

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 Schadenserfolges 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
Verzug
des Sch.

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

innerhalb der Frist nicht, so ist der Gläubiger berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Hat die Leistung in Folge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so bedarf es nicht der Bestimmung einer Frist. Ist die Leistung innerhalb der Frist nur theilweise nicht bewirkt, so finden die Vorschriften des §. 247 Abs. 2 und des §. 369 Abs. 1 Satz 2 Anwendung.¹⁾

2. den §. 369 a zu fassen:

Ist der Schuldner im Verzuge, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten will.

Will der Gläubiger statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten, so muß er dies dem Schuldner anzeigen und ihm dabei noch eine angemessene Frist zur Nachholung des Veräumten bestimmen. Hat die Leistung zc. (wie im Antrag 1).

3. dem §. 369 a folgende Fassung zu geben:

Ist in einem gegenseitigen Vertrage die Zeit der Leistung nicht in der im §. 361 bezeichneten Weise bestimmt, so ist der Gläubiger berechtigt, dem Schuldner für die Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Androhung zu bestimmen, daß er, wenn die Leistung nicht binnen der bestimmten Frist erfolgt, dieselbe nicht mehr annehmen werde. Erfolgt die Leistung nicht binnen der bestimmten Frist, so finden die Vorschriften des §. 361 Anwendung.

Hat die Leistung in Folge des Verzugs des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse, so ist der Gläubiger berechtigt, ohne Bestimmung einer Frist von dem Vertrage zurückzutreten. Das Gleiche gilt, wenn die Leistung theilweise unmöglich geworden ist und der Gläubiger an dem möglich gebliebenen Theile derselben kein Interesse hat.

4. sofern nicht der §. 369 a auf den Fall des Verzugs beschränkt bleiben soll, die Voraussetzungen der Vorschrift im Anschluß an den Antrag 3 dahin zu bestimmen:

Ist in einem gegenseitigen Vertrage die Zeit der Leistung nicht in der im §. 361 bezeichneten Weise bestimmt und wird die Leistung nicht in dem Zeitpunkte (oder binnen der Frist) gemacht, in welchem (oder binnen welcher) der Gläubiger solche erwarten konnte, so ist der letztere berechtigt zc.

oder:

Ist bestimmt und wird die Leistung nicht rechtzeitig bewirkt, so ist der Gläubiger berechtigt zc.

¹⁾ In einer Anm. zu dem Antrage hatte der Antragsteller für den Abschnitt über den Kauf folgende Vorschrift in Aussicht genommen: Dem Verkäufer steht das im §. 369 bestimmte Rücktrittsrecht wegen Verzugs des Käufers nur dann zu, wenn er die ihm obliegende Leistung noch nicht bewirkt hat.

5. im Anschluß an den Abs. 1 des §. 369 (als Abs. 2 der oben S. 639 mitgetheilten Fassung) zu bestimmen:

Das Gleiche gilt, wenn im Falle des §. 243 der Schuldner die Leistung innerhalb der Frist nicht oder nur theilweise bewirkt hat.

Rechte des
Gl. beim
Verzuge des
Schuldners.

a) Die Verathung wurde zunächst auf den in den Anträgen 1 bis 4 behandelten Fall des Verzugs des Schuldners beschränkt. Nach dem Entw. hat der Gläubiger im Falle des Verzugs das Recht, neben nachträglicher Erfüllung Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen (§. 247 Abs. 1). Das Recht, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, giebt der Entw. dem Gläubiger, abgesehen vom Falle des §. 243, also nach Erwirkung eines rechtskräftigen Urtheils, nur, wenn die Leistung in Folge des Verzugs für ihn kein Interesse hat (§. 247 Abs. 2). Dies gilt auch bei gegenseitigen Verträgen (§. 369 Abs. 2). Dagegen wollen die Anträge 1 und 2 bei gegenseitigen Verträgen im Anschluß an das H.G.B. Art. 354 bis 356 dem Gläubiger beim Verzuge des andern Theils das Wahlrecht zwischen Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt auch dann gewähren, wenn letzterer eine ihm von dem Gläubiger gestellte angemessene Nachfrist veräunt. Der Antrag 3 geht noch weiter. Er läßt das Erforderniß des Verzugs, welches ein Verschulden des Schuldners voraussetzt (§. 246), fallen und gewährt dem Gläubiger das Rücktrittsrecht auch dann, wenn die Leistung durch einen von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstand verzögert wird. Der Antrag 4 bezweckt eine, von dem Antragsteller zu 3 gebilligte, redactionelle Berdeutlichung des Antrags 3 dahin, daß die Fristsetzung erst zulässig sein soll, wenn die Fälligkeit der Forderung eingetreten ist.

Rücktritts-
recht.

Die Komm. entschied sich für den in den Anträgen 1 und 2 eingenommenen Standpunkt, lehnte dagegen den weitergehenden Vorschlag des Antrags 3 ab, wodurch der Antrag 4 sich erledigte.

Gegenüber der Regelung des Entw. waren für die in den Anträgen 1 und 2 vorgeschlagene Aenderung folgende Erwägungen maßgebend:

Der Entw. habe seinen Grundsatz, den Rücktritt wegen Verzugs nur dann zu gestatten, wenn die Leistung in Folge des Verzugs kein Interesse mehr für den Gläubiger habe, nicht durchzuführen vermocht. Ausnahmen finden sich bei der Miethe und Pacht (§. 529), beim Werkvertrage (§. 569), beim Dienstvertrage (§. 566). Die Regel des §. 369 Abs. 2 habe daher hauptsächlich nur für Kauf und Tausch Bedeutung. Beim Kauf aber führe sie zu unbilligen Härten gegen den Verkäufer, welcher, da sich bei Geldleistungen kaum jemals sagen lassen werde, daß sie kein Interesse für den Gläubiger haben, stets genöthigt werde, ein rechtskräftiges Urtheil gegen den nicht zahlenden Schuldner zu erstreiten, ehe sich ihm die Möglichkeit biete, von dem Vertrage wieder loszukommen. Die Unbilligkeit mache sich besonders fühlbar in Fällen, in denen der Prozeß von vornherein aussichtslos erscheine, z. B. wenn der Käufer eines Grundstücks sich bald nach dem Verkauf als insolvent erweise. Eine solche Regelung verträge sich nicht mit dem im Volke lebenden Rechtsbewußtsein, welchem der Grundsatz des gemeinen Rechts, daß Verzug den Gläubiger nicht zum Rücktritte berechtige, stets fremd geblieben sei. Das preuß. A.L.R. I. 5 §§. 369 bis 407 stehe auch bei dem Kaufe auf einem anderen Standpunkt und ebenso, worauf besonderes

Gewicht gelegt werden müsse, das H.G.B. Art. 354 bis 356. Durch das letztere, dessen Anwendungsgebiet weit über den eigentlichen Handelsbereich hinausgehe, sei die Aenderung des gem. Rechtes genügend vorbereitet. Es handele sich nicht um einen Bruch mit hergebrachtem Rechte, sondern um einen Abschluß der bisherigen Rechtsentwicklung, womit dem Gewichte Rechnung getragen werde, welches der heutige Verkehr auf die rechtzeitige Erfüllung zu legen pflege. Für den Anschluß an das H.G.B. haben sich auch Bayern, Sachsen, Baden und Hessen ausgesprochen, während allerdings Preußen, Württemberg und Mecklenburg ihr Einverständnis mit der Regelung des Entw. erklärt haben.

Zu Gunsten des Antrags 3 wurde von dem Antragsteller geltend gemacht: Gründe gegen das Erforderniß des Verzugs.

Die bisherige Rechtsentwicklung dränge dahin, noch einen Schritt weiter zu gehen und das Erforderniß des Verzugs überhaupt fallen zu lassen. Dieser Standpunkt entspreche dem franz. und dem schweiz. Rechte (code civ. Art. 1184; schweiz. Obl.R. Art. 122). Wenn das H.G.B. an dem Erfordernisse des Verzugs festgehalten habe, so sei dies einmal wohl noch dem Einflusse des gem. Rechtes zuzuschreiben, andererseits aber sei die Frage auf dem Gebiete des Handelsrechts praktisch nur von geringem Belange, weil es sich dort meist um Genußkäufe handele, bei welchen auch subjektive Unmöglichkeit der Leistung vortreten werden müsse, objektive Unmöglichkeit aber verhältnißmäßig selten vorkommen werde. Daß die Regierungen nicht über das H.G.B. hinausgehen wollen, sei erklärlich, weil diese Abweichung auf dem bürgerlichen Rechtsgebiete nothwendig eine Aenderung der handelsrechtlichen Bestimmungen mit sich führen müsse. Die Komm. aber sei bereits mehrfach von dem H.G.B. abgewichen, insbesondere auch in Ansehung des Függeschäfts (§. 361), wo man gleichfalls im Gegensatz zu dem H.G.B. das Erforderniß des Verzugs aufgegeben habe. Die Komm. habe dieses Erforderniß auch in dem neu beschlossenen §. 219 Abs. 2 (oben S. 293, Antrag 1b) nicht aufgestellt. Im §. 243 sei von demselben gleichfalls abgesehen worden. Auch biete der Entw. sonstige Analogieen. Verzug werde vom Entw. nicht unbedingt verlangt bei Miete und Pacht (§. 529), gar nicht bei dem Werkvertrage (§. 569, Mot. S. 483) und bei dem Dienstvertrage.

Für das Erforderniß des Verzugs scheine die Erwägung zu sprechen, daß der Gläubiger von dem Schuldner nicht mehr verlangen könne, als daß dieser seiner Verbindlichkeit Genüge leiste, daß deshalb ein von dem Schuldner nicht zu vertretender, die Erfüllung verzögernder Umstand ein Zufall sei, der den Gläubiger treffen müsse. Dies würde jedoch nur richtig sein, wenn es sich allein um das Recht des Gläubigers auf Leistung handelte; wolle er auf dieser bestehen, so müsse er sich die dem Schuldner nicht zur Schuld genügende Verzögerung gefallen lassen. Es handele sich aber hier nicht um das Recht auf Leistung, sondern um die Frage, ob der Gläubiger verpflichtet sein solle, sich zur Gegenleistung bereit zu halten oder die bereits gemachte dem Schuldner zu belassen, auch wenn die ihm selbst gebührende Leistung in Folge eines von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes nicht in angemessener Zeit und vielleicht erst so spät erfolge, daß sie dem Zwecke, um dessen willen er den Vertrag geschlossen habe, nicht mehr dienen könne. Nach dem Sinne, in welchem der gegenseitige Vertrag geschlossen zu werden pflege, dürfe ein

jeder Theil voraussetzen, daß die Vollziehung in angemessener Zeit erfolgen werde. Kein Theil wolle an die von ihm gemachte Zusage der Gegenleistung schlechthin gebunden sein; die Gebundenheit sei vielmehr in der Weise beschränkt, daß ein jeder die Gegenleistung zu anderweiter Verwendung frei bekommen könne, wenn die Leistung, die er sich mittelst derselben verschaffen wollte, von dem anderen Theile nicht in angemessener Zeit zu erlangen sei. Man werde daher auch beim Kaufe und Tausche den Rücktritt zulassen müssen, wenn der Zweck, um dessen willen der Gläubiger sich zur Gegenleistung verpflichtet habe, der in angemessener Zeit zu bewirkende Austausch der beiderseitigen Leistungen, vereitelt sei.

Damit erlange der einfache gegenseitige Vertrag die Fähigkeit, sich nachträglich zu einem Fixgeschäft zu gestalten. Bei letzterem sei die Zeit, innerhalb deren die Leistung erfolgen müsse, von vornherein durch den Vertrag bestimmt; enthalte der Vertrag eine solche Bestimmung nicht, so könne jeder Theil die Lücke durch Setzung einer angemessenen Frist ergänzen (vergl. §. 253); die dem Vertrage gemäß einseitig gesetzte Frist habe die gleiche Bedeutung wie die vereinbarte.

Mit dieser Konstruktion werde aber nicht nur dem Wesen des gegenseitigen Vertrags Rechnung getragen und die eigene Leistungspflicht des nicht säumigen Theiles auf das richtige Maß zurückgeführt, sondern es werde auch der nicht zu unterschätzende praktische Vortheil erzielt, daß die mißliche Prüfung der Frage, ob den säumigen Schuldner ein Verschulden darüber befinden werde, ob er zur Fristsetzung berechtigt sei oder nicht; Streit und Prozesse würden damit vermieden.

Von anderer Seite wurde zu Gunsten des Antrags 3 besonders der Gesichtspunkt betont, es entspreche der Absicht der Parteien und der regelmäßigen Auffassung des Verkehrs, wie er im Leben bei Verträgen auf Austausch stattefinde, wenn man jeden gegenseitigen Vertrag unter die stillschweigende Klausel stelle, daß ein jeder Theil zurücktreten könne, wenn der andere nicht rechtzeitig und nicht in angemessener Frist nachträglich erfülle. Der Rücktritt müsse also insbesondere auch dann gestattet sein, wenn der andere Theil wegen zeitweiser Unmöglichkeit von seiner Verbindlichkeit vorübergehend befreit sei (§. 237). Der Verkäufer könne bei Viehsperren, Ausfuhrverboten zc. von dem Käufer, der mit dem Kaufe ein gegenwärtiges Bedürfnis habe befriedigen wollen, nicht verlangen, daß er auf ungemessene Zeit bei dem Vertrage stehen bleiben solle. Die bei Gelegenheit des großen Bergarbeiterstreikes auf Grund des H.G.B. zu Gunsten der Kohlenlieferanten gefällten Entscheidungen hätten in der Handelswelt Befremden erregt. Frage sonach der Antrag 3 dem Verkehrsbedürfnisse besser Rechnung, so sei ein Hauptvorzug desselben darin zu finden, daß er ein praktisches leicht zu handhabendes Recht schaffe.

Die Mehrheit ging dagegen von folgenden Erwägungen aus:

Die Richtigkeit der von dem Antragsteller gegebenen juristischen Begründung des Antrags könne dahingestellt bleiben. Gegen dieselbe spreche, daß sie einen einseitigen Nachdruck auf die Modifikation des Gläubigerrechts lege und damit die wirtschaftliche Einheit des gegenseitigen Vertrags nicht genügend berücksichtige. An der Berechtigung der von dem Antragsteller angeführten Ana-

logieen könne man zweifeln. Bei der Miethe halte der Entw. im Allgemeinen an dem Erfordernisse des Verzugs fest. Bei dem Werkvertrage habe er dasselbe fallen lassen, weil dieser allerdings den Charakter eines Fixgeschäfts an sich trage. Eine Generalisirung der dort gegebenen Vorschrift sei damit aber noch nicht gerechtfertigt. Die Fälle der §§. 361, 243 seien gleichfalls besonders geartet.

Gegen den Antrag, welcher abgesehen von dem Bähr'schen Gegenentw. weder in der Kritik noch in den Aeußerungen der Bundesregierungen einen Rückhalt finde, komme einmal in Betracht, daß er sich allzuweit von dem in Deutschland geltenden Rechte entferne. Auch über das franz. Recht gehe er weit hinaus, indem er die dort zu Gunsten des säumigen Schuldners dem Rücktrittsrechte des Gläubigers gesetzten Schranken fallen lasse. Bedenklich sei die Abweichung von dem H.G.B., zumal sie eine entsprechende Aenderung des letzteren erforderlich machen würde. Vor Allem aber falle ins Gewicht, daß mit der Annahme des Antrags das im §. 246 angenommene Prinzip geradezu aufgegeben werde. Das schweiz. Gesetz und der Bähr'sche Gegenentw. stehen hinsichtlich des Schuldnerverzugs grundsätzlich auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Der Antrag 3 führe zu unbilligen Härten gegen den Schuldner. Gehe man davon aus, daß der Käufer durch den Vertrag ein festes Recht erwerbe, so sei es nicht gerechtfertigt, ihm dieses Recht zu nehmen, so lange ihm nicht ein Verschulden zur Last falle. Die entsprechende Regelung des Antrags 1 trage weit mehr einer billigen Abwägung der beiderseitigen Interessen Rechnung. Durch die Möglichkeit des Rücktritts werde der Gläubiger in die Lage gesetzt, sich von einem ihm ungünstigen Vertrage loszumachen, auch wenn sein Interesse durch die Zögerung vielleicht nicht im mindesten verletzt, der Bestand des Vertrags aber für den andern Theil von der größten wirthschaftlichen Bedeutung sei. Dies lasse sich rechtfertigen, wenn die Säumnis auf Verschulden beruhe. Geradezu ungerecht und unbillig aber würde es sein, wenn abgesehen von den Fällen der §§. 361, 243 den Schuldner ein Verschulden nicht treffe, er vielmehr durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand zeitweise an der Leistung verhindert sei (§§. 237, 241). Hier dürfe das Gesetz dem Gläubiger nicht die Handhabe bieten, auf Kosten des Schuldners zu spekuliren. Da die Fristsetzung erst nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen solle (Antrag 4), so werde in der Regel der Schuldner durch sie in Verzug gesetzt werden, so daß für die Mehrzahl der Fälle daraus, daß das Rücktrittsrecht an den Verzug geknüpft werde, die befürchteten Nachtheile nicht entstehen können. Um so unbedenklicher sei es, auch den Ausnahmefällen im Interesse des Schuldners billige Rechnung zu tragen.

b) Die Komm. erörterte sodann die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten sollen, wenn die Leistung innerhalb der von dem Gläubiger gesetzten angemessenen Frist nicht erfolge. Der Antrag 3 (Abs. 1 Satz 2) wollte die Vorschriften über das Fixgeschäft (§. 361) zur Anwendung bringen. Der Antrag stand in engem Zusammenhange mit dem in der Hauptfrage von dem Antragsteller eingenommenen Standpunkt und wurde nach Ablehnung des letzteren nicht weiter verfolgt. Nach dem Antrag 1 soll der Gläubiger berechtigt sein, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten“. Hierin soll zugleich liegen, daß nach dem Ablaufe der Frist dem Gläubiger nur die Wahl zwischen jenen beiden Rechten, nicht aber auch noch das Recht zustehe,

Ausschl. des Anspr. auf Erfüllung durch Abl. der Frist.

Erfüllung bezw. Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen. Der Antrag 2 fordert in Verbindung mit der Fristsetzung eine Anzeige des Gläubigers, daß er mit Ablauf der Frist statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt wählen werde. Damit soll im Anschluß an die Fassung des H.G.B. Art. 355 die Ausschließung des Erfüllungsanspruchs klarer zum Ausdrucke gebracht werden.

Die Komm. hielt eine sachliche Verschiedenheit der Anträge 1 und 2 nicht für vorliegend und überwies dieselben insoweit der Red.Komm.

Man hatte erwogen:

Der Satz 1 des Antrags 1, daß der Gläubiger dem in Verzug gerathenen Schuldner eine Frist zur Bewirkung der Leistung bestimmen könne, spreche etwas an sich Selbstverständliches aus. Die Fristsetzung müsse in dem Sinne erfolgen, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung ablehne. Mit dem Ablaufe der Frist sei dann das Recht des Gläubigers, die Erfüllung zu verlangen, erloschen. Es werde sich empfehlen, diesen Gedanken in gleicher Weise zum Ausdrucke zu bringen, wie dies im §. 243 geschehen sei¹⁾; vergl. auch §. 219 Abs. 2 in der Fassung der Red.Komm.²⁾

Rücktritt
ohne Frist-
setzung.

c) Mit dem Abs. 2 des Entw. stimmen die Anträge sämmtlich darin überein, daß es einer vorgängigen Fristsetzung nicht bedürfen soll, wenn die Leistung in Folge des Verzugs des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse hat, weil in einem solchen Falle durch die nachträgliche Leistung innerhalb der Frist das Interesse des Gläubigers nicht befriedigt sein würde. Eine Verschiedenheit der Anträge 1 und 2 bestand jedoch hinsichtlich der Frage, wer in diesem Falle die Initiative zu ergreifen habe. Der Antrag 2 verlangt auch hier im Anschluß an das H.G.B. die Initiative des Gläubigers, indem er an dem Erfordernisse der Anzeige, daß die Leistung als nunmehr werthlos zurückgewiesen werde, festhält und nur die Fristbestimmung für unnöthig erklärt. Der Antrag 1 weist dagegen dem Schuldner die Initiative zu und zwar mittelbar dadurch, daß in dem von demselben Antragsteller als Ersatz des §. 369 Abs. 3 vorgeschlagenen §. 369 c (vergl. den unter V mitgetheilten Antrag 1) auf den entsprechend abzuändernden §. 432 verwiesen wird.

Die Komm. nahm den Antrag 1 an. Maßgebend waren die gleichen Erwägungen, welche, abgesehen von dem an den Fristablauf geknüpften Präjudize, zu einer entsprechenden Regelung im §. 361 Abs. 2 geführt haben (§. 640 bis 642).

Rücktritt im
Falle des
§. 243.

Theilweise
Erfüllung
innerhalb der
Frist.

d) Der Antrag 5, welcher sachlich mit dem Abs. 2 des Entw. übereinstimmt, wurde gleichfalls angenommen.

e) Für den Fall, daß die Leistung von dem im Verzuge befindlichen Schuldner innerhalb der von dem Gläubiger bestimmten Frist nur theilweise bewirkt ist, wollen der Antrag 1 (§. 369 a Satz 3) und in Uebereinstimmung

1) Siehe oben S. 321 bis 323.

2) Der Abs. 2 des §. 219 lautete in der Zus. der Red.Komm.:

Wird die Herstellung nicht innerhalb einer von dem Gläubiger bestimmten angemessenen Frist bewirkt, so kann der Gläubiger die Entschädigung in Geld verlangen. (Vergl. B.G.B. §. 250.)

mit ihm der Antrag 2 die Vorschriften des §. 247 Abs. 2 und des §. 369 Abs. 1 Satz 2 zur Anwendung bringen, d. h. es soll der Gläubiger berechtigt sein, die theilweise Erfüllung als gänzliche Nichterfüllung zu behandeln, wenn er darthut, daß sein Interesse dies erfordert.

Die Komm. hielt dafür, daß diese Vorschrift, gegen welche Bedenken nicht erhoben wurden, im Wesen der Sache liege und unerläßlich sei.

II. Ist die Leistung theilweise unmöglich geworden, so findet nach dem Entw. (Abs. 1 Satz 2) der Rücktritt nur statt, wenn die Unmöglichkeit auf einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstande beruht und der möglich gebliebene Theil der Leistung für den Gläubiger kein Interesse hat. Hiermit stimmt der oben S. 639 mitgetheilte Antrag (§. 369 Abs. 1 Satz 2) überein. Dagegen geht der in der heutigen Sitzung unter I gestellte Antrag 3 (§. 369a Abs. 2 Satz 2) insofern weiter, als der Rücktritt wegen theilweiser Unmöglichkeit stets dann gewährt werden soll, wenn der Gläubiger an dem nicht von der Unmöglichkeit betroffenen Theile kein Interesse hat, ohne daß es auf ein Verschulden des Schuldners dabei ankommen soll.

Theilweises
Unmöglich-
werden der
Leistung.

Für den letzteren Antrag wurde geltend gemacht:

Der Antrag beruhe allerdings auf demselben Gesichtspunkte, von welchem der abgelehnte Vorschlag, im §. 369a das Erforderniß des Verzugs fallen zu lassen, ausgegangen sei. Durch jene Ablehnung werde gleichwohl diesem Antrage nicht vorgegriffen. Während es sich dort um das im Vertrage nicht näher bestimmte Zeitmoment gehandelt habe, handele es sich hier um den Gegenstand der Leistung, der sich aus dem Vertrage selbst für beide Theile mit Sicherheit ergebe. Durch den Eintritt theilweiser Unmöglichkeit werde der im Wesen des gegenseitigen Vertrags liegende Zweck mindestens theilweise vereitelt. Der Theil, dessen Leistung theilweise unmöglich geworden sei, müsse darauf gefaßt sein, daß die damit eingetretene Aenderung für den anderen Theil die Bedeutung habe, daß sie die Leistung, soweit dieselbe noch erfolgen könne, für ihn werthlos mache. Im Sinne des geschlossenen Vertrags dürfe er aber dem anderen Theile die Leistung, welche für diesen durch die theilweise Unmöglichkeit etwas wesentlich Anderes geworden sei, nicht als Gegenwerth für dessen Leistung aufdrängen; er müsse sich deshalb den Rücktritt gefallen lassen. Wie er die Gefahr der Leistung trage, so trage er auch die Gefahr, daß theilweise Unmöglichkeit die Leistung im Sinne des Vertrags ganz unbrauchbar mache. Andererseits müsse der Schuldner die noch theilweise mögliche Leistung, soweit sie möglich sei, an den Gläubiger machen, auch wenn die geminderte Gegenleistung für ihn ohne Interesse sei. Der Gläubiger habe ein Recht auf die noch mögliche Leistung, er trage nicht die Gefahr der Werthlosigkeit der Gegenleistung für den Schuldner. Jeder trage den Zufall, von dem er betroffen werde.

Die Komm. beließ es bei der Regelung des Entw. Sie konnte sich nicht davon überzeugen, daß überwiegende Gründe dafür sprächen, in der vorliegenden Frage von dem zu §. 369 Abs. 2 eingenommenen Standpunkt abzugehen.

III. Des Weiteren war beantragt, als §. 369a¹ zu bestimmen:

Ist die Leistung theilweise bewirkt, so findet wegen Unterbleibens eines unerheblichen Theiles derselben das Rücktrittsrecht nur in An-

Rücktritt nach
theilweiser
Erfüllung.

sehung des nicht bewirkten Theiles statt. Macht der Gläubiger von dem Rücktrittsrechte Gebrauch, so mindert sich die ihm obliegende Gegenleistung verhältnißmäßig nach Maßgabe des §. 392.

hierzu der Unterantrag, die Bestimmungen wie folgt zu fassen:

Ist die Leistung theilweise bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrage nach dessen ganzem Umfange nur zurücktreten, wenn der bewirkte Theil der Leistung für ihn kein Interesse hat. In Beschränkung auf den nicht bewirkten Theil der Leistung findet das Rücktrittsrecht statt, wenn nach den Umständen des Falles Leistung und Gegenleistung als theilbar erscheint; macht der Gläubiger in solchem Falle von dem Rücktrittsrechte u. (Bergl. H.G.B. Art. 359.)

Die Anträge wurden zurückgezogen, weil nach Ablehnung des mit ihnen zusammenhängenden unter I mitgetheilten Antrags 3 die Antragsteller sie nicht aufrecht erhalten zu können glaubten.

Rücktritt des
Verkäufers
eines Grund-
stücks.

IV. Es lag ferner der Antrag vor, für den Fall, daß die in der Ann. S. 643 für den Kauf in Aussicht genommene Vorschrift abgelehnt werden sollte, einen hinter §. 369a¹ folgenden §. 369a² einzuschalten:

Ist für den bei dem Verkauf eines Grundstücks gestundeten Kaufpreis dem Vertrage gemäß Hypothek (oder Grundschuld) bestellt, so steht dem Verkäufer wegen nicht rechtzeitiger Zahlung desselben das Rücktrittsrecht nicht zu.

Der Antrag wurde bis zur Berathung des Abschnitts über den Kauf zurückgestellt. Der Antragsteller bemerkte dazu, daß die von ihm vorgeschlagene Bestimmung auch im Falle der Annahme der S. 643 in Anregung gebrachten Vorschrift nicht gegenstandslos sein würde, weil in den Fällen des §. 243 ein Rücktritt ohne Verzug des Schuldners immer noch möglich sei.

§. 369 Abs. 3.
Bemerkung
auf das ver-
tragsmäßige
Rücktritts-
recht.

V. Die Komm. trat nummehr in die Berathung der Anträge zu §. 369 Abs. 3 ein, soweit dieselben nicht bei §. 361 Abs. 2 ihre Erledigung gefunden haben. Es lagen folgende, zum Theil bereits S. 640, 641 mitgetheilte Anträge vor:

1. als §. 369c zu bestimmen:

Auf das in den §§. 369 bis 369b bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§. 426 bis 433 entsprechende Anwendung.¹⁾

2. dieser Bestimmung hinzuzufügen:

Der Schuldner haftet jedoch, wenn der Rücktritt in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes erfolgt, wegen der empfangenen Gegenleistung nur nach den Grundsätzen über den Erfaß einer ungerechtfertigten Bereicherung.

3. den §. 369c wie folgt zu fassen:

Auf das in den §§. 361, 369a bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften

¹⁾ In einer Ann. zu dem Antrag ist eine Ergänzung des §. 432 in der zu §. 242 von der Komm. gebilligten Richtung vorausgesetzt. Siehe oben S. 640 Anm. 2.

der §§. 426 bis 431, 433 und in den Fällen des §. 369a Abs. 2 auch die Vorschriften des §. 432 entsprechende Anwendung. Der Schuldner haftet jedoch wegen der empfangenen Gegenleistung nur nach den Vorschriften über den Ersatz einer ungerechtfertigten Bereicherung.

a) Der Satz 1 des Antrags 3 wurde, weil er aufs engste mit den abgelehnten Anträgen desselben Antragstellers zusammenhing, zu Gunsten des Antrags 1 zurückgezogen. Es bestand sonach Einverständnis darüber, daß in den Fällen der §§. 369 bis 369b der §. 432 in der von dem Antrag 1 vorgesehenen Abänderung zur entsprechenden Anwendung gelangen soll.

Erwogen war:

Der §. 432 eigne sich unbedenklich zur entsprechenden Anwendung in denjenigen Fällen, in denen das Recht des Gläubigers zum Rücktritt erwache, ohne daß eine Fristbestimmung erforderlich sei. Hier habe der Gläubiger auf Verlangen des Schuldners zu erklären, ob er auf Erfüllung bestehen oder von dem Rücktrittsrechte Gebrauch machen wolle. Für die Fälle, in denen der Gläubiger dem Schuldner eine Nachfrist bestimmt habe, eigne sich der §. 432 gleichfalls zur entsprechenden Anwendung. Das Recht des Gläubigers, die Erfüllung zu verlangen, sei hier zwar mit dem Ablaufe der Frist erloschen. Es bestehe aber noch sein Wahlrecht zwischen Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt, und der §. 432 gebe dem Schuldner die Möglichkeit, eine Erklärung des Gläubigers darüber herbeizuführen, ob dieser den Rücktritt wählen wolle. Ebenso liege es im Falle des §. 361 (369b), wenn bei einem Firgeschäfte der Gläubiger in Folge des Ablaufs der ihm von dem Schuldner gestellten Frist das Recht, Erfüllung zu verlangen, verloren habe. Von einer entsprechenden Anwendung des §. 432 könne hier nur dann keine Rede sein, wenn dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nicht zustehe, weil dem anderen Theile ein Verschulden nicht zur Last falle. Der Rücktritt müsse in einem solchen Falle ohne weiteres als erklärt gelten. Ob und inwieweit dies besonders zum Ausdruck zu bringen sei, könne jedoch der Red.Komm. überlassen bleiben.

b) Der Antrag 3 (Satz 2) weicht von dem mit dem Entw. übereinstimmenden Antrag 1 insofern ab, als er den Schuldner wegen der empfangenen Gegenleistung nur nach den Vorschriften über den Ersatz einer ungerechtfertigten Bereicherung haften lassen will. Zwischen beiden Anträgen hält der Antrag 2 die Mitte. Er will die Haftung des Schuldners auf die Bereicherung nur dann beschränkt wissen, wenn der Rücktritt in Folge eines von diesem nicht zu vertretenden Umstandes erfolgt ist (vergl. §§. 361, 243).

Die Komm. entschied sich für den Antrag 2.

Zu Gunsten des Antrags 3 war geltend gemacht worden:

Bei dem vertragsmäßigen Rücktrittsrechte müsse ein jeder Theil von vornherein damit rechnen, daß es zum Rücktritte kommen könne. Er dürfe sich daher nicht beklagen, wenn er im Falle des Rücktritts so behandelt werde, als habe er die zurückzuerstattende Leistung auf Rechnung des Zurücktretenden empfangen und die in der Zwischenzeit getroffenen Verfügungen als Verwalter fremden

Vermögens vorgenommen. Anders sei die Sachlage in den hier in Frage stehenden Rücktrittsfällen. Hier handele es sich um Umstände, deren Eintreten von vornherein nicht vorgesehen sei, mit denen daher der Schuldner, der die Gegenleistung vorweg empfangen habe, nicht zu rechnen brauche. Es sei deshalb eine ungerechtfertigte Härte gegen den Schuldner, wenn er, unter Umständen erst nach längerer Zeit, die von ihm als Eigentümer der empfangenen Sache vorgenommenen Handlungen nachträglich so behandeln lassen solle, als habe er sie für den anderen Theil vorgenommen. Unmöglich sei eine solche Regelung beim Kaufe. Der Antrag 1 habe sich daher auch genöthigt gesehen, beim Kaufe den Rücktritt anzuschließen, wenn die gekaufte Sache dem Käufer übergeben sei (vergl. preuß. A.L.R. I. 11 §. 243; H.G.B. Art. 354; schweiz. Gef. Art. 264). Der Verkehr ertrage es nicht, wenn der Käufer rückwärts haften solle, als habe er über eine herauszugebende, materiell fremde Sache verfügt. Denn der Käufer erwerbe die Sache, um sie zu seinen Zwecken zu verwenden, die Verwendung sei im Handelsverkehr immer, im gewöhnlichen Verkehre häufig Weiterveräußerung, sonst oft Veränderung, Umarbeitung, Verbrauch. Der Absatz 3 des §. 369 gehe aber auch in den Fällen des §. 369 Abs. 1 und insbesondere im Falle des §. 243 zu weit. Er gewähre dem Zurücktretenden eine besondere Art der Leistung des Interesse (negatives Interesse), und hierzu liege ein Bedürfniß nicht vor, weil der Anspruch auf das positive Interesse genüge. Der Gläubiger könne nicht mehr verlangen, als dasjenige, was er haben würde, wenn erfüllt worden wäre. Innerlich begründet sei nur der Anspruch auf Rückgabe wegen Wegfalls des Rechtsgrundes, auf Grund dessen der Schuldner die Gegenleistung erlangt habe (*condictio ob causam finitam*, §. 745). In Folge der Nichterfüllung sei der Gläubiger seinerseits an den Vertrag nicht mehr gebunden, er könne seine Vertragserklärung zurücknehmen, und die Folge sei, daß der Schuldner die Gegenleistung nunmehr ohne Rechtsgrund besitze. Der Schuldner brauche dagegen diejenigen Handlungen nicht zu vertreten, die er inzwischen in gutem Glauben vorgenommen habe. Vermöge der Gläubiger durch das in dieser Weise beschränkte Rücktrittsrecht sein Interesse nicht zu wahren, so möge er von dem Rechte, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, Gebrauch machen.

Dagegen solle der zurücktretende Gläubiger seinerseits den strengen Anforderungen der Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht Genüge leisten. Die Entscheidung darüber, ob der Vertrag, auf Grund dessen er die Theilleistung empfangen habe, bestehen bleiben solle, ruhe in seiner Hand. Er solle seinem Empfange nicht den Rechtsgrund entziehen, wenn er auf Grund dieses Rechtsgrundes über das Empfangene rechtlich oder thatsächlich in solcher Weise verfügt habe, daß die frühere Sachlage nicht mehr hergestellt werden könne; er solle seine eigenen Handlungen nicht hinterher zu unberechtigten machen. Soweit diese Beschränkung das Rücktrittsrecht ausschließe, möge er wiederum sich an das Recht auf Schadenersatz halten.

Der Beschluß der Komm. beruhte auf folgenden Erwägungen:

Es handele sich vorwiegend um eine Frage des Rechtsgefühls und des Verkehrsbedürfnisses. Der Entw. gehe davon aus, daß das Gesetz, wenn und soweit es einer Partei den Rücktritt von einem gegenseitigen Vertrage gestatte, voraussetzen könne, daß jeder Theil, der etwas auf Grund des Vertrags erhalten

habe, ohne daß damit, wenn auch nur theilweise, eine definitive Erfüllung eingetreten sein solle, sich bewußt sein müsse, daß eine Rücktrittsmöglichkeit bestehe. Diese Voraussetzung sei thatsächlich nicht ungerechtfertigt und deshalb die Regelung des Entw. im Allgemeinen nicht unbillig. Ihre Durchführung ergebe nur dann ungebührliche Härten für den Schuldner, wenn der Rücktritt erfolge, ohne daß letzterem eine Schuld beizumessen sei. Nach den gefaßten Beschlüssen sei dies möglich in den Fällen des §. 243 sowie in den wichtigeren Fällen des §. 361. Hier rechtfertige es sich, entsprechend der nach §. 368 für den Fall der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung beschlossenen Regelung, den Empfänger der Leistung nur nach den Vorschriften über den Ersatz einer ungerechtfertigten Bereicherung haften zu lassen. Wo dagegen der Gläubiger durch Verschulden des Schuldners zum Rücktritte berechtigt und genöthigt sei, da erfordere es die Billigkeit gegen den Zurücktretenden, daß dieser in die Lage zurückversetzt werde, in der er sich ohne den Vertragschluß befunden habe. Der Antrag 3 messe beide Theile mit verschiedenem Maße. Den allgemeinen Grundsätzen und dem natürlichen Gefühle müsse es widersprechen, wenn z. B. beim Tausche der von seinem Rücktrittsrechte Gebrauch machende Theil das seinerseits Empfangene mit allen Nützungen zc. herausgeben, die Haftung des den Rücktritt verschuldenden anderen Theils dagegen auf die Bereicherung beschränkt sein solle. Ob und inwieweit die für den Kauf im Antrag 1 ins Auge gefaßte Bestimmung gerechtfertigt sei, müsse späterer Erörterung vorbehalten bleiben.

81. (§. 1309 bis 1332.)

I. Die Berathung wandte sich den Vorschriften über die „Gewährleistung des veräußerten Rechtes“ zu. Beantragt war:

Gewährleistung des veräußerten Rechtes

Die §§. 370 bis 380 hier zu streichen und statt derselben beim Kaufe an geeigneter Stelle die in dem Antrag unter §§. a bis h formulirten Bestimmungen aufzunehmen.

Die Komm. beschloß ohne Debatte, die Gewährleistung wegen Mängel im Rechte des Veräußerers zunächst für den Kauf zu regeln und dann zu prüfen, ob und inwieweit die für den Kauf gegebenen Rechtsätze auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge auszudehnen seien.

Man war der Ansicht, daß zwar in systematischer Hinsicht der Standpunkt des Entw., der die Bestimmungen über die Gewährleistung unter die allgemeinen Vorschriften über die Verträge aufgenommen hat, den Vorzug vor dem Antrage verdiene, da die Frage der Eviktion nicht nur beim Kaufe, sondern auch bei anderen Rechtsverhältnissen vorkomme, daß indessen die Anschaulichkeit, die Verständlichkeit und die praktische Handhabung des Gesetzes gewinnen werde, wenn man die Rechtsätze vorerst auf den Kauf beschränke, auf dessen Gebiete die Hauptanwendungsfälle liegen. Auch der Entw. sei an dieser Stelle doch nicht zu einer alle Fälle erschöpfenden Regelung gelangt; denn in Ansehung der auf eine unentgeltliche Zuwendung gerichteten Verträge, nämlich für die Schenkung (§. 443) und die Ausstattung (§. 1500), seien Sonderbestimmungen getroffen; andererseits sei die Begrenzung des Entw. zu eng, da nicht nur solche