

47. (C. 621 bis 638.)Sonn- und
Feiertage.

I. Die Komm. erklärte sich zunächst damit einverstanden, daß die in der 30. Sitzung, oben C. 191, 194, zur Aufnahme beschlossenen §§. 153a, 153b dem Antrage der Red.Komm. entsprechend (vergl. Zus. der Beschl. C. 63 Anm.¹⁾) hinter §. 231 als §. 231a in folgender Fassung eingeschaltet würden:

Fällt der für eine Leistung bestimmte Tag oder der letzte Tag der für eine Leistung bestimmten Frist auf einen Sonntag oder einen am Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so ist im Zweifel anzunehmen, daß an Stelle des Sonn- oder Feiertags der nächstfolgende Werktag zu treten hat.

§. 232.
Zwischensinf.

II. Der §. 232 wurde ohne Diskussion angenommen.

Zurück-
behaltungs-
recht.

III. Es folgte die Verathung der Vorschriften über das Zurückbehaltungsrecht.

Zu §. 233 war beantragt:

§. 233.
Voraussetz.;
Inhalt.

1. die Bestimmung zu fassen:

Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältniß, auf welchem seine Verpflichtung beruht, gegen den Gläubiger einen fälligen Anspruch oder steht ihm, wenn er zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist, ein solcher Anspruch wegen Verwendungen auf die Sache oder wegen eines durch diese ihm verursachten Schadens zu, so kann er, sofern nicht der Inhalt des Schuldverhältnisses ein Anderes ergibt, die geschuldete Leistung so lange verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

2. die §§. 233 bis 236 zu streichen und statt derselben in den Allg. Theil zwischen den bereits beschlossenen Bestimmungen über „Selbsthülfe“ und über „Sicherheitsleistung“ folgende Vorschriften einzuschalten:

Steht dem zur Herausgabe einer Sache Verpflichteten gegen den Berechtigten ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf die Sache oder wegen eines durch die Sache ihm verursachten Schadens zu, so kann er, wenn er die Sache nicht durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, dieselbe zurückbehalten, bis sein Anspruch erledigt ist. Der Berechtigte kann das Rückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung abwenden; die Sicherheit kann nicht durch Bürgen geleistet werden.

Standpunkt
der Komm.,

Die Komm. beschloß, unter Ablehnung des Antrags 2, den §. 233 in der Fassung des Antrags 1 anzunehmen, jedoch der Red.Komm. die Entscheidung der Frage vorzubehalten, ob im zweiten Halbsatz das Wort „Gegenstand“ durch „Sache“ zu ersetzen oder ob es in dieser Beziehung beim Entw. zu belassen sei.

Die Mehrheit trat in sachlicher Beziehung dem Entw. darin bei, daß beim Vorhandensein fälliger und konnexer Gegenansprüche dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung

¹⁾ Die Anm. enthält die im Text wiedergegebene Fassung.

zu gewähren sei und daneben das Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes wegen Verwendungen oder wegen eines durch den letzteren zugefügten Schadens als ein besonders häufiger und wichtiger Anwendungsfall ausdrückliche Erwähnung verdiene. Diese Regelung enthalte zwar gegenüber den Bestimmungen der meisten neueren Kodifikationen eine Erweiterung (vergl. preuß. A.L.R. I 20 §§. 536, 542, sächs. G.B. §§. 767, 769, H.G.B. Art. 313, schweiz. Obl.R. Art. 224), stehe aber mit der im gem. Rechte herrschenden Ansicht in Einklang (vergl. Wächter, Pand. II S. 337, Dernburg, Pand. I S. 138 S. 317¹⁾, R.G. 14 S. 233 ff.). Es sei ein gesunder, offensichtlich der Billigkeit entsprechender Gedanke, daß die auf dem nämlichen rechtlichen Verhältnisse beruhenden beiderseitigen Ansprüche gleichzeitig, Zug um Zug, zur Erledigung gelangen sollen, daß keiner der Beteiligten den anderen zur Leistung solle anhalten dürfen, ohne seinerseits zu der ihm obliegenden Leistung bereit zu sein.

Seitens der Minderheit, deren Ansicht in dem Antrage 2 zum Ausdruck ^{der Minder-} gelangte, war gegen diese Regelung Folgendes geltend gemacht worden: ^{heit,}

Das Zurückbehaltungsrecht sei begrifflich und dem Sprachgebrauche nach in Uebereinstimmung mit dem H.G.B. auf die Zurückhaltung geschuldeter Sachen gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe zu beschränken. In den übrigen vom Entw. in Betracht gezogenen Fällen stehe lediglich eine Suspension der Leistungspflicht in Frage. Diese begriffliche Verschiedenheit müsse durch die Stellung der auf das wahre Zurückbehaltungsrecht und der auf die Suspension der Leistungspflicht bezüglichen Vorschriften im Systeme des B.G.B. auch äußerlich erkennbar gemacht werden. Das Zurückbehaltungsrecht im eigentlichen Sinne sei, weil seine Anwendungssphäre sich nicht auf das Obligationenrecht beschränke, sondern sich über das ganze Rechtsgebiet erstrecke, in den Allgemeinen Theil zu verweisen und zwar mit Rücksicht darauf, daß es wesentlich als Sicherungs- und Zwangsmittel dienen solle, zwischen die Bestimmungen über die Selbsthülfe und die über die Sicherheitsleistung. Die übrigen vom Entw. in Betracht gezogenen Fälle, bei denen lediglich eine Suspension der Leistungspflicht vorliege, seien dagegen an geeigneter Stelle im Obligationenrecht zu behandeln, etwa durch Erweiterung der §§. 364, 365.

Von einer Seite wurde hinzugefügt, daß die vom Entw. vorgeschlagene Ausdehnung des Begriffs des Zurückbehaltungsrechts ohne Aufstellung fester Kennzeichen der Konnexität zwecklos sei, weil nur die Entscheidung der Frage, ob Konnexität vorliege, der Rechtsanwendung Schwierigkeiten bereite, während die Suspension der Leistungspflicht bei beiderseitigen konnexen Ansprüchen sich wohl von selbst verstehe.

Die Mehrheit setzte diesen Ausstellungen folgende Erwägungen entgegen: ^{der Mehrheit.}

Was zunächst den Sprachgebrauch anlange, so sei die Terminologie des H.G.B. nicht maßgebend, weil das kaufmännische Retentionsrecht, dessen Schwerpunkt in der durch Art. 315 festgesetzten Verkaufsbefugniß und dem mit ihr verbundenen Rechte auf abgesonderte Befriedigung liege, von dem Zurückbehaltungsrechte des Entw. wesentlich verschieden sei. Der Einwand, daß der

¹⁾ Zweite Aufl. S. 322, dritte Aufl. S. 327, fünfte Aufl. S. 327.

Begriff der Leistung auch das Unterlassen mit umfasse, bei einem Unterlassen aber ein Zurückbehalten im eigentlichen Sinne nicht denkbar sei, treffe nur die Fassung des Entw. und werde von dem Antrag 1 dadurch beseitigt, daß dieser nicht von „Zurückbehaltung“, sondern von „Verweigern“ der Leistung spreche. Die angebliche innere Verschiedenheit zwischen dem „wahren“ Zurückbehalterecht und der Suspension der Leistungspflicht bestehe nicht; das erstere sei seinem Wesen nach nichts Anderes als eine Suspension der Leistungspflicht. Das Recht, die Leistung zu verweigern, bis die dem Gegner obliegende Leistung bewirkt werde, ergebe sich aber nicht von selbst aus der Komplexität, sondern müsse durch eine Gesetzesvorschrift anerkannt werden. Die Abgrenzung des Begriffs der Komplexität bereite allerdings unter Umständen Schwierigkeiten, denen das Gesetz, ohne kasuistische Vorschriften zu treffen, nicht abhelfen könne. Diese Schwierigkeiten seien aber nicht von solcher Bedeutung, daß um ihrer willen die innerlich berechtigte Vorschrift des Entw. aufgegeben werden müßte. Die C.P.D. habe sich durch die nämlichen Schwierigkeiten, welche der Begriff des „rechtlichen Zusammenhanges“ biete, nicht abhalten lassen, diesen Begriff im §. 136 Abs. 2 zu verwenden. In systematischer Beziehung sei zuzugeben, daß das Zurückbehalterecht sich nicht auf das Gebiet des Obligationenrechts beschränke. Aber die Erstreckung der für Forderungsrechte gegebenen Vorschriften auf andere Ansprüche sei nicht etwas dem Zurückbehalterecht Eigenenthümliches; die analoge Anwendung auf andere Ansprüche komme vielmehr bei allen allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse in Frage. Bei Verathung des Sachenrechts werde zu erwägen sein, ob die Zulässigkeit ihrer analogen Anwendung für die dinglichen Ansprüche ausdrücklich ausgesprochen werden solle. Auf der anderen Seite unterliege die Verweisung in den Allg. Theil dem Bedenken, daß, wenn schon im Obligationenrechte das Zurückbehalterecht für solche Fälle ausgeschlossen werden müsse, in denen die Ausübung desselben dem Inhalte des Schuldverhältnisses zuwiderlaufe, eine solche Verallgemeinerung nicht rathsam erscheine. Der Entw. habe es deswegen vorgezogen, außerhalb des Gebiets des Obligationenrechts das Zurückbehalterecht für diejenigen Verhältnisse, in welchen es stattfinden solle, durch besondere Vorschriften zu ordnen.

Im Interesse der Deutlichkeit erachtete man es für wünschenswerth, die im §. 234 des Entw. durch Verweisung auf den §. 364 bezweckte Einschränkung der Regel (Mot. S. 43) in Uebereinstimmung mit dem Antrag 1 durch den Zwischensatz „sofern nicht der Inhalt des Schuldverhältnisses ein Anderes ergibt“ zum Ausdruck zu bringen.

§. 234.
Wirkungen.

IV. Zu §. 234 war beantragt:

a) den Satz 1 durch folgende Bestimmungen zu ersetzen:

Der Gläubiger, dessen Anspruch ein Zurückbehalterecht entgegensteht, kann auf Verurtheilung des anderen Theiles zu der Leistung gegen Bewirkung der diesem gebührenden Leistung Klage erheben. Hat er vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Theil in Verzug der Annahme kommt, Klage erheben auf Verurtheilung des anderen Theiles zu der Leistung nach Empfang der diesem gebührenden Leistung.

Ist eine solche Verurtheilung erfolgt, so kann der Kläger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn und solange der Beklagte im Verzuge der Annahme sich befindet.

b) die Sätze 2 und 3 als Abs. 2 zu §. 233 zu stellen.

hierzu der Unterantrag:

den Satz 2 des Abs. 1 der als §. 234 vorgeschlagenen Bestimmungen zu streichen.

Die Komm. nahm den Hauptantrag a mit der in dem Unterantrag enthaltenen Aenderung an.

Man hatte erwogen:

Die Vorschriften des §. 234 seien ihrem sachlichen Inhalte nach zu billigen. Die Verweisung auf den §. 364 sei durch den in den §. 233 aufgenommenen Zwischensatz erledigt. An Stelle der Verweisung auf den §. 365 verdiene es den Vorzug, das Ergebnis, zu welchem die entsprechende Anwendung führen solle, im Gesetze auszusprechen. Dies bezwecke der Hauptantrag. Dieser sei aber insofern zu beanstanden, als er auch den zweiten Satz des §. 365 Abs. 1 übernehme. Es sei zwar denkbar, daß das Zurückbehaltungsrecht nach dem Inhalt eines bestimmten Schuldverhältnisses nur dem einen Theile zustehen, der andere Theil also zur Vorleistung verpflichtet sei. Ob aber solche Fälle im Verkehrsleben in irgend erheblicher Zahl vorkommen, erscheine zweifelhaft; bei den als Beispiele angeführten Fällen der §§. 270, 301 liege eine andere Auffassung näher. Deswegen werde von einer solchen Vorschrift, zu welcher die Rechtsprechung erforderlichen Falles mittelst analoger Anwendung des §. 365 gelangen könne, besser abgesehen. Eine solche Vorschrift würde überdies jedenfalls an diese Stelle gehören, da das Zurückbehaltungsrecht nach §. 233 darin bestehe, daß nur Zug um Zug zu leisten sei, diejenigen Fälle also, in welchen erst nach einer Vorleistung gefordert werden könne, nicht darunter fallen.

Der in dem Antrage b gemachte Vorschlag, die Sätze 2 und 3 in den §. 233 als Abs. 2 zu verweisen, wurde der Würdigung der Red. Komm. überlassen.

V. Der §. 235 wurde sachlich nicht beanstandet.

Ein Antrag, die Bestimmung folgendermaßen zu fassen:

Hat der Schuldner die herauszugebende Sache durch eine vor-
fänglich begangene unerlaubte Handlung erlangt, so steht ihm das
Zurückbehaltungsrecht nicht zu.

wurde der Red. Komm. überwiesen.

§. 235.
Unerlaubte
Handlung.

VI. Zu §. 236 war beantragt, die Bestimmung zu streichen.

Die Komm. beschloß die Streichung, indem sie davon ausging, daß durch die Einklammerung des Wortes „Zurückbehaltungsrecht“ am Schlusse der angenommenen Fassung des §. 233 der Begriff des Zurückbehaltungsrechts zu einem terminus technicus erhoben sei und hieraus die Anwendbarkeit der §§. 234, 235 in allen Fällen, in welchen das Gesetz das Zurückbehaltungsrecht gewähre, zur Genüge erhelle.

§. 236.
Anwendungs-
gebiet
der
§§. 234, 235.

Unmöglichkeit
der
Leistung u.
§. 237.
Unver-
schuldete II.

VII. Es folgte die Berathung der Vorschriften über die „Unmöglichkeit der Leistung und die Folgen der Nichtleistung“.

Zu §. 237 lagen die Anträge vor:

1. die Vorschriften zu fassen:

Der Schuldner ist von der Verpflichtung zur Leistung befreit, soweit diese durch einen nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist.

Dasselbe gilt, wenn der Schuldner, welcher einen nicht lediglich der Gattung nach bestimmten Gegenstand zu leisten hat, die Leistung, ohne daß sie unmöglich geworden, in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu bewirken außer Stand gesetzt worden ist.

2. den §. 237 zu streichen und dem §. 224 als letzten Absatz hinzuzufügen:

Ist der zu leistende Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner auch außer dem Falle eines seine Haftung begründenden Verschuldens (außer den Fällen der Abs. 2, 3 des zum §. 224 angenommenen Antrags 1) solche Umstände zu vertreten, welche, ohne die Leistung unmöglich zu machen, ihn außer Stande setzen, dieselbe zu bewirken.

3. unter Streichung des §. 237 den §. 224 durch folgenden Abs. 3 zu ergänzen:

Auch außerhalb des Verschuldens haftet der Schuldner wegen Nichterfüllung, wenn dieselbe durch Umstände herbeigeführt wird, welche nach Inhalt des Schuldverhältnisses der Schuldner zu vertreten hat. Der Schuldner haftet insbesondere, wenn ein nur der Gattung nach bestimmter Gegenstand zu leisten ist, für Umstände, welche, ohne die Leistung unmöglich zu machen, ihn außer Stande setzen, dieselbe zu bewirken.

Objektive II.

Der Antrag 2 wurde im Laufe der Berathung zu Gunsten des Antrags 3 zurückgezogen.

Die Komm. nahm den Antrag 1 unter Ablehnung des Antrags 3 an.

Von der Minderheit war für die Streichung des Abs. 1 geltend gemacht, derselbe enthalte keinen Rechtsatz, sondern nur eine werthlose und nicht einmal richtig ausgedrückte Reflexion. Daß eine objektiv unmöglich gewordene Leistung so, wie sie geschuldet war, nicht mehr bewirkt werden könne, sei eine Wahrheit, über welche man Belehrung im Gesetze nicht suche. Aber auch insoweit, als der Abs. 1 für den Fall der objektiven Unmöglichkeit die Schadenersatzpflicht ausschließe, wenn die Unmöglichkeit durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt sei, enthalte er lediglich eine Tautologie, da er nur ausspreche, daß die Schadenersatzpflicht nicht eintrete, wenn der Schuldner sich nicht schadenersatzpflichtig gemacht habe. Die Ausdrucksweise der Vorschrift sei schief, indem sie sage, daß der Schuldner durch die nicht zu vertretende Unmöglichkeit „von seiner Verbindlichkeit befreit werde“, während nach dem In-

halte des Schuldverhältnisses (§. 224) seine Verbindlichkeit sich von vornherein auf den Fall einer solchen Unmöglichkeit nicht erstrecke, für diesen Fall eine Verbindlichkeit, von welcher er „befreit werden“ könnte, überhaupt nicht bestanden habe. Dazu komme eine weitere Unrichtigkeit, die sich im Eingange des §. 238 wiederhole. Die vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit schließe den Bestand seiner Verbindlichkeit nur aus, wenn diese in Folge der Unmöglichkeit gegenstandslos sei; in dem Falle des §. 238 sei der Schuldner trotz der angeblichen Befreiung vermöge seiner Verbindlichkeit, die insoweit fortbestehe, zur Herausgabe des empfangenen Ersatzes oder zur Abtretung des Ersatzanspruchs verpflichtet. Zur Begründung des ersten Satzes des Antrags 3 wurde angeführt, da der Entw. bei der Unmöglichkeit der Leistung und beim Verzug immer von den vom Schuldner zu vertretenden oder nicht zu vertretenden Umständen spreche, so müsse gesagt werden, welche Umstände der Schuldner zu vertreten habe. Der §. 224 spreche nur aus, daß der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit eintreten müsse. Es gebe aber Schuldverhältnisse, in welchen nur höhere Gewalt seine Haftung ausschließe, und es stehe den Parteien frei, sie bis zur vollständigen Garantieübernahme zu erweitern. In Ermangelung der vorgeschlagenen Ergänzung des §. 224 könne es zweifelhaft erscheinen, ob eine solche Erweiterung statthaft sei, und jedenfalls sei es zweckmäßig, die Möglichkeit einer sich über das Verschulden hinaus erstreckenden Haftung des Schuldners im §. 224 ausdrücklich auszusprechen.

Die Mehrheit war dagegen der Ansicht, der im §. 237 Abs. 1 enthaltene Rechtsatz werde sich bei richtiger Auslegung allerdings von selbst ergeben; im Interesse der Deutlichkeit und der praktischen Handhabung des Gesetzes sei er indessen zum besonderen Ausdruck zu bringen, zumal er zugleich eine passende Einleitung in die sich anschließenden Vorschriften bilde und insofern terminologische Bedeutung habe, als er die im Abs. 1 behandelten Fälle der objektiven Unmöglichkeit den im Abs. 2 behandelten Fällen der subjektiven Unmöglichkeit scharf gegenüberstelle. Eine Ergänzung des §. 224 im Sinne des Antrags 3 erscheine entbehrlich, weil der dispositive Charakter der Vorschriften des §. 224 Abs. 1 Satz 2 und des §. 237 Abs. 1 nicht werde verkannt werden und hieraus sich von selbst ergebe, daß die Haftung des Schuldners für die Erfüllung seiner Verbindlichkeit über die Haftung wegen Verschuldens hinaus erweitert werden könne.

Zu Abs. 2 war die Minderheit der Ansicht, daß der in demselben aus- Subjektive u.
gesprochene Satz sich aus dem §. 224 unmittelbar ergebe, der in ihm enthaltene wichtige Rechtsatz dagegen, daß bei einer Genusschuld der Schuldner für die Folgen einer subjektiven Unmöglichkeit der Erfüllung auch ohne ein ihm zur Last fallendes Verschulden einzustehen habe, nur durch ein *argum. e contrario* zu finden sei. Eine solche Redaktionsweise sei nicht zu billigen, vielmehr müsse der im §. 237 Abs. 2 verhüllt enthaltene Rechtsatz im §. 224 klaren Ausdruck erhalten.

Die Mehrheit ging dagegen von der Ansicht aus, daß der Abs. 2 des Entw. gleichfalls einen wichtigen Grundsatz ausspreche, indem er den Fall bezeichne, in welchem ausnahmsweise die subjektive Unmöglichkeit der objektiven hinsichtlich der befreienden Wirkung für den Schuldner gleichstehen solle. Hier-

aus ergebe sich alsdann, daß allen übrigen Fällen der subjektiven Unmöglichkeit die gleiche Wirkung nicht zukomme, was neben der Vorschrift des Abs. 2 eines besonderen Ausdrucks nicht bedürfe.

In redaktioneller Beziehung sei die Fassung des Antrags 1 derjenigen des Entw. vorzuziehen, weil sie im Abs. 1 die beiden vom Entw. getrennt behandelten Fälle der vorübergehenden und der dauernden Unmöglichkeit unter einen einheitlichen Ausdruck zusammenfasse und klarer hervorhebe, daß der Abs. 2 im Gegensatz zum Abs. 1 nur die Fälle der subjektiven Unmöglichkeit im Auge habe.

§. 238.
Verpflichtung
des
Schuldners.

VIII. Zu §. 238 lagen folgende Anträge vor:

1. den §. 238 unter Berücksichtigung des §. 240 Abs. 1 zu fassen:

Ist die dem Schuldner obliegende Leistung unmöglich geworden, so ist der Schuldner, wenn er in Folge des Umstandes, welcher die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, für den Gegenstand der letzteren einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt hat, verpflichtet, dem Gläubiger auf dessen Verlangen das als Ersatz Empfangene herauszugeben oder den Ersatzanspruch abzutreten. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner die Leistung, ohne daß sie unmöglich geworden, zu bewirken außer Stande gesetzt worden ist.

Diese Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn bei einem von einer aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermin abhängigen Schuldverhältnisse die Leistung vor Eintritt der Bedingung oder des Termins unmöglich geworden ist.

Ist die Leistung durch einen von dem Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so kann der Gläubiger auch Ersatz des durch die Nichterfüllung verursachten Schadens verlangen.

2. den Abs. 2 zu streichen;

3. nach „Verlangen“ fortzufahren:

gegen Vergütung des behufs Erwerbes des Ersatzes oder Ersatzanspruches Aufgewandten das als Ersatz Empfangene herauszugeben oder den Ersatzanspruch abzutreten, jedoch nur bis zur Höhe des dem Werthe der Leistung entsprechenden Betrags.

Der Antrag 3 wurde zurückgezogen.

Die Komm. beschloß, den Abs. 2 zu streichen und im Uebrigen den Entw. in der Fassung des Antrags 1 anzunehmen, jedoch unter vorläufiger Aussetzung der Frage, ob das Surrogationsprinzip auch auf die Fälle der verschuldeten Unmöglichkeit zu erstrecken sei.

Surrogation.

Der Abs. 1 war seinem sachlichen Inhalte nach nicht beanstandet; den Inhalt des Abs. 2 aber betrachtete die Mehrheit als selbstverständlich.

Für die Aufrechterhaltung des Abs. 2 war geltend gemacht worden: Werde die Bestimmung gestrichen, so könne die irthümliche Ansicht entstehen, daß in den von ihr hervorgehobenen Fällen die Surrogation ausgeschlossen sein solle. Denn der Eintritt der Surrogation habe zur Voraussetzung, daß zu der Zeit, zu welcher er stattfinden solle, ein Schuldverhältnis bestehe; ein solches sei aber vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins nicht

vorhanden und könne nicht zur Entstehung gelangen, wenn schon vor diesem Zeitpunkte die Leistung durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden sei.

Die Mehrheit war der Ansicht, daß es nicht Aufgabe des Gesetzgebers sei, einer solchen Schlußfolgerung durch eine ausdrückliche Bestimmung entgegenzutreten.

IX. Zu §. 239 wurde die von einer Seite beantragte Streichung der Bestimmung abgelehnt, indem man davon ausging, daß die in dem §. 239 enthaltene Beweisregel sich zwar bei richtiger Auslegung von selbst ergebe, trotzdem aber aus Gründen der Zweckmäßigkeit in dem Gesetz aufzustellen sei, weil die Rechtsprechung in die Lage kommen werde, von dieser Regel ausgiebigen Gebrauch zu machen.

§. 239.
Beweislast.

X. Zu §. 240 war beantragt:

1. die Bestimmungen durch den Abs. 3 der unter VIII. 1 vorgeschlagenen Fassung des §. 238 zu ersetzen;
2. zwischen dem ersten und dem zweiten Abs. folgende Vorschrift einzufügen:

§. 240.
Schadens-
ersatzpflicht.

Hat der Schuldner in Folge des Umstandes, durch welchen die Leistung unmöglich geworden ist, für den Gegenstand der letzteren einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Gläubiger nach seiner Wahl das im ersten Abs. oder das im §. 238 bezeichnete Recht geltend machen.

3. dem Abs. 1 hinzuzufügen:

Der Gläubiger kann auch von dem im §. 238 Abs. 1 bezeichneten Rechte Gebrauch machen.

4. den Abs. 1 zu fassen:

Ist die Leistung durch einen von dem Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so kann der Gläubiger Ersatz des durch die Nichterfüllung verursachten Schadens verlangen, unbeschadet des Anspruchs auf Abtretung der dem Schuldner etwa in Folge des Umstandes, durch welchen die Leistung unmöglich geworden ist, an einen Dritten zustehenden Forderung, behufs Minderung seines Schadens.

5. dem §. 240 folgende Fassung zu geben:

Ist die Leistung durch einen von dem Schuldner zu vertretenden Umstand ganz oder theilweise unmöglich geworden, so ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung verursachten Schaden zu ersetzen.

Im Laufe der Berathung wurden noch folgende Zusätze beantragt:

- a) zum Antrag 1 (oder 5):

Verlangt der Gläubiger Abtretung des Ersatzanspruchs, so erfolgt dieselbe an Erfüllungstatt.

- b) zum Antrage 2:

Wählt er das letztere, so mindert sich der Schadenersatzanspruch um den Betrag, den er in Folge der Abtretung erhält.

Die Anträge 2 bis 4 wurden im Laufe der Berathung zurückgezogen. Zu dem Antrag 1 bemerkte der Antragsteller, daß derselbe im Sinne des Unterantrags a gemeint sei.

Die Komm. beschloß, den Antrag 1 mit der in dem Unterantrage b enthaltenen Modifikation, daß im Falle der Abtretung die letztere zahlungshalber zu erfolgen habe, anzunehmen und den von dem Antrag 1 nur in der Fassung abweichenden Antrag 5 der Red.Komm. zu überweisen.

Einigkeit bestand darüber, daß dem Gläubiger das ihm für den Fall des §. 238 eingeräumte Recht auch für den Fall des §. 240 zustehen müsse, da es innerlich ungerechtfertigt erscheine, ihn für den Fall, daß die Unmöglichkeit durch ein Verschulden des Schuldners herbeigeführt sei, schlechter zu stellen, als wenn sie von diesem nicht verschuldet sei. Die Ausdehnung des §. 238 auf die Fälle des §. 240 gewähre dem Gläubiger den Vortheil, daß, falls er sich mit den im §. 238 bezeichneten Ersatzansprüchen begnügen wolle, die häufig mit Schwierigkeiten verbundene Prüfung der Frage, ob dem Schuldner ein Verschulden vorzuwerfen sei, entfalle. Meinungsverschiedenheiten ergaben sich nur darüber, wie sich das Verhältniß des im §. 238 gewährten Anspruchs zu dem im §. 240 behandelten Schadenersatzanspruche zu gestalten habe. Nach Zurückziehung des Antrags 2, welcher hiefür die Form der Alternativobligation mit Wahlrecht des Gläubigers vorgeschlagen hatte, kam nur noch in Frage, ob die Abtretung des Ersatzanspruchs an den Gläubiger an Zahlungsstatt oder zahlungshalber zu erfolgen habe. Die Minderheit sprach sich für die erste Alternative aus, indem sie annahm, daß dem Gläubiger das Recht auf Abtretung des dem Schuldner gegen einen Dritten zustehenden Ersatzanspruchs nur gewährt werden könne, wenn der Gläubiger den Ersatzanspruch, soweit er besteht, als Abfindung, zum Nominalwerth, annehme. Wollte der Gläubiger dies nicht, so lasse es sich nicht rechtfertigen, dem Schuldner die Verfolgung seines Rechtes gegen den Dritten zu Gunsten des Gläubigers zu entziehen und ihn der Gefahr auszusetzen, wenn der Gläubiger nicht die volle Leistung erlange, mit ihm darüber streiten zu müssen, ob er die Rechtsverfolgung mit der erforderlichen Sorgfalt betrieben habe. Einen solchen Eingriff in sein Recht müsse der Schuldner sich im Falle der Zwangsvollstreckung gefallen lassen; so lange es nicht zu dieser gekommen sei, müsse er, wenn die Gefahr des Ausfalls ihn treffe, seine Forderung auch selbst verfolgen dürfen.

Die Mehrheit glaubte sich indessen für die Abtretung zahlungshalber entscheiden zu sollen, indem sie von folgenden Erwägungen ausging:

Die Ausdehnung des §. 238 auf die Fälle des §. 240 bezwecke, dem Gläubiger, wenn die Unmöglichkeit der Leistung auf ein Verschulden des Schuldners zurückzuführen sei, erhöhte Aussicht auf Befriedigung zu gewähren, und dürfe eben deswegen ihn keiner neuen Verlustgefahr aussetzen. Es sei auch kein genügender Grund vorhanden, die für den Gläubiger im Falle der Zwangsvollstreckung bestehende Möglichkeit, den Anspruch des Schuldners zahlungshalber zu erlangen, ihm nicht auch außerhalb der Zwangsvollstreckung zu gewähren. Treffe den Gläubiger bei der Einziehung der Forderung ein Verschulden, so sei er dem Schuldner für den Ausfall nach allgemeinen Grundsätzen verhaftet (vergl. C.P.D. §. 741).

Abtretung
eines Ersatz-
anspruchs
des
Schuldners.

Der Abs. 2 wurde gestrichen, weil sich gegen die Bestimmung, welche er über den maßgebenden Zeitpunkt treffe, gegründete Bedenken erheben ließen und kein Bedürfnis bestehe, diese Frage, die bei jedem Schadenersatz auftauche, für den Fall des §. 240 besonders zu entscheiden. Abs. 2.

XI. Zu §. 241 wurde die von einer Seite beantragte Streichung der Bestimmung beschlossen. Für den Beschluß waren die nämlichen Gründe maßgebend, aus welchen der zu §. 224 gestellte Antrag 3 abgelehnt worden ist (vergl. oben S. 302 bis 304). §. 241.
Irrthum des
Schuldners.

48. (§. 639 bis 657.)

I. Zu §. 242 lagen die Anträge vor:

1. die Bestimmungen zu fassen:

§. 242.
Theilweise
Unmöglichkeit.

Ist die Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes nur theilweise unmöglich geworden, so kann der Gläubiger, wenn der nicht unmöglich gewordene Theil der Leistung für ihn kein Interesse hat, unter Ablehnung dieses Theils Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§. 426 bis 433 finden entsprechende Anwendung.

(Vorausgesetzt wird eine Ergänzung des §. 432 dahin, daß das Rücktrittsrecht erlischt, wenn es in Ermangelung einer vereinbarten Frist nicht innerhalb einer dem Berechtigten von dem anderen Theile zur Erklärung bestimmten angemessenen Frist ausgeübt wird.)

2. im Abs. 1 die Worte „wenn der nicht unmöglich gewordene Theil der Leistung für ihn kein Interesse hat“ zu streichen und am Ende des Absatzes hinter „verlangen“ zuzusetzen:

es sei denn, daß der nicht unmöglich gewordene Theil der Leistung für den Gläubiger Interesse hat.

Die Komm. lehnte den Antrag 2 ab und nahm den Antrag 1 unter Billigung der in demselben vorausgesetzten Ergänzung des §. 432 an.

Man stimmte dem Entw. zunächst darin zu, daß er das Recht des Gläubigers, Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern, von der Beweisführung des Gläubigers abhängig mache, daß der nicht unmöglich gewordene Theil der Leistung für ihn kein Interesse habe. Dem in dieser Beziehung abweichenden Antrage 2 lag die Ansicht zu Grunde, es sei nicht folgerichtig, wenn der Gläubiger vor dem Eintritte der theilweisen vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung Theilleistungen ablehnen dürfe (§. 228), dieses Recht nach dem Eintritt einer solchen Unmöglichkeit von der Voraussetzung des Beweises mangelnden Interesses an der möglich gebliebenen Theilleistung abhängig zu machen; auch sei es dem an der Unmöglichkeit unschuldigen Gläubiger gegenüber nicht billig, ihn mit diesem Beweise zu belasten. Die Mehrheit erkannte den behaupteten Widerspruch zwischen dem §. 242 und dem §. 228 nicht an, weil die Bewirkung des möglich gebliebenen