

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 Fassungs-vorschlag.

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

in der letzten Sitzung angenommene Antrag verzichte auf die Aufstellung einer allgemeinen, den Grundsatz des §. 364 modifizirenden Regel. Er beschränke vielmehr nur in dem Falle, wenn ein verhältnißmäßig unbedeutender Theil der anderseitigen Leistung noch rückständig sei, das Recht des Gläubigers, seine Leistung zu verweigern, auf einen entsprechenden Theil der letzteren, von der Ansicht ausgehend, daß in diesem praktisch wichtigsten Falle in der Verweigerung der gesamten Gegenleistung regelmäßig ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu finden sei. Diese Regelung unterliege Bedenken.

Eine Regelung sei nicht nur für den Fall des Ausstehens eines verhältnißmäßig unbedeutenden Theiles der Leistung geboten. Indem der Antrag das Recht des Gläubigers, die Gegenleistung zu verweigern, nur für diesen Fall einschränke, gelange er zur Aufstellung einer starren, den Anforderungen der Billigkeit nicht entsprechenden Regel. Der dem Antrag 1 zu Grunde liegende Gedanke sei deswegen zu verallgemeinern und das Recht des Gläubigers, die Gegenleistung zu verweigern, auf einen entsprechenden Theil derselben zu beschränken, wenn und soweit die Zurückbehaltung eines größeren Theiles nach den Umständen des Falles gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Der dieser Auffassung entsprechende Antrag 4 habe allerdings einen etwas unbestimmten Charakter. Ein konkreterer, alle in Betracht kommenden Fälle gleichmäßig umfassender Ausdruck lasse sich jedoch für den in Rede stehenden Gedanken nicht finden. Auf der anderen Seite sei anzunehmen, daß der Richter gerade an der Hand eines wesentlich prinzipiellen Rechtsfalles in den in Betracht kommenden Fällen zu einem angemessenen Ergebnisse gelangen werde.

Außer dem in dem Antrag 1 hervorgehobenen Falle, daß nur ein verhältnißmäßig unerheblicher Theil der Leistung noch rückständig sei, kommen insbesondere noch Fälle folgender Art in Betracht: Der Käufer habe einen Theil des Kaufgegenstandes erhalten, aber doch nicht soviel, daß der Rest als verhältnißmäßig unerheblich angesehen werden könne. Der Verkäufer sei zeitweise oder dauernd außer Stande, den Rest des Kaufgegenstandes zu liefern, ohne daß doch eine solche Unmöglichkeit vorliege, in Folge deren er befreit werde oder der Anspruch des Käufers auf Leistung des Kaufgegenstandes sich in einen Anspruch auf Schadensersatz verwandele. Wenn der Käufer in einem solchen Falle den erhaltenen Theil des Kaufgegenstandes behalten, zugleich aber die ganze Gegenleistung auf unbestimmte Zeit verweigern wolle, so handele er wider Treu und Glauben. Er sei immer in der Lage, die Sache dadurch zu einer gerechten Erledigung zu bringen, daß er ein rechtskräftiges Urtheil auf Erfüllung gegen den Verkäufer erwirke und diesem dann nach §. 243 eine Frist setze. Sei der Verkäufer im Verzuge, so könne die Setzung der Frist selbst ohne vorheriges Urtheil erfolgen. Nach Ablauf derselben könne er von dem Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, mit dieser Forderung gegen die Forderung des Verkäufers auf den Kaufpreis aufrechnen und den etwa überschießenden Betrag seiner Schadensersatzforderung von dem Verkäufer einziehen. Wenn er, statt diesen Weg einzuschlagen, sich darauf beschränke, die ganze Gegenleistung zu verweigern, trotzdem aber den erhaltenen Theil des Kaufgegenstandes behalten wolle, so verstoße das gegen den für den Kauf wie für alle gegenseitigen Verträge geltenden aus Treu und

Glauben folgenden Grundsatz, daß Leistung und Gegenleistung zum Austausch bestimmt seien und daher kein Theil beides zugleich haben dürfe. Treu und Glauben erfordern in dem vorausgesetzten Falle, daß der Käufer, wenn er den oben angegebenen Weg nicht einschlagen wolle, entweder einen dem erhaltenen Theile des Kaufgegenstandes entsprechenden Theil des Kaufpreises bezahle oder den erhaltenen Theil des Kaufgegenstandes dem Verkäufer zurückgebe. Ihm auch ohne solche Zurückgabe zu gestatten, den ganzen Kaufpreis dauernd zurückzuhalten, erscheine um so unbilliger, als es dem Verkäufer unter den angegebenen Voraussetzungen unmöglich sei, den Schwebezustand zu beendigen und die Erledigung des Verhältnisses herbeizuführen. Ob er, wie von einigen Seiten angenommen werde, berechtigt sei, den geleisteten Theil des Kaufgegenstandes nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern, wenn der Käufer die ganze Gegenleistung verweigere, sei mindestens zweifelhaft. Das Gesetz werde jedenfalls gut thun, für eine gerechte und billige Lösung des Konflikts nicht auf jenen immerhin unsicheren Umweg zu verweisen, sondern direkt als leitenden Grundsatz auszusprechen, daß das Recht, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, seine Grenze in dem höheren und allgemeinen Grundsatz der Herrschaft von Treu und Glauben finde. Der in der letzten Sitzung gefaßte Beschluß, nach welchem dem Schuldner (in dem oben vorausgesetzten Falle dem Verkäufer) unter der dort bezeichneten Voraussetzung immer die Befugniß zustehen solle, die Zurückgewährung des von ihm Geleisteten nach Maßgabe der Vorschriften der §§. 427 bis 429 über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht zu verlangen, entspreche in dieser Allgemeinheit der Billigkeit nicht, insbesondere werde man die Verweigerung der ganzen Gegenleistung auch ohne Rückgewähr des bereits empfangenen Theiles des Kaufgegenstandes dann nicht als wider Treu und Glauben verstößend ansehen können, wenn der Verkäufer vollständig in der Lage sei, sofort den Rest des Kaufgegenstandes zu liefern und dies nur aus bösem Willen oder aus Nachlässigkeit nicht thue. Das Richtige könne nur unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles getroffen werden. Andererseits sei es auch ungerecht, den Käufer nach den strengen Vorschriften der allegirten §§. 427—429, von denen überdies mindestens der letztere auf den vorliegenden Fall garnicht passe, haften zu lassen, indem es sich nicht um den Rücktritt von dem Vertrage, sondern nur um eine einstweilige Regelung des Zwischenzustandes bis zur Erfüllung oder Aufhebung des Kaufvertrags handele und hierbei für die Verpflichtung des Käufers, das Empfangene zurückzugeben, wenn er die ganze Gegenleistung verweigere, die Grundsätze über Rückgewähr einer Leistung wegen nicht eingetretener Voraussetzung zur Anwendung kommen müssen. Es empfehle sich überhaupt nicht, eine Verpflichtung des Käufers zur Rückgewähr des Empfangenen anzusprechen. Vielmehr genüge es und führe zu dem richtigeren Resultate, wenn man nur sein Recht, die ganze Gegenleistung zu verweigern, in der Art beschränke, wie der angenommene Antrag es thue. Dies führe dahin, daß die Einrede des auf Leistung in Anspruch genommenen Käufers, soweit sie auf gänzliche Abweisung der Klage gerichtet sei, verworfen werde, wenn der Käufer die empfangene Theilleistung nicht zurückgewährt habe, auch nicht zur Rückgewähr nach den obigen Grundsätzen sich erbiere, daß die Einrede aber

insoweit als begründet anerkannt werde, als der Verkäufer mehr wie einen der von ihm gemachten Theilleistung nach billigem Ermessen entsprechenden Theil des Kaufpreises fordere.

§. 367.
Annahme
einer Leistung
als Erfüllung.

II. Zu §. 367 lagen die Anträge vor:

1. die Bestimmungen des Entw. durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

Wer bei einem gegenseitigen Vertrage die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, kann wegen Mangelhaftigkeit der Leistung auf Grund der Vorschriften der §§. 362 bis 364 die Gegenleistung nicht verweigern, sondern nur noch die ihm wegen Mängel der Leistung zustehenden Rechte geltend machen.

2. die Vorschrift zu fassen:

Das Recht, auf Grund der Vorschriften der §§. 362 bis 364 die Gegenleistung zu verweigern, erlischt, wenn der Berechtigte die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung annimmt.

3. dem §. 629 unter 3a mitgetheilten Antrag entsprechend den §. 367 in den §. 364 einzufügen, und zwar durch Einschaltung des Satzes:

Diese Befugniß ist nicht vorhanden, wenn der Beklagte eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung ohne Vorbehalt angenommen hat.

4. die Bestimmungen des Entw. ersatzlos zu streichen;

5. von diesen Bestimmungen

a) den Satz 1 zu streichen;

b) den Satz 2 durch folgende Vorschrift zu ersetzen:

Wer eine Leistung als die ihm geschuldete angenommen hat, muß, wenn er nicht nachträglich behauptet, daß die Leistung eine andere als die geschuldete oder daß sie unvollständig oder mangelhaft gewesen sei, den bezüglichen Beweis führen.

und der Red.Komm. zu überlassen, die Vorschrift eventuell an einer andern Stelle unterzubringen.

Nachdem im Laufe der Berathung der Antrag 3 zu Gunsten des Antrags 5 zurückgezogen worden, beschloß die Komm., unter Ablehnung der Anträge 1, 2, 4, die Annahme des Antrags 5.

Die Anträge 1, 2, 3 bezwecken redactionelle Verbesserungen des Entw.; sie wollen insbesondere verdeutlichen, daß im Falle des §. 367 nur die dilatorische Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags weg falle, dem Empfänger aber das Recht verbleibe, die Mängel der Leistung durch Einrede oder Klage geltend zu machen. Die auf die Beweislast bezügliche Vorschrift des zweiten Satzes des §. 367 wollen die Antragsteller zu 1—4 als entbehrlich und nicht hierher gehörig streichen.

Zur Begründung des Antrags 1 war bemerkt worden:

Werde nicht eine mangelhafte, sondern eine ganz andere als die zu leistende Sache oder eine zu geringe Quantität geleistet, so müsse die dilatorische exceptio non adimpleti contractus dem Empfänger verbleiben; diese mit Art. 347 des H.G.B. übereinstimmende Auffassung liege nach den Mot. auch dem Entw. zu Grunde; es sei aber zweckmäßig, dies mit dem Antrag 1 durch die Worte „wegen Mangelhaftigkeit der Leistung“ zu verdeutlichen.

Die Komm. war der Ansicht: Die Frage, wie die Annahme einer nicht vertragsmäßig beschaffenen Leistung auf die materielle Rechtslage der Parteien wirke, bedürfe an dieser Stelle keiner besonderen Entscheidung; der erste Satz des §. 367 sei daher zu streichen. Sei eine gelieferte species zu beanstanden, so entfalle meist die *exceptio non adimpleti contractus*; an ihre Stelle trete die *actio quanti minoris* oder die *redhibitoria*. Sei ausnahmsweise der Schuldner zur Verbesserung der gelieferten species verpflichtet, so könne die Verfassung der *exceptio non adimpleti contractus* vielleicht zu Unbilligkeiten führen; aber für diese verhältnißmäßig seltenen Fälle sei eine besondere Vorschrift entbehrlich. Handle es sich dagegen um Mängel einer gelieferten Genusssache, so sei zu beachten, daß hier der Entw. den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache gewähre; es bestehe umsoweniger Anlaß, dem Gläubiger die Befugniß zu versagen, diesen Umtausch mittels der *exceptio non adimpleti contractus* zu erzwingen, als in den meisten Fällen dieser Art die Voraussetzungen für das Zurückbehaltungsrecht im Sinne des §. 233 zutreffen und auf diesem Wege der gleiche Erfolg eintreten werde, wie bei Gewährung der *exceptio non adimpleti contractus*. Auch erscheine es entbehrlich, besonders hervorzuheben, daß in der Annahme der Leistung kein Verzicht auf die Geltendmachung von Mängeln zu finden sei, es dem Empfänger vielmehr unbenommen bleibe, die Mangelhaftigkeit der Leistung später im Wege der Klage oder Einrede zu rügen.

Dagegen sei es zweckmäßig, durch Annahme des Antrags 5 b die prozessualische Wirkung, welche sich an die Annahme einer Leistung knüpfe, besonders hervorzuheben und demgemäß, wie dies auch Satz 2 des §. 367 des Entw. thue, auszusprechen, daß der Empfänger der Leistung, wenn er diese als Erfüllung angenommen habe, wegen später behaupteter Mangelhaftigkeit der Erfüllung beweispflichtig sei. Dabei empfehle es sich aber, im Gegensatz zu den Ausführungen der Mot. S. 206 aus Gründen der Billigkeit, die an die Annahme der Leistung sich knüpfende Umkehrung der Beweislast nicht nur im Falle späterer Geltendmachung von Qualitätsmängeln, sondern auch dann Eintreten zu lassen, wenn der Empfänger nachträglich behaupte, eine andere als die geschuldete Sache oder eine geringere Quantität erhalten zu haben. Die Frage, ob eine angebotene Leistung als Erfüllung angenommen worden sei, lasse sich nur an der Hand des einzelnen Falles entscheiden. Zur Bejahung sei es nicht unumgänglich erforderlich, daß der Empfänger die Erfüllung gerade als tadellose angenommen habe. Auf der anderen Seite sei man nicht genöthigt, in jeder äußerlichen Annahme auch eine Annahme als Erfüllung zu erblicken. Der Umstand, daß hiernach in Ermangelung eines bestimmten äußeren Merkmals eine gewisse Unsicherheit bestehen bleibe, nötige keineswegs die Umkehrung der Beweislast an einen formellen Vorgang zu knüpfen und nur dann eintreten zu lassen, wenn der Empfänger die als Erfüllung angebotene Leistung ohne Vorbehalt angenommen habe. Denn hierunter werde leicht das Erforderniß eines ausdrücklichen Vorbehalts verstanden, woraus, wie die Erfahrungen des sächs. Rechtes zeigten, Benachtheiligungen der minder rechtskundigen Kreise der Bevölkerung entstehen könnten.

Ob die hiernach erforderliche Beweisvorschrift gerade im §. 367 zu geben oder an anderer Stelle einzuschalten sei, könne der Würdigung der Red.Komm. überlassen bleiben.

Beweis=
vorschrift.

§. 368.
Unmöglichkeit
werden einer
Leistung.

III. Zu §. 368 war beantragt:

1. die Bestimmungen des Entw. in zwei Paragraphen des Inhalts zu zerlegen:

§. 368. Bei einem gegenseitigen Vertrage trägt der Schuldner bis zur Bewirkung der ihm obliegenden Leistung die Gefahr der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung; im Falle gänzlicher Unmöglichkeit hat er kein Recht auf die Gegenleistung, im Falle einer nur theilweisen Unmöglichkeit hat der Gläubiger das Recht, die Gegenleistung verhältnißmäßig nach Maßgabe des §. 392 zu vermindern. Soweit der Schuldner die hiernach ihm nicht gebührende Gegenleistung bereits empfangen hat, kann der Gläubiger das Geleistete nach den Vorschriften über den Ersatz einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern.

Verlangt der Gläubiger nach Maßgabe des §. 238 Abs. 1, 2 von dem Schuldner die Herausgabe oder Abtretung des für den Gegenstand der Leistung erhaltenen Ersatzes oder Ersatzanspruchs, so behält der Schuldner das Recht auf die Gegenleistung. Der Gläubiger ist jedoch, soweit er weniger als den Werth der ihm versprochenen Leistung erhält, berechtigt, die Gegenleistung verhältnißmäßig nach Maßgabe des §. 392 zu mindern.

§. 368 a. Ist die Leistung in Folge eines von dem Gläubiger zu vertretenden Umstandes oder, nachdem der Gläubiger in Verzug gekommen, in Folge eines nicht von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, so behält der Schuldner das Recht auf die Gegenleistung. Der Gläubiger ist jedoch berechtigt, den Geldwerth der Aufwendungen, welche der Schuldner in Folge der Nichtleistung erspart hat, und, wenn die Nichtleistung den Schuldner zur anderweiten Verwendung seiner Arbeitskraft in den Stand gesetzt hat, auch den Geldwerth des Erwerbes in Abzug zu bringen, welchen der Schuldner durch anderweite Verwerthung seiner Arbeitskraft gemacht oder zu machen böswillig unterlassen hat.

2. die Bestimmungen des §. 368 Abs. 1 und des §. 369 Abs. 1 mit einander wie folgt zu verbinden:

Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem Schuldner obliegende Leistung unmöglich, so hat im Falle der gänzlichen Unmöglichkeit der Schuldner kein Recht auf die Gegenleistung, im Falle der nur theilweisen Unmöglichkeit der Gläubiger das Recht, die Gegenleistung verhältnißmäßig nach Maßgabe des §. 392 zu mindern. Das Recht des Gläubigers, nach Maßgabe der §§. 240, 242 Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, bleibt unberührt.

3. den Abs. 3 des §. 368 zu streichen oder mit §. 238 zu verbinden.

Die Komm. entschied sich für die Annahme des Antrags 1.

Erwogen war:

Die gestellten Anträge bezwecken keine sachliche Aenderung des Entw. Seitens des Antragstellers zu 2 sei angeregt worden, den Abs. 1 Satz 2, seitens des Antragstellers zu 3, den ganzen Abs. 3 als entbehrlich zu streichen. Im

Interesse der Deutlichkeit empfehle sich jedoch die Aufrechterhaltung der Vorschriften. Insbesondere bestehe im Falle der Streichung des Abs. 3 die Gefahr, daß die Ausnahme, welche der Abs. 3 von dem Grundsatz des Abs. 1 mache, als solche von der Rechtsprechung verkannt werde. Der Erwägung der Red. Komm. müsse es allerdings anheimgegeben werden, ob es sich nicht empfehle, die Vorschrift des Abs. 3 im Interesse der Verständlichkeit an den §. 238 direkt anzuschließen.

Der Antragsteller zu 2 wolle die vom Entw. in materieller Hinsicht gleich behandelten Fälle der zufälligen und der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit auch äußerlich zusammenziehen und habe deswegen die vom Entw. im §. 369 getroffene Bestimmung, daß der Schuldner im Falle einer von ihm herbeigeführten Unmöglichkeit der Erfüllung dem Gläubiger zum Schadenersatz verpflichtet sei, in den §. 368 übernommen. Ob diese Zusammenziehung zweckmäßig sei, könne der Würdigung der Red. Komm. überlassen bleiben.

IV. Zu §. 369 Abs. 1 lagen die Anträge vor:

1. den Abs. 1 durch folgende Vorschriften zu ersetzen:

Ist die Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ganz oder theilweise unmöglich geworden, so hat der Gläubiger die Wahl, Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Maßgabe des §. 238 Abs. 3 und des §. 242 zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten oder die im §. 368 bezeichneten Rechte geltend zu machen. Das Rücktrittsrecht steht jedoch dem Gläubiger im Falle der nur theilweisen Unmöglichkeit nur dann zu, wenn der nicht unmöglich gewordene Theil der Leistung für ihn kein Interesse hat.

2. den §. 369 in Konsequenz des unter III mitgetheilten Antrags 2 zu streichen.

Die Komm. nahm den §. 369 Abs. 1 in der Fassung des Antrags 1 an. Erwogen war:

Der Antrag 1 wolle, wenn die Leistung aus einem gegenseitigen Vertrag in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ganz oder zum Theil unmöglich geworden sei, dem Gläubiger neben der Befugniß, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, auch die Geltendmachung der im §. 368 Abs. 2 (vergl. Antrag III. 1) bezeichneten Rechte gestatten. Diese Ergänzung des Entw. erscheine gerechtfertigt, weil der Gläubiger, wenn die Unmöglichkeit der Leistung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand herbeigeführt sei, nicht schlechter gestellt sein dürfe als in dem Falle, wenn die Leistung in Folge eines Zufalles unmöglich werde. Ob die im §. 368 Abs. 2 bezeichneten Befugnisse dem Gläubiger neben den ihm nach §. 369 Abs. 1 zustehenden Rechten zustehen sollen oder ob der Gläubiger, wenn er Abtretung des Ersatzes verlange, das Recht, weitergehende Schadenersatzansprüche zu erheben oder vom Vertrage zurückzutreten, verliere, das werde durch die Worte „so hat der Gläubiger die Wahl“ nicht deutlich genug entschieden. Gemeint sei nur, daß der Gläubiger, welcher Abtretung des Ersatzes verlange, sich den Betrag desselben auf seine Schadenersatzforderung, wenn diese höher

§. 369 Abs. 1.
Vom
Schuldner zu
vertretende
Unmöglichkeit.

sei, anrechnen müsse und der Schuldner befugt sei, wenn der Gläubiger von dem Rücktrittsrechte Gebrauch mache, die Rückgewähr der Gegenleistung in Höhe des abgetretenen Ersatzes zu verweigern. Es werde Sache der Redaktion sein, dies genügend zu verdeutlichen.

§. 361.
Eingefügte.

V. Es folgte nunmehr die oben S. 626 vorbehaltene Berathung des §. 361. Nachstehende Anträge lagen vor:

1. die Bestimmungen so zu gestalten:

a) den §. 361 Abs. 1 in folgender Fassung als §. 369 b hinter §. 369 a¹⁾ zu versehen:

Ergiebt sich aus einem gegenseitigen Vertrage, daß die Leistung des einen Theiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder binnen der bestimmten Frist erfolgt, der andere Theil berechtigt, von dem Vertrage zurückzutreten oder seine Rechte aus dem Vertrage geltend zu machen.

b) an Stelle des §. 361 Abs. 2 und des §. 369 Abs. 3 als §. 369 c zu bestimmen:

Auf das in den §§. 369 bis 369 b bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§. 426 bis 433 entsprechende Anwendung.²⁾

2. dem §. 361 in der Fassung des Antrags 1 hinzuzusetzen:

Ist der Schuldner im Verzuge, so kann er (der andere Theil) sofort Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Der Schuldner ist berechtigt, von ihm eine Erklärung zu verlangen, ob er auf Erfüllung noch bestehe. Erklärt er dies innerhalb der ihm von dem Schuldner gesetzten Frist nicht, so ist er nicht mehr berechtigt, die Erfüllung zu verlangen.

3. den §. 361 in der Fassung des Entw. anzunehmen, dem Abs. 1 aber den Satz anzufügen:

Will der wahlberechtigte Theil auf der Erfüllung bestehen, so muß er dies nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem anderen Theile unverzüglich anzeigen; unterläßt er die Anzeige, so kann er später nicht auf der Erfüllung bestehen. Vergl. H.G.B. Art. 357;

4. dem §. 361 als Abs. 3 hinzuzufügen:

Dem Rücktritte steht es gleich, wenn er nach Empfang einer Anforderung des anderen Theiles nicht binnen zwei Wochen erklärt, daß er seine Rechte aus dem Vertrage geltend machen wolle, (oder: daß er auf Erfüllung bestehen wolle). Vergl. H.G.B. Art. 357 Abs. 1;

5. den unter 1 vorgeschlagenen Bestimmungen folgende Zusätze zu geben:

¹⁾ Siehe unten S. 642, 643.

²⁾ Vorausgesetzt ist, daß der §. 432 in der zu §. 242 von der Komm. gebilligten Richtung, oben S. 319 bis 321, abgeändert wird.

a) dem §. 361 (369 b):

Verlangt der Gläubiger nachträgliche Erfüllung, so hat er dies unverzüglich nach Ablauf der Zeit dem Schuldner anzuzeigen; unterläßt er dies, so kann er später nicht auf Erfüllung bestehen.

b) dem §. 369 c:

jedoch unter Wegfall der Verpflichtung zur Verzinsung einer zurückzugewährenden Geldsumme und zur Ersatzleistung für nicht gezeigte Nutzungen.

6. zu den Anträgen 1, 2:

a) den §. 361 mit den unter 2 vorgeschlagenen Zusätzen anzunehmen, denselben jedoch unmittelbar vor §. 369 a einzufügen;

b) den unter 1 beantragten §. 369 c durch folgende Vorschriften zu ersetzen:

Auf das in den §§. 361, 369 a bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§. 426 bis 431, 433 und in den Fällen des §. 369 a Abs. 2 auch die Vorschriften des §. 432 entsprechende Anwendung. Der Schuldner haftet jedoch wegen der empfangenen Gegenleistung nur nach den Vorschriften einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Der Antrag 4 wurde im Laufe der Berathung zu Gunsten des Antrags 2 zurückgezogen.

Der Antragsteller zu 5 erklärte, seinen dem §. 369 c des Antrags 1 b zustimmenden Vorschlag dahin modifizieren zu wollen, daß in dem Zitat der §. 432, welcher die Ausübung des Rücktrittsrechts zeitlich begrenze, fortfallen solle.

Die Komm. beschloß, den Abs. 1 des §. 361 in der Fassung des Antrags 1 mit den im Antrage 2 vorgeschlagenen Zusätzen anzunehmen.

Der §. 361 Abs. 1 des Entw. bzw. der mit ihm sachlich übereinstimmende §. 369 b des Antrags 1 sowie der Abs. 1 des von dem Antragsteller zu 2 vorgeschlagenen Zusatzes waren von keiner Seite beanstandet. Einig war man auch darüber, daß das im §. 361 dem Gläubiger eingeräumte Wahlrecht nach der einen oder anderen Richtung einer zeitlichen Begrenzung bedürfe, weil anderenfalls der Gläubiger in der Lage sei, während der gesamten Verjährungszeit ohne Risiko auf Kosten des Schuldners zu spekulieren. Meinungsverschiedenheiten ergaben sich jedoch über die Mittel, durch welche der Schuldner gegen diese Gefahr zu schützen sei.

Nach den Anträgen 1 b und 2 soll dem Schuldner die Befugniß zustehen, durch eine entsprechende, an den Gläubiger zu erlassende Aufforderung dem letzteren für die Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechts eine angemessene Frist zu setzen. Während aber das Schweigen des Gläubigers innerhalb der gesetzten Frist nach dem Antrag 1 b den Verlust des Rücktrittsrechts für den Gläubiger zur Folge haben soll, will der Antrag 2 dem Gläubiger, welcher die Frist, ohne sich zu erklären, verstreichen läßt, die Befugniß absprechen, noch nachträglich auf der Erfüllung des Vertrags zu bestehen. Im Gegensatz zu den Anträgen 1 b und 2, welche dem Schuldner die Initiative zuweisen, gehen die Anträge 3 und 5 von der Auffassung aus, daß es Sache des Gläubigers sei, wenn er trotz des Ablaufs der im Vertrage bestimmten Frist auf der Erfüllung bestehen wolle, dies dem Schuldner unverzüglich anzuzeigen.

Die Mehrheit hat sich dem Vorschlage des Antrags 2 angeschlossen, indem sie von folgenden Erwägungen ausging:

Den Anträgen 3 und 5, welche die Vorschrift des H.G.B. Art. 357 auf das bürgerliche Recht übertragen wollen, stehe das Bedenken entgegen, daß nach der Absicht der Vertragsschließenden dem Firgegeschäft im bürgerlichen Verkehr eine wesentlich andere Bedeutung als im Handelsverkehre zukomme. Im Handelsverkehre diene das Firgegeschäft im Wesentlichen dem Spekulationshandel und nehme vielfach die Natur eines reinen Differenzgeschäfts an. Seitens der Vertragsschließenden werde demgemäß nach Ablauf der im Vertrage gesetzten Frist auf die Erfüllung nicht mehr gerechnet. Dem bürgerlichen Verkehre seien allerdings auch Abmachungen geläufig, in welchen die Einhaltung einer bestimmten Frist zu einem wesentlichen Bestandtheile des Vertrags gemacht werde. Die Fristsetzung habe aber in diesen Fällen häufig nur den Zweck, den Schuldner zur pünktlichen Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzu-spornen. Die Absicht der Vertragsschließenden gehe deswegen hier regelmäßig dahin, daß der Gläubiger die verspätete Leistung solle zurückweisen dürfen, während der Schuldner stillschweigend darauf rechne, daß der Gläubiger sich auch nach Ablauf der Frist zur Annahme der Leistung herbeilassen werde. Liege es mithin im Interesse des säumigen Schuldners, noch nachträglich zur Erfüllung verstattet zu werden, so entspreche es der Billigkeit, ihm die Verpflichtung aufzuerlegen, sich durch eine entsprechende Anfrage Gewißheit darüber zu verschaffen, ob der Gläubiger die Leistung noch nachträglich anzunehmen gewillt sei. Erkläre sich der Gläubiger innerhalb der ihm vom Schuldner gesetzten, angemessenen Frist nicht auf die Anfrage, so sei dies einer ausdrücklichen Verneinung gleichzuachten, und der Gläubiger könne nach Ablauf dieser Frist die Erfüllung auch nicht etwa unter dem Gesichtspunkte einer besonderen Art des Schadenserzuges beanspruchen. Der Schuldner werde hierdurch gegen die Gefahr geschützt, daß der Gläubiger nach freiem Belieben während der gesamten Dauer der Verjährungsfrist noch auf Erfüllung bestche und hierbei einen für den Schuldner besonders ungünstigen Zeitpunkt wähle. Der Vorschlag des Antrags 1b, an das Schweigen des Gläubigers auf die an ihn ergangene Aufforderung den Verlust des Rücktrittsrechtes zu knüpfen, lege der im Vertrage festgesetzten Frist eine zu geringe Bedeutung bei und schütze zudem den Schuldner nicht vor den Gefahren, welche ihm daraus erwachsen können, daß der Gläubiger noch nach Jahren die Erfüllung des Vertrags verlange.

Die weitere Berathung über den §. 361 Abs. 2 wurde vertagt.

80. (C. 1289 bis 1308.)

Die in der vorigen Sitzung unterbrochene Berathung des §. 369 wurde wieder aufgenommen.

§. 369 Abs. 2.
Nichterf.
binnen einer
Verzugs-
frist des Schf.

I. Zu Abs. 2 lagen folgende Anträge vor:

1. als §. 369a zu bestimmen:

Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der Schuldner in Verzug gekommen, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung zu bestimmen. Erfolgt die Leistung