

Aus diesem würden nur die schlechteren Elemente Vorthail ziehen; Gewinnsucht, Eigennutz und Begehrlichkeit würden gesteigert und aus unlauteren Motiven zahlreiche skandalöse Prozesse angestrengt werden.

Es komme auch in Betracht, daß den geltenden Modifikationen ein positiver Rechtsatz, wie er vorgeschlagen worden, unbekannt sei, daß auch das schweiz. Obligationenrecht Art. 55 einen Schadenersatzanspruch in diesen Fällen nur aus dem Gesichtspunkte der Deliktsobligation zulasse, daß aber der Frage, ob und in welchem Umfange in Ansehung unerlaubter Handlungen dem Beschädigten auch wegen immateriellen Schadens Ersatz zu gewähren sei, an dieser Stelle nicht vorgegriffen werden solle. Der Vorgang der franz. Rechtsprechung, welche, entgegen dem Wortlaut und der Absicht d. code civil (Art. 1382, 1383), einen Geldersatz für jeden Schaden zubillige, sei nicht nachahmenswerth, da sie dahin geführt habe, daß die Gerichte jeden Maßstab verloren haben, inwieweit ein sog. moralischer Schaden durch Geld ausgeglichen werden könne. Vom Reichsgerichte sei diese Praxis nicht gebilligt worden (Entsch. 7 S. 295).

Müsse ferner die Entscheidung über die Höhe des Schadens in das billige Ermessen des erkennenden Richters gestellt werden, ohne daß man ihm einen geeigneten objektiven Anhalt geben könne, so entstehe, wie ebenfalls die Entwicklung der franz. Rechtsprechung zeige, die Gefahr, daß auch maßlos gesteigerte Ansprüche berücksichtigt werden könnten.

Zuzugeben sei allerdings, daß nach der bisherigen Erfahrung die deutschen Gerichte bei der Zuerkennung der Entschädigungssummen große Vorsicht beobachtet haben. Es lasse sich jedoch nicht absehen, wohin die Praxis gelangen könne, wenn im Gesetz das Rechtsprinzip anerkannt werde, das den Anträgen zu Grunde liege.

Der Unterantrag 1 wolle nun zwar dem Richter für die Bemessung des Schadens eine Handhabe verschaffen, indem er auf die Analogie der Konventionalstrafe verweise. Dem Antrage liege jedoch ein unrichtiger Ausgangspunkt zu Grunde. Es könne nicht anerkannt werden, daß eine ergänzende Verkehrssitte bestehe, nach der die Vertragsschließenden den Schaden, welchen der Berechtigte durch die Nichterfüllung in anderer als vermögensrechtlicher Beziehung erleiden würde, auch wenn sie eine Konventionalstrafe nicht vereinbart hätten, so abschätzen wollten, als ob sich der Empfänger eine den Umständen angemessene Konventionalstrafe ausbedungen hätte. Die Regel sei vielmehr, daß die Parteien bei derartigen Verträgen das Ausbleiben der Leistung nicht in Bedacht nehmen und deshalb für diesen Fall auch keine Vorsorge treffen.

78. (§. 1249 bis 1268.)

Die Komm. ging zur Berathung der den „Inhalt der Schuldverhältnisse aus Verträgen“ betreffenden Vorschriften über.

I. Zu §. 359 lagen die Anträge vor:

1. die Bestimmung zu streichen;
2. als §. 73 Satz 2 oder als §. 90a zu bestimmen:

Verträge sind so auszulegen, wie Tren und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Inhalt der
Schuldb.
aus Vertr.
§. 359.
Grundsatz.

3. für den Fall, daß mit der Red.Komm. eine Fassung des §. 224 Abs. 1 angenommen wird, welche die Vorschrift auf die Erfüllung (Bewirkung der Leistung) beschränkt, deren Ersatz nicht mit dem Antrage 2 zum Allg. Theile, sondern zum Rechte der Schuldverhältnisse zu bewirken und als §. 359 (Stellung im Rechte der Schuldverhältnisse der Redaktion vorbehalten) zu beschließen:

Der Vertrag verpflichtet den Schuldner zu demjenigen, was sich nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Inhalt desselben ergibt.

4. als Unterantrag zu 2 und 3,
die Worte „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ zu streichen.

Treu und
Glauben.

Die Komm. nahm den Antrag 2 sachlich an mit dem Vorbehalte für die Red.Komm., die Stellung, welche der Vorschrift innerhalb des Allg. Theiles anzuweisen sei, zu bestimmen. Die übrigen Anträge waren hierdurch erledigt.

Verkehrssitte.

Die Anträge standen im Zusammenhange mit dem zu §. 224 Abs. 1 gefaßten Beschlusse der Komm. (oben S. 302, 303) und der von der Red.Komm. vorgeschlagenen Fassung des §. 224 Abs. 1. Jener Beschluß ging dahin, an die Stelle des §. 224 Abs. 1 eine den §. 359 verallgemeinernde Bestimmung zu setzen, daß es nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurtheilen sei, zu welcher Leistung das Schuldverhältniß den Schuldner verpflichte und wie die Leistung zu bewirken sei. Die Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte sollte nach diesem Beschlusse nicht nur für Schuldverhältnisse aus Verträgen, sondern für alle Schuldverhältnisse für maßgebend erklärt werden, und zwar sowohl für die Frage, ob eine Verbindlichkeit und welche entstanden sei, als auch bezüglich der Art der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Die Red.Komm. gab dem §. 224 Abs. 1 die Fassung:

Der Schuldner ist zur Bewirkung der Leistung in solcher Weise verpflichtet, wie es Treu und Glauben und der Verkehrssitte entspricht.

Bei der gegenwärtigen Berathung wurde dieser Beschluß der Red.Komm. von keiner Seite beanstandet. Dagegen bestand Meinungsverschiedenheit darüber, ob durch die so formulierte Vorschrift der sachliche Beschluß der Komm. gedeckt sei. Bei dem Streichungsantrage wurde davon ausgegangen, daß die Vorschrift bei richtiger Auslegung nicht nur auf die Art der Erfüllung, sondern auch auf das Ob und Was der Verbindlichkeit zu beziehen sei, und daß sie in letzterer Hinsicht jedenfalls in Verbindung mit der allgemeinen Auslegungsregel des §. 73 das durch den Beschluß der Komm. beabsichtigte Ergebniß sicherstelle.

Die Mehrheit war dagegen der Meinung, daß die von der Red.Komm. vorgeschlagene Bestimmung, wenn man den Worten nicht Zwang anthun wolle, nur von der Art der Erfüllung verstanden werden könne. Es sei auch sachlich zu billigen, daß die Red.Komm. die für alle Schuldverhältnisse bestimmte Vorschrift des §. 224 Abs. 1 auf die Art der Erfüllung beschränkt habe; denn nur bezüglich dieser Frage passe die Bezugnahme auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte allgemein, während sie hinsichtlich der Frage, ob eine Verpflichtung entstanden sei und welche, nur bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen zutrefte. Der Inhalt des §. 359 sei somit durch die vorgeschlagene Fassung des §. 224

Abf. 1 nicht gedeckt. Werde also ein Ersatz des §. 359 erforderlich, so verdiene es den Vorzug, ihn mit dem Antrage 2 durch eine in den Allg. Theil zu stellende Vorschrift für alle Verträge zu schaffen, statt die Bestimmung mit dem Antrage 3 auf obligatorische Verträge zu beschränken. Die Maßgeblichkeit von Treu und Glauben für die Feststellung des Vertragsinhalts treffe ebenso wie für obligatorische Verträge auch für alle anderen Verträge zu, so für Verträge über die Bestellung von Dienstbarkeiten (Nießbrauch, Grundgerechtigkeiten) und Pfandrechten, für Verträge, welche das eheliche Güterrecht betreffen und für Erbverträge. Die Bezugnahme auf die Verkehrssitte habe freilich ihre Hauptbedeutung für Verkehrsgeschäfte, somit für obligatorische Verträge, sie passe aber auch für manche andere Verträge. Jedenfalls sei insoweit die Verallgemeinerung der Vorschrift unbedenklich.

Endlich sei dem Antrage 2 auch darin zuzustimmen, daß er der Bestimmung die Form einer Auslegungsregel gebe. Theoretisch sei zwar zuzugeben, daß es sich bei der Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte nicht selten nicht um „Auslegung des Parteiwillens im streng wissenschaftlichen Sinne“ handle, sondern um Ergänzung des fehlenden Willens durch das Gesetz. Indessen begreife der Sprachgebrauch des Lebens auch die hierauf gerichtete Thätigkeit des Richters unter dem Ausdruck Auslegung und der Gesetzgeber dürfe unbedenklich sich diese weitere Bedeutung des Wortes aneignen, da ein Mißverständniß nicht zu befürchten sei.

Auslegungs-
regel.

Dem Antrage 4 lag die Ansicht zu Grunde, es sei nicht angängig, die Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte neben einander für maßgebend zu erklären, weil die Bedeutung beider Maßstäbe eine durchaus verschiedene sei; der Satz, daß als Vertragsinhalt nur das gelten dürfe, was den Anforderungen von Treu und Glauben entspreche, sei eine absolute Vorschrift, während die Verkehrssitte nur als Auslegungsmittel in Betracht komme und also gegenüber einem abweichenden Parteiwillen nicht beachtlich sei. Dieser Ausführung wurde entgegeng gehalten, es handle sich bei der vorgeschlagenen Bestimmung nicht um eine Gleichstellung der bezeichneten beiden Maßstäbe; jene Bestimmung gehe vielmehr dahin, daß bei der Feststellung, was im einzelnen Falle durch Treu und Glauben gefordert werde, die Verkehrssitte berücksichtigt werden solle.

Verhältniß
der Verkehrs-
sitte zu Treu
u. Gl.

Für die Redaktion wurde von einer Seite angeregt, ob es sich nicht empfehlen werde, auch die von der Red. Komm. als §. 224 Abf. 1 beschlossene Vorschrift in den Allg. Theil einzustellen.

II. Zu §. 360 war beantragt:

die Bestimmung zu streichen.

Die Streichung wurde beschlossen.

Gegenseitige
Verträge.

§. 360.

Nicht-
erfüllung.

Man hielt den Inhalt des §. 360 an sich für selbstverständlich und sah in dem Umstande, daß in einem Theile des Reichs zur Zeit eine abweichende Regel gelte (Mot. II S. 198), umfoweniger einen hinreichenden Grund für die Beibehaltung der Vorschrift, als die nachfolgenden Bestimmungen über die Zulässigkeit des Rücktritts in bestimmt bezeichneten Fällen die Regel des §. 360 unschwer erkennen ließen.

§. 361.
Festbestimmte
Zeit.

III. Zu §. 361 lagen mehrere Anträge vor, welche mit Abänderungsvorschlägen zu §. 369 in engem Zusammenhange standen. Es wurde daher beschlossen, die Berathung über den §. 361 bis zur Berathung des §. 369 auszusetzen.¹⁾

Nur darin wurde schon jetzt zu §. 361 sachlich Stellung genommen, daß derselbe auf gegenseitige Verträge zu beschränken sei. Man war einerseits der Ansicht, daß dies auch der Absicht des Entw. entspreche, wie dieselbe aus der Stellung des §. 361 unter den mit §. 360 beginnenden Bestimmungen über gegenseitige Verträge erhesse. Andererseits glaubte man, daß bei einseitigen Verträgen für die Gewährung eines Rücktrittsrechts nach Maßgabe des §. 361 kein Bedürfnis bestehe, abgesehen etwa von dem einer besonderen Regelung bedürftenden Schenkungsversprechen unter einer Auflage.

§. 362.
Erfüllung
Zug um Zug.

IV. Zu §. 362 war beantragt:

1. den Paragraphen zu fassen:

Ein gegenseitiger Vertrag ist von den Parteien Zug um Zug zu erfüllen, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.

2. a) die Vorschrift zu streichen;

b) eventuell folgende Fassung anzunehmen:

Bei einem gegenseitigen Vertrag ist, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, keiner der Vertragsschließenden vorzuleisten verpflichtet.

Nachdem der eventuelle Antrag 2b vor der Abstimmung zurückgezogen war, nahm die Komm. den §. 362 sachlich an, überließ aber der Red.Komm. die Prüfung, an welcher Stelle und in welcher Weise der Gedanke des §. 362 zum Ausdruck zu bringen sei.

Der Antragsteller zu 2 beabsichtigte mit seinem Vorschlage, den §. 362 zu streichen, keine sachliche Abänderung des Entw. Er ging vielmehr davon aus, daß es erwünscht sei, die Streichung des §. 366 zu ermöglichen, da diese Vorschrift nach dem Vorlaute des §. 362 als eine singuläre erscheine. Der §. 362 lasse sich dahin auffassen, daß die aus dem gegenseitigen Vertrag erwachsenden Ansprüche der Vertragsparteien, abgesehen von dem Falle der Vorleistungspflicht eines Theiles, auf Leistung gegen Gegenleistung gerichtet seien. Verstehe man den §. 362 so, dann sei es eine Anomalie, wenn nach §. 366 für die Begründung der auf einseitige Leistung des Beklagten gerichteten Klage die Behauptung nicht erforderlich sein solle, daß der Kläger die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt habe. Wenn nun auch die bezeichnete Auffassung des §. 362 der Absicht des Entw. nicht entspreche, der §. 362 vielmehr nur einen Grundsatz enthalte, welcher seine nähere praktische Ausgestaltung erst durch die Rechtsätze der §§. 364 bis 366 finde, so empfehle sich doch die Streichung des §. 362 zur Vermeidung von Mißdeutungen. In Verbindung mit dem vom Antragsteller zu §§. 364, 365 gemachten Vorschlage (unten Ziffer VI) werde durch diese Streichung der Wegfall des §. 366 ermöglicht.

Von anderer Seite war zu Gunsten des Streichungsantrags geltend gemacht worden, daß der §. 362 neben den den Grundsatz näher bestimmenden

¹⁾ Die Anträge zu §. 361 werden im Prot. 79 unter V mitgetheilt.

Vorschriften der §§. 364 bis 366 entbehrlich sei. Für die Streichung spreche insbesondere, daß die Beibehaltung des §. 362 von einer Seite deshalb empfohlen werde, weil sich aus demselben die dem Bewußtsein des Volkes allein entsprechende Bestimmung ableiten lasse, daß für die Klage aus einem gegenseitigen Vertrage die Thatfache, daß der Kläger die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt habe, zum Klagegrunde gehöre. Die Möglichkeit einer solchen mit §. 366 in Widerspruch stehenden Auslegung des §. 362 lasse die Beseitigung desselben als rathsam erscheinen.

Die Mehrheit war dagegen der Ansicht, daß der Gedanke des §. 362 nicht nur sachlich Billigung verdiene, sondern auch irgendwie zu bestimmtem Ausdrucke gelangen müsse. Ob es hierzu einer besonderen Vorschrift bedürfe oder ob durch die Fassung der folgenden Bestimmungen eine besondere Vorschrift entbehrlich gemacht werden könne, sei der Prüfung der Red. Komm. zu überlassen.

V. Zu §. 363 lagen die Anträge vor:

1. denselben zu fassen:

Sind bei einem gegenseitigen, auf eine theilbare Leistung gerichteten Vertrag auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen betheiligt, so kann jede derselben ihren Antheil an der dem anderen Theile obliegenden Leistung, sofern nicht dieser vorzuleisten verpflichtet ist, nur gegen Bewirkung der vollständigen Gegenleistung verlangen.

2. die Bestimmung mit dem Vorbehalte zu streichen, daß, wenn es bei der getheilten Haftung der Erben verbleiben sollte, die auf den Fall einer Mehrheit von Erben bezügliche Vorschrift desselben in den §. 2051 aufgenommen werde.

Der Antrag 1, der vom Entw. nur in der Fassung abweicht, wurde sachlich angenommen.

Man hatte erwogen:

Inhaltlich sei die Vorschrift des §. 363 durch die in den Mot. II S. 201, 202 angeführten Gründe gerechtfertigt. Anlangend den Fall, daß bei einem gegenseitigen Vertrag auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen als Vertragschließende betheiligt seien, so habe die Bestimmung des §. 363 allerdings einen Theil ihrer Bedeutung durch die zu §. 320 beschlossene Auslegungsregel verloren, daß, wenn mehrere Personen durch Vertrag sich gemeinschaftlich verpflichtet haben, jede von ihnen im Zweifel für die ganze Leistung hafte (oben S. 430 bis 432); soweit diese Auslegungsregel Platz greife, ergebe sich aus ihr die Vorschrift des §. 363 von selbst. Wenn aber die Anwendung der Auslegungsregel durch abweichenden Parteiwillen ausgeschlossen sei, dieser also auf antheilmäßige Verpflichtung gehe, so treffe dennoch nach der Natur und Intention der gegenseitigen Verträge die Vorschrift des §. 363 als dispositive Regel zu, vorausgesetzt, daß ein einheitlicher Vertrag und nicht etwa eine Mehrheit von Verträgen anzunehmen sei. Insoweit sei die Beibehaltung des §. 363 von praktischem Werthe. Die Besorgniß des Antragstellers zu 2, daß durch denselben die nothwendige Erforschung des Parteiwillens im einzelnen Falle beeinträchtigt werden würde, erscheine unbegründet.

§. 363.
Betheiligung
Mehrerer auf
einer Seite.

Betheil.
mehrerer
Erben.

Was ferner den zweiten im §. 363 behandelten Fall einer Mehrheit von Erben anlange, so sei die Bestimmung von dem im Entw. angenommenen Standpunkte der getheilten Haftung der Miterben nothwendig und deshalb gegenwärtig beizubehalten, wenn auch von einer ausdrücklichen Hervorhebung derselben abgesehen werden könne, unter dem selbstverständlichen Vorbehalte späterer Aenderung des Beschlusses im Falle abweichender Regelung des Miterbenverhältnisses.

Für die Redaktion wurde angeregt, das Verhältniß des vorliegenden Paragraphen zu der zu §. 320 beschlossenen Auslegungsregel zu verdeutlichen und die Worte „auf eine theilbare Leistung gerichteter“ in der Fassung des Antrags 1 als entbehrlich zu streichen.

§§. 364, 365.
Anspruch auf
Erf. Zug um
Zug.

VI. Zu den §§. 364, 365 war beantragt:

1. dieselben durch folgende Vorschriften zu ersetzen:

Wer aus einem gegenseitigen Vertrage auf die ihm obliegende Leistung in Anspruch genommen wird, kann diese, sofern er nicht vorzuleisten verpflichtet ist, solange verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt wird. Ist jedoch nur ein verhältnißmäßig unbedeutender Theil der Gegenleistung noch rückständig, so kann das Recht, die geforderte Leistung zu verweigern, auf einen entsprechenden Theil der letzteren beschränkt werden. Die Vorschrift des §. 233 Abs. 2¹⁾ findet keine Anwendung.

Das Recht einer Partei, aus einem gegenseitigen Vertrage Klage auf Verurtheilung der anderen zu erheben, ohne ihrerseits die Gegenleistung bewirkt zu haben, bestimmt sich nach den Vorschriften des §. 234²⁾. Hat der eine Theil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Theil in Verzug der Annahme kommt, Klage erheben auf Verurtheilung des anderen Theiles zu der diesem obliegenden Leistung nach Empfang der Gegenleistung.

hierzu von anderer Seite:

eventuell hinter Abs. 1 Satz 2 folgenden Satz einzuschalten:

Wird die ganze Leistung verweigert, obwohl die Gegenleistung theilweise bewirkt ist, so kann der andere Theil die Zurückgewährung des von ihm Geleisteten nach Maßgabe der Vorschriften der §§. 427 bis 429 über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht verlangen.

2. folgende Beschlüsse zu fassen:

a) dem §. 364 als Satz 2 anzufügen:

Ist die Leistung theilweise bewirkt, so kann die Gegenleistung nicht in weiterem Umfange verweigert werden, als dies zulässig wäre, wenn der nicht bewirkte Theil der Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden wäre.

¹⁾ Gemeint sind die Beschlüsse der Red.Komm. zu dem Entw. §. 234 Satz 2, 3 (C. II §. 230 Abs. 2, R. L. §. 267 Abs. 3, B. G. B. §. 273 Abs. 3). Vergl. oben C. 313 unter b.

²⁾ D. i. der C. 312, 313 unter IV a vorgeschlagene §. 234.

b) dem §. 365 die Fassung zu geben:

Auf die Klage und die Zwangsvollstreckung wegen der Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage finden die Vorschriften des §. 234 entsprechende Anwendung. Satz 2 wie Abs. 2 Satz 2 in Antrag 1.

3. zu beschließen:

a) den §. 364 wie folgt zu gestalten:

Wer aus einem gegenseitigen Vertrag einen Anspruch hat, kann auf Verurtheilung des Schuldners zu der ihm (dem Kläger) gebührenden Leistung Klage erheben. Der Beklagte hat jedoch, sofern er nicht seinerseits vorzuleisten verpflichtet ist, die Befugniß, die Leistung solange zu verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt wird. Diese Befugniß ist nicht vorhanden, wenn der Beklagte eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung ohne Vorbehalt angenommen hat.

Der Vertragsschließende kann auch auf Verurtheilung des Schuldners zur Leistung gegen Empfang der diesem gebührenden Leistung Klage erheben. Auf diese Klage finden die Vorschriften des §. 234 Anwendung.

b) den §. 365 zu streichen;

4. die unter 1 Abs. 1 Satz 2 vorgeschlagene Bestimmung zu fassen:

Ist nur ein Theil der Gegenleistung noch rückständig, so beschränkt sich das Recht, die Leistung zu verweigern, auf einen entsprechenden Theil derselben, wenn (und soweit) die Zurückbehaltung eines größeren Theiles nach den Umständen des Falles gegen Treu und Glauben (oder: gegen die Billigkeit) verstoßen würde.

Die Komm. nahm den Antrag 1 mit dem eventuellen Zusatzantrag an und lehnte die Anträge 2 und 4 ab¹⁾. Auf den Antrag 3 soll bei §. 366 (unter VIII) eingegangen werden.

a) Die Vorschrift des §. 364 wurde sachlich von keiner Seite beanstandet. In der unter 1 Abs. 1 Satz 3 vorgeschlagenen Bestimmung, daß das Recht zur Verweigerung der Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden könne, sah man eine zweckmäßige Verdeutlichung des Entw. §. 364.
Einrede des
nicht erfüllten
Vertrags.

Einen Zusatz zu §. 364 empfahlen der Antrag 1 in Abs. 1 Satz 2 und der eventuell vorgeschlagene Satz 3 sowie die Anträge 2a und 4 im Sinne einer Beschränkung des Rechtes zur Verweigerung der Leistung. Nach dem Antrag 1 sollte eine Beschränkung auf einen entsprechenden Theil der Leistung eintreten, wenn nur ein verhältnißmäßig unbedeutender Theil der Leistung noch rückständig ist; der Gegner des die ganze Leistung Verweigernden sollte aber eventuell ausdrücklich für berechtigt erklärt werden, Zurückgewährung des von ihm bereits geleisteten Theiles zu fordern. Dagegen wollten die Anträge 2a und 4 die Beschränkung nicht ausschließlich im Falle eines verhältnißmäßig unbedeutenden Rückstandes eintreten lassen. Das Maß der Beschränkung bestimmte der Antrag 2a durch Verweisung auf den Fall, daß der noch nicht bewirkte Theil der Leistung in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich ge-

Theilweise
Erfüllung.

¹⁾ Vergl. unten S. 633.

worden sei, der Antrag 4 durch Bezugnahme auf das im einzelnen Falle durch Treu und Glauben Gebotene.

Für den Beschluß waren folgende Erwägungen maßgebend:

Nach den Mot. II C. 203 gehe schon die Absicht des Entw. dahin, daß unter Umständen eine Beschränkung des Rechtes zur Verweigerung der ganzen Leistung im Wege der *replica doli* zulässig sein solle, wenn diese wegen der verhältnißmäßigen Geringfügigkeit des quantitativen oder qualitativen Mangels der Gegenleistung begründet sei (§. 359). Gegenüber der absoluten Fassung des §. 364 sei es aber erforderlich, die Möglichkeit einer derartigen Beschränkung im Gesetz ausdrücklich anzuerkennen, zumal der Entw. an anderen Stellen besondere Ausnahmen für den Fall eines unbedeutenden Mangels bestimme (§. 381 Abs. 2 Satz 2, §. 572 Satz 2) und deshalb das *argumentum e contrario* für die Nichtzulassung einer derartigen Ausnahme im vorliegenden Falle nahe liege. Sachlich sei eine solche Beschränkung des im §. 364 gewährten Rechtes durch die Rücksicht auf Treu und Glauben geboten. Es empfehle sich, mit dem Antrag 1 jene Beschränkung nur bei einem verhältnißmäßig unbedeutenden Rückstande der Gegenleistung eintreten zu lassen. Man bleibe hierdurch in Uebereinstimmung mit den angeführten ähnlichen Bestimmungen des Entw. und mit der in der gemeinrechtl. und preuß. Praxis herrschenden Ansicht. Die Vorschrift gewinne zugleich, gegenüber der unter 4 vorgeschlagenen, an Bestimmtheit. Im Ergebnisse treffe sie mit dieser insofern zusammen, als die Zurückbehaltung der ganzen Leistung dann allein den Anforderungen von Treu und Glauben widerspreche, wenn nur noch ein verhältnißmäßig kleiner Theil der Gegenleistung ausstehe. Sei der rückständige Theil ein erheblicher, so sei es mit dem Grundgedanken des im §. 364 gewährten Zurückbehaltungsrechts nicht vereinbar, den Anspruch auf die Leistung, wenn auch in der Beschränkung auf einen entsprechenden Theil, zuzulassen; denn das Retentionsrecht des §. 364 solle jedem Vertragstheil ein Mittel geben, den anderen Theil zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung zu zwingen. Allerdings sei es ein ungerechtes Ergebnis, wenn der eine Theil, der die Gegenleistung theilweise empfangen habe, eine zeitweilige subjektive Unmöglichkeit zur Leistung des Restes auf Seiten des anderen Theiles dazu benutze, das Empfangene zu behalten und doch die ganze ihm obliegende Leistung zu verweigern. Diesem Ergebnisse könne aber durch eine Vorschrift im Sinne des zum Antrag 1 gestellten eventuellen Zusatzantrags vorgebeugt werden. Die Ausnahme dieser Vorschrift sei geboten, da sich ihr Inhalt nicht von selbst verstehe. Uebrigens komme der §. 364 überhaupt nicht zur Anwendung, wenn die auf die Leistung in Anspruch genommene Partei einen Theil der Gegenleistung in der Art als Theilerfüllung angenommen habe, daß darin die Einwilligung in eine Theilung des Schuldverhältnisses selbst zu finden sei. Dann stehe ihr bezüglich des dem empfangenen Theiles der Gegenleistung entsprechenden Theiles der Leistung das Zurückbehaltungsrecht nach §. 364 nicht zu (vergl. H.G.B. Art. 359).

Gegen die im Antrage 2a vorgeschlagene Fassung spreche, daß die Anwendung der Vorschrift durch die fiktionsmäßige Ausdrucksweise erschwert werde. Auch versage die Bezugnahme auf die objektive Unmöglichkeit des rückständigen Theiles der Leistung in den Fällen, in welchen wegen der Art der Leistung,

3. B. wenn es sich um eine Geldleistung handle, eine objektive Unmöglichkeit überhaupt nicht eintreten könne. Sodann ergebe sich aus der vorgeschlagenen Bestimmung, daß die wegen der Leistung in Anspruch genommene Partei dieselbe nur dann zurückbehalten könne, wenn sie darthue, daß der ihr durch die Nichtbewirkung des ausstehenden Theiles der Gegenleistung erwachsene Schaden dem Betrage der ganzen Leistung gleichkomme. Diese Anforderung an die zurückbehaltende Partei widerspreche dem Grundgedanken des Zurückbehaltungsrechts nach §. 364.

b) Zu §. 365 enthielten der Antrag 1 Abs. 2 und der Antrag 2b nur Fassungsänderungen, welche durch den zu §. 234 gefaßten Beschluß geboten waren. Sachlich wurde der §. 365 nicht angefochten.

§. 365.
Lage auf
Erfüllung.

VII. Beantragt war ferner, hinter dem §. 365 einen Paragraphen des Inhalts einzustellen:

Gefährdung
der
Gegen-
leistung.

Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn die Vermögensverhältnisse des anderen Theiles eine wesentliche, den Anspruch auf die Gegenleistung gefährdende Verschlechterung erlitten haben, die ihm obliegende Leistung so lange verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder für deren Erfüllung Sicherheit bestellt wird. §. 364 Satz 2 und Abs. 2¹⁾ finden entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn schon vor Abschluß des Vertrags Umstände eingetreten waren, aus denen sich eine Gefährdung der Gegenleistung ergibt, der zur Vorleistung verpflichtete Theil aber trotz angewandter Sorgfalt (ohne Fahrlässigkeit) keine Kenntniß von diesen Umständen erhalten hat.

hierzu der Unterantrag, dem Abs. 2 folgende Fassung zu geben:

Das Gleiche gilt, wenn die den Anspruch auf die Gegenleistung gefährdende Vermögenslage des anderen Theiles, ohne daß der zur Vorleistung verpflichtete Theil es wußte, schon zur Zeit der Schließung des Vertrags bestand und der andere Theil annehmen mußte, daß ersterer sich bei Kenntniß derselben zur Vorleistung nicht verpflichten würde.

Die Komm. nahm den Abs. 1 der in dem Antrage vorgeschlagenen Bestimmungen an, lehnte dagegen den Abs. 2 und den Unterantrag ab.

Man hatte erwogen:

Die Bestimmung des Abs. 1 beruhe auf der richtigen Ansicht, daß nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen derjenige, der sich zur Vorleistung verpflichte, von der Voraussetzung ausgehe, daß die Gegenleistung nachfolgen werde. Treffe diese Voraussetzung später in Folge von Umständen, welche nach dem Vertragschluß eine wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des zur Gegenleistung Verpflichteten herbeiführen, nicht mehr zu, so fordere die Billigkeit, den zur Vorleistung Verpflichteten von dieser Verpflichtung zu entbinden und ihm die Leistung nur gegen Gegenleistung oder gegen Sicherstellung derselben zuzumuthen. In diesem beschränkten Maße sei die *clausula rebus sic stantibus*

¹⁾ Gemeint sind die oben S. 628 unter 1 vorgeschlagenen Bestimmungen.

anzuerkennen. Die Vorschrift finde im Entw. selbst eine Analogie in dem §. 458 und schließe sich den auf das Darlehensversprechen bezüglichen Bestimmungen des preuß. A.L.R. I. 11 §§. 656, 657 und des schweiz. Bundesgesetzes Art. 332 Abs. 1 sowie einer in der Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes vertretenen Ansicht (Entsch. des R.O.H.G. 23 S. 237) an.

Dagegen könne dem Abs. 2 weder in der Fassung des Hauptantrags noch in der des Unterantrags zugestimmt werden. Wenn derjenige, der eine Vorleistungspflicht übernehme, zur Zeit des Vertragschlusses vorhandene Umstände nicht gekannt habe, die ihn, wenn sie ihm bekannt gewesen wären, von der Uebernahme jener Verpflichtung abgehalten haben würden, so liege an sich ein Irrthum im Beweggrunde vor, welcher die Gültigkeit des Vertrags nicht berühre. Eine Ausnahme von der Regel der Einflußlosigkeit eines solchen Irrthums zu machen, bestehe kein Grund. Man könne nicht sagen, daß nach der im Verkehre herrschenden Auffassung der Gegner desjenigen, der eine Vorleistungspflicht übernehme, als verpflichtet gelte, alle Umstände offenzulegen, welche für die Beurtheilung seiner Kreditwürdigkeit von Bedeutung seien. Es sei Sache des sich Verpflichtenden, sich über die für ihn wichtigen Umstände zu unterrichten, vor Allem durch Erkundigung bei dem Gegner; mache sich der letztere durch falsche Angaben oder Verschweigen der wirklichen Sachlage eines Betrugs schuldig, so erwüchsen dem Verpflichteten aus diesem genügende Rechtsmittel. Die vorgeschlagenen Bestimmungen enthielten im Wesentlichen neues Recht und könnten in der Anwendung z. B. auf Miethverträge zu bedenklichen Ergebnissen führen.

Gegen die in dem Unterantrag empfohlene Fassung spreche noch besonders, daß der Vorleistungspflichtige von der Verpflichtung befreit werden solle, selbst wenn die erheblichen Umstände ihm durch seine eigene Fahrlässigkeit unbekannt geblieben seien.

§. 366.

Behauptung
und Beweis
der Leistung
im Prozesse.

VIII. Zu §. 366 lagen die Anträge vor:

1. denselben zu fassen:

Wer aus einem gegenseitigen Vertrag auf die ihm gebührende Leistung Klage erhebt, braucht die Thatfache, daß er seinerseits die Gegenleistung bewirkt habe, erst dann zu behaupten, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß die Gegenleistung noch nicht erfolgt sei.

2. die Bestimmung zu streichen.

Die Komm. nahm sachlich den §. 366 an und beschloß auch, daß der Gedanke desselben zum Ausdrucke gebracht werden solle, überließ aber der Red.Komm. zu prüfen, wie und wo dies zu geschehen habe.

Obwohl von einer Seite die dem §. 366 entgegengesetzte Vorschrift des preuß. A.L.R. I. 5 §. 271 als die dem Wesen des gegenseitigen Vertrags und dem Volksbewußtsein allein entsprechende vertheidigt wurde, fand im Uebrigen die Bestimmung des §. 366 wesentlich aus den in den Mot. II S. 204 angeführten praktischen Gründen sachlich Billigung. Auch der Streichungsantrag bezweckte keine inhaltliche Aenderung des Entw. Er stand vielmehr im Zusammenhange mit dem zu §§. 364, 365 unter 3a, oben S. 629, gemachten Vorschlage, durch

eine andere Formulirung dieser Paragraphen den §. 366 entbehrlich zu machen. Dies erschien dem Antragsteller deshalb erwünscht, weil der §. 366 eine lediglich prozessualische Vorschrift enthalte, welche in das B.G.B. nicht passe. Durch die Fassung der §§. 364, 365 selbst müsse klargestellt werden, daß aus dem gegenseitigen Vertrage jeder Partei, sofern sie nicht vorleistungspflichtig sei, nicht nur ein Anspruch auf Leistung gegen Gegenleistung, sondern auch ein Anspruch auf einseitige Leistung erwachse.

Die Mehrheit war der Ansicht, daß der Inhalt des §. 366 wegen seiner praktischen Wichtigkeit und wegen der Geltung der entgegengesetzten Regelung im Gebiete des preuß. Rechtes zu klarem Ausdrucke gebracht werden müsse, daß es sich aber im Uebrigen, auch was die von dem Antragsteller zu 2 gegebenen Anregungen betreffe, nur um Redaktionsfragen handele, deren Prüfung der Red.Komm. überlassen bleiben könne.

79. (§. 1269 bis 1288.)

I. Von einer Seite war beantragt:

die Berathung über die in der letzten Sitzung zu §. 364 beschlossene Zusatzbestimmung wiederaufzunehmen und in dem zweiten Satze derselben hinter den Worten „verweigert der Gläubiger“ die Worte „wider Treu und Glauben“ einzuschalten und die Verweisung auf die §§. 427—429 zu streichen.

§. 364.
Leistung und
Gegenleistung.

Die Komm. beschloß, in die Berathung des §. 364 wieder einzutreten, die Verhandlung aber nicht auf die Zusatzbestimmung zu beschränken.

Es wurden hierauf die oben S. 628, 629 unter VI mitgetheilten Anträge 1 und 4 wiederholt. Von einer Seite wurde ferner beantragt:

den zum Antrag 1 vorgeschlagenen Zusatz dahin zu formuliren, daß, wenn der Schuldner erkläre, er könne oder wolle den noch rückständigen Theil der Leistung nicht mehr gewähren, der Gläubiger zwar verpflichtet sei, den empfangenen Theil der Leistung zurückzugewähren, aber wegen der ihm zustehenden Schadenserzugaussprüche an dem Gegenstande der Theilleistung das Zurückbehaltungsrecht ausüben dürfe.

Verweigerung
d. S. nach
Empfang
eines Theiles
der Gegenleistung.

Der im Eingang aufgeführte Antrag wurde prinzipialiter zu Gunsten des Antrages 4 zurückgezogen und nur für den Fall, daß es bei den in der letzten Sitzung gefaßten Beschlüssen verbleiben sollte, aufrechterhalten.

Die Komm. entschied sich nunmehr dafür, den Antrag 1 mit dem Zusatzantrag abzulehnen und den Antrag 4 anzunehmen.

Hierdurch erledigte sich der im Eingange mitgetheilte Antrag und der zu den abgelehnten Anträgen befürwortete Fassungsantrag.

Erwogen war:

Einstimmigkeit bestehe darüber, daß der §. 364 des Entw. insofern eine Einschränkung erleiden müsse, als es unter Umständen den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspreche, wenn der Gläubiger, trotzdem er einen Theil der ihm gebührenden Leistung empfangen habe, wegen Ausbleibens des übrigen Theiles der Leistung seinerseits die Gegenleistung vollständig verweigere. Fraglich erscheine nur, in welcher Weise diesem Gedanken Ausdruck zu verleihen sei. Der