 ff.; Gattungobligationen 364 ff.; die Bestimmung liegt bei Gläubiger oder Schuldner 366 ff.; arbitrium boni viri (billiges Ermessen) 366 b; bei unbilliger Entscheidung und Verzögerung richterliche Entscheidung 367 oben; Form der Entscheidung 367 e; Unwiderruflichkeit der Entscheidung 367 f; 483 I. Abs.; Entscheidung durch Dritte 367 ff.; durch eine Mehrheit von D. 368 V; Treu und Glauben 368 VI.
 Bestimmungsmacht, Begriff 60, 4; 63 ff.
 Bestimmungsort; f. Erfüllungsort.
 Bestimmungsrecht eines Dritten 367 IV; mehrerer Dritte 368 V.
 Betagte Forderungen 243, 2; 424; 704 γ.
 Betriebsfrüchte 139.
 Betrug, Anfechtung wegen B. 270 ff.; als Delikt 693 VII.
 Beurkundung, gerichtliche oder notarielle 222 ff.; im alten Recht 335.
 Beweggrund, Irrtum im 267, 9.
 Bewegliche Sachen (Fahrnis) 119 ff.
 Bewegliche Zeit 311 II.
 Beweis von Leben und Tod 81 ff.
 Beweislast, im Prozeß 351 ff.; bei bedingten Rechten 243 IV; bei Geschäften beschränkt Geschäftsfähiges 184 s; Scheingeschäft, Scherzgeschäft 259, 6; Irrtum 265, 6; bei ungerechtfertigter Bereicherung 710, 4.

Bemüßlosigkeit 179 ff.; Rechtsgeschäfte in der B. 179 ff.; Unzurechnungsfähigkeit 304 d.
 Beyer 12 III.
 Billige Entschädigung; f. Affektionsinteresse.
 Billiges Ermessen 366 b; 367, 2; 368, 3; 483 b; 552 Absf. 2; 596, 5.
 Billigung von Mängeln 515 d; bei Kauf auf Probe 544, 2, 4; Abnahme bei Wertver-
 trag 614 Absf. 1.
 Blankett — Unterschrift in blanco 220 Absf. 1.
 Blinde bei der Beurkundung 224 c; bei der Be-
 glaubigung 229, 2; Pfleger für 95 (§ 30).
 Böswillig 405 Absf. 1; 600, 6 a; 616, 2 a;
 622 Absf. 1.
 Bona fides 303, 2.
 Bote 274 ff.; 276, 2 a; falsche Übermittlung
 267.
 Börsenpreis 129: f. Marktpreis.
 Briefwechsel, Vertragschluß 221 b; 231 (§ 60 e).
 Bringschuld 422 ff.; Geldschulden 423.
 Bundesstaat 38 a.
 Bürgerliche Ehrenrechte f. Ehrenrechte.
 Bürgerlicher Tod 107 I. Absf.
 Bürgerliches Gesetzbuch deutsches 18 ff.;
 österreichisches 14; sächsisches 14, 15, 16 Absf.
 3 IV.
 Bürgerliches Recht, deutsches 2 ff., 27 e, 28 c.
 Bürgerstand, höherer im Mittelalter 109.
 Bürgschaft 657, für künftige Forderungen 658
 II, 2; 661 °; Form 658 III; entgeltlich?
 658 I. Absf.; 664, 3; selbstschuldnerische B.
 665, VII, 1; Schadlosbürgschaft 665 VII,
 2; zeitlich beschränkte B. 661, 4; Umfang
 der Haftung des Bürgen 659, 1; Zinsen,
 Kosten, Verzug des Hauptschuldners 659,
 Absf. 2, 4, 5; Einwendungen und Einreden
 659, 2 a; Anfechtung und Aufrechnung 660,
 b, c; Vorausklage 660, 3; nachträgliche Rechts-
 geschäfte des Hauptschuldners 659 a; 660 °;
 Kündigung der Hauptforderung 661 Absf. 6;
 Verschlechterung durch Gläubiger 663 d; Be-
 freiung des Bürgen 662, 5; 664, 2; Rück-
 griff 662, 1; 665 VI, 2; Mitbürgen 664 VI.
 Buße 686, 3.

C.

Carpov 12 III.
 Casum sentit dominus 488 b.
 Casus f. Zufall.
 Causa einer Zuwendung 162 ff.
 Cession, f. Abtretung.
 Cessio legis 463.
 Chifane 341 ff.; im früheren Recht 352 I.

Civile Zeitberechnung (Zeitablauf) 311 ff.
 Claudicans negotium 184.
 Code civil 15, 1; Rechtsgebiet des 16; Reste
 des C. im heutigen Recht 29 Absf. 3 III.
 Codex Maximileaneus 10; 29 Absf. 3 V.
 Commodatum f. Leihe.
 Commodum stellvertretendes, f. Surrogate.
 Compensatio lucri cum damno f. Vorteils-
 ausgleich.
 Compensation 441, f. Aufrechnung.
 Computatio, f. Berechnung.
 Condiciones juris 238, 3 b; 444 ¹¹.
 Condictio 708 I.
 Confusio f. Konfusion.
 Conring 12 III; 18 I.
 Constitutum possessorium; f. Übergabesurro-
 gate; const. debiti 453 IV.
 Contractus aestimatorius 571.
 Contrahendo, culpa in 306 a; 389 II; 407 IV.
 Contra legem 32, 3; 34.
 Conventionalstrafe 391 ff.; f. Vertragsstrafe.
 Corpus iuris civilis 6; 29 Absf. 3, II.
 Correalobligationen 469 ff.; 477 XIV.
 Courtage 634 III.
 Creditmandat f. Kreditauftrag.
 Culpa, f. Fahrlässigkeit; lata, levis 301 b;
 in concreto 303 c; 640 a; in eligendo et
 custodiendo 306 c; levissima 337, 3.
 Culpa-compensation 387; f. Schuldaufrichtung.

D.

Darlehen 588; Realvertrag? 589 III; ent-
 geltlich? 589, 2; 590, 2; Übereignung der
 Darlehenssachen wesentlich? 590 ⁴; gegen-
 seitiger Vertrag? 589 IV; Zinsen 589, 2;
 591 d; Rückgewähr 590, 3 a; 591 d; 592, 3;
 Verzug 591 d; Unkündbarkeit 591, 5; Vor-
 vertrag 592 VI; 589 III; D. zum Spiel
 656 IV; f. Kündigung, Gefahr.
 Damno 459 IV, 1; 591, 5.
 Damnum; f. Schadensersatz.
 — emergens 385, 2 c.
 Darfrechte 60, 5.
 Darfvorschriften 151 Absf. 2.
 Datio in solutum 437 ff.
 Decissionen, sursächliche 12, 3.
 Dedungslauf 500 $\beta\beta$; 502; Form 502 $\gamma\gamma$; Zeit
 502 $\alpha\alpha$, $\beta\beta$; obligatorisch? 502 $\epsilon\epsilon$.
 Delegation C. 453 (§ 113 a).
 Delikt 675; Verletzung bestimmter Rechtsgüter
 676 a; 678 a; 680 a; 689—691, 693 VI,
 VII; Zuwiderhandlung gegen Schutzgesetze
 677 b; 679 b; 680 b; 692 IV, V; 694 Absf. 1;

- 688 VI; Verstoß gegen gute Sitte 678 c; 679 c; 681 c; 692 V; 694 Abs. 1; 688 VI; Verletzung des Eigentums und „sonstiger“ Rechte 676 a; von Forderungen 676 β; 688 VI, 1; 684 Abs. 1 B, 2; des Gesamtvermögens 676 δ; 694, 2; 684 Abs. 1 B, 3.
- Delikte unzurechnungsfähiger 304, 4; 682 IV; 697 I; 700 α; 702 Abs. 1; Unterlassungen 682 III; Delikt u. strafbare Handlung 681 II; 686 III; 689, 2; 689 I, 1; 691 II, 1; 692 III—V; 693 VI; 694 Abs. 1; 695, 1 b; Beamtendelikt 694 VIII; Gebäudeeinsturz u. dgl. 695 IX; Tiereschaden 697 X; 699; Automobilschaden 701; Einwilligung des Verletzten 678 α, β; 679 Abs. 3 c, α, β; Notwehr, Notstand 679 γ, b; 680 γ; 700 e.
- Verschulden, Fahrlässigkeit 301, 2; 680 a; 680 Abs. 7; 681 Abs. 1; 689 I, 1; 691 II, 1; 692 Abs. 1; 693 VI; 694, 2; 685 I. Abs.; Vorsatz 300, 1; 681 Abs. 1, 4; 694 Abs. 1; 695, 3 a; Schuldbeweis 684, 4; Exculpierung 684, 4 a; 696 b, c; 697 b; Mitschuld des Verletzten oder Ersatzberechtigten 684 Abs. 2; 690⁴; 691, 3.
- Verpflichtung aus dem Delikt, Schuldner: Täter, Anstifter, Gehülfe 682, 1 a; Mitäter 682, 1 a; 686 b; Geschäftsherr, Aufseher 683 b, c; 684, 4 a; 696 β; 697 b; Gläubiger 683, 2; 689 I, 2; 691, 2, 3; 692 Abs. 1; Schadensersatzpflicht 682 I; Unterlassungspflicht 686 II; Buße 686 III; Einrede 687 IV; Konkurrenz von Deliktsschuld und anderer Verpflichtungen 688 VI.
- Rückgriff der Deliktsschuldner 687 V; 695 c.
- Deliktähnliche Verpflichtungen 697.
- Deliktsfähigkeit 91; 92; j. Zurechnungsfähigkeit.
- Deliktstatut 42 c; 721.
- Denkschrift zum BGB. 19 d.
- Denuntiatio 458 c; 461 V; 477 XII.
- Depositum 639; j. Verwahrungsvertrag, Hinterlegung; depositum irregulare 642 VI.
- Derivativer Rechtswerb (Eufession) 74 IV.
- Derogation von Gesetzen 36 ff.; lex specialis und generalis 36—37; j. Intertemp. Privatrecht und Übergangsvorschriften.
- Depositio 439 ff.
- Deszendenten 98.
- Deutlichkeit der Rechtsgeschäfte 213 I.
- Deutscher Bund und Einheitsrecht 18 II.
- Deutsches Recht und römisches 9, 2.
- Diebstahl 693 VI; und Kauf 489 I. Abs.; 491 II; 508 Abs. 2; 509 II B; 511 I. Abs.; im Gasthause 645.
- Diebstahl, Schadensersatz für eine gestohlene Sache 389 VII.
- Dienstboten; j. Gefinde.
- Dienste, Erstattung ihres Wertes beim Rücktritt 450 g β; j. Arbeitsleistung.
- Dienstverhältnis beschränkt Geschäftsfähiger 190 d ff.
- Dienstvertrag 593; höchstpersönlich? 598, 3; 608 VII, 1; Anstellungsvertrag 593 a; 599, 4; 605 b; dauernde Dienstverträge 594 b; 603 c; 604, 4; 606 a; Vollmachtsvertrag 595 Abs. 3; Lohn 595 III; 597 I, 2; 600, 6; 607, 2; freie Wohnung 595 I. Abs.; Nebenleistungen 596 IV; stillschw. Fortsetzung 607 V; Wirkung gegenüber Dritten 601, 9; j. Geschäftsbeforgung, höhere Dienste, Gefahr, Gehülfe, Kündigung, Beamte, Akkordarbeiter, Annahmeverzug, Aufwendungen, Krankheit, Fürsorge.
- Dies interpellat pro homine 426, 2 b; 10 V.
- Differenzgeschäft 657 III.
- Diligentia quam suis 303 c.
- Dingliche Rechte 64; 355, 3; an Sachen extra commercium 133; an wesentlichen Bestandteilen 122.
- Dingliche Verträge, siehe Verfügungen.
- Diskont, Abzug des 425 III, 2; 704 γ.
- Dispensationen 333 oben.
- Dispositive Rechtsregeln; j. nachgiebiges Recht.
- Dissens beim Vertragschluß, offener 232 a; 234 d; versteckter 266 b.
- Dissidenten 110, 6.
- Dissimulierte Geschäfte 257, 2 b.
- Distanzkauf; j. Versendung.
- Divergenz zwischen Wille und Erklärung 256; j. Willensmängel.
- Dolmetscher 227, 3; bei der deutschen Sprache Unkundigen 224, 2 b; bei Stummen 224, 2 d; Ordnungsvorschrift 224 Abs. 7.
- Dolus 300; j. Arglist, Betrug.
- Domizil 104; Wohnsitz.
- Draufgabe 394; arrha poenitentialis 394 I; 447 γ; 452 β; Anrechnung 394 II; Rückgabe 394 II; im früheren Recht 335, 6.
- Dresdner Entwurf 18 II, 1.
- Dritte, Haftung für Verschulden eines D. 305 V; j. Gehülfen, Aufsichtspflichtiger; Bestimmung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts durch D. 367 IV; im Zweifel Wahl nach billigem Ermessen 367, 2; bei Verzögerung richterliche Entscheidung 368, 3; Form der Wahl 368, 5; Entscheidung ist unwiderruflich 368, 6; Bestimmung durch eine Mehrheit von D. 368 VI; Verträge zu

gunsten eines D. 397 ff.; 413, 2; 632 Abs. 1; 576 Abs. 2; 583 α ; Leistung an D. 414 III; durch D. 415 IV.
Drohung, Anfechtung wegen 272; 687 B; im früheren Recht 335, 10.
Dürftigkeit des Schenkers, Rückforderung des Geschenks 579 a; 585 a; Einrede gegen Schenkungsanspruch 579 b; 585, 2; Mehrheit der Schenkungen 580 a.
Duplit 67 b; der Verjährung 326 I.

E.

Echte Not 338, 2.
Echtheit der Willenserklärungen 174; f. Fälschung.
Edition von Sachen u. Urkunden 712.
Effektive Geldleistung 378 I. Abs.
Ehefrau, Wohnsitz 106; Name 101 γ ; 102 $\delta\delta$; der Geschiedenen 101 δ ; 102 $\delta\delta$; 112 III, 1; Änderung des Namens des Mannes 102 η .
Eheliche Kinder; f. Kinder
Ehemätkler 633 II, 2.
Ehemündigkeit 92, 2, 4.
Eherecht und Alerus 4 II; und bairisches Recht 30 II B II.
Eheschließungen vor 1900, 52 oben.
Eheverträge, im internationalen Privatrecht 47 VI; im intertemporalen Privatrecht 53 VI.
Ehrenrechte, Verlust der 96; 28, 3 B IV; Mitwirkung bei Beurkundungen 227, 3.
Ehrenunterschied 96 ff.; im früheren Recht 110.
Ehrloses Leben 96; im Mittelalter 110.
Eichhorn 17 VI.
Eigenhändige Unterschrift 219 ff.; 290 e.
Eigenschaften; f. Irrtum, Sachmängel.
Eigenmacht, eigenmächtige Rechtsausübung 343; 679 γ ; 689 VI, 2; Gesetz des Kaisers Markus betr. E. 352, 3.
Eigentumsanspruch u. Delikt 689 Abs. 2.
Eigentumserwerb vor 1900 51 unten.
Eigentumsvorbehalt beim Kauf 513 I; 488²; an Sachbestandteilen 122 I. Abs.
Eite von Reggau 6 VI.
Einbringung 643; f. Gastwirte.
Einkindschaftsvertrag 27 e B.
Einigung (Konsens) 231 ff.; 235 e; f. Diffens.
Einladung und Offerte 204 α, β .
Einrede 67 ff.; der Verjährung 326 ff.; der Arglist? 368 VI; der Stundung 68 B I, 2, II; des nicht erfüllten Vertrages 371; des Zurückbehaltungsrechts 374; der Hinterlegung 440 V; der Aufrechnung? 445, 3; der Wandlung, Preisminderung 519 $\alpha\alpha$;
Eolad, Bürgerl. Recht. 5. Aufl. I.

520 $\beta\beta$; 523; 524 b; 526 c; der Dürftigkeit 579 b; des Bürgen 659, 2 a; 660, 3; gegen den Rückgriff des Bürgen 663; gegen Anerkennung 671 IV, 2; gegen abstrakte Verträge 674, 3; Einrede des Delikts 687 IV; der ungerechtf. Bereicherung 712, 3; E. bei Verträgen zugunsten Dritter 399, 5; bei Forderungsabtretung 459, 3; bei Schuldübernahme 465, 4; 466, 5; E. hemmt Verjährung 322 a; Verzug 427, 4; schließt Aufrechnung aus 443, 3; Erfüllung eines durch E. entkräfteten Anspruchs rückforderbar? 704 γ ; nur im Prozeß? 327⁴; 351 Abs. 2.
Einrichtung (Wegnahme einer E.) 378; 558, 6.
Einschränkende Auslegung 35.
Einsseitige Rechtsgeschäfte 158 ff.; 629 Abs. 7; lästige von Beschränktgeschäftsfähigen 189 c; eines Vertreters 281 e; eines Vertreters gegenüber sich selbst 293 II; Form 213 ff.; Zustimmung zu 299 III.
Einsseitiges Versprechen 357.
Einsseitiger Vertrag 370 ff.
Einsturz von Gebäuden 695 IX.
Einstweilige Verfügungen des Gerichts 160 β .
Eintragung im Grundbuch 509 d; f. Auffassung.
Eintritt der Bedingung 237; 242 III; in fremde Schuld 666 II; 464.
Einwendungen 351 ff.; f. Einreden.
Einwilligung 299.
Einzelnachfolge 75.
Einziehungsauftrag 626, 3; 627, 5; 632, 3.
Eisernes Inventar 566, 2.
Elende (Ausländer) 111.
Embryo 80 2; 71, 2; 72 c; 690 Abs. 5.
Empfangsbedürftige Willenserklärungen 156 ff.; 199 ff.; Adressaten 156 c; Form der Abgabe 220, 3 a; 225, 3 a; formloser Zugang 199; formeller Zugang, Zustellung 202 b; Beispiele für rechtsunwirksamen Zugang (Kenntnisnahme!) 200 ff.; Widerruf der Erklärung 203 II; Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden zwischen Abgabe und Zugang der Erklärung 203 III; Übereinstimmung von Wille und Erklärung 256; Auslegung 252; Stellvertretung 276, 2; an beschränkt geschäftsfähige, geschäftsunfähige, bewußtlose 192 II; 178 II; 179 II; Vertragsannahme 206, 3.
Empfangstheorie 201 unten; 334, 5.
Empfehlung 667 IV.
Endtermine 313 III, 1.
Enteignungsbeschlüsse 332.
Entgangener Gewinn 385, 2c; 500 $\gamma\gamma$; 652 Abs. 2.

- Entgelt 101 c; 162 B II; 572, 2; 581 Abs. 5; 480 B; 484, 3.
- Entmündigte, Geschäftsfähigkeit 175 β , γ ; 180 β ; Rechtsgeschäfte von 175 I, 2; 181, 2; Rechtsgeschäfte des Vertreters eines 176 b; Rechtsgeschäfte eines E. nach Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses 176 c; 177 I. Abs.; 185 ϑ ; 189 Abs. 2.
- Entmündigung 92 ff.; wegen Geisteskrankheit und Geisteschwäche 92 ff.; wegen Verschwendung und Trunksucht 93 ff.; Minderjähriger 93 β ; Aufhebung der E. 93 unten; 94; Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft 95; im Mittelalter 109; Kollisionsnormen 112; Übergangsvorschriften 113.
- Entschuldbarer Irrtum 264, 4.
- Entrepreneurvertrag 615.
- Entwehrung 507; f. Mängel im Recht.
- Entwürfe des BGB. 19.
- Erbrecht; f. Gesamtrechtsnachfolge; Vererbung.
- Erfüllung der Forderungen 413; Vertrag? 413 II; unentgeltlich? 572 a. Animus solvendi des Erfüllenden 413 II; E. an die zur Verfügung zuständige Person 414 III; E. an einen Dritten (solutionis causa adjectus) 414 III; E. an Stellvertreter 415, 2; Ungültigkeit der E. an Nichtlegitimierte 415, 3; höchstpersönliche Leistungen 415 IV; E. durch Dritte 415 IV, 2; Widerspruch des Schuldners gegen die Leistung durch einen Dritten 415 unten; Leistungsangebot eines Dritten, dessen Recht durch die Zwangsvollstreckung in Sachen des Schuldners betroffen wird (jus offerendi) 416; cessio legis bei dem jus offerendi 416 β ; pflichtmäßige Leistung 416 V; Beweispflicht des Schuldners 416; Umdrehung der Beweislast durch Annahme „als E.“ 417 V; Teilerfüllung 417 VI; Verrechnung der zur Tilgung der Gesamtschuld nicht ausreichenden E. 417 VII; primäre Verrechnung der Zinsen und Kosten 418 b; subsidiäre Geltung der Verrechnungsvorschriften 419, 2; Ausstellen einer *Quittung* 419 ff.; Rückgabe des Schuldscheins, Anerkennung des Erlöschens der Schuld 419 b; Beweislast der Quittung 419, 2; Aufrechterhalten der Quittung als Erlaß 420 b; Legitimation des Quittungsüberbringers 421, 3; E. unter Vorbehalt 421 IX 1 a; Annahme der E. unter Vorbehalt 421, 1 b; unbegründeter Vorbehalt 422, 2; Erlöschen der Forderung durch E. 422 X; Fortleben der Forderung trotz E. 416 β .
- einer Nichtschuld 704 γ ; einer durch Einrede gehemmten, betagten oder befristeten Schuld 704 γ ; 243, 2 B; Kenntnis, Irrtum, Zweifel des Leistenden 705 β ; 706 B II; 710 c; Sittliche u. Anstandsverpflichtungen 705 γ ; eines formlosen Schenkungsversprechens, einer Spielschuld 706 Abs. 1, 2.
- Erfüllungsbahne, f. Annahme als Erfüllung.
- Erfüllungsgehilfen, Haftung für Verschulden der 307; 337 β ; f. Gehilfen.
- Erfüllungshalber, Leistung 438 ff.
- Erfüllungsort 422 ff.; Bestimmung durch Parteivereinbarung, Verkehrsrite, Natur des Schuldverhältnisses 423 III; subsidiärer E. des Wohnsitzes und der gewerblichen Niederlassung 422 ff.; Holschulden als Regel 423; Bringerschulden als Ausnahme 423; Gesetzliche Übersendungspflicht bei Geldleistungen 423 II; Gefahr und Kosten 423 II; Änderung des Wohnsitzes des Gläubigers 423, 1; Fiskus und öffentliche Kassen sind befreit von der Übersendungspflicht 423, 3; verschiedene Erfüllungsorte bei der Aufrechnung 442, 2 c; E. beim Kauf 492, 3; 504, 1; 518 ¹¹; beim Darlehn 590 Abs. 4, 5; f. Verendung.
- Erfüllungsurrogate 437.
- Erfüllungsübernahme 466.
- Erfüllungsort, Leistung an 437 ff.; Haftung des Leistenden für Mängel 438, 2.
- Erfüllungszeit 424 ff.; Fälligkeit der Forderung 424; Kündigung 424, 2; Diskont 425 III, 2; Stundungsvertrag 425 IV; Firgeschäft 425 V; Verkehrsrite 426 VI; Leihe 588, 3; Darlehn 592, 3; Verwahrungsvertrag 641 V.
- Erklärung; f. Willenserklärung.
- Erkrankung; f. Krankheit, Viehmängel.
- Erlaß 452 ff.; seitens eines verfügungsberechtigten Dritten 452; Vertrag 452 I; negatives Schuldanerkenntnis 453 II; Wirkungen eines E. zwischen Gläubiger und Gesamtschuldner 470 c; 666 II; Schenkung 576 B III.
- Erlöschen der Forderungen; f. Erfüllung; Vertragsantrag 208; 210; Vollmacht 282.
- Erlöschende Befristung 330.
- Ermächtigung zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes 190 d; zur Verfügung über fremde Rechte 194 δ ; 195 Abs. 3; bei Anweisung 626.
- Ermäßigung der Vertragsstrafe 393 e; des Mäckerlohns 634, 3 b.
- Ernstlichkeit, mangelnde 256 ff.; bei der Stellvertretung 291 g; bei der Forderungsbefristung 460 Abs. 1; 461 V.
- Erpressung; f. Bedrohung.
- Ersatz; f. Schadenersatz, Aufwendungen.
- Ersatzgeld 348 e; 394 Abs. 3.

Ersapflieferung beim Kauf 524, 2; 527 IV; 533 Abs. 5; 536 Abs. 1; Einrede 525 Abs. 1, 3; bei Werkvertrag 617 c; s. Sachmängel, Wandlungsanspruch.
 Erstattung; s. Schadenersatz, Aufwendungen.
 Ertrag 133 ff.; einer Stute 134 Abs. 1; eines Forstes, Bergwerks, Darlehns, Rentenrechts, Spekulationsgrundstücks, Droschkensperdes 134, 2 B; eines Weinbergs 135, 3 B I; neue Aktien kraft Bezugsrecht E. alter Aktien? 135, 3 B II; eines Bergwerks, Erbpachtguts 135, 3 B III IV; Rein- und Rohertrag 136, II; E. u. Frucht 139 II.
 Erwerb, Ablehnung 574, 3; 703, 2.
 Erwerbsbeschränkungen, Ausländer 97; 111.
 Erwerbsgeschäft, Betreiben eines E. durch beschränkt Geschäftsfähige 190 d.
 Erwerbsrechte 60, 5.
 Erzeugnisse 136 ff.
 Erzwungene Willenserklärungen 174, 3; 272 II.
 Essentialia negotii 236.
 Eventualaufrechnung 444, 1 b.
 Eviktion 507; s. Mängel im Recht.
 Exceptio 67 ff.; doli 369 VI; s. Einrede.
 Expromission 464 ff.
 Expropriation; s. Enteignungsbeschlüsse.
 Extensive Auslegung 35.

F.

Facultas alternativa 363 g.
 Fälschung einer Willenserklärung 174; 269, 3.
 Fahrlässigkeit 301 ff.; leichte u. grobe 301; 577 a; 587 b; 649 Abs. 1; 680 a; 37 B II;
 Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat 302 b B; 304, 3; culpa in concreto 303 c, 640 a; Gutgläubigkeit 303, 2; kennen u. kennenmüssen 304, 2; culpa levissima im früheren Recht 337, 3.
 Fahrnisfachen 116 ff., 119; 146.
 Facsimile 219 b.
 Familienname 100 ff.; s. Name.
 Fehler; s. Sachmängel.
 Fehlgeburt 80.
 Feiertage 313 III; bei der Verjährung 323 e.
 Fernsprecher; s. Telefon.
 Feststellungsklage 330¹⁰.
 Fiduziar 70.
 Fiduziarische Verträge 260; rechtsgeschäftliche Schleichwege und F. 260, 8 b.
 Fiktion 149.
 Findlinge, Familienname 101 Abs. 2; Vorname 102 I, 2.
 Firma 104 IV.

Fiskus 441 I. Abs.; 423, 3; s. Bb. II.
 Firgeschäft 425 V; 506 III; Schadenersatz wegen Nichterfüllung 430 γ; Rücktritt 436 III; Aufrechnung 442⁸.
 Forderungen 354: 64; Begründung 357; 358 II; Abtretung von F. 455; Erlöschen der F. 413; 437; Erfüllungsurrogate 437; Cessio legis 463; Erfüllung u. Aufrechnung bei Vorhandensein mehrerer 417 VII, 445 III; Delikte gegen Forderungen 676 β; 688 VI, 1.
 Forderungskauf 543 II.
 Form der Rechtsgeschäfte 213 ff., 359, 706 B I, 1; Schriftlichkeit 219 ff.; Beglaubigung 228 ff.; im früheren Recht 335; Kollisionsnormen 339; Übergangsvorschriften 340.
 Fortnahmerecht 378; 558, 6.
 Frankfurter Reformation 11 oben.
 Französisches Recht 16; s. code civil.
 Frau, Rechtsstellung der 90; s. Ehefrau.
 „Freibleibend“, Klausel 153 B IV; 205 Abs. 1.
 Freiheitsberaubung 691 III.
 Fremde; s. Ausländer.
 Fremdes Verschulden; s. Haftung.
 Friedlosigkeit 107.
 Fristen 311 ff.; Anfang und Ende 312; Verlängerung 313 e; Ruhen der F. 314 2, IV; im früheren Recht 337 ff.; s. auch Zeitablauf, Verjährung, Befristung.
 Früchte 136; früheres Recht 147, 3; Übergangsbestimmungen 147 I. Abs.; auf dem Halme 475 b; bei der Miete 561 e; 563 b; bei der Pacht 565, 2, 3; s. Ertrag, Nutzungen.
 Frühgeburt 80.
 Fungible Sachen; s. vertretbare Sachen.
 Fürsorge bei Dienstvertrag 602, 3; 604, 8 b; 610 Abs. 2; bei Werkvertrag 620, 4; bei Auftrag 625, 3.
 Fütterungskosten 536 Abs. 4; 558, 6 587 c.

G.

Gail 12 III.
 Garantie 666 III; s. Zusicherungen.
 Gastaufnahmevertrag 643; 552 Abs. 5.
 Gasthaus, Inventar 126 c; 524 β β; Miete und Pacht 551 Abs. 4; Preise 483 b B.
 Gastwirte, Einbringungen von Sachen 643; Vertrag? 644, 2; Eisenbahnen, Dampfschiffe, Schlafwagen 643 a; Omnibus, Portierloge 644 Abs. 2, 4; Reisegepäck, Sachen, die Gast bei sich trägt 644 Abs. 4, 6; Ablehnung durch den Wirt 644 Abs. 5; 645,

- 2b, 4; Verschulden des Gastes 645, 1a; Wertfachen 645, 2; Anzeigepflicht 645, 3b. Gattungskauf 490, 4; 514b; 524, 2; 528, 2; 530, 1; 533 Abs. 5.
- Gattungsoobligationen 364; rechtsgeschäftliche Bestimmung des Wahlberechtigten 364; im Zweifel wahlberechtigt der Schuldner 364a; willkürliche Wahl 364b; mittlere Art und Güte 364b; Zeitpunkt der Wahl des Schuldners 364c; Erlöschen des Wahlrechts durch Beschaffen einer Sache seitens des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung 364c; Konzentration 364d; Form der Wahl nach der Pfleierungstheorie 365 oben; jus variandi des Schuldners 365f; Lieferung von Sachen aus einem individuell bestimmten Vorrat 365g; 491 Abs. 1; genus perire non censetur 403 II, 2; Unvermögen bei Verzug des Schuldners 427b; Verzug des Gläubigers bei G. ohne Ausscheidung 431 Abs. 4; Gefahrübergang bei G. 432 β ; 490, 4.
- Gebrechen, leibliche 95; im Mittelalter 109.
- Geburt 80 ff.; Vitalitätsbeweis 107.
- Geburts- und Sterbeurkunden (Beweiskraft) 81.
- Geburtsstände 95.
- Gefälschte Erklärungen; s. Fälschung.
- Gefahr, Tragung der G. des zufälligen Untergangs 308 ff.; die G. trägt der Gläubiger 401c; bei gegenseitigen Verträgen 405c; Übergang der G. durch Konzentration bei Alternativobligationen 362; durch Konzentration bei der Gattungsschuld 364d; bei der Wahlschuld 367d; im Falle des Verzuges des Schuldners 428a; bei der Gattungsschuld im Falle des Verzuges des Gläubigers 432 β ; bei gegenseitigen Verträgen im Falle des Verzuges des Gläubigers 433 γ ; Gefahr u. Kosten bei der Übersendung einer Geldschuld 423, 1; Surrogate demjenigen, der die Gefahr trägt 409; Befreiung von der G. durch Hinterlegung beim Verzuge des Gläubigers 434b; Bestehenbleiben des Rücktrittsrechts trotz zufälligen Untergangs des Gegenstandes 448c; 518 β .
- beim Kauf 486; 542 II; rechtl. Bedeutung 489, 3; 491 II; bei Teiluntergang der Kaufsache 486, 1; bei Beschädigung, Sachmängeln 491 II; 515 ϵ ; 518 β ; 535 I, II; bei Verlust, Diebstahl, Unterschlagung 491 II; Gefahrübergang bei Übergabe 486a; 487 B I; bei Übergabesurrogaten 487 γ ; 504 Abs. 2; bei Auflassung 486 α ; 487 B II, 1; bei Annahmeverzug 487 δ , B II, 4; bei Eigentumsvorbehalt 488 Abs. 1; bei Doppelverkauf derselben Sache 488 I. Abs.; bei bedingtem Kauf 491, 5; beim Gattungskauf 490, 4; bei mangelhafter Erfüllung seitens des Verkäufers 489b; 513 Abs. 2; beim Fernverkauf 486 β ; 505, 2; 506a; Zurückübertragung der Gefahr 505 Abs. 6; 518 β .
- Gefahr bei Miete 553 I, 1; bei Schenkung 577 2a; bei Leihe 587 Abs. 2; bei Darlehen 590, 3a; bei Dienstvertrag 597 I, 2a; bei Werkvertrag 613, 2; 611; 619a; bei Auftrag 624b; bei Verwahrung 640, 1b.
- , gemeinsame Lebensgefahr 89.
- Gegengeschenk 573d;
- Gegenleistung bei Schenkung 581 I; bei Leihe 586 I; bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung 404 III; 497 β ; 538b; 539 Abs. 3, 4.
- Gegenseitige Verträge 370; 404 III; 409c; 429b; 433 γ ; 577 IV, 1; 581 I; 584 II; 589 IV, 1; 634³; s. Verträge.
- Gehülfen und Vertreter, Zulässigkeit der Zuziehung bei Vollmacht 281d; 288d; 342 III; 415 IV; 598, 2; 615, 1a; 625 Abs. 1; 635e; 640b; Haftung für sie bei Vornahme von Rechtsgeschäften 306, 2a; Arglist des Gehülfen 306 I. Abs.; bei Erfüllung von Verbindlichkeiten 307b; 403, 1; 427a; 505 Abs. 4; 598, 2; 615a; 625 Abs. 1; 640b; bei Vornahme von Delikten 682, 1a; 683b; 684, 4a; 688, 2a; 698, 1; auch dann, wenn der Gehülfe persönlich schuldlos ist? 685^o; 685 I. Abs.; im Fall eignen Verschuldens 305 V, 1; 598, 2b; bei der Schuldaufrechnung (254) 387c; bei Rücktritt und Wandlung 449 β ; 518 β , γ ; vertragsmäßiger Ausschluss der Haftung 308 VI; älteres Recht 337, 2; 720 XIV, 2.
- Geisteskrankheit, Entmündigung wegen 92.
- Geisteschwäche, Entmündigung wegen 92.
- Geistesstörung 175 ff.; 180 β ; lucida intervalla 175b; vorübergehende 179 ff.; 36 oben; s. Geschäftsfähigkeit, Geschäftsunfähige.
- Geistliche 96; im früheren Recht 110.
- Geld 130 III; Geldwährung 130; Wert des G. 130 ff.; Nennwert des G. 131 ff.; Annahmepflicht 131; Nachträge XVI; Passiergewicht einer Goldmünze 131 unten; Kurswert ausländischen Geldes 132; Nichtgeld 132.
- Geldersatz bei Schadenszufügung 388 VI.
- Geldschuld, Erfüllungsort bei der 423; 642 β .
- Gelegenheitspreis 129 II.
- Geltungsbereich des BGB. 21; 30 II.
- Gemeines Recht vor 1900 30 Abs. 4; Geltungsbereich 16; G. und Rezeption 8 IV.

- Gemeines Recht, Gesetzesrecht 30 II; Gewohnheitsrecht 32 II.
- Gemeinsame Lebensgefahr 89.
- Gemischte Bedingungen 237; gemischte Verträge 480; 585 III; f. Auflage.
- Genehmigung 298; 182 b; von Mängeln 515 d; f. Billigung.
- Generalvollmacht 281 c; 286 B, II, 2.
- Genießer eines Rechts 70 ff.
- Genusskauf; f. Gattungskauf.
- Genussobligationen; f. Gattungsobligationen.
- Gerichtliche und notarielle Beurkundung 222 ff.; Beglaubigung 228.
- Gerichtsgebrauch (Juristenrecht) 33 ff.; 11.
- Gerichtsnotorische Tatsachen 351 unten.
- Gerichtsvollzieher, Zustellung 202.
- Gesamtforderungen f. Bd. II (Gemeinschaftsrecht).
- Gesamthandschuld 472, 2.
- Gesamtrechtsnachfolge 75.
- Gesamtschuld 470 ff.; 477 XIV; Entstehung: durch gemeinsamen Vertrag 470 a; durch gemeinsames Delikt 470 a; 682 a; durch Gesamtverpflichtung zu einer unteilbaren Leistung 470 a; Inhalt 470 b; einmalige Bewirkung der Leistung befreit alle Schuldner 470 c; Erfüllung, Leistung an Erfüllungsort, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaßvertrag, Versehen in Verzug seitens eines Schuldners wirkt für alle 470 c; Verzug, Kündigung, Urteil, Konfusion in der Person eines Schuldners wirkt nur für diesen 471 d; Verhältnis der Schuldner untereinander 471 e; 687 V; 665 Abs. 1.
- Geschäftsbesorgung 594 a; Dienstvertrag 597, 2; 599, 5; 602, 2; 606 b; 608 VIII, VII, 2; Werkvertrag 612, 2; 616 d; 619, 2 a; 622 IV, 1; VI; Auftrag 624; ohne Auftrag 646.
- Geschäftsfähigkeit 175 ff.; Gegensatz zur Verfügungsfähigkeit 193 I, 1; 194 γ ; zur Zurechnungsfähigkeit 305 c; bei der Stellvertretung 289 a; 295 a; Geschäftsunfähige Personen 175 ff.; passive Geschäftsunfähigkeit 178; bewußtlose oder vorübergehend geistesranke Personen 179 ff.; beschränkt geschäftsfähige Personen 180 ff.
- Geschäftsführung ohne Auftrag 646; Rechtsgeschäft? 647, 4 a; nur auf Vermögensangelegenheiten bezüglich? 646 ²; in eigenem Interesse 651 V; im Interesse des Geschäftsherrn und eigenem Interesse 646, 3 a; 649 vorl. Abs.; Irrtum über Person des Geschäftsherrn 646, 3 b; Geschäftsfähigkeit der Beteiligten 647, 4 b; Pflichten des Geschäftsführers 647 II; Rücksichtnahme auf den Willen des Geschäftsherrn 648 b, 2 a; 649, 1 b; 651, 2; wirkliches Interesse des Geschäftsherrn 647, II a; 650 Abs. 1; 651, 2; Abwartung der Entschlüssen des Geschäftsherrn 648 c; Anzeige und Rechnungslegung 648 c; 649, 3; öffentl. Interesse und Unterhaltspflicht 648, 2 a; dringliche Gefahr 649 Abs. 1; Rechte des Geschäftsführers 649 III; Arbeitslohn 649, 1 a; unentgeltliche Geschäftsführung 650, 3; Genehmigung durch den Geschäftsherrn 649, 1 a, b; 649, 4.
- Geschäftsgeheimnis, Kauf 481 II, 1; Verrat 676 γ ; 677 Abs. 2 II, 1.
- Geschäftsirrtum 267, 9; f. Irrtum.
- Geschäftsunfähige Personen 175 ff.; wer ist geschäftsunfähig? 175; lucida intervalla 175 b; Rechtsgeschäfte der 175, 2; 289 a; nichtrechtsgeschäftliche Wirkungen dieser Rechtsgeschäfte (Vereicherung, Delikt) 176 oben; Geschäfte des Gewalthabers 176 b; Geschäfte eines vormalig Geschäftsunfähigen aus der Zeit der Geschäftsunfähigkeit 176 c; Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses 177 unten; passive Geschäftsunfähigkeit 178; Schenkungen 577, 3; 585 IV, 1; Unzurechnungsfähigkeit 304, 4.
- Geschäftswille 154; f. Willenserklärung.
- Geschichtliche Schule 13, 2.
- Geschlechtliche Delikte 692 V.
- Geschlechtsunterschied 90, 108.
- Gesetz, als Rechtsquelle 22; als Rechtsregel 23 III; Gesetzesrecht 25 ff.; Auslegung 35 ff.; Rückwirkung neuer Gesetze 48 ff.
- Gesetzesrecht 25 ff.
- Gesetzesumgehung 260, 8 b.
- Gesetzliche Vertreter 287 ff.; 291 Abs. 1 III; 307 b; 387 c.
- Gesetzlicher Wohnsitz 105, 2.
- Gesetzliche Schriftform 213 II.
- Gefinderecht 29 unten; 609; Gefindemäcker 633, 4; 634, 3 b.
- Geständnis 670, 2.
- Gestaltungsrechte 60, 5.
- Gesundheit; f. Fürsorge, Krankheit, Viehmängel.
- Gesundheitsbeschädigung 677 Abs. 3; f. Körperverletzung.
- Gewährfrist 535 I, II; 536, 2 a, 3, IV.
- Gewährleistung; f. Mängel im Recht, Sachmängel.
- Gewalt, höhere 310 ff.; 323 c; 645, 1 c.
- Gewerbetreibende 95; Verjährung der Ansprüche von G. 316, 2 a; 317 c, α , β .

Gewinn (Ertrag eines Gegenstandes) 134 ff.;
f. entgangener G.
Gewohnheitsrecht 31 ff.; contra legem 32, 3;
24 Absf. 3; partikuläres G. 31 I, 1, 2; 32,
3 II; 24 Absf. 3; seine Erwähnung in Ge-
setzen 53 unten; das alte bürgerliche Recht
ein Gewohnheitsrecht? 4 I ff.
Goslarer Statuten und Sachsenspiegel 6 V.
Gottespfennig 4 II; 335, 6.
Glossatoren, Schule der 10 V.
Grade der Verwandtschaft 98.
Grammatische Interpretation 35 ff.
Gratifikation 596, 2; 600 c.
Gregorianischer Kalender 311.
Großjährigkeit; f. Volljährigkeit.
Grund- und Nebenrechte 66.
Grundstücke 116 ff.; Preisgabe des Grund-
stücksbesitzes bei Annahmeverzug 434 a; im
internat. Privatrecht (Realstatut) 45 a;
intertemp. Privatrecht 51, 2 b, a.
Grundstücksbestandteile 116 b; Rechtsprechung
des Reichsgerichts 124 V.
Grundverhältnis bei der Vollmacht 281.
Guter Glaube 303, 2; bei der Vollmacht 288 g.
Gute Sitten, Geschäfte gegen die 245 ff.; De-
likte gegen g. S. 678 c; 679 c; 681 c; Em-
pfang gegen g. S. 707, 3; 710, 2 b.

H.

Haager Verträge 44 b.
Haftung für Verschulden und Zufall 300 ff.;
336 II; Ausschluß der H. für Verschulden
308 VI; H. bis zur höheren Gewalt 310;
Abschwächung der Schuldnerhaftung bei Ver-
zug des Gläubigers 432 II a; H. bei Verzug
des Schuldners 428 a; H. bei Resignation 463
Absf. 2; f. Gehülfsen, Schadensersatz.
Halm, Früchte auf dem 475 b; Verbot des
Verkaufs der Früchte auf dem H. 4 Absf. 3.
Handeln im eignen und im fremden Namen
275 b; 193, 2 a.
Handelsgesetzbuch 14, 3; 20, 4.
Handkauf 540 Absf. 3.
Handlungsfähigkeit; f. Geschäftsfähigkeit, Zu-
rechnungsfähigkeit.
Handzeichen 220, 1 b, 2 b; 228, 1 b; 229 II, 1.
Hansestädte, Rechtsentwicklung 12 oben.
Hauptmängel; f. Viehmängel.
Hauptsache 125 ff.; 524, 3, 3.
Hausgesetze der hochadligen Familien 25 c;
Zuständigkeit der H. 28 c.
Heimlicher Vorbehalt; f. Mentalreservation.
Heiratsvermittler 633 II, 2.

Hemmung der Verjährung 322 ff.; 618 g.
Herrenlose Rechte 71; Nachbarschaft eines un-
geborenen 71, 2 B.
Herrschaftsrechte 60, 5.
Sinkende Goldwährung 147 III.
Sinkende Verträge 184 ff.; 333 ff.
Hinterlegung 439 ff.; 342 V, 1; Gegenstand
der H. 439 I; Hinterlegungsstellen 439 I;
Eigentumsverhältnisse an den hinterlegten
Sachen 439 I; widerrufliche und unwiderruf-
liche H. 440 V, III; keine Pfändung des
Widerrufsrechts 440 Absf. 6; öffentliches
Aufgebot hinterlegter Sachen 440 unten; bei
gegenseitigen Verträgen 440 IV; Kosten der
H. 441; bei Annahmeverzug 434 b; bei
Ungewißheit des Gläubigers 436 V.
Historische Schule 13, 2.
Höchstpersönliche Rechte 78, 2.
Höhere Gewalt 310; 323 c; 645, 1 c.
Höhere Dienste 595 e, 605 b, 606 a.
Hof- und Dienstrecht 4 III.
Hoffnungskauf 545 II.
Honorar; f. Lohn.
Hypnose 179 I, 1.
Hypotheken auf der Kaufsache 507, 508 β; 510,
1 B; 510, 2 a B.
Hypothekenerwerb vor 1900 51 unten.

I.

Jahr 313 d.
Jahr und Tag 337 III.
Ideeller Schaden; f. Affektionswert.
Immobilien 116.
Indirekte Stellvertretung 297.
Individualrechte; f. Persönlichkeitsrechte.
Inhaberpapiere im II. Band.
In integrum restitutio 334 δ.
Inkassoauftrag; f. Einziehungsauftrag.
Interesse, negatives 390; Mangel der Ernst-
lichkeit 258 γ; Anfechtung wegen Irrtums
265, 5; 269, 2; Stellvertretung ohne Ver-
tretungsmacht 295 ββ; ursprüngl. objekt.
Unmöglichkeit 407; bei Rücktritt vom Ver-
trage 501 b; f. auch Schadensersatz, Affek-
tionswert.
— als Voraussetzung des Rechts 341 Absf. 3.
Interlokales Privatrecht 47 VII.
Internationale Verträge u. intern. Privat-
recht 41.
Internationales Privatrecht 40 ff.; Geschichte
54 V; Prinzip des deutschen I. 41 II; Per-
sonal-, Real-, Deliktsstatut 41 ff., 45 b;
mehrfache Staatsgehörigkeit 45 I. Absf.;

- Streitfragen im *J.* 43; spezielle Kollisionsnormen 43; deren Quellen 43 ff.; Weiterverweisung 46; Rückverweisung 46; Parteibestimmung im *J.* 47 VI; 478 f.; Zweckwidriges und unsittliches Auslandsrecht 46 a, b; zweifelhafte Fälle 47 V; s. Kollisionsnormen.
- Interpretation 35 ff.; s. Auslegung.
- Intertemporales Privatrecht 48 ff.; Prinzip des deutschen *J.* 48 II; spezielle Übergangsvorschriften 51; Quellen des *J.* 51 III; Zweckwidrigkeit einer alten Rechtsvorschrift 52 IV, 2; zwingendes neues Recht 52, 3; nachgiebiges neues Recht und Parteivereinbarung 53 VI; zweifelhafte Fälle 53 V; Rechte an Grundstücken vor 1900 51, 2 b a; Heirat vor 1900 (Güterrecht) 52 oben; Testamentserrichtung vor 1900 52 oben; s. Übergangsvorschriften.
- Inventar, eines Grundstücks 124 B I; eines Landguts 125 b; beim Pachtgut 566; Schätzungswert 566, 2; lebendes *J.* 566 I. Absf.; Verfügung über das *J.* 567 Absf. 1; Eigentum an den Inventarstücken 567 Absf. 2.
- Inventarisaton 395 ff.
- Irrtum 261; über den Sinn der Äußerung 261 *β*; über die Form der Äußerung 261 *α*; über Eigenschaften 261 *γ*; als Anfechtungsgrund 261 ff.; Erheblichkeit des *J.* und wesentliche Eigenschaften 262; 263; Anfechtungsberechtigte 264, 2 a; 266 a; verschuldeter Irrtum und Rechtsirrtum 264, 4; Schadenserfolg 265, 5; *J.* des Empfängers einer empfangsbed. Erklärung 265, 7; *J.* in der Auslegung der Offerte 266, 8 a; versteckter Dissens 266, 8 b; durch Täuschung 270 ff.; bei der Stellvertretung 291 g; des Boten 267 III; über Mängel der Kaufsache 529, 2 b; bei Vergleich 668, 4; bei Unkenntnis 671, 4; bei Erfüllung einer Nichtschuld 705 *β*; im Beweegrunde 267, 9; kann Verschulden ausschließen 302 III, 1; 303, 2; 304, 3; 680, 3 a B II, III.
- Juden, Religion im Mittelalter 110; 111; Judenprivileg (Wucher) 474 VIII.
- Jugendliches Alter 90; 108, 2.
- Jungvieh 566 I. Absf.
- Jura novit curia 11 II, 1; 35 I.
- Jura quaesita (wohlerworbene Rechte) 57.
- Juristenrecht 33 ff.
- Juristische Früchte 138.
- Juristische Personen im II. Bd.; s. Seite 72 II, 2 b.
- Juristische Tatsachen 149.
- ius tollendi 378; 558, 6.
- K.**
- Kaiserrecht, kleines, als Rechtsbuch 6 VI.
- Kalender 311.
- Kanonisches Recht und Rezeption 10 V.
- Kannrechte 60, 5.
- Kant 17 VI.
- Kapitularen, karolingische 6 Absf. 2.
- Karolinger, Zeit der *R.* und bürgerl. Recht 5 IV; Rechtszersplitterung zur Zeit der *R.* 5 IV Absf. 5; Kapitularen der *R.* und lex Salica 6 Absf. 2.
- Kassatorische Klausel 447 a.
- Kausalbedingungen 237.
- Kauf 481, von Rechten und andern unförperlichen Gütern 481 II, 1; 482 a; 542; Gegensatz zu andern Verträgen 549 I; 551 I, 2; 480 I, 484, 3, III; 612, 3; 654, 3; Kauf nicht vorhandener Gegenstände 481, 2; künftiger Gegenstände 482 *β*; von Gegenständen, die nicht dem Verkäufer gehören 482, 3; 507; 513 III; unveräußerl. Gegenstände 483, 4; Kaufpreis 483 II; 537 I; 486, I; 489, 3; 496, 3; 513, 1; 517 a; 519 a a; 525, 3; 529, 2 a; Zinsen 539, 2; Beweislast 540, 3; Stundung 538 b, c; 539 b; Form 485 b; Kauf in Zwangsvollstreckung u. dgl. 485, 2; mehrfacher Verkauf derselben Sache 488 I. Absf.; 547, 10 a; Übergabepflicht 492; Übereignungspflicht 507; 513 III; Pflicht zur Beseitigung der Lasten der Kaufsache 507; Eigentumsvorbehalt 513, 1; 488 *2*; Gewährleistung für Eigenschaften der Sache 514; 532; für Quantitätsmängel 531, 2; 532 b; 534 e; für Lieferung eines andern 530 VII, 1; für falsche Lieferungsart 531, 2; 506, 4, 6; Kauf nach Probe 532 a; auf Probe 544; s. Annahmeverzug, Gefahr, Kündigung u. Rücktritt, Mängel im Recht, Sachmängel, Schadenserfolg, Verschuldung, Verzug des Verkäufers, Verzug des Käufers, Viehmängel.
- Kauf bricht nicht Miete, s. Bd. II.
- Kaufwerkvertrag 622.
- Kaufleute 95.
- Kausalzusammenhang 382 IV.
- Kerber, als Ungläubige im Mittelalter 110, 6.
- Kinder 90 ff.; Geschäftsunfähigkeit 175 ff.; Unzurechnungsfähigkeit 304 ff.; Wohnsitz für eheliche und uneheliche *R.* 106; Name ehelicher *R.* 100, 1; Name unehelicher Kinder 100, 1; Name legitimerter Kinder 101 a; Vorname 102, 2.
- Kirchenbücher 108 c.

- Klageverjährung, römische und Anspruchsver-
 jähung 338.
 Kloster, Eintritt in ein 110 oben.
 Klostergeistliche (Vermögensunfähigkeit) 110.
 Knechte 4 III.
 Kodifikationen 14 ff.
 Körperverletzung 691 II; 697 X; 699 c; 701 III.
 Kognaten 99 d.
 Kollaterale 98.
 Kollision der Rechtsregeln; zeitliche 48 ff.; ört-
 liche 40 ff.
 — der Rechte 342 IV.
 Kollisionsnormen, Verschollenheit 112; Todes-
 erklärung 112; Entmündigung 112; 44 a B,
 d. B; Name 112; Wohnsitz 112; Geschäftsz-
 fähigkeit 339; verbotene Rechtsgeschäfte 339;
 Form der Rechtsgeschäfte 339; Zugangsort
 339; locus regit actum 340; Statut des
 Erfüllungsorts 477 ff.; (Theorie des Reichs-
 gericht's 478 f.); Spiel 46 c B., Delikte, Ge-
 schäftsführung ohne Auftrag 42 c; 721;
 44 I. Absf.; ungerechtfertigte Bereicherung
 722; s. internat. Privatr.
 Kolonien; s. Schutzgebiete.
 Kommissionen bei Schöpfung des BGB. 19 ff.
 Kommorienten 89.
 Kommunalanleihe, Mündelsicherheit 144 III.
 Kompetenz; s. Dürftigkeit.
 Kongregationen 96, 4.
 Konfusion 454; 662 b.
 Königsgesicht und bürgerliches Recht 5 IV.
 Konkordante Handlungen 213 I; 211 unten.
 Konkurrenz der Rechte 342 IV.
 Konkurrerendes Verschulden; s. Schuldauf-
 rechnung.
 Konsens 231 ff.
 Konsensualverträge und Rezeption 10 V B.
 Konstitut (Schuldkonstitut) 453 IV.
 Konstitutiver Rechtserwerb 74 IV.
 Konsulargerichtsbezirke, Recht in den 30 unten.
 Kontrakte; s. Verträge.
 Konvaleszenz, der nichtigen Verfügung 195.
 Konversion, eines nichtigen Rechtsgeschäfts 167 d.
 Körperliche Gebrechen 95; 109.
 Korrealgläubiger 469 ff.
 Korrealschuldner 470 ff.
 Kosten, Unrechnung der Erfüllung auf die R.
 418 b; R. der Hinterlegung 441 VI; Auf-
 rechnung von R. 445 III, 2; beim Kauf
 492, 2; 506, 3, 6 b; 509, 2; 516, 2; 524 „;
 536 Absf. 4; 541 IV; 543, 3; s. Aufwendungen.
 Kostenanschlag S. 620 b.
 Kraftloserklärung einer Vollmacht 284 „; „;
 eines Schuldscheins 419 b.
 Krankheit beim Dienstvertrage 597 b; 603 c;
 609, 2; beim Werkvertrage 620, 4.
 Kreditauftrag 665 I.
 Kreditwucher 247, 474 VIII.
 Kriegverschollenheit 83 „.
 Krüppel 109.
 Kündigung und Rücktritt 447 I; muß unbe-
 dingt erklärt werden 424, 2; 412 V; bei
 Unmöglichkeit der Erfüllung 404 „; 407 V
 1; 408 V, 2; bei nicht rechtzeitiger Erfüllung
 429, 2; 436 II, III; beim Kauf 493, 2;
 497 a; 498, 4; 501 b; 510, 1, 2 a; 511 b;
 517, 1; 529, 1 a; 533 Absf. 5; 537 „;
 538 b, c; 541 ¹⁰; 542 I. Absf.; bei Miete
 555 c; 556, 5 a; 557 „; 558 d; 562 c; 567,
 1, 2; 568, 3, 4; 570, 7, II; bei Pacht 588
 V; bei Darlehn 592 V; bei Dienstvertrag
 601, 7; 604, 6; 605 I, II; 606 III, IV;
 bei Werkvertrag 617, 3; 621, 5, II; 623 b;
 bei Auftrag 625, 1; bei Mäntlervertrag
 636 VII; bei Verwahrung 641 V; bei
 Bürgschaft 662 c; 661 vorl. Absf.
 Kumulative Schuldübernahme 467, 666 II.
 Kundschaft, Kauf 481 II, 1.
 Kunkelnagen 99 d.
 Kurächtsliche Devisen 12, 3.
 Kurzwert ausländischen Geldes 132 V.

L.

- Laesio enonnis 475 b.
 Latenspiegel 10 VI.
 Landesgesetzrecht 25 ff.; 24 Absf. 3.
 Landesgewohnheitsrecht 31 I, 1; 32, 2 b, 3 b;
 24 Absf. 3.
 Landesherrliche Familien 91, 1 c; 31 „.
 Landesverordnungen 25.
 Landgüter 116 ff.; Inventar 125 b, 565 ff.
 Landrecht, badisches 16 oben; 29 Absf. 3 VI;
 bayrisches 10 I; 29 Absf. 3 V; oberbayrisches
 4 I; preußisches 14 I; 16; 29 Absf. 3;
 württembergisches 11 oben.
 Landrechte 4 I.
 Landwirtschaftliche Grundstücke 116 ff.; 564 ff.;
 Unerbenrecht 26 B II.
 Langobardische Gesetze 4 I.
 Laster, lex (RGes. vom 20. 12. 1873) 18, 3.
 Lasten 142 ff.; der Kaufsache 507; 508 „;
 541 I; bei Verzug der Parteien 542 Absf. 4;
 der Mietsache 558, 6; der Pachtsache 564 II.
 Leben, Beweis 81; ehrloses Leben 96.
 Lebensalter 90, 109 oben; 312 Absf. 6.
 Lebensfähigkeit 80; im früheren Recht 107, 1.
 Lebensgefahr, gemeinsame 89.

Lebensvermutung 86, 2; 88 III; 108.
 Lebensversicherung 397 b β ; 691^o.
 Legalinterpretation 38, 4.
 Leges barbarorum 4 I.
 Legitimierte Kinder, Name 101 a; 102 aa.
 Lehnrecht 5 III; Verschweigung im L. 338.
 Leib, lebender des Menschen, Rechte am 114.
 Leibeigene 109.
 Leibesfrucht 80; f. Embryo.
 Leibniß 18 I.
 Leibrente 396; 578 e; Form 396 I; Dauer 396 II; Leistungsart 396 IV.
 Leichnam, Rechte am 115 Absf. 2.
 Leichtsinn, Ausbeutung des 247 b.
 Leihe 586; Schenkung? 586 Absf. 6; Realvertrag? 586 III; Haftung des Verleihers 587 b; des Entleihers 587 c; Verzug 587 Absf. 1; Verjährung 587 Absf. 2; Weiterverleihen 587 Absf. 2, 7; f. Kündigung.
 Leistung, Forderung und L. 355 ff.; positive Handlung und Unterlassung 356 II, 1; wirtschaftliche Natur der Leistung 356 II, 2; Bestimmtheit der L. 360; L. nach Treu und Glauben 368 VI; Teilbare und unteilbare 369 ff.; Zurückweisung von Teilleistungen 370; 417 VI; L. von Geld 378; L. von Zinsen 379 ff.; verbotene L. 410; L. zwecks Erfüllung 413 ff.; L. an Dritte 414 III; in Person 415, 1; durch Dritte 415 IV; Mehrheit von L. 417 VII; unter Vorbehalt 421 IX; an Erfüllungsstatt 437 ff.; erfüllungshalber 438; an Nichtberechtigten 414, 1; 415, 3; 707, 2; gegen gute Sitte oder Gesetz 707, 3; 710 b; f. Gegenleistung, Erfüllungszeit, Erfüllungsort, Unmöglichkeit.
 Letztwillige Verfügung 160 a; 161 Absf. 2.
 Lex Anastasiana 475, 2 b; 476 Absf. 2.
 Lex Laster 18, 3 (Gesetz v. 20. 12. 1873).
 Lex originis u. domicilii 55; 45 b.
 Lex rei sitae 42^b.
 Lex Salica 4.
 Lex posterior derogat priori 37.
 Lex specialis derogat generali 36, 2.
 Lichte Zwischenaugenblicke 175.
 Lieferung; f. Erfüllung.
 Lieferungsvertrag 623.
 Liegenschaften 116 ff.; im früheren Recht 146.
 Linien der Verwandtschaft 98 ff.
 Liquidität bei der Aufrechnung 443, 4.
 Locatio conductio rei 550; 715 II; operarum 593; 716 V; operis 610; 716 V.
 Locus regit actum 339 unten.
 Lohn beim Dienstvertrage 595 III; 597 I; 600, 6; 600, 1; 607, 2; beim Werkvertrage

611 β ; 613 III; 613, 2; 619, 1; bei Mätkervertrag 634 III; 635 a; 636; bei Auslobung 637 IV; bei Verwahrung 641, 3 a; bei auftragloser Geschäftsführung 649^b; bei ungerechtf. Bereicherung 703, 2; bei Rücktritt 450 β ; Lohnabzug 597 I, 2; 609, 2; 600, 6; 607, 2.
 Lösungsanspruch 20 g I.
 Loß 638 Absf. 1, 3, 5; 342 IV.
 Lotterie 656 II; landesrechtliche Erlaubnis 657 Absf. 3.
 Lübisches Recht, Stadtrecht 4 I; Rechtsprovinz des 5 IV; Landesgesetz 11 oben.
 Lucida intervalla 175 b.
 Lücken im Recht 23 Absf. 4; 32, 3 a.
 Lucrative Rechtsgeschäfte 181.

M.

Mängelanzeige 523 $\delta\delta$; 523²⁰; 536, 2 a.
 Mängel im Recht bei Kauf 507; geringfügige Mängel 510, 1 B, 2 a; bei Forderungen 543 II; Eviktion od. Entwehrung 507 b; Verkauf in Zwangsvollstreckung 508 a; Pfandrecht 508 β ; öffentliche Lasten 508 γ ; fälschlich eingetragene Rechte Dritter 509 d; Kenntnis des Käufers 508 β , γ ; 513 III; Kosten 509, 2; Beweislast, Streitverkündung 509 II; Umfang der Gewährleistungspflicht 510 III; 512 IV; nach erfolgter Übergabe 510, 2; bei Fahrniß 511 a; bei Grundstücken 512 β ; Einfluß des Gefahrübergangs 513 Absf. 2; 489 b; 491 II; 488 Absf. 5; Unmöglichkeit 512 IV; bei Vorkauf 547, 9; Wiederkauf 548, 6 b; 549, 8; entgeltlichem Veräußerungsvertrage 550 II; Schenkung 577 c; 578 d; Miete 553, 2 b; 556, 5 a, b; 560 d; Leihe 587 b; Darlehn 590, 2; Werkvertrag 615 b; 617, 4.
 Mängel in Eigenschaften; f. Sachmängel.
 Mätkervertrag 633; Mätkerlohn 634 III, 635 a; 636 VI, VIII; wann ist er verdient? 635 a; 589 Absf. 6; wer ist ihr Schuldner? 636 VI; 634 V b; Aufwendungen des Mätkers 636 b, VIII; Haftung des Mätkers 633, 2; 634 V, 2; 635 d; 636 VI, VIII; Mehrheit der Auftraggeber 634 V b; Vollmacht 635 c; 636 VIII; Selbsteintritt 636 c.
 Magdeburg, Rechtsprovinz 5 IV.
 Mahnung, beim Erfüllungsverzuge 426; Rechnung keine M. 426; bei Nachfristbestimmung 494 I. Absf.
 Mandat 624; 716 V.
 Marktgängige Sachen 129.

Marktpreis 129; 483 II, 2; 502 *aa*.
 Maschinen, Rechtsprechung des Reichsgerichts
 122²⁴; 124 V, 2; 126⁴.
 Mennoniten 110, 6.
 Menschen 80 ff.; früheres Recht 107 ff.
 Mentalreservation 260, 7; 257 *c*.
 Merobinger, Zeit der M. 5 IV.
 Metallwert des Geldes 131.
 Mevius 12 III.
 Miete 550; 715 II; Form 552 VI, 568, 3; Dauer
 der Miete 568, 3; 569 *a*; 567 I; Mietzins
 551 III; 559 III, 1 *a*; 562 *c*; 554, 3; 555 *c*;
 557 *γ*; 552 I, 1; 560 *d*; 561 *a*; Pflichten des
 Vermieters 553 II; Unterhaltung der Miet-
 sache 554 *c*; 558, 6; 560 *b*; 562 *c*; Anzeige-
 pflicht des Mieters 560 *d*; Lasten der Miet-
 sache 558, 6; Kündigung und Ausbesserung
 der ungesunden Wohnung 558 *d*; 570, 7, 9 *b*;
 Besichtigung der Mietsache 560 *c*; Mietbesitz
 553, 2 *a*; Verzug des Vermieters 555 *a*;
 557 *a*—*γ*; des Mieters 561 *f*, 2; Rückgabe
 der Mietsache 561 *e*, *a*, *b*; 569, 6; Tod u.
 Verlegung des Mieters 569 *b*, *d*; f. After-
 miete, Annahmeverzug, Gefahr, Kündigung,
 Mängel im Recht, Sachmängel, Schadens-
 ersatz, Verjährung.
 Militärpersonen 96; Wohnsitz 106.
 Minderjährige, Altersunterschied 91; beschränkte
 Geschäftsfähigkeit 180 ff.; Unzurechnungs-
 fähigkeit 304, 4; im früheren Recht 333;
 Entmündigung von 93 *β*.
 Mißverständnis 261 II, 267 III.
 Mitberechtigung 80 oben.
 Mitbürgen 664 VI; 662¹¹.
 Mitgläubiger 469.
 Mitschuld 470 ff.
 Mitte des Monats 311 vorl. Absf.
 Mittelbare Stellvertretung 297 ff.
 Mitteleuropäische Tageszeit 311.
 Mittelspersonen; f. Stellvertretung; unrichtige
 Übermittlung durch 267 ff.
 Mitverpflichtung, ungeteilte 470 ff.; f. Gesamt-
 schuld und Gesamthand.
 Mobilia ossibus inhaerent; f. Realstatut.
 Mobilien 119.
 Modus; f. Auflage.
 Mönche; f. Klostergeistliche.
 Monat 313, 4 *c*, *d*.
 Motiv; f. Beweggrund.
 Motive zum BGB. 39, 5; 40 Absf. 3.
 Mündel 180 ff.
 Mündelsichere Vermögensanlage 144 ff.
 Mündliche Nebenabreden 215, 218 *b*; f. Neben-
 abrede.

Mußvorschriften 150.
 Mutuum; f. Darlehn.
 Myhsinger 12 III.

M.

Marktschnur 81 Absf. 1.
 Nachbarrecht 29 Absf. 3; 676 *a*.
 Nachfrist, beim Erfüllungsverzug 429, 2; bei
 Fixgeschäften 430 *γ*, 506 III; bei Alternativ-
 obligationen 361 *β*; beim Schadensersatz 388,
 1; beim Rücktritt 452 *a*; 448 *b*; beim Er-
 füllungsverzug des Verkäufers 493, 2; 506
 III; 510, 1; 529³²; bei Sutzessidlieferung
 498 *a*; bei Erfüllungsverweigerung des Ver-
 käufers 493 *b*; zu kurze Nachfrist 495 *d*; Ände-
 rung der Nachfrist 496 *ζ*; verfrühte Bestim-
 mung der Nachfrist 494 *a*; unbestimmte
 Nachfrist 495⁷; Angebot der Übergabe inner-
 halb der Nachfrist 496 Absf. 3; 529³²; beim
 Erfüllungsverzuge des Käufers 537 *β*, *γ*; bei
 Miete 555 *b*, *c*; 561 *b*; 562 *c*; bei Dienst-
 vertrag 601, 7; bei Wertvertrag 617, 3,
 5 *d*; bei Wandlung 517 *a*; 521 *γ*.
 Nachgiebiges Recht, bürgerl. Gesetzesrecht 31
 III; bürgerl. Gewohnheitsrecht 33 III.
 Nachlaß, Hemmung der Verjährung bei N-
 ansprüchen 323 *β*; Ausschlussfristen 331 oben;
 Vertrag über den Nachlaß eines Lebenden
 410, 2.
 Nachrede, üble 692 IV.
 Name 100 ff.; Familienname 100 ff.; Vor-
 name 102.
 Namensänderung, durch Legitimation, Adop-
 tion, Eheschließung, Scheidung 101 *b*; 102 *ζ*;
 durch staatliche Verfügung 102 *e*, *ζ*; des
 Vornamens 102, 2.
 Namensrecht 102, 100 II; 676 *γ*; Übertrag-
 barkeit? 103, 4; Namensmißbrauch 103 B.;
 Pseudonym 104 III; Nachträge XVI; Adels-
 name 104 IV.
 Namensunterschrift; f. Unterschrift.
 Nasciturus; f. Embryo.
 Nassau-Sagenellenboger Recht 12, 3.
 Naturalia negotii 236.
 Naturalobligationen 356.
 Natur der Sache 23, Absf. 5.
 Natürliche Früchte 136.
 Natürliche Personen 72, 2 *a*, *b*; 80 ff.
 Naturrecht 13.
 Nebenabrede, Form 215 ff.; 218 *b*; im frühe-
 ren Recht 335 *b*.
 Nebenanprüche 459, 2; 465, 4; 326 *a*; 391 *a*;
 379 II, 1; 382 III; 659, 1.

- Nebenleistungen; i. Zinsen, Vertragsstrafe, Kosten; beim Kauf 484 III; bei Miete 552 IV; bei Dienstvertrag 596 IV.
 Nebensachen 524 *ff.*, 125; i. Zubehör.
 Negatives Interesse; i. Interesse.
 Negotium claudicans 184; 333 *ff.*
 Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet 195 *Abf.* 2.
 Nennwert des Geldes 131 *ff.*
 Nichtberechtigter, Verfügungen 194 b; 195 c; 411; 707, 2.
 Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 166 *ff.*; kraft Gesetzes 166 *ff.*; kraft Anfechtung 169 *ff.*; Konversion 167 d; relative Nichtigkeit 173 IV; i. Unwirksamkeit.
 Nonnen; i. Klostergeistliche.
 Notangriff (Selbsthilfe i. e. S.) 346 *ff.*; 679 *γ*; Voraussetzungen, Tatbestand 346; Subjekte des N. 347 b; Mittel 347 b; Grenzen 347 c; N. und Notwehr 347 c; Legalisierungspflicht 347 b 9. Zeile; Schadenserfassungs 349 II, III; des Besitzers gegen verbotene Eigenmacht 347, 4; des Vermieters, Verpächters, Gastwirts 348, 4 b; in entschuldbarem Irrtum 350, 2 b; i. auch Notwehr, Privatpfändungsrecht.
 Notarielle Beurkundung 222 *ff.*; i. Beglaubigung.
 Nothilfe Dritter 344 e; 346 c; 347 b.
 Notlage, Ausbeutung der 247 b.
 Notorische Tatsachen 351 unten.
 Notstand 350 IV.
 Notweg 332 II, 3.
 Notwehr 343 *ff.*; 679 *γ*, b; 680 *γ*; 700 e; gegen Geisteskrante und Tiere 344 c; gegen Notwehr 344 c; 349 III, 1, II 1; Schadenserfaß 349 II, III.
 Notwehrzeß 344 d; 350, 2 a.
 Notwendige Bedingungen 238, 3 a.
 Novation 453; 668, 3; 671, 3.
 Nürnberger Reformation 11 oben.
 Nuzungen 142; bei Rücktritt 451 *γ*; bei Kauf 541; 517 I. *Abf.*; Bedingung 542 c; Verzug der Parteien 542 *Abf.* 4; bei Pacht 551 I, 2; bei ungerechtf. Bereicherung 709, 1 a, 2 a; 710 c; i. Früchte.
- Ö.**
- Oberbayerisches Landrecht 4 I.
 Oberhof 5 IV.
 Obersächsisches Rechtsgebiet 12 *Abf.* 1.
 Objektives Recht; i. Rechtsregeln 56 *ff.*
 Obligationen 64 II; 354 *ff.*; i. Forderungen.
- Obserbanz 31.
 Öffentliche Beglaubigung 228.
 Öffentliche Beurkundung 222 *ff.*
 Öffentliche Lasten 508 *γ*.
 Öffentliche Sachen 133.
 Öffentliches Recht 3; im Einführungsgesetz zum BGB. 28 oben.
 Öffentliche Sammlungen 71, 2 B.
 Öffentliche Zustellung einer Erklärung 202.
 Örtliche Kollision der Gesetze 40 *ff.*; i. Internationales Privatrecht und Kollisionsnormen.
 Österreichisches BGB. 14, 1.
 Offerte 204 *ff.*; i. Antrag.
 Onerose Rechtsgeschäfte 181; 182 b; 189 c.
 Ordensgeistliche 96; im früheren Recht 110.
 Ordnungen (Parentelen) 98 *ff.*
 Originärer Rechtsserwerb 77.
- P.**
- Pacht 551 I, 2; von Rechten 551 II, 1; von landwirtschaftl. Grundstücken 551 II, 2; 564 I—IV; Pachtzins 551 III; 564 I; 565, 4; 567 VI; Form 552 VI; 568, 3; 570 II; Weiterverpachtung 570 II, 2; Unterhaltung des Pachtgrundstücks 564 II; IV 1; Kulturänderung 564 III; getrennte Früchte 565, 2; ungetrennte Früchte 565, 3; Dauer der Pacht 570 II, 567 I; Tod und Versezung des Pächters 570 II, 2; Verzögerung der Rückgabe 565, 4; i. Kündigung, Mängel im Recht, Sachmängel, Inventar, Miete.
 Pactum de cedendo 456, 2.
 Pactum de mutuo dando 592 VI.
 Pape 19 b.
 Papiergeld 130.
 Parentelen 98.
 Partikularrecht 30 II; 32 II; 24 *Abf.* 3.
 Passiergewicht 131 unten.
 Passiva 74.
 Peculium (Sondervermögen) 73.
 Periculum rei, obligationis 489 ⁵.
 Person, Recht an der eignen 100.
 Personalitätsprinzip 54.
 Personalpfändung 347 b; 349 h.
 Personalstatut 41; 45 b.
 Personen, natürliche 72, 2; 80 *ff.*; juristische im II. Bb.
 Personenrechte 62 *ff.*; 78, 1 b.
 Personenrechtliche Rechtsgeschäfte 159.
 Persönlichkeit; i. Rechtsfähigkeit.
 Persönlichkeitsrechte 99 *ff.*; 676 *γ*.
 Pertinenz 125 *ff.*; i. Zubehör.

- Pfandbestellung als Sicherheitsleistung 342 V; Schenkung? 574, 4.
 Pfandgeld, gesetzliche Privatstrafe 394 Abs. 3; bei der Privatpfändung 348 e.
 Pfandkaufeln im früheren Recht 352 II, 2.
 Pfandleiher, Zinsfuß 380 III b.
 Pfandrechte, Übergang 459, 2; 663 b; auf der Kaufsache 508 β; 508 Abs. 2 B II.
 Pfandverkauf 515 η.
 Pfändungsrecht 348; 347 b.
 Pferde; s. Viehmängel.
 Pflichten 59, 3; 72, 5.
 Porto; s. Aufwendungen.
 Positive Vertragsverletzung 437.
 Postglossatoren 10 V.
 Potestativbedingungen 237.
 Praescriptio; s. Verjährung.
 Praeter legem; s. contra legem.
 Preisbewerbung 637 I, 2, IV, 2 a; 638 V; 232 B.
 Preisminderung bei Kauf 525, 3; Einrede 526 c; Frist 526 β; Verjährung 526 c β; wird durch Vertrag oder rechtskräftiges Urteil vollzogen 526 c α; Mehrheit der Parteien, der Kaufsachen, der Mängel 526 b α, γ, δ; beim Viehkauf 536 Abs. 1; Konkurrenz mit anderen Rechten des Käufers 527 IV; 529 VI; beim Kauf von Rechten 543, 2 a; beim Tausch 550 Abs. 1; bei andern entgeltlichen Verträgen 550 II; bei Werkvertrag 617, 5; s. Wandlung, Sachmängel.
 Preussisches Landrecht 14; 29 Abs. 3, I; Rechtsgebiet 16.
 Privatautonomie 154.
 Privative Schuldübernahme 464 ff.
 Privatpfändungsrecht 348 ff.; Rechtmäßigkeitsbeweis 348 f; Legalisierungspflicht 349 g; nach sächsischem Recht 349 h; im früheren Recht 352 II, 2.
 Privatrecht 2 I; 58 III.
 Privatstrafen 391 ff.
 Privilege 332, 2; im früheren Recht 339 IV.
 Probe, Kauf nach P. 532 a; Mängel der Probe 532 Abs. 4; Kauf auf P. 541; Bedingung 544, 2, 3; Übergabe zur Probe 544, 2, 3, 4; Billigung 544, 4; Mängel der Kaufsache 545, 5.
 Protokolle der II. Kommission zum BGB. 40.
 Proxenicum 634 III.
 Prozeß, Rechtsausübung im 350 ff.; Einrede 351 Abs. 2.
 Pseudonym 104 III: Nachträge XVI.
 Puntationen 234; 359 unten.
- Pupillarische Vermögensanlage 144.
 Purgold, Rechtsbuch des 10 VI.
- Q.**
 Quelle einer Rechtsregel 22.
 Quittung 419 ff.
- R.**
 Räume bei der Miete 551 II, 2.
 Räumungsfristen 561 e.
 Räumliche Kollision der Rechte 40 ff.; s. internat. Privatrecht, Kollisionsnormen.
 Rat 667 IV.
 Realkauf 540, 3.
 Realstatut 42 b.
 Realvertrag 589 III; 586 III; 639 III; 657 Abs. 1.
 Receptum; s. Gastwirte.
 Rechnung, Rechnungsauszug über Zinsen 381 V; keine Mahnung 426, 2 a.
 Rechnungslegung 396 Abs. 1; 600 b; 624 IV, 2; 649, 3.
 Recht an der eignen Person 100.
 Rechte, im subjektiven Sinne 56 ff.; Scheinrechte 56 unten; iura quaesita 57, 3 b; Ansprüche 58 ff.; Schuld 59; Rechtswirkung 59 II, 2; Anspruchs-, Bestimmungs-, Vertrauensmacht 60 ff.; 63 ff.; Macht über Sachen 61; Personen- und Vermögensrechte 62 ff.; relative und absolute 64 II; selbständige und unselbständige 66; Grund- und Nebenrechte 66; Anspruch und Einrede 67, s. Einrede; herrenlose 71; veräußerliche und vererbliche 78 ff.; an Rechten 114; verzichtbare und unverzichtbare 79; subjektivdingliche 79; Entstehung, Änderung, Aufhebung 149 ff.; Ausübung und Sicherstellung 341 ff.
 Recht im objektiven Sinn; s. Rechtsregeln.
 Recht der Wissenschaft 33 ff.; 23 II.
 Rechtsanalogie; s. Analogie.
 Rechtsausübung 341 ff.; zur Schikane eines andern 341 II, 1; zu einem Delikt 342 II, 2; 680 Abs. 1; 678 β; durch einen Vertreter 342 III; Widerstreit bei der 342 IV; eigenmächtige R. 343; s. Notwehr, Notstand, Selbsthilfe, Privatpfändungsrecht.
 Rechtsausübung im Prozeß 350 ff.; Ausnahmen 350 I. Abs.; Behauptungslast 351 II; Einrede und Einwand 351 II; Beweislast 351 III.
 Rechtsbedingungen 238, 3 b.
 Rechtsbücher, altdeutsche 6 VI.

- Rechtserwerb 74 ff.; derivativer 74 IV a; konstitutiver 74 a; originärer 77.
 Rechtsfähigkeit 72 oben.
 Rechtsfrüchte 138, 2; zivile 138 2 b.
 Rechtsgebiete in Deutschland 16.
 Rechtsgegenstände 114; früheres Recht 146 ff.
 Rechtsgeschäfte 151; Arten 155 ff.; Willenserklärungen 156 ff.; empfangsbedürftige Willenserklärungen 156; richtungsbedürftige 156; einseitige und zweiseitige Verfügungen 158; Zuwendungen (entgeltliche und unentgeltliche) 161; kaufale und abstrakte 162; rechtliche Wirksamkeit 164 ff.; obligatorische und dingliche 165; nichtige 166 ff.; 152 d; Konversion nichtiger 167 d; anfechtbare 169 ff.; schwebend unwirksam 173 ff.; Echtheit der 174; Form 213; Essentialien, Naturalien, Accidentalien der R. 236; bedingungsfeindliche 238, 4; verbotene 244; unfittliche 245 ff.; wucherische 246 ff.; Auslegung der 250 ff.; fiduziarische 260; verdeckte 257, 2 b; durch Stellvertreter 274 ff.; mit sich selbst 293 ff.; mit in der Geschäftsfähigkeit anomalen Personen 175 ff.; Zustimmung Dritter 298 ff.; Aufforderungen und Anzeigen 154 unten; Inhalt der Rechtsgeschäfte 231 ff.; Mindestinhalt 231; Dissens 232 ff.; Punctuation 234.
 Rechtshandlungen 154 I, 3; II b.
 Rechtshängigkeit, 435 I; 710, 3; Unterbrechung der Verjährung 324 II a.
 Rechtsinhaber 70.
 Rechtsinstitut 58.
 Rechtsirrtum 304, 4; 706 B II, 3.
 Rechtsnachfolge 74 ff.; rechtsübertragende und rechtsbegründende 74 a; Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge 75; Scheinrechtsnachfolge 76 b.
 Rechtsprovinzen, der Städte 5 Abf. 4.
 Rechtsquellen 22 ff.
 Rechtsregeln (Recht im objektiven Sinne) 22 ff.; Quellen: Gesetz, Gewohnheit, Analogie 22; Bedürfnis 23; Gesetzesrecht 25 ff.; Gewohnheitsrecht 31 ff.; zwingendes Gesetzesrecht 31 oben; zwingendes Gewohnheitsrecht 33 III; nachgiebiges Gesetzes- und Gewohnheitsrecht 31; 33; Recht d. Wissenschaft 23 II; 33; neues Recht und altes Recht, zwingende Natur des neuen 52, 3; f. Intertemporales Privatrecht; geschriebenes und ungeschriebenes Recht 6 XI; Privatrecht und öffentliches Recht 3 Abf. 2.
 Rechtssubjekte 70 ff.
 Rechtsverhältnis 58.
 Rechtsvorgänger 74 ff.
 Rechtswidrigkeit bei der Notwehr 344 c; bei Delikten 678, 2; 700 e.
 Rechtszersplitterung, Rechtsgeschichte 5 IV; 15 oben; in der Neuzeit 17 V.
 Reformation, Frankfurt, Nürnberg 11 oben.
 Regalien (Staatliche Privatrechte) 72, 4.
 Register, Geburts- und Sterbe- 81 ff.; 108 c.
 Reichsgesetzesrecht 25 ff.
 Reichskammergericht 7 III.
 Reichsdeputationsabschied von 1600 10 unten.
 Reichsgewohnheiten 24 Abf. 3; 32, 3.
 Reichskassenscheine 130, 2; Annahmepflicht 131, 3; Nennwert und Metallwert 132 b; Nichtgeld oder Geld 132 VI, 4.
 Reichspolizeiordnung von 1548, 10 unten.
 Reichsstrafgesetzbuch und B. G. B. 28, 3 unten.
 Reichsverordnungen 25.
 Reinertrag 136 II.
 Relative Wichtigkeit 173 ff.
 Religion 97; 602, 3 b; im früheren Recht 110.
 Remission des Pachtzinses 567 VI; 716 II, 3.
 Rente, Leibrente 396; 578 e; bei Rückgewähr von Schenkung 579 a: als Schadensersatz bei Delikten 690 Abf. 2, 6, 7; 691, 2, 3; Verjährung 318 oben; 326².
 Replik 67 b.
 Reservatio mentalis 260, 7.
 Reservatrecht, die Überweisungen an das Landesrecht kein R. 28 η .
 Resolutivbedingungen 241, 2.
 Restriktive Auslegung 35.
 Retention; f. Zurückbehaltungsrecht.
 Retorsion 97.
 Reugeld 394; 622 VII; Klausel 447 unten.
 Revidiertes Lübisches Stadtrecht 11 I.
 Rezeption, des römischen Rechts 6 ff.; gemeines Recht 8 IV; Nutzen 8; Schaden 9; Literatur 10 VI; in complexu 7 oben; subsidiäre Wirkung 6 II; 7 B; 11 II; Glossatoren 10 V; des kanonischen Rechts 10 V.
 Richtungsbedürftige Erklärungen 156 d.
 Rindvieh; f. Viehmängel.
 Römisches Recht, Rezeption des 6 ff.
 Rohertrag 136 II.
 Rücktritt, gesetzlicher 452, 2; 436 II; bei gegenseitigen Verträgen während des Verzuges des Schuldners 429; bei gegenseitigen Verträgen wegen Unmöglichkeit 404; 406; wegen teilweiser Nichterfüllung 408, 2; bei Fingeschäften 436 III; f. Kündigung.
 —, vertragsmäßiger 446 ff.; R. und Zurückweisung der Leistung 447 I, 1; R. und Kündigung 447 I, 2; Rücktrittsklausel 447:

kassatorische Klausel (lex commissoria) 447; Reugeldklausel 447; Setzen einer Frist beim fristlosen Rücktrittsrecht 448 b; Rücktritt nach erfolgter Erfüllung 448; die Gefahr trägt der Rücktrittsgegner 449 oben; Verlust des Rücktrittsrechts wegen Unmöglichkeit der Rückgabe durch den Berechtigten 449; durch Verarbeitung oder Umbildung des Gegenstandes 449 a; durch schuldhafte Verschlechterung oder Unmöglichmachen der Herausgabe 449 β; durch Veräußerung, Belastung des Gegenstandes 449 unten; durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung 449 unten; durch Verzicht 450 d; Rücktrittserklärung 450 ff.; Unteilbarkeit des Rücktrittsrechts 450 f; Wirkung des Rücktritts 450 g; Erlöschen der Forderungen und Verpflichtungen 450 g; Herausgabe des schon Geleisteten 450 a, β; Herausgabe von Diensten 450 β; von Nutzungen, Zinsen, Verwendungen 451 γ, ε; Herausgabe Zug um Zug 452; Unwiderruflichkeit des Rücktritts 452 h; Unwirksamkeit des Rücktritts durch Verzug bei der Herausgabe 452 a; bei R. gegen Reugeld 452 β; s. Kündigung, Wandlung.
 Rückverweisung im internat. Privatr. 46.
 Rückwirkung, neuer Gesetze 48 ff.; s. Intertemp. Privatrecht; der Bedingung 240 ε; 242 γ; der Genehmigung 299 V; der Aufrechnung 444, 2 b; des Rücktritts 450 γ.
 Ruhen; s. Hemmung.

S.

Sachbeschädigung 693 VI; 697 X; 699 c; 701 III.
 Sachbestandteil 114; s. Bestandteile.
 Sacheinheit 115 ff.; Grundstücke 120 II; Fahrnis 120 II.
 Sachen 114 ff.; Menschenhaare als S. 115 oben; menschlicher Leichnam als S. 115 Absf. 2; Grundstücke 116; Grundstücksbestandteile 116 ff.; Fahrnisfachen 119 ff.; Sacheinheit 120; unwesentliche und wesentliche Bestandteile 121 ff.; Sachinbegriff 123 ff.; Hauptsache und Zubehör 125 ff.; vertretbare S. 128; marktgängige S. 129; verbrauchbare S. 129; teilbare S. 129; Geld 130 ff.; S. außerhalb des Verkehrs 133 ff.
 Sachfrüchte 136; s. Früchte.
 Sachinbegriff 115; 123 IV.
 Sachmängel bei Vorverkauf 547, 9; bei Wiederkauf 548, 6 c; 549 e; bei Schenkung 577 c;

578 d; bei Leihe 587 b; bei Darlehn 590, 2; bei Werkvertrag 615 c; 617, 5; 619, 7; bei Miete 554 c; 556 a, b; 560 d.
 Sachmängel beim Kauf 514; was bedeutet Mangel, was Eigenschaft? 514 a, b; 530 VII; 532 b; zugesicherte Eigenschaften 532; 537 Absf. 1; Quantitätsmängel 532 b; 534 ε; 531, 2; aliud 530 VII, 1; Kennen und Kennenmüssen des Käufers 515 a—γ; 533 a und Absf. 5; Arglist des Verkäufers 515 β; 517 II; 523, εε; 526, 4; 527 V; 534 γ, δ II; unerhebliche Mängel 515 ζ; 533 β; 532 a; Hauptmängel 535; genehmigte Mängel 515 δ; Pfandverkauf und Verkauf in Zwangsvollstr. 515 η; Einfluß des Gefahrüberganges 515 ε; Mängel, die erst nach Kaufabschluß entstanden 530 β; Annahme ohne Vorbehalt 515 γ; 533 Absf. 5; Beweislast 517 II; Schadensersatz wegen Nichterfüllung 526, 4; 530, 3; 534 γ; Garantiefrist 534, 2; Konkurrenz der verschiedenen Rechte des Käufers 527 IV; 529 VI; 526 δ; Ablehnung der Annahme der mangelhaften Sache 529, 2 a; 531, 3; Anfechtung wegen Irrtums 529, 2 b; s. Wandlungsanspruch, Wandlungseinrede, Ersatzlieferung, Preisminderung, Ausbesserung, Probe, Viehmängel.
 Sachsenbuße 15 Absf. 1; 720, 3.
 Sachsenpiegel und Rechtsreinigung 5 IV; und Kapitularien 6 Absf. 2; als Rechtsbuch 6 VI.
 Sächsisches BGB. 14, 3 ff.; Rechtsgebiet 16; Überbleibsel im modernen Recht 29 Absf. 3.
 Sachwucher 247; 475, 2.
 Sänger; s. Schauspieler.
 Sammlung, öffentliche (Eigentum an) 71, 2.
 Savigny (Intern. Privatrecht) 43 Absf. 2; historische Schule 17 VI; S. und das deutsche Einheitsrecht 18 I.
 Schadensersatz 381 ff.; Begründung der Pflicht zur Leistung von Sch. durch Nichterfüllung und Delikt 382 II; durch Enteignung 382 II; durch Garantieverträge 382 II; Verschulden nicht Vorbedingung 382 II; 309; Verjährung 382 III; 326 a; Kritik der gesetzl. Definition des Schadens 382 ff.; eigene Definition 383; adäquate Kausalität 384; Theorie des generell begünstigenden Umstandes 384 c; unmittelbarer und mittelbarer Schaden 385; Vermögens- und ideeller Schaden 385; damnum emergens und lucrum cessans 385; voraussehbarer und unerwarteter Schaden 385; gesamtes Interesse 386; mißbilligtes Interesse 386, 1;

- Culpatompensation (Mitwirkung des Geschädigten) 387; im früheren Recht 473 ff.
- Schadensersatz, Art der Leistung des Sch. 388 ff.; Naturalrestitution (Schadensbeseitigung) 388; Geldersatz 388; Geldersatz statt Naturalrestitution zugunsten des Gläubigers 388, 2; zugunsten des Schuldners 388, 3; bei ideellem Schaden kein Geldersatz 388, 4; kein Eigentumserwerb nach Schadensbeseitigung an durch Delikt erworbenen Sachen 389 VII; Gewinn und Schaden in einem Ereignis 389 VIII; Schadensersatzforderung für Fremde 389 IX.
- besondere Fälle des Sch. 389 ff.; beschränkter Sch. (Gastwirte) 389; Sch. wegen Irrtums, Simulation, Mangel der Vertretungsmacht, objekt. Unmöglichkeit 390 Abs. 1; Sch. wegen verspäteter und ungehöriger Erfüllung 389 III; Sch. wegen Nichterfüllung 389 III; typische Schadensberechnung (z. B. Verzugszinsen) 390 unten; bei Verzug des Schuldners 428 b; 429, 2; bei Verzug des Gläubigers 433 b; bei der Unmöglichkeit 401; 402.
- Schadlosbürgschaft 665 VII, 2.
- Schauspieler, Sänger u. dgl. 610 B III; 594 II, 2 B; 597 B.
- Scheidemünze 130 II; 131.
- Scheingeschäfte 257 ff.; dissimulierte Geschäfte 257, 2 b; 194 γ; 411 II; 704, 2; Geltendmachung der Nichtigkeit 258; Beweispflicht des Vorliegens eines Sch. 259, 6; im früheren Recht 335, 10.
- Scheinrechte 56 unten; 509 d.
- Scheinrechtsnachfolge 76.
- Schenkung 572; 716 III; Vertrag 574, 5; gegenseitiger Vertrag? 577 IV, 1; 581, 1; 584 I, 2; mit entgeltl. Zuwendung verbunden 585 III; remuneratorisch 585 IV; Rentenschenkung 578 e; Zweckschenkung 584 II; Sch. unter Auflage 581, 1; durch Anstand oder Sitte geboten 572 a; 585 IV; auf Todesfall s. Bd. II; Schuldverfüllung 572 a; Sicherheitsleistung 574, 4; Arbeitsleistung 573, 3; Ablehnung von Erwerb 574, 3; animus donandi 575, 7; Form 575 III; 123 Abs. 1; 398 I. Abs.; 628 Abs. 2; Haftung des Schenkers 577 IV; Verzug 577 a, b; Zurückforderung, Widerruf 579 a; 580, 4; 581, 5; Ordensgeistliche 96, 4; s. Auflage, Bereicherung, Dürftigkeit, Entgelt, Geschäftsunfähige, Mängel im Recht, Sachmängel.
- Schertzgeschäfte 257 ff.
- Schiedsrichter bei Auslobung 638, 3.
- Schiffe 119, 2 a; Verschollenheit 83 unten.
- Schiffsregister 509 d.
- Schifane 341 II; 352 I.
- Schilter 12 III.
- Schleichwege, rechtsgeschäftliche 260, 8 b.
- Schriftlichkeit 219 ff.; 231; früheres Recht 335, 6.
- Schuldaufrechnung 387; 700 β.
- Schuldbefreiungsvertrag 466, 7; 467, 4.
- Schuldchein 419 b; 456, 1; 460 Abs. 1; 463 Abs. 1.
- Schuldübernahme 464; 666 II.
- Schuldversprechen 672; s. abstrakte Verträge.
- Schwabenspiegel 6 VI.
- Schwägerschaft 99.
- Schuldübernahme 464 ff.; 666 II; 477 XIII; private 464; kumulative 467.
- Schuldübertragung 468.
- Schüttung (Privatpfändung) 348.
- Schutzgebiete, Recht in den deutschen 30 unten, Schutzgenossen 30 unten.
- Schutzgesetze 678 Abs. 1; s. Delikte.
- Schwebezeit, bei hinkenden Verträgen 184; 294; bei bedingten Rechtsgeschäften 238 II.
- Schweigen, bei der Annahme (stille Annahme) 206 unten; s. Stillschweigen.
- Schwertmagen 99 d.
- Seeverschollenheit 83 γγ.
- Seitenlinie 98.
- Selbsthilfe, im weiteren Sinn gleich eigenmächtige Rechtsausübung 343; Schadensersatzpflicht 349 II, III; im früheren Recht 352 II; im engeren Sinn; s. Notangriff.
- Selbsthilfeverkauf, beim Annahmeverzug 434; bei Zahlungs- und Abnahmeverzug des Käufers 538 ββ; 540, 2; Kauf durch den Verkaufsleiter selbst 485 Abs. 5.
- Selbstkontrahieren des Vertreters 292 ff.
- Selbstschuldnerische Bürgschaft 665 VII, 1.
- Selbstverteidigung, gegen gefährdende Sachen 345; 349 II, III.
- Sensarie 634 III.
- Sicherheitsleistung bei Bedingungen 239 γ.
- Sicherheitsleistung 342 V; Anspruch auf S. kraft Gesetzes und Vertrag 342; 664 Abs. 4; 347 b; durch Verpfändung 342; durch Hinterlegung 342; durch Bürgenstellung 342; 374 d; Erneuerung der S. 342; aus freien Stücken 343, 2; gegen Zurückbehaltung 374 d; beim Spiel 656 Abs. 2; Schenkung? 574, 4; s. auch Hinterlegung.
- Sicherung des Beweises 522 β; 536, 2 a.
- Simulation 257; 335, 10.
- Sitten, Rechtsgeschäfte gegen die guten 245; s. Unfittliche Rechtsgeschäfte, Delikte, Erwerb.

- Sittliche Pflicht, Schenkung? 572 a; 585 IV; 356 III, 2.
- Sitz des Rechtsgeschäfts, Theorie des Internat. Privatrechts von Savigny 43 Abs. 2.
- Skonto 425; s. Zwischenzins.
- Soldaten; s. Militär.
- Sollrechte 60, 5.
- Sollvorschriften 150 ff.
- Solmscher Gerichtsordnung 10 unten; 12, 3.
- Solutio 413 ff.
- Sondergut, des beschränkt Geschäftsfähigen 184 ζ; 334 γ; im Sinn von peculium 73.
- Sondervermögen (peculium) 73.
- Sorgfalt; s. Verschulden, culpa.
- Sonntage 568²; s. Feiertage.
- Sorgfalt wie in eignen Angelegenheiten 303 c.
- Spener, Reichstag von 10 I I. Abs.
- Spezialvollmacht 281 c; 285 h.
- Spezifikation, beim Rücktritt 451 δ; 521 β.
- Spiel 652; entgegengesetzte Bedingungen 653 a; Geld? 653 b; Mitwirkung der Beteiligten 654 c; Abhängigkeit von zukünftigen Ereignissen 654 c; Unterhaltung u. Gewinnabsicht 654 d; Vertrag? 652 B I, 2; Spiel u. Kauf, Schenkung, Auslobung 654, 3; verbotene Spiele 655, 1; vollgültige Spiele 655, 2; erlaubte, ungültige Spiele 655, 3; Rückforderung des Verlusts 655 β, 3 b; 656 Abs. 2; 706 ε; 707 Abs. 1 V; Vorstoß, Sicherheitsleistung 656 Abs. 2; Auftrag, Darlehn, Gesellschaft zu Spielzwecken 656 IV; Vergleich 668 II; Anerkenntnis 670 II; abstrakter Schuldvertrag 674 a.
- Spindelmagen 99 d.
- Staatsangehörigkeit, Unterschiede der 97; und internationales Privatrecht 41 a; 45 b; 47 V; mehrfache 45 unten.
- Staatsanwalt, Mitwirkung im Entmündigungsverfahren 93 γ; 94 Abs. 3, 4.
- Staatsgewalt, Verfügungen der 331 ff.; Privilege, Enteignungsbeschlüsse 332; Dispensationen 333.
- Staatsverträge, und internationales Privatrecht 41 I; 44 b; 47, 3.
- Stadtrechte 4 ff.; von Lübeck, Goslar, Augsburg, München 4 I; Rechtsbücher 6 VI.
- Standesbeamte 82.
- Standesrechte 5 Abs. 2.
- Standesregister 81; im früheren Recht 108 c.
- Standesunterschied 95; 109, 4.
- Statutenlehre im internat. Privatrecht 54 ff.
- Stellvertretendes Commodum; s. Surrogate.
- Stellvertretung, direkte 274 ff.; 336, 11; aktive 274 ff.; passive 276 ff.; Vote u. St. 274 a; Handeln im eignen und fremden Namen 275; Vertretung im Willen 274; Selbstpartei oder Vertreter 276, 2; Zulässigkeit und Ausnahmen 277 II; St. kraft Vertretungsmacht 277 ff.; Vollmacht 277 ff.; Erfordernisse des Geschäftsabchlusses durch St. 289 ff.; Wirkungen 291 III; Selbstkontrahieren des St. 292 ff.; s. auch Vollmacht, Vertretungsmacht.
- Stellvertretung, indirekte 297.
- Stempel beim Kauf 509^o.
- Stempelung einer Urkunde 219 unten; 220 c.
- Sterberegister 81 ff.
- Stiftungen s. im II. Bb.
- Stillschweigende Willenserklärung 156 oben; 596, 4; 613 III; 634 III, 2; 639 b; s. Annahme, Ablehnung; stillschw. Fortsetzung von Miete, Darlehn, Dienstvertrag 569, 6; 592, 5; 607 V.
- Stodwerkzeigentum 146, 2; 147 vorl. Abs. 1.
- Streitverkündung 324; 509 II, 2; 522 β β; 536, 2 a; 663 c.
- Strikte Interpretation 38 oben.
- Stücklohn; s. Akkordarbeiter.
- Stückzinsen 381 VII.
- Stumme 95; 224 d.
- Stundung, Stundungsvertrag 425; 68 B I, 2; Einrede der St. bei der Verjährung 322 a; 320, 2; des Kaufpreises 538 b, c; 539 Abs. 5.
- Subjektiv dingliche Rechte 79 VII.
- Subjektive Rechte 56 ff.; s. Rechte.
- Subrogation 463 I, 2.
- Substitutionsbefugnis 281.
- Sujets mixtes, im Internationalen Privatrecht 45 unten; (mehrfache Staatsangehörigkeit).
- Sufzession 74 IV.
- Sufzessivlieferung 498.
- Summenbewahrungsvertrag 642 VI, 1; Darlehn? 642 b; Übergangsform zum gewöhnlichen Bewahrungsvertrage 643, 2; Zinsen u. Provision 643 c; Zeit u. Ort der Rückgabe 642 α, β.
- Surrogate; s. Erfüllungs-, Übergabesurrogate.
- Surrogation (Unmöglichkeitstheorie) 409 VII.
- Suspensivbedingungen 238 ff.

T.

- Taler 147 III.
- Tantieme 595, 1.
- Taschengeld 184 ζ; 188 Abs. 2; 334 γ.
- Tatbestand 149; 675; 702.
- Taube 95; Formvorschriften 224 ff.; 229 I, 2.
- Taubstumme 95; Formvorschriften 224 ff.; 229 I, 2; Berechnungsfähigkeit 305, 4 γ.

Tauglichkeit; s. Sachmängel.
 Tausch 549 I; 584 I, 2 B.
 Tauschmittel 132 VI, 2.
 Täuschung 270; 693 VII; s. Betrug, Arglist.
 Taxen 596, 5; 634, 3.
 Teilabtretung, Teilerlaß 412 IV; Teilaufrechnung 443, 5.
 Teilbare Leistungen 369 ff.; Teilgläubigerschaft und Teilverpflichtung 468 ff.
 Teilbare Sachen 129 IV.
 Teilgläubiger 468 ff.
 Teilleistungen 370 oben; 417 VI; 443, 5; Zinsen und Kapital 379.
 Teilschuldverhältnisse 468 ff.
 Teilpacht 552 Absf. 2.
 Teilunmöglichkeit, Teilverzug 407 V; 482 Absf. 1; 486, 1; 498, 4.
 Teilzahlung; s. Teilleistungen.
 Telegramme, Schriftform? 220, 3 a; 221 b; Gewillkürter Formzwang 231; unrichtige Übermittlung durch 267 III ff.
 Telephon, Antragsempfang durch T. 208 aa.
 Tengler, Laienspiegel des 10 VI.
 Termine 313.
 Territorialitätsprinzip 54.
 Testamentsmündigkeit 92, 2.
 Theater; s. Schauspieler.
 Thibaut 18 I.
 Thomasius 17 VI.
 Tiere, Notwehr gegen 344 c; Haftung für T. 697 X; 699 II; s. Viehmängel, Fütterung, Inventar.
 Tod des Menschen 81 II; Moment des Todes 81 Absf. 3; Beweis von Leben und Tod 81; bürgerlicher Tod 107 unten.
 Todeserklärung 82 ff.; Voraussetzungen (Verschollenheitsfristen) 83 ff.; Verfahren 85 d; Todeszeitpunkt (deklaratorische oder konstitutive Festsetzung) 84 unten; Wirkungen der T. 86; Anfechtung des Urteils 87, 3; Lebensvermutung 88 III; familienrechtliche Folgen der T. 86 b; Kommorienten 89; älteres Recht 108 d; Übergangsvorschriften 113; Kollisionsnormen 112; s. auch Verschollenheit.
 Todeszeit 81 Absf. 3; Festsetzung bei der Todeserklärung 84 c.
 Todesvermutung 108 d.
 Tötung als Delikt 689 I; 697 X; 699 c; 701 III,
 Totalkfaktor 657, 2 b.
 Treu und Glauben, Auslegung nach 368 VI; 590*; 674*.
 Trinkgeld 573 Absf. 1; 600 c.

Trödelvertrag 571, 27 I. Absf.
 Trunkenheit 179 I, Absf. 2, 4; 36 oben; 304 d.
 Trunksucht, Entmündigung wegen 93; 109, 3 a.

U.

Übergabe beim Kauf 492; Einfluß der Übergabe auf Haftung für Mängel im Recht 510, 2; für Sachmängel 531, 3; 537 V; 521 aa; Rücktritt des Verkäufers nach Übergabe 538 b, c; Übergabe beim Kauf auf Probe 544, 2—4; Nutzungen und Lasten der Kaufsache 541 I, 1; Kosten 492, 2.
 Übergabesurrogate 492 b; 503 1; 542 a; 487 γ.
 Übergang, gesetzlicher von Forderungen 463; durch Erbfall 463 I; bei Erfüllung durch Dritte 463 I, 2; 416 β; bei Zwangsvollstreckung 463 I, 3; cessio legis und Zession 463 II; bei Bürgerschaft 662 V, 1.
 Übergangsbestimmungen, Todeserklärung 113; Entmündigung 113; Name 113; Wohnsitz 113; Stockwerkseigentum, stehende, hängende Frucht 147 unten; Auseinandersetzung mehrerer Nutzungsberechtigter 147 unten; Geldwahrung 148; Gültigkeit der Rechtsgeschäfte 340 II, 1; Verjährung 340 II, 2; Schikaneverbot 353 Absf. 3; Forderungsrecht 478 II; Verzugszinsen 479.
 Übermittlung, unrichtige 267 ff.
 Übernahme fremder Schulden 464; 666 II.
 — eines Vermögens 468.
 Übertragung kraft Gesetzes; s. Übergang kraft Gesetzes.
 — rechtsgeschäftliche 455 ff.; s. Abtretung.
 Überweisung durch Gericht 463, 3.
 Überweisungen an das Landesrecht 26 ff.; subsidiäre Geltung des BÜB. 27 γ; kein Reservatrecht 28 η.
 Umdeutung, eines nichtigen Rechtsgeschäfts 167.
 Umtausch 544 Absf. 3; s. Ersatzlieferung, Tausch.
 Umsatzsteuer 509*.
 Unberufene Stellvertretung 294 ff.
 Unbewegliche Sachen 116.
 Undank 580, 4; 585 III B, IV, 1 b.
 Uneheliche Kinder, Name 101; Wohnsitz 106; Unterhaltsansprüche 580 Absf. 2.
 Unehrlichkeit 96; 110.
 Uneigentliche Bedingungen 238, 3.
 Unentgeltliche Geschäfte 161; 572; 586 I; 589, 2; 581 Absf. 5; 582 Absf. 3; 584, 2; 585 III, 675 Absf. 2; 164 Absf. 2; 624; 639 I, 1; 707, 2; 711 II, 2; unentgeltlicher Erwerb 163 Absf. 2; 711 b.

Unfallverschollenheit 83 *γγ*; 84 *δδ*.
 Unerfahrenheit, Ausbeutung der 247 b.
 Ungerechtfertigte Bereicherung 702; 703 I; Leistungen, die ihren Erfolg verfehlen 703, 1; Verfügungen eines Scheinberechtigten u. Leistung an ihn 703; Leistung gegen Gesetz oder Sitte 707, 3; 710, 2 b; sonstige Fälle ungerechtf. B. 708, 4; 574, 5; 579 *δ*; 581 e; 584 II, 2; 650, 2, 3; 674^o; Geschäftsfähigkeit u. Zurechnungsfähigkeit der Beteiligten 708 III; Umfang der Haftung wegen ungerechtf. B. im Regelfall 708 I, 1; Steigerung in Ausnahmefällen 709, 2; 710, 3; Zinsen 709 d; 710 Abs. 1, 3; Beweislast 710, 4; Subsidiarität? 711, 6; Haftung des mittelbar Bereicherten 703 I, 1; 711, 2; B. durch Schuldversprechen 711 III; Unentgeltliche B. 707, 2; 711, 2.
 — j. Erfüllung einer Nichtschuld.
 Ungläubigkeit 110 ff.
 Universalukzession 75 *β*.
 Unkörperliche Güter 114; 481 II, 1; 542; 551 II, 1.
 Unmögliche Bedingungen 238, 3 b.
 Unmöglichkeit beim Kauf 481 a; 482 b, 3; 483, 4; 486 I, 1; 503 IV; 512 IV; 513 III; 531, 3 b; Teilunmöglichkeit 486 I, 1; 482 a; 492 Abs. 2.
 — der Leistung 400 ff.; ursprüngliche objektive: der Vertrag ist nichtig 400; nachträgliche subjektive (Unvermögen): der Vertrag ist wirksam; Erfüllungsanspruch oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung 401; nachträglich objektive, unverschuldete: Erlöschen der Forderung; keine Ansprüche 401; ursprüngliche subjektive, dem Gläubiger unbekannt gewesene: Erfüllungsanspruch, Schadensersatz wegen Nichterfüllung 402; dem Gläubiger bekannt gewesene: der Vertrag ist nichtig 402; Vertreten der Unmöglichkeitursachen 403; Surrogate 409; bei gegenseitigen Verträgen; j. Verträge, gegenseitige; bei der Alternativobligation 362; bei der facultas alternativa 363 g; bei Verträgen zugunsten dritter 400, 6; bei Gattungsoobligationen 403, 2.
 Unrichtige Übermittlung 267 ff.
 Unselbständige Rechte 79, 3; 66 II.
 Unsjittliche Rechtsgeschäfte 245 ff.; 164 Abs. 2; 674 a; 668 II; 670 II; unsjittl. Erwerb 707, 3; 708 Abs. 2; 710, 2 b; unsjittl. Delikte 678 c; 679 c; 681 c; internationales Privatrecht 46, 1 b; intertemporales Privatrecht 53 Abs. 2; j. auch Wucher.

Untauglichkeit; j. Sachmängel.
 Unterbrechung der Verjährung 324 ff.; 522 *ββ*.
 Untergang, Vermutung des U. eines Schiffes 83 unten; j. Gefahr, Zufall.
 Unterhaltsansprüche 315, 2 a; 579; 648, 2 a.
 Unterlassung als Gegenstand von Forderungen 356 Abs. 1; Verjährung 321, 2 b; 327 *δ*; Delikte durch U. 682 III.
 Unterlassung, Klage auf U. bei Gebrauch eines fremden Namens 103, 3; bei Delikten 686 II.
 Untermiete, Unterpacht; j. Mtermiete, Mterpacht.
 Unterschiede, rechtliche der Menschen 90 ff.
 Unterschrift 219 ff.; Stellvertretung 290 e; öffentliche Beglaubigung einer 222 ff.; 228 ff.; j. Handzeichen.
 Unterstempelung 219 b; 220 c.
 Unverjährbare Rechte 315 II.
 Unvermögen 400 ff.; j. Unmöglichkeit.
 Unverzichtbare Rechte 79.
 Unverzüglich 264, 3 a.
 Undenklicher Besitz 338, 3.
 Unwesentliche Bestandteile 121.
 Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte 166 ff.; Nichtigkeit kraft Gesetzes 166 ff.; Konversion 167 d; Scheinehe 167 f; Simulation 257; in fraudem legis agere 261 oben; Nichtigkeit kraft Anfechtung 169 ff.; Irrtum 261 ff.; Täuschung, Bedrohung 270 ff.; Nichtigkeit durch Formmangel 213 a; 217, 1; 215; relative U. 173 ff.
 Unzulässige Rechtsgeschäfte 244 ff.
 Unzurechnungsfähigkeit 304 ff.; 682 IV; 683 c; 698; 700 a; 702 Abs. 1; 708 III.
 Urkunden, Vorlegung 713 II.
 Ursächlicher Zusammenhang 382.
 Ursprünglicher Rechtswerb 77 c.
 Usuelle Interpretation 38, 4.
 Usus modernus pandectarum 12 III.

U.

Venia aetatis; j. Volljährigkeitserklärung.
 Verantwortlichkeit des Staates für die Beamten 28 oben; 695, 2.
 Verarbeitung beim Rücktritt 449 *β*; 451 *δ*; bei Wandlung 521 *β*; 518 *β*.
 Veräußerung 159, 4; Form der B. eines Vermögens 359 Abs. 1; Erwerb eines Vermögens 468 II; B. des künftigen Vermögens 440 I, 1; Versprechen der B. 375; 550 II; von Grundstücken 375 II.
 Veräußerungsverbote 248; relative und absolute 248; 483, 4.

- Verbotene Eigenmacht 343; 349 III; 689, 2;
 beim Einziehen einer Forderung 352 ff.
 Verbotene Rechtsgeschäfte 244 ff.; 410; unsitt-
 liche Rechtsgeschäfte 245 ff.; Wuchergeschäfte
 246 ff.; Veräußerungsverbote 248 ff.
 Verbotener Erwerb 707, 3; 710, 2 b.
 Verbrauchbare Sachen 129 III, 551 II, 1.
 Verdeckte Geschäfte 257, 2 b.
 Verdrehung einer Erklärung 267 ff.
 Vereinbarte Form der Rechtsgeschäfte 217 III;
 231.
 Vereine im II. Band; s. 72 II, 2 b.
 Vereinigung von Forderung und Schuld 454;
 662 b.
 Vererbung von Rechten 78 V; 75 $\beta\beta$; Kon-
 valeszenz durch B. 195 β ; Einfluß auf die
 Ansprüche wegen Mängel im Recht 511 α .
 Verfälschung einer Erklärung 174; 267; 269, 3.
 Verfügungen 159 ff.; im früheren Recht 333, 1;
 von Todeswegen 160 α ; durch Zwangsvoll-
 streckung 160 β ; der Staatsgewalt 331 ff.;
 Privilege 332; Enteignungsbeschlüsse 332;
 Dispensationen 333.
 Verfügungsbeschränkungen 196 ff.
 Verfügungsfähigkeit 193 ff.; Handeln ohne B.
 195 c; Konvaleszenz durch Genehmigung oder
 nachträglichen Erwerb der B. 195 c; passive
 B. 199; Verfügungsbeschränkungen 196 ff.
 Vergeltungsrecht (Retorsion) 97.
 Vergleich 667; entgeltlich 667, 4; Form 668
 III; 670 III, b; über Spiel, Schenkung usw.
 668 II, III; Gegenbeweis 668 IV, 2;
 Irrtum 668 IV, 4; Novation? 668 IV, 3.
 Vergütung, s. Lohn, Preis, Entgelt, Aufwen-
 dungen, Schadensersatz, Courtage.
 Verjährung 314 ff.; Verschweigung 338; nur
 Ansprüche verjähren 315; 329, 1; 523 $\delta\delta$;
 unverjährenbare Ansprüche 315; Verjährungs-
 fristen, deren Dauer 316 ff.; vertragmäßige
 Verkürzung der Fristen 315 oben; accessio
 temporis (Wechsel in der Person) 318, 1;
 328, 3; Beginn der Fristen 319 ff.; Beginn
 der Frist bei betagten Ansprüchen mit der
 Fälligkeit 320, 2; bei betagten von einer
 Kündigung abhängigen Ansprüchen 320 b;
 Hemmung der B. 322 ff.; 618 g; Unter-
 brechung der B. 324 ff.; Wirkungen der B.
 326 ff.; Einrede der B. 326; Teilansprüche
 326 a; Wirkung der B. des Hauptanspruchs
 auf die Nebenansprüche 326 α ; des Anspruchs
 gegen den Hauptschuldner auf den An-
 spruch gegen den Bürgen 326 β ; des obli-
 gatorischen Anspruchs auf Pfandrechte 326 γ ;
 eines Anspruchs auf Unterlassung 327 δ ;
 Wirkung der Einrede 327; 328; Wirkung
 des Personenwechsels auf die erhobene Ein-
 rede 328, 3; kein Anspruch der Rückerstattung
 des in Unkenntnis Geleisteten, der bestellten
 Sicherheit 328, 4 a, b; kein Anspruch auf
 Rückgängigmachung des Anerkenntnisses
 328 c; Wirkung der Einrede nach arglistigem
 Hindern der Unterbrechung 329, 5; Wirkung
 der B. auf das Recht, zu dem der verjährte
 Anspruch gehört 329 II; Grundbuchverfälschung
 330 a; keine Aufrechnung mit verjährten
 Ansprüchen 330 b; Rücktritt 447 Abs. 2;
 Vertragsstrafen 392 oben; des Wandlungs-
 anspruchs beim Kauf 521 ϵ ; der Wandlungs-
 einrede 523 $\delta\delta$, $\epsilon\epsilon$; des Anspruchs nach abge-
 schlossener Wandlung 523 B III; des An-
 spruchs auf Ersatzlieferung 525 d; auf Preis-
 minderung 526 c β ; auf Schadensersatz 526,
 4; 533 Abs. 5; 534 δ ; bei Miete 318
 Abs. 1; 558 ζ ; 561 b; bei Leihe 587 Abs. 2;
 bei Werkvertrag 618 g; bei Anweisung 630,
 1 a; bei Delikten 317 b; 321, 2 c; 320 β ;
 687 IV; nach dem Automobilgesetz 702 c;
 bei ungerechtf. Bereicherung 712, 3; 704 γ .
 Verkehr, Sachen außerhalb des 133.
 Verkehrsfitte 368 VI; 251, 1; 285 h.
 Verknechtung 107.
 Verleumdung 692 IV.
 Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte 96.
 Vermengung, und Rücktritt 451 δ .
 Vermögen 73 ff.; Sondergut (peculium) 73;
 Vermögensschulden 74.
 Vermögensanlage, mündelsichere 144 ff.
 Vermögensrechte 62 ff.; Veräußerlichkeit und
 Vererblichkeit des B. 78 V, 1.
 Vermögensrechtliche Rechtsgeschäfte 159.
 Vermögensschulden 74.
 Vermögensübernahme 468 II.
 Vermutung, und Beweislast 351 unten;
 Lebensvermutung 86; 88 III; Todesver-
 mutung 86 a; 89 IV; s. Todeserklärung.
 Vernehmungstheorie; s. Zugang, empfangs-
 bedürftige Erklärungen.
 Verpflichtungsfähigkeit 72, 5.
 Verschollenheit 83 ff.; (See-, Kriegs-, Unfallb.
 83; Bestimmung des Todeszeitpunkts 84 c;
 Antrag, Aufgebot, Urteil 85 d; Wirkung des
 Urteils 86, 2; Gegenbeweis 86 a, b; An-
 fechtung 87, 3; Lebensvermutung 88 III;
 86 a; Geschichte der B. (schleifisches, sächsisches
 System) 108 d; Kollisionenormen 112;
 Übergangsvorschriften 113; s. auch Todes-
 erklärung.
 Verschulden (culpa i. w. S.) 300 ff.; 680, 3;

- 684, 4; Vorsatz, *dolus eventualis* 300; Arglist 301; Fahrlässigkeit (*culpa i. e. S.*) 301; Begriff der „gebührenden Sorgfalt“ 301; subjektive Momente bei der Beurteilung 301 a; leichte und grobe Fahrlässigkeit (*culpa levis* und *lata*) 301 b; 303 b—d, schuldhaftes Verlegen fremder Rechte 302; eigener Rechte (Verschulden gegen sich selbst) 302; Wirkung des Verschuldens 302; Fälle der Haftung nur für Vorsatz 302; für Vorsatz und *culpa lata* 303; für *culpa in concreto* (*diligentia quam suis*) 303; für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit 303; Gutgläubigkeit kennen und kennen müssen 303, 2; Lat-irrtum und Rechtsirrtum 304, 3; Unzurechnungsfähigkeit 304 ff.; (schuldhaftes Sich-versetzen in bewußtlosem Zustand 304 d; Haftung für Hülfspersonen 305 V; *Culpa in custodiendo et eligendo* 306 c; 683 b, c; 684, 4 a; 625 Abs. 1; 640 b; vertragsmäßiger Ausschluß der Haftung für B. 308, VI; s. Gehülfe, Unmöglichkeit, Verzug.
- Verchwägerung 99.
- Ver Schweigung 338.
- Ver Schwendung, Entmündigung wegen 93; Geschäftsfähigkeit 180 I.
- Ver sehentliche Entstellung einer Erklärung 269, 3.
- Ver sendung beim Kauf 486 β; 488 Abs. 4; Erfüllungsort 504; Gefahr 505, 2; 506, 6 a; Kosten 506, 3, 6 b; Sorgfalt des Verkäufers 506, 4, 6 b; freiwillige Versendung 506, 6; Versendung am nämlichen Ort 505 Abs. 2; durch die eignen Leute des Verkäufers 505 Abs. 4; Störung der Versendung 505 Abs. 6; Transportunfälle 491 II B.
- beim Wertvertrage 614 β.
- Ver sicherung; s. Lebensversicherung.
- Ver steigerung 212; Sonderregeln für die Annahme 212; s. Selbsthülfeverkauf.
- Ver träge, Begriff 158; Vertragsschluß 204 ff.; s. Antrag und Annahme; Vertragsschluß durch Versteigerung 212; simultaner Vertragsschluß 212 II; Formfreiheit und Formzwang 213 ff.; Verträge über Grundstücke 376; Dissens beim Vertragsschluß 233 ff.; Punktationen 234; 359 II; Vertragserfordernisse 236; verbotene und unsittliche 244 ff.; Auslegung 250 ff.; fiduziarische 260; mit sich selbst 292; als Begründungsart der Forderungen 357 ff.; Vorverträge 359; vollkommen zweiseitige und unvollkommen zweiseitige 370; auf unmögliche Leistungen; s. Unmöglichkeit.
- gegenseitige (vollkommen zweiseitige) 370 ff.; Leistung und Gegenleistung 370 ff.; Leistung Zug um Zug 371; Einrede des nicht erfüllten Vertrages 371 a; Einrede des mangelhaft erfüllten Vertrages 372 b; Wirkung der Einreden nicht Klageabweisung sondern Beurteilung zur Leistung Zug um Zug 373 c; Parteivereinbarung der Vorleistung 373 d; *clausula rebus sic stantibus* (Berichtigung der Vermögenslage der Vertragspartei) 373 d; 592 VI; Unmöglichkeit, nachträgliche der Leistung bei G. 404 ff.; der Schuldner hat die Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung verschuldet; der andere Teil hat dreifaches Wahlrecht 404; der Gläubiger hat die Unmöglichkeit der dem Schuldner obliegenden Leistung verschuldet; Schuldner wird frei, Gläubiger bleibt verpflichtet 405 b; unverschuldete Unmöglichkeit; jeder Kontrahent trägt die Gefahr bis zur Erfüllung 405 c; Unmöglichkeit, ursprüngliche der Leistung 406 ff.; subjektive, dem Gläubiger unerkennbare, dreifache Wahlrecht 406 a; objektive oder dem Gläubiger erkennbare, Nichtigkeit des Vertrages 406 b; s. Verzug.
- Ver träge, unvollkommen zweiseitige: Begriff 370; Einrede des Zurückbehaltungsrechts 374.
- Ver träge zugunsten eines Dritten 397 ff.; Betrug 271 d; Aufrechnung 441 B I; im früheren Recht 474 VII; Form 398 II, 2; 576 Abs. 2; Rechtsserwerb 399, 3; Ausschlagung 399, 4; Widerruf 399, 3 a; Schenkung 576 Abs. 2; 583 a; 573 b; Anweisung 632 Abs. 1.
- Ver tragsantrag 204 ff.; 216 Abs. 2; 358 Abs. 2.
- Ver trags schluß 204 ff.
- Ver tragsstrafe 391 ff.; Herabsetzung 393 e; B. und Schadensersatz 393 f.; Verjährung 392 Abs. 1.
- Ver tragsverletzung, positive 437.
- Ver trauensmacht 60, 4; 63 ff.
- Ver tretbare Sachen 128; 589 II; 623 II; 642 VI.
- Ver treter; s. Gehülfe, Stellvertretung.
- Ver tretung; s. Stellvertretung.
- Ver tretungsmacht, rechtsgeschäftliche 277 ff.; s. auch Vollmacht; gesetzliche 287, 2; Handeln ohne B. 294 ff.; Schwebezustand 294, 2; Rechtsfolgen 295 ff.; Haftung des angebliehen Vertreters 295, 3.
- Ver wahrungsvertrag 639; Realvertrag? 639 III; Nebenleistungen 639 I, 2; entgeltlich 639 I b, c; 640, 1 a, 2 a; 641 a; Haftpflicht des Verwahrers 640, 2; Lohn u. Aufwendungen 641, 3 a, b; 640, 1 b; Haftung des Hinter-

- leger 641 c; Rückgabe u. Rücknahme der zu verwahrenden Sache 640, 2 e; 641 d, V; 640, 1 b; Gebrauch der Sache durch Verwahrer 640 d; 642 VI; Ende der Verwahrung 641, V; f. Annahmeverzug, Anweisungen, Gefahr, Gehülfen, Summenverwahrungsvertrag.
- Verwandtschaft 98 ff.; künstliche 99.
- Verwendungen; f. Aufwendungen.
- Verzeihung 581 d; 155 B III.
- Verzicht 581 d; f. Erlaß.
- Verzichtbare Rechte 79.
- Verzug des Gläubigers 430; Voraussetzungen: Leistungsbefugnis des Schuldners (Fälligkeit?) 430, 1; Nichtannahme der angebotenen Leistung seitens des Gläubigers 430, 2; Real- und Verbalangebot 430 ff.; Entbehrlichkeit des Angebots 431 b; B. bei Gattungsschulden ohne Auscheidung 431 Abs. 4; 432; I. Abs. kein Verschulden 431, 3; vorübergehende Annahmehinderungsgründe 431 unten; Wirkungen: Abschwächung der Schuldnerhaftung 432 II a; Gefahrübergang bei der Gattungsschuld 432 β; Aufhören der Zinszahlungspflicht des Schuldners 433 δ; ausschließlich Herausgabe der tatsächlich gezogenen Nutzungen 433 ε; Schadenersatzanspruch des Schuldners 433 b; Befreiung von der Leistungspflicht 433, 2; Preisgabe des Grundstückbesizers 434 a; Hinterlegung 434 b; Selbsthilfeverkauf 434 c; Aufhören des B. 435; doppelte Verzugsfolgen 435 IV; B. beim gegenseitigen Vertrag: Gegenleistungsverzug 432, 4; Gefahrübergang 433 γ; bei der Alternativobligation 361 β; B. durch Zurückweisung der Leistung durch einen Dritten 415 unten; B. dem Dritten gegenüber, der sein jus offerendi geltend macht 416 a; Wirkungen nach erklärter Aufrechnung 445 oben; des Teilgläubigers 469, 2; bei der Gesamtschuld 470 unten.
- des Schuldners 426 ff.; Voraussetzungen: Fälligkeit der Schuld 426, 1; Mahnung 426, 2; kein Ersatz der Mahnung durch Zusendung einer Rechnung 426 a; Ersatz der Mahnung durch Klage 426 a; Mahnung bedingungsfeindlich 426 a; Mahnung muß nach Fälligkeit erfolgen 426 a; dies interpellat pro homine (kalendermäßiger Leistungstermin) 426 b; Verschuldungsprinzip 427; Verschulden der Erfüllungsgehülfen 427 a; Unvermögen bei der Gattungsschuld (Vertreten von Zufällen) 427 b; Beweispflicht des Schuldners 427 c; Wirkungen: Verschärfung der Forderung 428; strenge Haftung (perpetuatio obligationis) 428 a; der Schuldner trägt die Gefahr 428 a; Verzugszinsen 428 β; Schadenersatzanspruch des Gläubigers wegen Verspätung 428 b; Zurückweisung der Leistung wegen Verspätung 429, 2; Voraussetzung zur Zurückweisung: Urteil und Nachfrist 429; nach Ablauf der Nachfrist: Schadenersatz wegen Nichterfüllung 429 a; der Gläubiger hat wegen des Verzuges kein Interesse mehr an der Leistung 429 c; bei Fixgeschäften 430 γ; Aufhebung des B. 430; bei gegenseitigen Verträgen: Zurückweisung (erleichterte) wegen Verspätung 429 b; bei Gesamtschulden 471 d; bei Bürgschaft 659 b.
- Verzug des Verkäufers bei Übergabe 493; bei lastenfreier Übereignung 510 III; bei Gewähr für Sachmängel 517 III; 529, 2 a; 530, 3 a, b; 531, 3 b; Recht des Käufers auch nachträgliche Erfüllung u. Schadenersatz wegen Verspätung 493 a, b; 496, e, 3 a; 499 a; 510, 1; 529, 1 b, 2 a; 530, 3, VII, 1; 531, 3 b; Rücktrittsrecht 493 b; 494 c; 497 a; 501 b; 510, 1, 2 a; 511 b; 517, 1; 529, 1 a; Schadenersatz wegen Nichterfüllung 497 β; 501 c; 510, 1, 2 a; 511 c; 526, 4; 530, 3; 534 γ; Teilverzug 498, 4; f. Nachfrist, abstrakte Schadensberechnung, Deckungskauf.
- Verzug des Käufers mit Zahlung bei Stundung 538 c; kann Verkäufer Rückgabe der Kaufsache fordern? 539 Abs. 1, 3, 4; ohne Stundung 537 a; 538 b; Abnahmeverzug 540 II.
- Verzugszinsen 428 β; als tarifierter Schadenersatz 479, 3; 390, 1; bei Schenkung 577 b.
- Viehängel 535; 715, 3 b; Hauptängel 535 I; andre Mängel 536 IV; Gewährfrist 535 I, II; 536 a, 3, IV; Anzeigefrist 536, 2 a, IV; Verjährung 536, 3, IV; Beweislast 535 II; 536 IV; Wandlung 536, 1 b; Preisminderung 536 Abs. 1, IV; Schlachtung des Viehs 536 Abs. 2, 4, 6; Versteigerung 536 Abs. 5; Annahme ohne Vorbehalt 536, 2 b; Arglist 536, 2 a; 535 I; Zusicherungen 536 IV.
- Vis 174, 3; 272.
- Vis maior 310 ff.; f. höhere Gewalt.
- Vitalität 80; im früheren Recht 107.
- Vollrechte 4 I.
- Vollendung der Geburt 81 oben.
- Volljährigkeit 91; 312 Abs. 6; im früheren Recht 109 Abs. 1, 2.

Volljährigkeitserklärung 91 109 Abs. 2.
 Vollmacht 277 I a; Begründung der V. 277 I;
 Wirkung u. Form der Vollmachtserteilung
 278; Vollmachtsanzeige u. Urkunde 279;
 kaufal, abstrakt, Grundverhältnis 281 b;
 Substitutionsbefugnis 281 d; Erlöschen der
 V. 282 ff.; Auslegung 285; Innenverhält-
 nis (Auftrag) 287 i.
 Vollmachtüberschreitung 294; 600^o.
 Vorbehalt bei Erfüllungssannahme 421, 1 b;
 bei Kauf 515 γ ; 533 Abs. 5; 536, 2 b; bei
 Miete 557 γ ; bei Dienstvertrag 601, 8; bei
 Werkvertrag 618 f; bei Vertragsstrafe 392 c.
 Vorbehaltene Materien 26 ff.; subsidiäre Gel-
 tung des BGB. 27 γ .
 Vorbehaltzahlung 421 IX.
 Vorkauf 545 III; Vertrag? 545, 1, 2 a; Über-
 tragung u. Vererbung 545 b; 546 c; Be-
 fristung 545 b, 6; Voraussetzungen 546, 3,
 4; Ausübung 546, 6; 547, 8; Wirkung
 547, 9, 10; Wandl. u. Anfecht. des Haupt-
 kaufs 547 Abs. 4; Dinglichkeit? 547, 10;
 Widerruf 547, 8; Nebenleistungen des
 Käufers 546 b; 547 a; Nebenabreden 547 d;
 Stundung 547 c; mehrere Vorkaufsberechtigte
 546, 7; Verkauf mehrerer Sachen zu Gesamt-
 preis 547 b; Anzeige an Vorkäufer 546, 5.
 Vorläufige Vormundschaft 95 Abs. 1; 180 γ .
 Vorleistung 373 d.
 Vormundschaft, Ehrenrechte 29 Abs. 1; Frauen
 90; hohes Alter 92, 5; 109 Abs. 3; vor-
 läufige V. 95 oben; Beamte 96 oben; Aus-
 länder 98 oben.
 Vorname 102, 2; Änderung des V. 102, 2.
 Vorrang der Reichsgesetze 53 I; 25, 2; 32,
 3; 24 Abs. 3.
 Vorrechte bei Suspensivbedingungen 239.
 Vorsatz 300 ff.; Arglist 301; Irrtum über die
 Rechtswidrigkeit 302 III, 1 a; dolus even-
 tualis 300, 1 a; Vorsatz und Fahrlässigkeit
 302 IV, 1; Ausschluß der Haftung für
 Vorsatz 308 VI.
 Vorstoß; s. Aufwendungen.
 Vorteilsausgleich 389 VIII.
 Vorverträge 359 ff.; s. auch Punktationen.

W.

Währung 130; früher 147 III; Doppelwäh-
 rung, sinkende Goldwährung 147 III; Rück-
 wirkung einer gesetzlichen Änderung der W.
 148 oben; Gesetzgebung 1909 Nachtrag XVI.
 Wandlungsanspruch beim Kauf 517; vor
 Übergabe der Kaufsache 531, 3; dem Rück-

trittsrecht ähnlich 517 a, aber doch von ihm
 verschieden 519 b; Befristung 517 a; 521 γ
 u. Abs. 4; Verjährung 521 ϵ ; Mehrheit der
 Käufer und Verkäufer 519 δ ; Mehrheit der
 Kaufsache 523 ζ ; wenn die Kaufsache unter-
 gegangen, verschlechtert, veräußert, gepfändet,
 umgestaltet ist 518 β , γ ; 521 β ; Arglist des
 Verkäufers 523 $\epsilon\epsilon$; Schwebezustand, bis
 Wandlung vollzogen 519 a; Kaufpreis und
 Kaufsache in dieser Zeit 519 $\alpha\alpha$, 520 $\beta\beta$;
 Klage auf Kaufpreisrückzahlung 519 $\alpha\alpha$;
 Aufrechnung mit Wandlungsanspruch 520
 Abs. 2, 3; Zustimmung des Verkäufers zur
 Wandlung 521 $\gamma\gamma$; 519 Abs. 5; 521 Abs. 4;
 rechtskräftiges Urteil 519 Abs. 5, 521 Abs. 4,
 520 Abs. 5; Ausführung der Wandlung
 517 a; 523 B III; Ort der Rückgabe 518
 Abs. 1; Konkurrenz mit andern Ansprüchen
 des Käufers 522 $\gamma\gamma$; 527 IV; 529 VI;
 wegen mangelnder Größe eines Grundstücks
 534 ϵ ; beim Kauf von Rechten 543, 2 a;
 s. Sachmängel.
 Wandlungsanspruch beim Werkvertrage 617 c;
 bei andern entgeltlichen Verträgen 550 II;
 bei Angabe an Zahlungsstatt 438, 2.
 Wandlungseinrede 519 $\alpha\alpha$; 520 $\beta\beta$; Verjäh-
 rung 523 $\delta\delta$, $\epsilon\epsilon$.
 Wegnahmerecht 378; 558, 6.
 Weibliche Rechtswohlthaten 90; 108.
 Weistum 6 VI.
 Weitervermieten; s. Untermiete.
 Weiterverweisung im internationalen Privat-
 recht 46 c; 478 d.
 Weltgeistliche 109.
 Werke 117 $\beta\beta$; 697 Abs. 2; 612 II, 1.
 Werklieferungsvertrag 612, 3; 623.
 Werkvertrag 610; höchstpersönlich? 615 a;
 622 IV; Mitwirkung des Bestellers 614 a;
 616, 2; 620, 4; 621, 7; Stofflieferung durch
 Besteller 614 a; 619, 6; 623, 2; Versendung
 des Werks an Besteller 614 β ; Werklohn
 611 β ; 613, 2; 619, 1; Auslagen 619 a;
 614 a; Kostenschlag 620 b; Pfandrecht des
 Unternehmers 621, 6; Verjährung 618 g; s.
 Geschäftsbeforgung, Gefahr, Gehülfe, Ründi-
 gung, Mängel im Recht, Sachmängel,
 Rücktritt.
 Wer sät der mäht 147, 3; 15 Abs. 1, III.
 Wert; s. Entgelt; des Geldes 130.
 Wertpapiere 643 d; 645, 2; 439 I; s. Wd. II.
 Wesentlicher Bestandteil 121 ff.
 Wesentlicher Irrtum 262, 263.
 Wette 656 I; 718 X.
 Widerruf der Einwilligung zum Betrieb eines

Erwerbsgeschäfts 190 d; einer Erklärung 203 II; einer Offerte 211, 6; der Annahme 211, 6; der Vollmacht 282 β; bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht 294 Abs. 1, 5; 295 b; der Zustimmung 183 γ; 298 ff.; bei Rechtsgeschäften mit beschränkt geschäftsfähigen Personen 183 γ; 184 ε; der Wahl bei der Gattungsschuld 365 f.; Vertrag zugunsten Dritter 399, 3 a; der Hinterlegung 440 III; der Schenkung 580, 4; 579 a; 581, 5; 585, 1; der Auslobung 638 VI; bei der Anweisung 630, 2 a; 629 β; s. Kündigung. Wiederaufhebung der Entmündigung 93 unten; 94. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 334. Wiederkehrende Leistungen, Schenkung 578 e; Verjährung 318 Abs. 1; 326 ββ; 326². Wiederkauf 548 IV; Vertrag? 548, 1, 2; Vererbung und Übertragung 548, 2 b; Befristung 548, 2 c; Ausübung 548, 4, 5; Wirkung 548, 6; dinglich? 549, 8; Zubehör 548, 6 a; Wiederkaufpreis, Schätzungswert 549 d, e; Verfügungen des Wiederverkäufers 549, 8. Willensäußerungen 151 ff. Willenserklärungen 155 ff.; empfangsbedürftige und richtempfangsbedürftige 156; an Behörden 156; richtungsbedürftige 156; stille Willensäußerungen 156; Erbschaftsannahme, Kündigung 156; 157; Verträge und einseitige W. 158; vermögensrechtliche und personenrechtliche 159; Verfügungen 159; Zuwendungen (entgeltliche und unentgeltliche) 161 ff.; Zweckzuwendungen u. abstrakte 162 ff.; Echtheit der 174; Geschäftsunfähiger 175; beschränkt Geschäftsfähiger 180 ff.; Auslegung 250 ff.; mit Willensmängeln 256; des Stellvertreters 274 ff. Willensmängel 256 ff.; Simulation 256 ff.; Mentalreservation 260; Irrtum 261 ff.; Täuschung 270 ff.; Bedrohung 272 ff.; bei Vergleich 668, 4; Sonderregeln 273 (§ 65 a). Wissenschaftliches Reichsrecht 23 II; 33 ff. Woche 313, 4 b; 568². Wohlerworbene Rechte 57, 3 b. Wohnsitz 104 ff.; Begründung 104, 1; Doppelwohnsitz 104 Abs. 5; 105 B IV, V; Ehefrau, eheliches, uneheliches Kind, Militär 106 ff.; Kollisionsnormen 112; Übergangsvorschriften 113; internationales Privatrecht 54, 4. Wohnung 551 II, 2; 558 d; 561 e; freie Wohnung 595 I. Abs. Wuchergeschäfte 246 ff.; 674, 3 a; 668 II;

Kreditwucher 247; Sachwucher 247; Vertragsstrafe 393 e; früheres Recht 474 VIII. Württembergisches Landrecht 11 Abs. 1, 4; 29 Abs. 3 VI.

B.

Zahlung, mit Geld 130 ff.; Vorbehaltzahlung 421 IX; s. Erfüllung, Leistung, Verzug. Zahlungsbefehl 324 a. Zahlungsunfähigkeit 543, 2. Zafius 8 Abs. 3; 10 VI. Zettelauf 311 ff.; Kalender (feste Zeit) 311 I; bewegliche Zeit 311 II; Termine 313 III; rechtliche Wirkung der Zeit 314 ff.; 330 ff.; erlöschende gesetzliche Befristung 331; rechtsgeschäftliche Befristung 243; im früheren Recht 337 III; s. Verjährung, Verschollenheit, Verschweigung. Zeitbestimmungen; s. Befristungen. Zeitliche Kollision der Gesetze 48 ff.; s. intertemporales Privatrecht; Übergangsbestimmungen. Zeugen bei Urkunden 224, 2; 227, 3. Zeugnis 604, 4. Zinsabrede, gesetzliche Verbot der 4 Abs. 3; 10 I. Abs.; 474 VIII. Zinsen 379 ff.; Z. und Kapital als rechtlich verbundene Ansprüche 379 II, 1; 369 II; Wirkung von Ungültigkeit und Verjährung der Hauptschuld auf die Z. 379 unten; Trennung der Hauptforderung und Zinsanspruch durch Abtretung oder Zahlung der Hauptforderung 380 oben; ausschließliche Zinsforderung bei unkündbaren Staatsanleihen 380, 2 a; selbständige Zinsen 380, 2 b; rechtsgeschäftliche und gesetzliche Zinsen 380 III; Wucherverbot 246; gesetzliche Kündigungsfrist bei Z. über 6% 380 III; Pfandleiher 380 III; gesetzlicher Zinsfuß 380 III; Judenprivileg 474 VIII; Zinsszinsen 380 unten; Bankiers 381 Abs. 2; nachträgliche Zinsstipulation bei fälliger Zinsschuld 381 Abs. 3; gesetzliche Zinsen von rückständigen Zinsen 381, 2; Rechnungsauszüge des Bankiers 381 V; Zahlungsweise der rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Zinsen (Zinsperioden) 381 VII; Z. als Frucht der Kapitalforderung 139; Verjährung der Z. 317 unten; Z. bei Erfaß wegen Aufwendungen 395; Z. bei der Erfüllung 418 b; Leistung vor der Fälligkeit 425 III; Verzugszinsen 428 β; Annahmeverzug bei verzinlicher Geldschuld 433 d; Z. bei der

- Sinterlegung 440 V, 1; Z. bei der Aufrechnung 444, 2 a; Z. beim Rücktritt 451 γ; Z. bei der Abtretung 459, 2; Z. bei der Schuldübernahme 465, 4; Z. als tarifierter Schadensersatz 390 IV, 1; 479, 3; Z. beim Kauf 539, 2; 517 α; bei Darlehn 589, 2; 590 b; 592, 3; bei Geschäftsbeforgung 600 c; 649, 3 c.
- Zinsfuß 380 III.
- Zinsperioden 381 VII.
- Zinsezins 380 IV ff.; i. Prozeß- und Verzugszinsen.
- Zinssatz 380 III; Judenprivileg 474 VIII; Kündigung bei Z. von über 6% 380, 1 a.
- Zubehör 125 ff.; Landgüter 125 b; Gerät eines Warenhauses als Z. 127 B III, 3; Betten eines Gasthauses als Z. 127 B IV; Kartoffeln, Stroh, Roggenkörner Z.? 127 II B; Theaterinv. 128 Absf. 1, II.
- Zufall 308 ff.; Haftung für Z. 309; Fälle der Haftung ohne Verschulden 309; innerer und äußerer Z. 310; innerer Z. im Betriebe des Gastwirts 310; höhere Gewalt 310 b; Nichteinhalten einer Frist 311, 5; casum sentit dominus 311, 6; 488 b; Haftung des Schuldners für zufällige Unmöglichkeit bei Verzug 428 II α; Ausschluss der Haftung bei Verzug des Gläubigers 432 α; f. Gefahr, Unmöglichkeit.
- Zugang einer Willenserklärung 199 ff.; durch öffentliche Zustellung 202; Widerruf der Willenserklärung vor dem Z. 203 II; Rechtszustand zwischen Abgabe und Zugang 203 III; im früheren Recht 334, 5.
- Zurechnungsfähigkeit 304 ff.; 682 IV; 683 c; 698; 700 α; 702 oben.
- Zurückbehaltungsrecht 374 ff.; kaufmännisches 375 oben; Z. und Einrede 374 d; bei Miete 561 e; bei Leihe 587 I. Absf.; 284 Absf. 3.
- Zurückverweisung im internationalen Privatrecht 46 c.
- Zusammengesetzte Rechte 66.
- Zusicherung von Eigenschaften bei Kauf 532; 537 IV; 543 a; der Größe von Grundstücken 532 b; 534 ε; bei Werkvertrag 615 c; 617 a; 618 e.
- Zustellung 202; öffentliche Z. 202.
- Zustimmung 298 ff.; des Gewalthabers 182; 175, 2; Einwilligung und Genehmigung 299; im früheren Recht 333.
- Zuwendungen 161, 572; entgeltliche und unentgeltliche 161, 572; Zweckzuwendungen und abstrakte Z. 162; freiwillig- und notwendig-abstrakte Z. 162; unentgeltlicher Erwerb 163 unten; i. Entgelt.
- Zwang, abgezwungene Erklärungen 174; Aufsechtung wegen Z. 272 ff.; im früheren Recht 335, 10.
- Zwangvergleich 572 a B.; bei Bürgschaft 660 Absf. 1.
- Zwangsvollstreckung, aus Dienstvertrag 601, 11; aus Werkvertrag 612 c; 619, 8; Verkauf in Zwangsvollstreckung 485, 2; 508 α; 515 η; Verfügungen in der Z. 160 β; 249 c, α; 449 I. Absf.
- Zweckschenkung 584 II.
- Zweckzuwendungen 162 d.
- Zweiseitige Willenserklärungen 158, 2.
- Zwingendes Recht, Z. Gesetzesrecht 31 III; Gewohnheitsrecht 33 III; im intertemporalen Privatrecht 52 IV, 3.
- Zwischenzinsen 425 III, 2; 704 γ.
- Zwittergeschlecht 90 II.

