

trag 5 auch hier an dem strengeren Formerfordernisse festhalten wollte, befürworteten die Unteranträge 5a und b mit Rücksicht darauf, daß die Ausdehnung der gerichtlichen oder notariellen Form auf alle Arten dieser Verträge schwer durchführbar sein werde, den Mittelweg, hier die schriftliche Form genügen zu lassen.

Die Komm. lehnte diese Anträge ab. Sie erkannte ein Bedürfnis für die Ausdehnung nicht an, weil die Formalisirung des dinglichen Vertrags hier genüge (§§. 967, 969, 982, 1048, 1054, 1064; Entw. einer G.B.D. 1889 §§. 29, 30), zu einem Schutze gegen Uebereilung eine Veranlassung nicht vorliege, gegen die privatschriftliche Form auch die zu Abs. 1 geltend gemachten Bedenken sprechen und weil die strengere Form vielfach zur Erschwerung und Benachtheiligung des Verkehrs führen müßte, insbesondere bei Hypotheken (Darlehnszusagen der Landwirtschaftsdirektionen, Schlußscheinen der Hypothekennakler). Hinsichtlich des Erbaurechts wurde darauf hingewiesen, daß es sich hierbei um eine Berechtigung handele, die ein Blatt im Grundbuch erhalten könne (§. 962), woraus nach §. 781 Abs. 2 folge, daß der auf Begründung des Rechtes gerichtete obligatorische Vertrag den Vorschriften des §. 351 unterworfen sei.

63. (C. 933 bis 956.)

§. 352.
Bestimmtheit
der
Leistung.

I. Zu §. 352, dessen Streichung beantragt war, beschloß die Komm., die Bestimmung zu streichen.

Man war der Ansicht: Der §. 352 enthalte nur eine Folgerung aus dem allgemeinen Satz, daß, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts weder bestimmt noch bestimmbar sei, ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht zu Stande gekommen sein könne. Da der Entw. diesen allgemeinen Satz mit Recht nicht ausgesprochen habe, so sei auch der Ausspruch der im §. 352 enthaltenen Folgerung nicht nur entbehrlich, sondern sogar bedenklich, indem die Beschränkung der Vorschrift auf den Gegenstand der Verträge ein unrichtiges argumentum a contrario nahelege. Soweit §. 352 nur als Einleitung zu den folgenden Bestimmungen dienen solle, sei er im B.G.B. nicht am Platze.

Für die Beibehaltung der Vorschrift wurde von einer Seite geltend gemacht, dieselbe sei insofern von praktischer Bedeutung, als sie klarstelle, daß es zur Gültigkeit eines Vertrags genüge, wenn die Leistung sich nach den im Vertrag enthaltenen Bestimmungen ermitteln lasse.

§. 353.
Bestimmung
der S.
durch einen
Betheiligten.

II. Zu §. 353 war folgende Fassung vorgeschlagen:

Soll die Bestimmung der Leistung durch einen der Vertragsschließenden erfolgen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieser sie nach billigem Ermessen zu treffen habe.

Die Bestimmung ist getroffen, wenn sie dem anderen Theile gegenüber erklärt ist; die getroffene Bestimmung ist unwiderruflich, für den anderen Theil aber nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht.

Wird die Bestimmung verzögert, so erfolgt sie durch Urtheil.

Der Antrag weicht von dem Entw. nur redaktionell bezüglich der im Abs. 4 des §. 353 enthaltenen Vorschrift ab, welcher der letzte Satz im Abs. 2 des Antrags entspricht. Der Fassungsänderung liegt die Erwägung zu Grunde, es bedürfe keiner Hervorhebung, daß, wenn der Gegner des die Leistung bestimmenden Theiles die Billigkeit der Bestimmung bestreite, die Entscheidung durch Urtheil zu erfolgen habe.

Sachlich wurde der §. 353 bezw. der Antrag gebilligt. Für die Fassung wurden jedoch der Red.Komm. folgende Bedenken zur Berücksichtigung empfohlen:

Der im Antrage beibehaltene Wortlaut des Abs. 3 des Entw. („Wird die Bestimmung verzögert, so erfolgt sie durch Urtheil“) lege das Mißverständnis nahe, daß das hier bezeichnete Urtheil sich lediglich auf die Bestimmung der Leistung beschränken, mithin der Gegner des Bestimmungsberechtigten genöthigt sein solle, einen besonderen Rechtsstreit auf Feststellung der billigen Leistung anzustrengen. Diese Auslegung scheine in den Mot. II S. 192 Unterstützung zu finden. In dieser Hinsicht war man sachlich einverstanden, daß eine solche Auslegung dem Sinne des Entw. nicht entspreche, daß vielmehr die richterliche Entscheidung über die Frage, welche Leistung billig sei, regelmäßig in dem Rechtsstreit über die Leistungsfrage zu treffen sein werde und daß die Zulässigkeit einer besonderen Feststellungsklage sich lediglich nach den prozeßrechtlichen Vorschriften bestimme.

Zu der in dem Antrag an Stelle des Abs. 4 vorgeschlagenen Bestimmung wurde von einer Seite bemerkt, die Fassung sei insofern zu weit, als die Vorschrift selbstverständlich nur für den Fall passe, wenn es sich um eine nach billigem Ermessen, nicht aber, wenn es sich um eine nach freiem Belieben zu treffende Bestimmung handele. Von anderer Seite wurde ausgeführt, aus dem Satze des Antrags, daß die Bestimmung für den anderen Theil unverbindlich sei, wenn sie der Billigkeit nicht entspreche, könne gefolgert werden, es sei in diesem Falle so anzusehen, als wenn die Bestimmung nicht getroffen worden sei; der Gegner des Bestimmungsberechtigten müsse diesen daher von neuem zur Bestimmung auffordern und könne erst, wenn diese verzögert werde, richterliche Entscheidung herbeiführen. Unzweifelhaft sei diese Regelung nicht beabsichtigt; vielmehr solle sofort, wenn die Bestimmung unter Verletzung der Billigkeit getroffen sei, die Entscheidung durch das Gericht eintreten. Nach dieser Richtung sei eine Verdeutlichung nöthig.

III. Zu §. 354 lagen folgende Anträge vor:

1. denselben zu fassen:

Ist für eine Leistung der Umfang der Gegenleistung nicht bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung des Umfanges der Gegenleistung dem billigen Ermessen desjenigen zu überlassen sei, welchem die Gegenleistung gebührt.

2. a) im Antrag 1 den Borderatz zu fassen:

Ist für eine Leistung der Umfang der Gegenleistung nicht ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt . . .

b) im Falle der Ablehnung des Antrags a den §. 354 zu streichen.

§. 354.
Bestimmung
des Umfanges
der
Gegenleist.

3. den Vordersatz im Antrag 1 zu fassen:

Ist der Umfang der Gegenleistung weder durch Verabredung noch durch die Verkehrssitte bestimmt . . .

Die Komm. lehnte die Anträge 2a und 3 ab und nahm den Antrag 1 an; der Antrag 2b war hierdurch erledigt.

Der Antragsteller zu 2 ging davon aus, daß die in dem §. 354 bezw. dem Antrag 1 aufgestellte Auslegungsregel unrichtig sei, weil sie der regelmäßigen Parteiabsicht nicht entspreche. In der überwiegenden Anzahl der Fälle, welche der §. 354 im Auge habe, sei die Meinung der Vertragsschließenden nicht die, daß die Höhe der Gegenleistung durch das subjektive billige Ermessen dessen, dem die Gegenleistung gebühre, bestimmt werden solle, vielmehr gehe die Absicht dahin, daß die Bestimmung der Gegenleistung nach objektiven Maßstäben wie dem Marktpreise, Börsenpreis, ortsüblichen Preis oder nach den für Leistungen der betreffenden Art bestehenden Taxen erfolgen solle. Nur wo diese Absicht nicht ausdrücklich oder stillschweigend erkennbar gemacht sei, rechtfertige sich die Verweisung auf das billige Ermessen des auf die Gegenleistung Berechtigten. Wenn man die Vorschrift des §. 354 nicht in dieser Beziehung berichtige, so sei die Streichung vorzuziehen, da durch sie eine erhebliche Lücke nicht entstehen werde. — Der Antrag 3 verfolgte denselben Zweck wie der Antrag 2a.

Für die Annahme des Antrags 1 waren folgende Erwägungen maßgebend:

Der §. 354 bestimme zweierlei, erstens, wer in den vorausgesetzten Fällen die Bestimmung über die Höhe der Gegenleistung zu treffen habe, zweitens, in welcher Weise diese Bestimmung zu treffen sei. Die Auslegungsregel sei jedenfalls in ersterer Beziehung nicht entbehrlich, in letzterer aber nur anwendbar, wenn der Umfang der Gegenleistung nicht „bestimmt“ d. h. nach §. 73 weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt sei. Eine stillschweigende Bestimmung werde in Fällen, wo für die Gegenleistung ein objektiver Maßstab bestehe, regelmäßig anzunehmen sein. Auch werde es sich später vielleicht empfehlen, beim Kauf- und beim Dienstvertrage vorzuschreiben, daß in Ermangelung abweichender Vereinbarung der durch jene objektiven Maßstäbe bestimmte Preis bezw. die so bestimmte Vergütung als bedungen anzusehen sei. Die Bestimmung der Gegenleistung nach billigem Ermessen des Berechtigten entspreche aber dann der regelmäßigen Parteiabsicht, wenn, wie es häufig vorkomme, die erwähnten objektiven Maßstäbe nicht einen ziffermäßig fest bestimmten Betrag der Gegenleistung, sondern nur einen Mindest- und einen Höchstbetrag ergeben, zwischen welchen ein mehr oder weniger weiter Spielraum bleibe, ferner dann, wenn für die Bestimmung der Gegenleistung ein objektiver Maßstab ganz fehle. Für diese Fälle habe der §. 354 insbesondere auch die Bedeutung, festzustellen, daß der Bestimmende an seine einmal getroffene Bestimmung gebunden sei. Der §. 354 enthalte einen Hauptanwendungsfall des §. 353, dessen Hervorhebung im Gesetze zweckmäßig erscheine. Uebrigens werde der Subjektivität des Bestimmenden keineswegs ein bedenklicher Einfluß eingeräumt, da die Bestimmung, wenn sie unbillig sei, jederzeit durch Anrufung des Richters berichtigt werden könne. Soweit die getroffene Bestimmung objektiven Maßstäben nicht entspreche, werde der Richter sie regelmäßig als unbillig behandeln.

In Folge eines von einer Seite angeregten Bedenkens wurde das Verhältniß des §. 354 zum §. 353 unter dem Einverständnisse der Komm. dahin klargestellt, daß der §. 354 einerseits besage, welcher Vertragspartei die Bestimmung der Gegenleistung zukomme, andererseits, daß die Bestimmung im Zweifel nach billigem Ermessen zu erfolgen habe, daß in letzterer Hinsicht der §. 354 also einen Anwendungsfall des §. 353 Abs. 1 enthalte, auf den mithin die Abs. 2 bis 4 des §. 353 Anwendung finden.

Zur Verdeutlichung dieses Verhältnisses wurde von einer Seite für die Redaktion angeregt, die ersterwähnte Vorschrift des §. 354 über die Person des Bestimmungsberechtigten als besonderen Paragraphen vor §. 353 einzustellen, im Uebrigen aber den §. 354 zu streichen.

IV. Zu den §§. 355 bis 357 war beantragt:

1. dieselben wie folgt zu fassen:

a) den §. 355:

Soll die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten erfolgen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert. Dasselbe gilt im Zweifel, wenn die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen soll und diese zu einer Uebereinstimmung nicht gelangen; ist jedoch eine Summe zu bestimmen, so ist bei Bestimmung verschiedener Summen die Durchschnittssumme maßgebend.

b) den §. 356:

Die einem Dritten überlassene Bestimmung der Leistung ist getroffen, wenn sie einem der Vertragsschließenden gegenüber erklärt ist; die getroffene Bestimmung ist unwiderruflich.

Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrthums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht auch den Vertragsschließenden zu.

c) den §. 357:

Soll die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten erfolgen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieser sie nach billigem Ermessen zu treffen habe. Die getroffene Bestimmung ist für die Vertragsschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; in diesem Falle erfolgt die Bestimmung durch Urtheil.

2. die §§. 355 bis 357 wie folgt zu gestalten:

a) den §. 355 zu fassen:

Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß derselbe die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen habe.

Soll der Dritte die Bestimmung nach freier Wahl treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er dieselbe verzögert.

b) dem §. 356 im Antrag 1 als Abs. 3 hinzuzusetzen:

Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Uebereinstimmung derselben erforderlich. Ist eine Summe

§§. 355
bis 357.
Bestimmung
der Leistung
durch einen
Dritten.

von mehreren Dritten nach billigem Ermessen zu bestimmen, so ist bei Bestimmung verschiedener Summen im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend.

c) dem §. 357 folgende Fassung zu geben:

Soll die Bestimmung von dem Dritten nach billigem Ermessen getroffen werden, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragsschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. In diesem Falle erfolgt die Bestimmung durch Urtheil. Das Gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er dieselbe verzögert.

§§. 355 Satz 1,
357.

Die Berathung beschränkte sich zunächst auf §. 355 Satz 1 und §. 357. Mit Bezug auf diese wurden für den Fall der Ablehnung des Antrags 2a und c folgende Anträge gestellt:

3. den Satz 1 des §. 355 im Antrag 1a durch folgende Vorschriften zu ersetzen:

Soll die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten erfolgen, so bleibt der Vertrag im Zweifel auch dann gültig, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert. In solchen Fällen erfolgt die Bestimmung im Prozeßverfahren.

4. den Satz 1 des §. 355 durch Zusetzung der Worte „im Zweifel“ als eine dispositive Bestimmung zu kennzeichnen.

5. den zweiten Halbsatz des zweiten Satzes im §. 357 des Antrags 1c durch die Worte zu ersetzen: „in diesem Fall ist der Vertrag unwirksam“.

Die Komm. nahm den Antrag 2a und c sachlich an und überwies den Antrag 3 im Einverständnisse mit dem Antragsteller, welcher erklärte, daß eine sachliche Abweichung von dem Antrage 2 nicht beabsichtigt sei, der Red.Komm. zur Prüfung. Die übrigen Anträge fanden hierdurch ihre Erledigung.

§. 355 Satz 1.
Beding. der
Wirksamkeit
des Vertr.

Der Antrag 1 weicht unter a in seinem ersten Satze nur in der Fassung von dem Entw. §. 355 Satz 1 ab; die Abweichung des Antrags 2a Abs. 2 und c Satz 3 ist eine sachliche. Der Entw. erklärt für den Fall, daß der Dritte die ihm überlassene Bestimmung der Leistung nicht treffen kann oder will oder dieselbe verzögert, den Vertrag für unwirksam, sofern nicht ein anderer Parteiville erhellt. Der Antrag 2 dagegen unterscheidet, je nachdem die Bestimmung dem freien Belieben oder dem billigen Ermessen des Dritten überlassen ist; nur in dem ersteren Falle läßt er unter den Voraussetzungen des §. 355 Satz 1 Unwirksamkeit des Vertrags eintreten, in dem letzteren soll richterliche Ergänzung der Bestimmung stattfinden. Für die Annahme des Antrags 2 in dieser Hinsicht waren folgende Erwägungen maßgebend:

Die dispositive Bestimmung des §. 355 Satz 1 sei zutreffend in dem Falle, wenn die Entscheidung in das freie Belieben des Dritten gestellt werde; denn dann legen die Parteien auf die Bestimmung gerade dieses Dritten entscheidendes Gewicht und machen von derselben die Gültigkeit des Vertrags abhängig. Wenn sie dagegen die Bestimmung der Leistung in das billige Ermessen des Dritten stellen, dann gehe ihre Absicht in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle dahin, daß der Dritte, dem sie besonderes Vertrauen schenken, die Be-

Richterliche
Ergänzung
der Be-
stimmung.

stimmung treffen, sofern er aber dies nicht könne oder wolle, die regelmäßige Art der Entscheidung von Streitfragen d. h. die Entscheidung des Gerichts an die Stelle treten solle. Die persönliche Entscheidung des Dritten zur Bedingung für die Gültigkeit des Vertrags zu machen, sei hier nicht die Meinung der Parteien. Beispielsweise sei auf die Fälle hinzuweisen, in welchen, wie bei künstlerischen Leistungen, die Bestimmung des Dritten erst dann Platz greifen könne, wenn der eine Theil die ihm obliegende Leistung ganz oder größtentheils bewirkt habe, auf die häufigen Fälle von Versicherungsverträgen, in welchen die Feststellung des Schadens einem Dritten überlassen sei. Für die Aufstellung einer dispositiven Vorschrift sei es das Natürliche, sich an die regelmäßige äußere Erscheinungsform der Verträge der hier fraglichen Art zu halten. Hienach werde die Entscheidung des Dritten gewöhnlich nicht zur Bedingung der Wirksamkeit des Vertrags gemacht; auch fehle es an äußeren Anhaltspunkten und widerspreche allgemeinen Grundsätzen, eine solche Bedingung in den Vertrag hineinzuinterpretiren. Die im Antrage 2 vorgeschlagene Regelung sei lediglich eine folgerichtige Durchführung derjenigen Auffassung, welcher der Entw. selbst für den Fall einer von dem Dritten unbillig getroffenen Bestimmung im §. 357 Satz 2 folge. Gehe man umgekehrt mit §. 355 Satz 1 des Entw. davon aus, daß die Wirksamkeit des Vertrags durch die Bestimmung des Dritten bedingt sein solle, so müsse man folgerichtig den Vertrag auch dann für unwirksam erklären, wenn die in das billige Ermessen des Dritten gestellte Entscheidung von diesem in unbilliger Weise getroffen werde, eine Konsequenz, welche der eventuelle Antrag 5 ziehe. Zu Gunsten der im Entw. getroffenen Regelung könne man sich nach Obigem nicht darauf berufen, daß dieselbe der regelmäßigen Parteiabicht entspreche. Ebenjowenig sei der allerdings zuzugebenden Uebereinstimmung des Entw. mit dem geltenden Rechte ausschlaggebendes Gewicht beizumessen; denn für das gemeine Recht beruhe die dem Entw. entsprechende herrschende Meinung auf der l. 5 C. de contr. empt. 4, 38, welche gar nicht die hier in Rede stehende Frage zu entscheiden beabsichtige und mit dem im heutigen Rechte weggefallenen Erfordernisse des pretium certum für Kauf und Miethe im Zusammenhange stehe (vergl. Dernburg, Pandekten I §. 15 Anm. 6). Die neueren Gesetzgebungen aber beruhen im Wesentlichen auf der Bestimmung des röm. Rechtes.

Aus dem §. 357 ist der erste Satz in den Anträgen 1c Satz 1 und 2a Abj. 1 sachlich beibehalten. Er fand die Billigung der Komm.

§. 357.
Ermessen des
Dritten.

Von dem zweiten Satz weichen die Anträge 1c Satz 2 und 2c Satz 1, 2, abgesehen von der dem Antrage zu §. 353 (oben S. 464) entsprechenden Fassungsänderung, insofern ab, als sie die Bestimmung des Dritten nicht schlechthin wegen Unbilligkeit, sondern nur wegen offener Unbilligkeit für unverbindlich erklären. Diese Erschwerung der Anfechtung der von dem Dritten getroffenen Bestimmung, welche dem gem. und franz. Recht entspricht (l. 79 D. pro socio 17, 2; code civil Art. 1854), wurde als zweckmäßig gebilligt (vergl. auch die Aeußerung Weismann's in der Zus. d. gutachtl. Aeuß. II S. 114).

Unbilligkeit
der Be-
stimmung.

Der auf die Beweislast bezügliche dritte Satz des §. 357 ist in den Anträgen 1 und 2 lediglich als durch die veränderte Fassung des zweiten Satzes entbehrlich gestrichen.

Beweislast.

§. 355
Satz 2, 3.
Bestimmung
durch mehrere
Dritte.

V. Zu §. 355 Satz 2 bezwecken die unter IV mitgetheilten Anträge 1a Satz 2 und 2b Satz 1, den dispositiven Charakter der Vorschrift durch Hinzufügung der Worte „im Zweifel“ klarzustellen. Dies wurde als eine bloße Verdeutlichung des Entw. gebilligt.

Bestimmung
einer Summe

Bezüglich des dritten Satzes stimmt der Antrag 1a Satz 2 bis auf die vorbezeichnete Abweichung mit dem Entw. überein. Dagegen will der Antrag 2b Satz 2 die Vorschrift auf den Fall beschränken, daß die Bestimmung einer Summe durch mehrere Dritte nach deren billigem Ermessen erfolgen solle, davon ausgehend, daß, wenn es sich um eine nach freiem Belieben zu treffende Bestimmung handele, die Parteiabsicht ebenso häufig dahin gehe, daß mangels einer Uebereinstimmung der Dritten der Vertrag unwirksam sein, als dahin, daß die Durchschnittssumme der Schätzungen maßgebend sein solle und daß ferner für diesen Fall eine gesetzliche Vorschrift entbehrlich sei.

nach dem
Durchschnitt,

Weiter wurde beantragt,

bei Bestimmung verschiedener Summen die Mehrheit der Stimmen entscheiden zu lassen.

Die Komm. nahm den Antrag 1 an und lehnte die beiden anderen Anträge ab.

Man hatte erwogen:

nicht nach
Stimmen-
mehrheit.

Die für die Beschränkung der Bestimmung im Sinne des Antrags 2 geltend gemachten Gründe seien nicht zutreffend. Der Vorschlag, die Mehrheit entscheiden zu lassen, beruhe auf der Meinung, die Verweisung auf die Durchschnittssumme führe im Widerspruch mit der Parteiabsicht dahin, daß die Minderheit der zur Schätzung berufenen Dritten das Endergebniß der Schätzungen in unnatürlicher Weise beeinflussen könne, wenn sie, sei es wegen grundsätzlich verschiedener Auffassung der für die Schätzung maßgebenden Gesichtspunkte, sei es arglistig, eine von der Schätzung der Mehrheit sehr erheblich abweichende Bestimmung treffe. Diesem Bedenken gegenüber, welchem nicht jede Berechtigung abzusprechen sei, komme in Betracht, daß die Vorschrift des Entw. in Preußen und Sachsen gelte, ohne daß sich die befürchteten Uebelstände herausgestellt haben. Eine derartige Vorschrift sei aus praktischen Rücksichten nicht zu entbehren. Sie stimme mit dem Verfahren überein, welches mehrere zu einer Schätzung berufene Personen häufig unter sich anwenden, um zu einer einheitlichen Entscheidung zu gelangen, und ebenso mit dem regelmäßigen Verfahren der Gerichte gegenüber mehreren unter einander verschiedenen Schätzungen von Sachverständigen. Die Verweisung auf die Mehrheit verjage stets, wenn nur zwei Schätzer in Frage stehen, sowie dann, wenn, wie gewöhnlich, sich für eine bestimmte Summe auch nicht eine Mehrheit ergebe. In letzterem Falle würde nur eine dem G.B.G. §. 198 Abs. 2 entsprechende Vorschrift Abhilfe schaffen; eine solche aber würde dem Parteiwillen nicht entsprechen, weil sie dazu führen könnte, daß die von der einen Partei bestimmten Schätzer auf das Endergebniß ganz ohne Einfluß blieben.

Von einer Seite wurde noch bemerkt, soweit die von einem der Schätzer getroffene Bestimmung offenbar unbillig sei, könne auch die Anwendung des §. 357 Satz 2 in Frage kommen.

VI. Die Vorschrift des §. 356, welche in den Antrag 1 b Abs. 1, oben S. 467, wörtlich übernommen ist, wurde nicht beanstandet.

§. 356.
Erklärung der
Bestimmung.

Zu dem die Anfechtung der Bestimmung betreffenden Abs. 2 dieses Antrags war von anderer Seite vorgeschlagen:

1. den Satz hinzuzufügen:

Anfechtung.

Anfechtungsgegner ist in einem solchen Falle der andere Vertragsschließende.

2. den vorgeschlagenen Abs. 2 wie folgt zu fassen:

Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrthums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht nur dem Vertragsschließenden zu. Sie muß unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt hat.

Beide Anträge wurden angenommen, der Antrag 1 mit dem Vorbehalte für die Red.Komm., zu prüfen, ob neben der Vorschrift des Antrags 2 eine ausdrückliche Bestimmung im Sinne des Antrags 1 erforderlich ist.

Erwogen war:

Im Falle der Anfechtbarkeit der von dem Dritten getroffenen Bestimmung sei es hinsichtlich der Frage, wer anfechtungsberechtigt sein solle, wie auch von den Gegnern der drei Anträge zugegeben werde, nothwendig, mindestens neben dem Dritten auch den Vertragsschließenden das Anfechtungsrecht beizulegen. Die Anfechtung könne nicht von dem Belieben des Dritten, der an ihr kein, höchstens ein ideales, Interesse habe, abhängig gemacht werden. Handele es sich um eine nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung, so genüge auch die Möglichkeit, die Bestimmung wegen offenkundiger Unbilligkeit anzugreifen, dem Interesse der Parteien nicht. Da aber dem Dritten das nöthige Interesse fehle, so verdiene es den Vorzug, das Anfechtungsrecht dem Dritten zu versagen und nur den Vertragsschließenden zu geben. Es bedürfe einer ausdrücklichen Vorschrift im Sinne des Antrags 2 Satz 1, da nach den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung das Anfechtungsrecht demjenigen zustehe, der die anfechtbare Willenserklärung abgegeben habe, also hier dem Dritten. Ob sich aus dem Verhältnisse der Bestimmung des Dritten zu dem Vertrage der Parteien auch ein Anfechtungsrecht dieser ableiten lasse, sei mindestens fraglich, da sowohl die Auffassung, die Bestimmung des Dritten ergänze und vertrete den Willen der Parteien, als auch die Auffassung möglich sei, es handele sich bei der Bestimmung der Leistung durch den Dritten um eine selbständige Willenserklärung des letzteren; jedenfalls werde man auf dem Wege der Schlußfolgerung niemals zu einem ausschließlichen Anfechtungsrechte der Vertragsschließenden gelangen.

Auch über die Anfechtungsfrist sei eine besondere Vorschrift nicht zu entbehren. Die allgemeinen Vorschriften passen für die Anfechtung der Vertragsparteien im vorliegenden Falle nicht, da sie voraussetzen, daß der die Willenserklärung Abgebende der Anfechtende sei. Sachlich empfehle es sich, mit dem Antrage 2 unverzügliche Anfechtung nach Erlangung der Kenntniß von dem

Anfechtungsgründe vorzuschreiben; die für die Gewährung einer längeren Frist in anderen Anfechtungsfällen maßgebenden Gründe treffen hier nicht zu.

Hinsichtlich der Frage, wer Anfechtungsgegner sein solle, sei der Antrag 2 sachlich zu billigen; redaktionell könne jedoch zweifelhaft erscheinen, ob, wenn man das Anfechtungsrecht auf die Vertragsschließenden beschränke, es sich von selbst verstehe, daß die dem Anfechtenden gegenüberstehende Vertragspartei Anfechtungsgegner sei.

Die Minderheit hielt die Aufnahme der beantragten Bestimmungen theils für überflüssig, da sich bei richtiger Auffassung des Wesens der hier in Frage kommenden Vertragsabreden die angemessene Entscheidung von selbst ergebe, theils für bedenklich mit Rücksicht auf die kasuistische Natur der vorgeschlagenen Sätze.

§. 358.
Bereinbarung
von Zinsen.

VII. Zu §. 358 lagen die Anträge vor:

1. die Bestimmungen des Entw., vorbehaltlich der Versetzung vor den §. 353, durch nachstehende Vorschriften zu ersetzen:

§. 358. Die Höhe der Zinsen unterliegt, soweit nicht reichsgesetzliche Vorschriften über den Wucher entgegenstehen, der freien Vereinbarung.

Ist jedoch ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert bedungen, so ist der Schuldner nach Ablauf eines halben Jahres seit der Schließung des Vertrags zu einer halbjährigen Kündigung desselben befugt. Diese Befugniß kann zum Nachtheile des Schuldners durch Vertrag weder ausgeschlossen noch beschränkt werden.

Die Vorschriften des zweiten Absatzes finden auf Schuldverschreibungen auf Inhaber keine Anwendung.

§. 358a. Die im voraus getroffene Abrede, daß fällig werdende Zinsen im Falle der Nichtbezahlung wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig.

Sparcassen, Kreditanstalten und Bankiers können jedoch vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten. Kreditanstalten, welche berechtigt sind, für gewährte Darlehen auf eine bestimmte Geldsumme lautende verzinsliche Schuldverschreibungen auf Inhaber auszugeben, können bei Darlehen, für welche sie solche Schuldverschreibungen ausgeben dürfen, sich für rückständige Zinsen eine Verzinsung bis zur Höhe von sechs vom Hundert auf das Jahr versprechen lassen.

2. im Antrag 1 die Abs. 2, 3 des §. 358 zu streichen;
3. für den Fall, daß eine dem Gef. v. 14. November 1867 §. 2 entsprechende Bestimmung aufgenommen werden solle, den §. 358 zu fassen:

Abf. 1 wie im Antrag 1.

Abf. 2. Ist jedoch ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert bedungen, so ist der Schuldner befugt, nach Ablauf eines halben Jahres von dem Zeitpunkt an, in welchem der Zinsenlauf nach diesem höheren Betrage begonnen hat, dem Gläubiger das Schuld-

verhältniß mit der Wirkung zu kündigen, daß derselbe verpflichtet ist, das Kapital nach Ablauf eines halben Jahres von der Kündigung an anzunehmen. Diese Befugniß kann zc. (wie im Antrag 1).

Abf. 3. Die Vorschriften des zweiten Abf. finden bei Schuldverschreibungen auf Inhaber, bei Darlehen, welche einem Kaufmanne gewährt werden, und bei Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften keine Anwendung.

4. an Stelle der unter 1 vorgeschlagenen Abf. 2, 3 des §. 358 die Bestimmung des Gef. v. 14. November 1867 §. 2 im G.G. aufrechtzuerhalten und auf das ganze Reichsgebiet auszudehnen.

Die Komm. nahm den Antrag 1 an, überwies den Antrag 3 Abf. 2, welcher von dem Antrag 1 nur in der Fassung abweichen will, der Red.Komm. zur Prüfung und lehnte den Antrag 4 ab. Die Anträge 2 und 3 Abf. 3 waren hierdurch erledigt.

a) Die Vorschrift des Entw. Abf. 1 Satz 1, welche in dem unter 1 vorgeschlagenen §. 358 Abf. 1 nur eine Fassungsänderung erfahren hat, wurde nicht beanstandet. Den Satz 2 hielt man mit dem Antrag 1 für entbehrlich, da sich die Zulässigkeit der Vereinbarung von Zinsen aus rückständigen Zinsen innerhalb der durch die Vorschriften über den Bucher gezogenen Grenzen von selbst verstehe, überdies aus dem argumentum a contrario, welches dem Abf. 2 zu entnehmen sei, sich mit voller Deutlichkeit ergebe. Die Streichung empfehle sich auch deshalb, weil in der Vorschrift gewissermaßen eine Aufforderung zu der in ihr als zulässig bezeichneten Vereinbarung erblickt werden könne.

Abf. 1.
Höhe der
Zinsen.

Man billigte ferner mit dem unter 1 für den §. 358 vorgeschlagenen Abf. 2 die Herübernahme der Vorschriften des Bundesgef. v. 14. November 1867 §. 2 in das G.B., und zwar aus folgenden Gründen:

Kündigungs-
recht des
Schuldners.

Es handele sich hier nicht in erster Linie um die Frage, ob die vorgeschlagenen Bestimmungen an sich nothwendig oder zweckentsprechend seien, sondern darum, ob hinreichender Grund bestehe, das geltende Reichsrecht abzuändern. Diese Frage müsse verneint werden. Nachtheile seien aus der Vorschrift des Gef. v. 14. November 1867 §. 2 nicht entstanden. Man dürfe auch nicht mit den Mot. II S. 196 daraus, daß wohlthätige Wirkungen der Vorschrift nicht bekannt, d. h. zur gerichtlichen Kognition gelangt seien, schließen, daß die Vorschrift ihren Zweck im Wesentlichen verfehlt habe. Die wohlthätige Wirkung, daß der Vorschrift zuwiderlaufende Vereinbarungen nicht getroffen oder nicht geltend gemacht werden, entziehe sich naturgemäß der Kenntniß der Gerichte. Das hier in Rede stehende Kündigungsrecht des Schuldners bei hohen Zinsen sei, jedenfalls seiner Wirkung nach, ein Mittel gegen den Mißbrauch der wirtschaftlichen Uebermacht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner. Bei der herrschenden starken Strömung, welche auf eine Verstärkung des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren gehe und die auch in der Kritik des Entw. zum Ausdruck gelangt sei, empfehle es sich nicht, dieses Schutzmittel für den Schuldner fallen zu lassen. Es sei in dieser Hinsicht besonders auf die Aeußerungen des preuß. Land.-Def.-Koll. (Zus. d. gutachtl. Aeuß. VI S. 322 ff.) sowie mehrerer Regierungen (Preußen, Baden, Hessen, Mecklenburg) Gewicht zu legen. Der §. 2 des Bundesgef. rechtfertige sich auch durch den allgemeineren Gedanken,

daß die Fixirung der Erträgnisse eines Kapitals auf lange Zeit wegen der Veränderlichkeit des Kapitalwerths wirtschaftlich bedenklich sei. Gegen die Ausdehnung des Kündigungsrechts auf das ganze Reich walte ein Bedenken nicht ob. Wenn aber eine solche Ausdehnung nothwendig sei, so erscheine es nicht angemessen, mit dem Antrage 4 die erforderliche Vorschrift in das E.G. zu verweisen.

Mit Recht habe der Antrag 1 in dem Abs. 3 seines §. 358, abweichend von dem Ges. v. 1867 und dem Antrage 3, unter den Ausnahmen von der Vorschrift des Abs. 2 die einem Kaufmanne gewährten Darlehen und die Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften nicht erwähnt. Für diese enthalte der Art. 292 des H.G.B. die maßgebende Vorschrift, welche nach Art. 1 daselbst die Geltung der Vorschrift des B.G.B. ausschliesse. Die Erwähnung dieser Ausnahmen in dem B.G.B. würde das Verhältniß des H.G.B. zu dem B.G.B. bezüglich anderer Bestimmungen zu verdunkeln geeignet sein. Bei Erlass des Bundesges. von 1867 sei die Sachlage insofern eine andere gewesen, als damals das H.G.B. nicht kraft Bundes- bezw. Reichsrechts, sondern nur kraft Partikularrechts Geltung gehabt habe.¹⁾

In Betreff der Fassung bedürfe der Antrag 1 insofern der Berichtigung, vielleicht im Anschluß an den Antrag 3, als er von einer Kündigung des „Vertrags“ spreche. Gemeint sei die Kündigung der Kapitalforderung.

Zu Gunsten des Antrags 2 war Folgendes geltend gemacht:

Die Vorschrift des Bundesges. sei als Mittel gegen wucherische Ausbeutung nutzlos. In Bayern, wo die Bestimmung nicht gelte, sei bei einer Enquete über den Wucher auf dem Lande wegen der Vereinbarung hoher Zinsen unter Ausschluß des Kündigungsrechts des Schuldners als eine Form der Bewucherung von keiner Seite Klage geführt worden. Eine solche Vereinbarung widerspreche auch in ihrem Wesen der Natur wucherischer Geschäfte; denn sie enthalte das stillschweigende Zugeständniß des Gläubigers, daß er in der Ausleihung seines Kapitals zu dem vereinbarten Zinssatz eine gute Kapitalanlage sehe, ein Zugeständniß, welches der Wucherer niemals mache. Die dem Schuldner gewährte Kündigungsbefugniß habe ferner für diesen nur Werth, wenn er in der Lage sei, das Kapital nach dem Eintritte der Fälligkeit zurückzahlen; diese Voraussetzung versage aber gerade bei Personen, welche gezwungen seien, wucherische Vortheile zu bewilligen. Sei hiernach ein Nutzen von der Beibehaltung der Bestimmung nicht abzusehen, so lasse es sich nicht rechtfertigen, sie bezüglich mit Rücksicht auf die in der Kritik lebhaft vertretene Forderung aufzunehmen. Sie könne unter Umständen sogar schädlich wirken, wenn in politisch unruhigen Zeiten das Kapital nur gegen hohe Zinsen und unter Ausschluß der Kündigung für längere Zeit zu haben sei. Gerade der solide Kapitalist lege dann Werth auf die Sicherheit gegen sofortige Kündigung und Zinsherabsetzung beim Eintritt einer für den Schuldner günstigeren Zeit. Die Bestimmung des Gesetzes von 1867 erkläre sich in diesem Punkt als ein Ueberbleibsel aus der vorher-

¹⁾ Vergl. den bei F. Guttentag in Berlin 1897 erschienenen Entw. eines H.G.B. 1c. in der dem Reichstage gemachten Vorlage (§. 342) nebst Denkschrift S. 211.

gehenden Periode gesetzlicher Zinstaxen, habe aber gegenwärtig keine Berechtigung mehr. Für den Wegfall derselben seien endlich auch die meisten Regierungen eingetreten.

b) Der §. 358 Abs. 2 ist im Antrag 1 unter §. 358a Abs. 1 unverändert übernommen. Er wurde sachlich gebilligt.

Abf. 2.
Verzinsung
fällig werden
der Zinsen.

Zur Rechtfertigung der Ausnahmen, die im Abs. 2 des §. 358a von der Regel des Abs. 1 gemacht sind, war Folgendes geltend gemacht worden:

Für Sparkassen, Kreditanstalten und Bankiers müsse die Vereinbarung, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten, zugelassen werden. Der Betrieb der Sparkassen und ähnlich der Betrieb der Depotgeschäfte von Kreditanstalten und Bankiers beruhe wesentlich auf dieser Vereinbarung. Die Zulassung derselben dürfe nicht mit Art. 291 des H. G. B. auf den Kontokorrentverkehr von Kaufleuten unter einander beschränkt werden. Die Ausdehnung des Art. 291 sei schon in den Mot. II S. 197 für die Revision des H. G. B. in Aussicht genommen, richtiger aber im B. G. B. vorzunehmen, da es sich mindestens bei den Sparkassen nicht immer um Kaufleute handele. Die Gründe für die Regel des Entw. §. 358 Abs. 2 seien bei den hier fraglichen Vereinbarungen nicht zutreffend. (Vergl. auch die Bemerk. des preuß. Land.-Def.-Roll. in der Zus. d. gutachtl. Neuß. VI S. 325.)

Die auf Bodenkreditinstitute (Hypothekenbanken, Pfandbriefinstitute) berechnete zweite Ausnahme des §. 358a Abs. 2 Satz 2 rechtfertigte sich dadurch, daß diese Institute ihrerseits den Inhabern der von ihnen ausgegebenen Zinscheine pünktlich Zahlung zu leisten verpflichtet seien, zu diesem Zwecke aber, wenn die Darlehensschuldner mit ihren Zinszahlungen im Rückstande bleiben, die erforderlichen Beträge vorschießen müssen. In der Vereinbarung einer bestimmten, 6 Prozent nicht übersteigenden Verzinsung der rückständigen Zinsen liege somit eine billige Entschädigung für die geleisteten Vorschüsse und ein Ansporn für die Schuldner zu pünktlicher Zinszahlung. Werde diese Vereinbarung nicht zugelassen, so nöthige man die Institute, sich durch höhere Zinsen die erforderliche Sicherung zu schaffen. In Betracht komme auch, daß in den von jenen Instituten ausbedungenen Leistungen häufig Zinsen und Tilgungsbeiträge mit einander verbunden seien, es aber bezüglich der Zulässigkeit einer vorgängigen Verzinsungsabrede ebenso wenig angängig sei, zwischen diesen beiden Bestandtheilen der Leistungen zu unterscheiden, wie bezüglich der Verjährungsfristen (oben S. 213 ff.). Vergl. auch die Zus. VI S. 280 zu §. 249 und S. 326 zu §. 358.

Dieser Begründung des Antrags 1 wurde von keiner Seite widersprochen.

VIII. Von mehreren Seiten wurde endlich erklärt, daß man von Vorschlägen bezüglich der Regelung der Abzahlungsgeschäfte im B. G. B. nur mit Rücksicht auf das hinsichtlich dieser Frage in der Vorbereitung begriffene Spezialgesetz Abstand genommen habe.¹⁾

Abzahlungs-
geschäfte.

¹⁾ Fortsetzung der Berathung des Rechtes der Schuldverhältnisse im Prot. 77 Siffer IV.