

Staub's Kommentar

zum

Handelsgesetzbuch.

Neunte Auflage.

Bearbeitet von

Heinrich Könige,
Reichsgerichtsrat in Leipzig,

Albert Pinner,
Justizrat in Berlin,

Dr. Felix Boudi,
Justizrat in Dresden.

Zweiter Band.

(Buch 3: Handelsgeschäfte.)



Berlin 1913.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,

G. m. b. H.

Inhaltsverzeichnis des zweiten Bandes.

	Seite		Seite
Drittes Buch. Handelsgeschäfte.			
Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.			
§ 343. Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte	1	§ 354. Anspruch des Kaufmanns auf Provision und Lagergeld sowie Entgelt für Mühewaltung, Darlehen, Vorschüsse und Auslagen	195
§ 344. Vermutungen für die Zugehörigkeit der Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns zum Handelsbetriebe	8	§ 355. Das Kontokorrentverhältnis	200
§ 345. Einseitige Handelsgeschäfte	11	§ 356. Fortbestand von Sicherheiten für Einzelforderungen	214
§ 346. Handelsgewohnheiten und Gebräuche, Auslegung von Willenserklärungen Exceptio doli generalis	12 25	§ 357. Pfändung der Ansprüche eines Kontokorrentkontrahenten	216
<i>Exkurs</i> zu § 346.		<i>Exkurs</i> zu § 357. Die offene oder uneigentliche laufende Rechnung	218
I. Unstittliche Geschäfte: Bierabnahmevertrag; mehrjährige Warenbezugsverträge, Schweigevertrag, Schmiergelder, Abhalten vom Mit- und Überbieten, Ausschreibungen	26	§ 358. Die Erfüllungszeit bei Handelsgeschäften.	222
II. Wucher	41	§ 359. Besondere Zeitbestimmungen; Frühjahr — Herbst — Messezeit usw.	223
III. Der Zwang zum Vertragschluß	46	<i>Exkurs</i> zu § 359. Die Erfüllungszeit	223
IV. Kartelle, Syndikate	48	§ 360. Begriff der Gattungsware. Klauseln „tel quel“ und „wie gesehen“	232
§ 347. Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Folgen einer Verletzung dieser Sorgfaltspflicht	57	§ 361. Maß, Gewicht, Währung, Zeitrechnung, Entfernungen	234
§ 348. Vertragsstrafe	68	<i>Exkurs</i> zu § 361. Das Zustandekommen des Vertrages. Antrag auf Annahme	236
<i>Exkurs</i> zu § 348. Draufgabe, Reuegeld	82	§ 362. Schweigen als Annahme des Vertragsantrags	264
§ 349. Bürgschaft	84	Insbesondere § 663 BGB.	269
Kumulative Schuldübernahme	110	§ 363. Die kaufmännische Anweisung und der kaufmännische Verpflichtungsschein	270
Eintritt in ein Schuldverhältnis	111	<i>Exkurs</i> zu § 363. Der Scheck	281
Kreditauftrag	112	§ 364. Das Indossament	290
Kreditvertrag	114	§ 365. Form des Indossaments und Legitimation des Besitzers. Abhanden gekommene und vernichtete Orderpapiere	296
Kreditbrief	115	<i>Exkurs</i> zu § 365. Von den Inhaberpapieren; inhaberähnliche Papiere	300
Garantievertrag	116	§ 366. Der gutgläubige Eigentums- und Pfanderwerb an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren	303
Kreditversicherung	118	§ 367. Der gutgläubige Eigentums- und Pfanderwerb an gestohlenen und abhanden gekommenen Inhaberpapieren insbesondere	335
<i>Exkurs</i> zu § 349. Rat, Empfehlung und Auskunft	118	§ 368. Die Verwertung des Pfandes durch Pfandverkauf	338
§ 350. Form der Handelsgeschäfte und die Folgen der Beobachtung sowie der Nichtbeobachtung der Form	137		
<i>Exkurs</i> zu § 350. Affordvertrags (Präventivafford) und Liquidationsvertrag (Präventivfonturs)	179		
§ 351. Geschäfte des Minderkaufmanns	188		
§ 352. Höhe der gesetzlichen und vertragsmäßigen Zinsen im Handelsrecht	188		
§ 353. Recht auf Zinsen	192		

	Seite		Seite
I. Gegenstand des Pfandrechts	338	VI. Der Verzug	525
II. Art der Bestellung des Pfandrechts	340	VII. Prozeßuale Fragen. Klageantrag. Gerichtsstand	525
III. Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbs	347	VIII. Beweislast	534
IV. Wirkungen des Pfanderwerbs	349	IX. Übergangsfragen	535
V. Irreguläres Pfandrecht	370	§ 373. Selbsthilfeverkauf bei Annahmeverzug des Käufers	536
VI. Die gesetzlichen Pfandrechte	370	§ 374. Die weiteren Befugnisse des Verkäufers nach dem BGB. beim Annahmeverzug des Käufers	562
VII. Sicherungsübereignung. Diskontierung von Buchforderungen	372	§ 374. Erfüllungsverzug des Käufers und des Verkäufers	563
VIII. Inzassoabtretung	389	A. Der Verzug, ehe ein Teil erfüllt hat: I. Die Gesetzesvorschriften	564
Exkurs vor § 369. Das Zurückbehaltungsrecht des BGB.	391	II. Das dreifache Wahlrecht des nicht-säumigen Teils; außerdem das vertragsmäßige Rücktrittsrecht und die kassatorische Klausel; die Fiktionsgeschäfte des täglichen Lebens	565
§ 369. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht	399	1. Voraussetzungen und Inhalt des Wahlrechts des Verkäufers bei Verzug des Käufers	570
§ 370. Das kaufmännische Notzurückbehaltungsrecht	418	a) Voraussetzung: schuldhafter Zahlungsverzug des Käufers, Mahnung und Ausstehen der Leistung des Verkäufers	570
§ 371. Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache	420	b) Inhalt: das Recht auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung; Schadensersatz wegen Nichterfüllung in abstrakter und in konkreter Berechnung; Rücktritt; Zurückbehaltungsrecht — Einrede des nichterfüllten Vertrages	582
§ 372. Befriedigung beim Eigentumswechsel zu § 372:	426	2. Voraussetzungen und Inhalt des Wahlrechts des Käufers bei Verzug des Verkäufers	594
I. Der Erfüllungsort. Faktura, Kommissionskopie, Bestellschein, Kataloge, Preislisten, Bestätigungsschreiben, Schlußscheine	427	a) Voraussetzung: schuldhafte Unterlassung der Übergabe; Mahnung	
II. Die Zeit der Erfüllung	456	b) Inhalt: Recht auf Lieferung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung; Schadensersatz wegen Nichterfüllung in abstrakter und in konkreter Form; Rücktritt; Zurückbehaltungsrecht — Einrede des nichterfüllten Vertrages	606
III. Der Bestimmungsort der Leistung, insbesondere bei Geldzahlung. Die Lehre von der Geldüberhebungs-pflicht	460	3. Ausübung des Wahlrechts bei Verzug des Käufers und des Verkäufers. Ziel des Wahlrechts. Fristbestimmung nach Form und Inhalt (Erfüllungsweigerung). Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme. Ablauf der Frist. Ausnahme von Fristsetzung und Androhung	619
Zweiter Abschnitt. Handelskauf.			
Exkurs vor § 373. Allgemeines über den Handelskauf.		4. Wirkungen des ausgeübten Wahlrechts. Endgültige Wahl. Fälligkeit des Verzugs	639
I. 1. Vorbemerkung. 2. Lausich.	468	B. Der Verzug, wenn der Nichtsäumige ganz oder teilweise erfüllt hat	647
II. 1. Wesen des Handelskaufs. Geschäftskauf. 2. Patentkauf. 3. Patentlizenzverkauf. 4. Lieferungsvertrag. 5. Wert-Lieferungsvertrag. 6. Elektrizitäts-Lieferungsvertrag. 7. Gas-, Wasser- und Dampf-Lieferungsverträge	469	C. Die Sufzessivlieferungsgeschäfte	649
III. Abschluß des Handelskaufs. 1. Form. 2. Personen. 3. Willenserklärung. 4. Bestimmung von Preis und Ware. Arbitrage, Markt- und Börsenpreis	479	D. Verwirkung der Rechte aus dem Verzug durch illoyal verspätete Belendmachung	661
IV. Arten des Kaufs. 1. Barkauf. 2. Kreditkauf. 3. Sicherungskauf. 4. Hoffnungskauf	494		
V. Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag. 1. Pflicht des Verkäufers, die Sache zu übergeben und das Eigentum zu verschaffen. Kauf einer fremden Sache. Kauf der eigenen Sache. 2. Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung. Vorauszahlung. Berechnung. Barzahlung. Zahlung in Wechseln. Wechselrembursgeschäfte. Vintulationsgeschäft. 3. Die Abnahmepflicht des Käufers	504		

Seite	Seite
E. Der Verzug nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung	662
F. Der Verzug im Falle des Todes des Verpflichteten	664
G. Verzug in Erfüllung anderer Verpflichtungen außer der Übergabe der Ware und der Zahlung des Kaufpreises. Abnahmeverzug	665
H. Der Verzug im Kontrakte	670
J. Positive Vertragsverletzungen	671
§ 375. Spezifikationskauf	688
§ 376. Firzgeschäfte	697
Erfurs zu § 376	710
Die Vörjentermingeschäfte und die Differenzgeschäfte	710
I. Erlaubte Vörjentermingeschäfte	713
II. Verbotene Vörjentermingeschäfte	762
III. Handelsrechtliche Lieferungsge- schäfte in Getreide	772
IV. Die Differenzgeschäfte (Spiel- geschäfte)	783
V. Schlussbemerkung	797
§ 377. Die Mängelrüge	798
I. Voraussetzungen der Rügepflicht: beiderseitiges Handelsgeschäft; man- gelhafte Beschaffenheit der Ware	799
II. Die Mängelrüge selbst. A. Ihre Grundlage und die Untersuchung. B. Die Mängelanzeige nach Inhalt, Art und Zeit. Offene und verborgene Mängel. Vertragliche Änderungen der Anzeigepflicht, Fakturenvermerke, Ausfallproben. Verzicht	804
III. Die Rechtsfolgen A. der unter- bliebenen und B. der gegebenen Mängelanzeige	824
1. Mängel, für die nach den Regeln der Gewährleistung gehaftet wird. Ge- wöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften. Zugesicherte Eigenschaften. Kauf eines Handelsgeschäfts. Bedeutung des Gefahrübergangs. Voraus- setzung einer Eigenschaft. Zusiche- rung des Geschäftsvermittlers. Wert- lose Ware	825
2. Rechte des Käufers bei mangelhafter Lieferung. Insbesondere das Recht auf Nachbesserung. Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zur An- fechtung wegen Irrtums und arg- listiger Täuschung	839
3. Die einzelnen Gewährleistungsan- sprüche	846
a) Wandelung	846
b) Preisminderung	862
c) Schadensersatz wegen Nichterfüllung	868
d) Anspruch auf Lieferung mangel- freier Ware	873
e) Anbieten mangelfreier Ware	876
f) Schadensersatz bei schuldhaft mangel- hafter Lieferung	876
g) Nachbesserung	881
4. Das Verhältnis der einzelnen Ge- währleistungsansprüche zueinander	882
5. Ausschluß der Haftung für Mängel. Genehmigung der Ware. Unter- lassung der Mängelanzeige. Verzicht auf die Wirkungen gehöriger An- zeige. Kenntnis der Mängel beim Abschluß und bei der Annahme der Ware. Vereinbarung des Aus- schlusses. Versteigerung	885
6. Beweislast	892
7. Verjährung der Gewährleistungsan- sprüche	897
IV. Arglistiges Verschweigen des Man- gels und arglistiges Vorspiegeln einer Eigenschaft. Voraussetzung. Rechts- folgen; insbesondere der Tatbestand der schuldhaft mangelhaften Liefe- rung. Die Anfechtung des Kauf- vertrages wegen arglistigen Ver- schweigens und arglistiger Vor- spiegelung. Unerlaubte Handlung. Exceptio doli generalis. Das Ver- hältnis der einzelnen aus Arglist entstehenden Rechte zueinander	908
V. Teilweise Lieferung und teilweise Mangelhaftigkeit	936
VI. Vertragliche Abänderungen der Vor- schriften über Anzeigepflicht und Ge- währleistung. Vertragliche Abände- rung der Verjährung. Garantieleistung	940
VII. Eigentumsübergang bei Zuendung und Bemängelung fehlerhafter Ware Zusatz 1. Mängelrüge beim einsei- tigen Handelskauf	945
Zusatz 2. Zuendung unbestellter Ware. Anstands-, Auswahl- und Musterzuendung	947
Erfurs zu § 377. Die Verletzung vertraglicher Rechte durch Dritte. Vertragsbruch. Verleitung zum Vertragsbruch	948
§ 378. Mängelanzeige bei Quantitätsmän- geln und bei Lieferung anderer Ware	951
§ 379. Aufbewahrungspflicht. Notverkauf	957
Erfurs zu § 379. Mängelfeststellungsrecht des Käufers und des Verkäufers	966
§ 380. Kauf nach Gewicht. Refaktie. Cad- miere	968
§ 381. Kauf von Wertpapieren. Werkliefe- rungsvertrag	970
§ 382. Viehkauf	983
Erfurs zu § 382.	
I. Kauf nach Probe	984
II. Kauf auf Probe	989
III. Kauf zur Probe	995
IV. Überendung der Ware. Gefahrüber- gang. Verhältnis des Käufers und des Verkäufers zum Speditur und Frachtführer	995
V. Eigentumsübergang beim Kauf	1011
VI. Eigentumsvorbehalt	1015
VII. Sicherungsübereignung	1025

	Seite		Seite
VIII. Einfluß des Konturjes auf den schwebenden Kaufvertrag	1026	dem Kommissionsgut beim Selbsteintritt	1126
IX. Das Verfolgungsrecht	1043	§ 405. Die Erklärung des Selbsteintritts. Zeitliche Begrenzung.	1126
X. Die Kosten der Erfüllung. Verpackung. Transport. Abrollung	1048	§ 406. Ausdehnung der Vorschriften über die Kommission auf ähnliche Rechtsverhältnisse	1129
Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.			
§ 383. Begriff des Kommissionärs. Wirkungen des Kommissionsgeschäfts. Ortliches Recht. Konsignationskommission. Pacotillevertrag	1051	Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.	
§ 384. Pflichten des Kommissionärs. Insbesondere Übersendung des Stüdeverzeichnisses	1067	§ 407. Begriffsbestimmung des Spediteurs. Anwendung der Vorschriften über die Kommission	1130
§ 385. Abweichung von den Weisungen des Kommittenten	1082	§ 408. Pflichten des Spediteurs. Frachtberechnung	1135
§ 386. Limitüberschreitung	1084	§ 409. Provisionsanspruch	1142
§ 387. Abschluß zu vorteilhafteren Bedingungen. Konfiskation	1087	§ 410. Pfandrecht	1144
§ 388. Pflichten des Kommissionärs, wenn die Ware in mangelhaftem oder beschädigtem Zustand ankommt. Verschuldungsbefreiende Veränderungen	1089	§ 411. Zwischenpediteur	1148
§ 389. Rechte des Kommissionärs, wenn der Kommittent über das Gut nicht verfügt	1091	§ 412. Selbsteintritt des Spediteurs	1149
§ 390. Verantwortlichkeit des Kommissionärs für Verlust oder Beschädigung des Gutes. Versicherung	1092	§ 413. Expedition mit festen Spejen. Die Sammelspedition	1150
§ 391. Pflicht des Einkaufskommissionärs zur Untersuchung und Mängelanzeige. Aufbewahrungspflicht	1094	§ 414. Verjährung	1154
§ 392. Die Forderungen aus Kommissionsgeschäften	1095	§ 415. Ausdehnung der Vorschriften über die Expedition auf Kaufleute, die nicht Spediteur sind	1158
§ 393. Unbefugte Vorstufe- und Kreditgewährung	1098	Exkurs zu § 415. I. Entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über die Kommission auf das Speditionsverhältnis. II. Annoncenbureau	1158
§ 394. Die Deltreberetkommission	1100	Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.	
§ 395. Ankauf von Wechseln	1102	§ 416. Begriff des Lagerhalters	1160
§ 396. Ansprüche des Kommissionärs auf Belohnung und Ersatz von Aufwendungen	1103	§ 417. Rechte und Pflichten des Lagerhalters	1163
§ 397. Pfandrecht des Kommissionärs. Aufrechnung. Zurückbehaltungsrecht	1107	§ 418. Rechte des Einlagerers	1166
§ 398. Befriedigungsrecht des Einkaufskommissionärs aus dem Kommissionsgut	1112	§ 419. Lagerung vertretbarer Sachen	1167
§ 399. Befriedigungsrecht des Kommissionärs aus Kommissionsforderungen	1113	§ 420. Anspruch des Lagerhalters auf Lagerkosten	1170
§ 400. Selbsteintrittsrecht	1113	§ 421. Pfandrecht des Lagerhalters	1172
§ 401. Günstigerer Abschluß beim Selbsteintritt	1122	§ 422. Lagerzeit	1173
§ 402. Zwingendes Recht	1125	§ 423. Verjährung	1174
§ 403. § 403. Provision und Unkosten beim Eintritt	1125	§ 424. Lagerchein	1175
§ 404. Das Pfandrecht und das Befriedigungsrecht des Kommissionärs aus		Exkurs zu § 424. Das Bankverwahrungsgeschäft. Stahlammern	1179
		Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.	
		§ 425. Begriff des Frachtführers	1187
		§ 426. Der Frachtbrief	1192
		§ 427. Begleitpapiere	1198
		§ 428. Antritt und Vollendung der Reise. Reisehambnisse	1199
		§ 429. Haftung des Frachtführers für Ver-	

	Seite		Seite
luft und Beschädigung des Gutes und für Verspätung	1201		
§ 430. Umfang der Haftung	1207		
§ 431. Haftung für seine Leute und Beförderungsgehilfen	1210		
§ 432. Haftung des Hauptfrachtführers für den Unterfrachtführer und die Haftung des letzteren selbst	1212		
§ 433. Verfügungsrecht des Absenders	1216		
§ 434. Verfügungsrecht des Empfängers	1219		
§ 435. Recht des Empfängers gegen den Frachtführer nach Beendigung des Transports	1220		
§ 436. Recht des Frachtführers gegen den Adressaten auf Zahlung	1223		
§ 437. Ablieferungshindernisse	1226		
§ 438. Erlöschung der Ansprüche des Frachtführers	1228		
§ 439. Verjährung der Ansprüche gegen den Frachtführer	1233		
§ 440. Pfandrecht	1234		
§ 441. Verhältnis des letzten Frachtführers zu seinen Vormännern	1237		
§ 442. Verlust des Rückgriffsrechts des Frachtführers	1239		
§ 443. Rangordnung mehrerer Pfandrechte	1241		
§ 444. Der Ladeschein	1242		
§ 445. Erfordernisse des Ladescheins	1243		
§ 446. Rechtliche Bedeutung des Ladescheins	1245		
§ 447. Legitimation durch den Ladeschein	1247		
§ 448. Ablieferung des Gutes gegen Rückgabe des Ladescheins	1249		
§ 449. Verhältnis aufeinanderfolgender Frachtführer bei Ausstellung eines Ladescheins	1249		
§ 450. Dingliche Wirkungen des Ladescheins	1250		
§ 451. Entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Frachtgeschäft	1250		
§ 452. Die Post	1251		
		Siebenter Abschnitt.	
		Beförderung von Gütern und Personen auf der Eisenbahn.	
		§ 453. Der Eisenbahnfrachtvertrag. Regelung des Verkehrs der Eisenbahn mit dem Publikum	1251
		§ 454. Anwendung der für das Frachtgeschäft geltenden Regeln	1257
		§ 455. Empfangsbefcheinigung auf dem Frachtbriefduplikat	1258
		§ 456. Haftpflicht der Eisenbahn für Verlust und Beschädigung des Gutes	1260
		§ 457. Umfang des Schadenserzuges	1266
		§ 458. Haftung der Eisenbahn für ihre Hilfspersonen	1267
		§ 459. Beschränkung der Haftung für Verlust und Beschädigung des Gutes in besonderen Fällen	1269
		§ 460. Haftung für Gewichtsverlust	1275
		§ 461. Beschränkung der Haftung auf einen Höchstbetrag	1277
		§ 462. Beschränkung der Haftung auf einen Höchstbetrag bei Kostbarkeiten, Kunstgegenständen, Geld und Wertpapieren	1278
		§ 463. Das Vierzugszinsinteresse	1278
		§ 464. Außerlich nicht erkennbare Schäden	1279
		§ 465. Haftung für Reisegepäck	1280
		§ 466. Haftpflicht für verspätete Ablieferung	1283
		§ 467. Befreiungsgründe der Haftpflicht aus Verschulden des Absenders	1285
		§ 468. Güterbeförderung an einen nicht an der Eisenbahn liegenden Ort	1286
		§ 469. Durchgehendes Gut mit durchgehendem Frachtbrief	1287
		§ 470. Verjährung der Ansprüche aus dem Frachtvertrag	1289
		§ 471. Zwingendes Recht	1290
		§ 472. Personenbeförderung	1291
		§ 473. Nebenbahnen	1296
		Anhang. Einführungsgezet zum Handelsgesetzbuch	1297
		Verzeichnis der angezogenen Gesetzesstellen	1309
		Alphabetisches Sachregister	1328

Drittes Buch.

Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

§ 343.

Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe § 343. seines Handelsgewerbes gehören.

Die im § 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden.

I. Die Bedeutung des vorliegenden Paragraphen im allgemeinen.

Ann. 1.

Der vorliegende Paragraph gibt die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte. Die §§ 1 und 2 geben nicht die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte an, sondern sie bestimmen, welche Geschäfte die Grundlage eines Handelsgewerbes bilden können: Wer jene Geschäfte gewerbsmäßig abschließt, betreibt, sei es ohne weiteres, sei es bei hinzukommender Eintragung, ein Handelsgewerbe; und wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann.

Im Anschluß hieran wird nun im vorliegenden Paragraphen gesagt: Die Geschäfte eines Kaufmanns, welche zu seinem Handelsgewerbe gehören, sind Handelsgeschäfte. Jedes Geschäft wird also dadurch, daß es im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen wird, ein Handelsgeschäft. Welcher Art auch das Geschäft sein möge, es ist ein Handelsgeschäft, wenn es im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen ist (auch Grundstücksgeschäfte, unten Ann. 22). Und umgekehrt: welcher Art ein Geschäft auch sein mag, es ist kein Handelsgeschäft, wenn es nicht im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen ist. Die Geschäfte eines Nichtkaufmanns sind also niemals Handelsgeschäfte.

Ann. 2.

Vergleicht man diese Gestaltung mit dem früheren Recht, so ist zu sagen: absolute Handelsgeschäfte gibt es nicht mehr, kein Geschäft ist um seiner selbst willen Handelsgeschäft, sondern nur, wenn es im Betriebe eines Handelsgewerbes abgeschlossen wird. Die früheren absoluten Handelsgeschäfte (des Art. 271) sind mit den früheren relativen Handelsgeschäften (des Art. 272) vereinigt und bis auf geringe Abänderungen zu Handelsgrundgeschäften nach § 1 gemacht, d. h. zu Geschäften, welche die Grundlage eines Handelsgewerbes zu bilden geeignet sind, deren gewerbsmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe ist, und den Betreffenden zum Kaufmann macht. Außerdem aber ist eine weitere unbegrenzte Zahl von Handelsgrundgeschäften dadurch geschaffen, daß nach § 2 jedes gewerbliche Unternehmen, wenn es nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordert (§ 2

Ann. 3.

§ 343. Anm. 7), bei hinzukommender Eintragung ein Handelsgewerbe und sein Inhaber Kaufmann ist. Liegt ein Handelsgewerbe nach § 1 oder nach § 2 vor (in letzterem Falle also auch Eintragung, ohne diese ist es kein Handelsgewerbe; § 2 Anm. 11) dann sind (das bestimmt der vorliegende Paragraph) alle Geschäfte, die zu dem betreffenden Handelsgewerbe gehören, Handelsgeschäfte. Damit sind aber nicht nur die Geschäfte gemeint, welche die Grundgeschäfte des betreffenden Handelsgewerbes sind, durch deren Betrieb das Gewerbe ein Handelsgewerbe wird, sondern auch alle Neben- und Hilfsgeschäfte dieses Gewerbes, die akzessorischen Handelsgeschäfte (vgl. das Folgende).

Anm. 4. II. **Die einzelnen Bestandteile der Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte.**

1. **Ein Handelsgewerbe** muß es sein, dem das Geschäft zugehört.

a) Der Begriff des Handelsgewerbes richtet sich zunächst nach §§ 1 und 2: die Geschäfte eines Kaufmanns kraft Gewerbes (gemäß § 1) sind Handelsgeschäfte und ebenso die Geschäfte eines Kaufmanns kraft Betriebsart des Gewerbes und Eintragung (gemäß § 2); vgl. § 1 Anm. 31.

Anm. 5. b) Selbstverständlich greifen auch die Ausnahmen des § 3 Platz (die landwirtschaftlichen Hauptgewerbe sind keine Handelsgewerbe, auch wenn ihr Gegenstand in reinen Handelsgrundgeschäften besteht, und die landwirtschaftlichen erheblichen Nebengewerbe nur dann, wenn der Inhaber sich aus freiem Willen zur Eintragung entschließt).

Anm. 6. c) Dagegen gehören auch die Gewerbe der Minderkaufleute dazu; denn auch diese sind Kaufleute, ihre Gewerbe Handelsgewerbe, ihre Geschäfte also Handelsgeschäfte (§ 4 Anm. 28). Hinzuzufügen ist, daß auch die Weiterveräußerungsgeschäfte der Handwerker im neuen HGB. nicht ausgenommen sind, während ihnen nach Art. 273 Abs. 3 des alten HGB. der Charakter als Handelsgeschäfte ausdrücklich genommen war. Auch wenn Minderkaufleute sich gesellschaftlich vereinigen, so ist dies zwar nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so daß ihre gesellschaftlichen Verhältnisse sich nicht nach den Regeln der o. HGB. oder der Kommanditgesellschaft richten, wohl aber sind ihre Geschäfte auch in diesem Falle Handelsgeschäfte, weil ihr Gewerbe auch in diesem Falle ein Handelsgewerbe, sie selbst auch in diesem Falle Kaufleute, wenn auch Minderkaufleute sind (Erf. zu § 342 Anm. 8).

Anm. 7. d) Ferner wird der Begriff des Handelsgewerbes durch die Vorschrift des § 5 erweitert. Nach diesem ist z. B. das Gewerbe einer Person oder Gesellschaft, die in das Handelsregister eingetragen ist, als Handelsgewerbe zu betrachten, auch wenn es kein solches ist und die Eintragung aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 stammt. Demgemäß sind die nach dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Geschäfte einer solchen Person auch dann Handelsgeschäfte, wenn das Gewerbe in Wahrheit kein Handelsgewerbe ist, oder wenn ein eingetragener Kaufmann sein Geschäft nicht mehr fortbetreibt; es wäre denn, daß der Dritte das Erlöschen der Kaufmannseigenschaft kannte (§ 15 Anm. 10 ff.; RG. 65, 413). Hat sich also der Inhaber einer kleinen Leihbibliothek in das Handelsregister eintragen lassen und schafft er neue Bücher an, oder leiht er Bücher aus usw., so sind das alles Handelsgeschäfte, ebenso wie seine Neben- und Hilfsgeschäfte (die Anstellung von Personal, die Empfangnahme von Zahlungen usw.). So ist auch der Betrieb einer Ziegelei oder einer Tiefbohrung an sich kein Handelsgewerbe, mag sie auf eigenem oder fremdem Boden betrieben werden (RDHG. 15, 237; Wolze 8 Nr. 314). Betreiben aber mehrere gesellschaftlich eine Ziegelei oder Tiefbohrungen, und haben sie ihre Firmen eingetragen lassen, so ist ihr Gewerbe dadurch zum Handelsgewerbe geworden. Ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte (RG. 50, 158; 60, 80; vgl. § 1 Anm. 37).

Anm. 8. e) Endlich aber wird der Begriff der Handelsgeschäfte dadurch erweitert, daß der, welcher als Kaufmann im Rechtsverkehr austritt, jedenfalls gegen sich gelten lassen muß, daß er ein Handelsgewerbe betreibt. Seine Geschäfte gelten also auch als Handelsgeschäfte (Erf. zu § 5).

Anm. 9. 2. **Zum Betriebe gehören** muß das Geschäft (d. h. zum Betriebe des Handelsgewerbes).

a) Dieses Erfordernis ist nicht dahin aufzufassen, als ob nur die Geschäfte, welche dem betreffenden Handelsgewerbe charakteristisch sind, zu Handels-

geschäften erhoben würden. Es sind nicht nur die Handelsgrundgeschäfte gemeint, § 343. welche nach § 1 das Gewerbe ohne weiteres, und nach § 2 bei hinzukommender Eintragung zum Handelsgewerbe machen. Vielmehr soll damit jedes Geschäft, welches der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vornimmt, mit welchem er die Zwecke seines Handelsbetriebes ermöglichen oder fördern will, als Handelsgeschäft gekennzeichnet werden; insbesondere die Neben- oder Hilfsgeschäfte des Handels, die sog. akzessorischen Handelsgeschäfte (Anm. 22 ff.) und die Liquidationsgeschäfte.

Den Gegenstoß bilden und zum Handelsbetriebe nicht gehören die Geschäfte, welche Anm. 10. der Kaufmann zu anderen, außerhalb des Gewerbebetriebes liegenden Zwecken, vornimmt, also z. B. zum Privatbedarf, zum Betriebe des Haushalts, die Geschäfte des Kaufmanns in Betätigung des Amtes als Testamentsvollstrecker, Vormund, Konkursverwalter, Kuratorkonzeiler, als Handelsrichter, als Geschworener, als Zeuge usw.

Wenn demgemäß die gewerbemäßige Tätigkeit eines Kaufmanns auf Anm. 11. einen bestimmten Geschäftszweig gerichtet ist, so folgt daraus noch nicht, daß Geschäfte, die außerhalb dieses Geschäftszweigs liegen, als zu seinem Handelsgewerbe gehörig nicht angesehen werden. Ausdrücklich ausgesprochen ist dies im Abj. 2 unseres Paragraphen für die Handelsgrundgeschäfte des § 1: wenn diese von einem Kaufmann auch nicht deart abgeschlossen werden, daß sie selbst die Grundlage eines Gewerbes bilden, sondern im Betriebe eines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes, so sind sie doch Handelsgeschäfte. Das gleiche gilt aber für die Geschäfte nach § 2: wenn irgend Geschäfte, welche die Grundlage eines Handelsgewerbes nach § 2 bilden können, im Betriebe eines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes abgeschlossen werden, so sind sie ebenfalls Handelsgeschäfte. Und endlich gilt das gleiche von den zahlreichen Geschäften, die ihrer Natur nach überhaupt nicht geeignet sind, die Grundlage eines Handelsgewerbes zu bilden, die vielmehr nur als Hilfs- oder Nebengeschäfte vorkommen, wie Zahlungsempfangnahmen, Kündigungen, Anstellung von Personal, Mietung eines Ladens usw.

Für alle diese Geschäfte gilt der Grundsatz: Solange ein, wenn auch entfernter Anm. 12. Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb besteht, so daß sie sich als Folgen des betreffenden Gewerbebetriebes erweisen, liegt die Zugehörigkeit zum Gewerbebetriebe, also die Eigenschaft als Handelsgeschäft vor (RG. 72, 435; 28, 315; Volze 15 Nr. 215, 216; 19 Nr. 319). Wenn z. B. ein Glaswarenhändler einmal in Aktien spekuliert (ZB. 04, 496²⁶), oder ein Eisenwarenhändler gelegentlich einmal ein Grundstücksgeschäft gegen Entgelt vermittelt, so sind das Handelsgeschäfte, weil dadurch Geld verdient und so (§ 344) die Verhältnisse des Gewerbebetriebes gefördert werden sollen.

Wie weitgehend die Rechtsprechung diesen Grundsatz ausgebehnt hat, beweisen die Anm. 13. Urteile des RG. 19, 123; 38, 240; 30, 191, nach denen die Annahme der Stelle als Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft, Lotteriespiel und klaglose Differenzgeschäfte als zum Handelsbetriebe gehörig betrachtet werden; daselbe muß vom Vergleich eines Kaufmanns gelten.

- b) Auch die sog. Vorbereitungs geschäfte gehören dazu. Denn auch sie gehören Anm. 14. zum Gewerbebetriebe. Wer die Absicht hat, durch eine unbegrenzte Reihe von Geschäften ein Handelsgewerbe zu betreiben, betreibt es in dem Augenblicke, in dem er das erste Geschäft vornimmt, welches dazu dient, diese Absicht zu verwirklichen. Wer z. B. einen Kleiderwarenhandel betreiben will, betreibt ihn, wenn er in dieser Absicht den ersten Posten Ware einkauft, ja sogar schon dann, wenn er das erste dazu erforderliche Hilfs geschäft vornimmt, z. B. einen Handlungsgehilfen anstellt, oder einen Laden zu diesem Zweck mietet (ZB. 08, 206²⁷). Es ist bereits in Anm. 10a zu § 1 hervorgehoben, daß schon das erste Geschäft einen Bestandteil des Gewerbebetriebes bildet (Volze 19 Nr. 317: Anstellung eines Gewerbegehilfen; RGSt. 27, 227: Anschaffung des ersten Warenpostens zum Zwecke der Weiterveräußerung; RG. in LZ. 08, 224⁷: das Versprechen einer Vertragsstrafe zur Siche-

- § 343.** rung der Bierbezugsspflicht für ein später in Betrieb gesetztes Hotel; aber nicht die Vergabung von Vorarbeiten zu einer nie ins Leben getretenen Personenbeförderungsanstalt (ZW. 86, 75¹⁷). Über den Erwerb eines Handelsgeschäfts s. unten Anm. 26.
- Anm. 15.** Bei Handelsgewerben nach § 2 und nach § 3 Abs. 2 liegt die Sache allerdings anders. Hier besteht vor der Eintragung ein Handelsgewerbebetrieb nicht.
- Anm. 16.** c) Zweifelhaft ist die Natur des Geschäfts, wenn es zum Teil zu dem Zwecke des Handelsbetriebes, zum Teil zu Privatzielen abgeschlossen wurde; so z. B. wenn Kohlen zum Teil zur Heizung des Ladens, zum Teil für den Hausbedarf gekauft werden. Man wäre versucht, zu sagen, daß der Teil entscheidet, welcher überwiegt. Allein es ist dies nicht zutreffend, und überdies versagt diese Entscheidung, wenn genau die Hälfte für jeden Zweck bestimmt ist. Es ist davon auszugehen, daß das ganze Geschäft in solchem Falle als Handelsgeschäft zu betrachten ist, weil das Geschäft als Ganzes zu beurteilen ist, und § 344 Abs. 1 außerdem Platz greift (vgl. Anm. 24—26).
- Anm. 17.** d) Die Feststellung der Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe erübrigt sich in den meisten Fällen durch die im § 344 Abs. 1 aufgestellte Vermutung und die im § 344 Abs. 2 aufgestellte Fiktion. Hierüber zu § 344.
- Anm. 18.** 2. **Eines Kaufmanns** Geschäfte müssen es sein. Dieses Begriffsmerkmal ist überflüssig. Denn wer ein Handelsgewerbe betreibt, ist Kaufmann. Gehören die Geschäfte zum Betriebe eines Handelsgewerbes, so sind es die Geschäfte eines Kaufmanns. Und das gleiche gilt bei der Vermutung des § 5: Gilt ein Gewerbe als Handelsgewerbe wegen der Firmeneintragung seines Inhabers, so gilt Letzterer auch als Kaufmann. Es genügt daher an den Ausführungen über den Begriff Handelsgewerbe in Anm. 4—8 und an dem Hinweis, daß auch eine öffentliche Anstalt den Bankiercharakter und damit Kaufmannseigenschaft haben kann (ZW. 00, 273⁵). Über die Kaufmannseigenschaft und deren Verlust s. § 1. Wenn dort (§ 1 Anm. 18) der offene Gesellschafter als Kaufmann bezeichnet ist, so sind die von ihm abgeschlossenen Geschäfte nur dann Handelsgeschäfte, wenn sie zum Betrieb der o. H. gehören, also nicht die Geschäfte, die ihn persönlich angehen (RGSt. 29, 348; JW. 09, 625²⁹).
- Anm. 19.** 3. **Geschäfte** müssen es sein, und zwar Rechtsgeschäfte (unten Anm. 29; § 344 Anm. 1 u. 2). Dazu gehören aber nicht nur Verträge und Vorverträge (ZW. 00, 59³²), sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte (Vertragsangebote, Annahme solcher, Kündigungen, Mängelanzeigen), Unterlassungen (vgl. § 346); auch unentgeltliche Geschäfte sind nicht ausgeschlossen (unten Anm. 28). Unerlaubte Handlungen aber, z. B. der Mißbrauch einer fremden Firma, gehören nicht dazu; es sei denn, daß sie gleichzeitig den Charakter von Rechtsgeschäften aufweisen.
- Anm. 20.** 4. Daß die Tatbestandsmerkmale des Handelsgeschäfts im Einzelfalle erkennbar sein müssen, damit ein Handelsgeschäft vorliege, ist nur insofern richtig, als erkennbar sein muß, daß der das Geschäft Vornehmende ein Handelsgewerbe betreibt. Die Zugehörigkeit des Geschäfts zum Handelsbetriebe wird alsdann vermutet, bei Schuldscheinen sogar fingiert (§ 344). Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist zu bemerken, daß durch die Anerkennung der Erkennbarkeit kein Widerspruch mit den Ausführungen in Anm. 12 u. 30 zu § 1 besteht. Dort ist gesagt, daß der Begriff „Gewerbe“ und der Begriff „Kaufmann“ nicht voraussetzen, daß der Inhaber des Gewerbes als solcher dem Publikum gegenüber auftritt. Daran ist festzuhalten: wer in der Absicht fortgesetzter Gewinnerzielung eine unbegrenzte Reihe von Handelsgrundgeschäften schließt, betreibt ein Handelsgewerbe, auch wenn weder die Gewinnabsicht, noch die Tatsache der fortgesetzten Geschäftsabschlüsse dem Publikum erkennbar wird. Aber das einzelne von ihm geschlossene Geschäft ist nur dann ein Handelsgeschäft, wenn die Tatsache des Handelsgewerbes für den Vertragsgegner erkennbar hervortritt. Zur Erkennbarkeit genügt aber schon die Eintragung in das Handelsregister. Ob der Vertragsgegner im Einzelfalle die Tatsache des Handelsgewerbebetriebes wirklich erkannt hat, ist dann gleichgültig (vgl. oben Anm. 7f.; a. M. Wolff, Festgabe der jur. Fakultät Berlin für Gierke, 1910, S. 40).

5. **Alle** Geschäfte eines Kaufmanns sind Handelsgeschäfte. Das Gesetz macht also gar keine **§ 343.**
Ausnahme. Insbesondere ist die wichtige Ausnahme des bisherigen Rechts fortgefallen, **Ann. 21.**
wonach Verträge über **unbewegliche Sachen** keine Handelsgeschäfte waren (Art. 275; unten
Ann. 22). Absolute Nichthandelsgeschäfte gibt es hiernach nicht mehr.
Vielmehr sind ausnahmslos alle Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines
Handelsgewerbes gehören, Handelsgeschäfte (oben Ann. 9).

III. **Beispiele** sind, trotzdem alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zu seinem Handelsbetriebe **Ann. 22.**
gehören, ausnahmslos Handelsgeschäfte sind, dem Verständnis förderlich.

a) Zunächst ist zu erwähnen, daß nunmehr auch **Grundstücksgeſchäfte** Handels-
geschäfte sein können (Ann. 21). Denn Art. 275 ist, wie gesagt, fortgefallen. Zwar
können sie, wie im früheren Recht, nicht reine Handelsgeschäfte nach § 1 sein, da keines der
im § 1 aufgezählten Handelsgrundgeschäfte unbewegliche Sachen zum Gegenstand hat. Aber
der Wegfall des Art. 275 bewirkt, daß sie nunmehr bedingungsweise Handelsgrundgeschäfte
nach § 2 sein können und ferner, daß sie Hilfs- und Nebengeschäfte des Handelsbetriebes,
also akzessorische Handelsgeschäfte sein können. So sind die Mietung eines Ladens oder
Hotels, der Kauf eines Fabrikgrundstücks durch einen Fabrikanten, die Veräußerung von
Grundstücken seitens eines in das Handelsregister eingetragenen Grundstückspekulanten
(RG. 38, 18), die Übernahme eines Baues in Entreprise durch einen in das Handelsregister
eingetragenen Bauunternehmer, obgleich der Vertrag ein Werkvertrag ist (RG. 70, 30;
66, 4 u. 48; JW. 08, 235^o), die Geschäfte einer eingetragenen Ziegelei, einer eingetragenen
Tiefbohrunternehmung (oben Ann. 7), Handelsgeschäfte. Hinzuzufügen ist, daß der Kauf
einer unbeweglichen Sache zwar ein Handelsgeschäft sein kann, aber nicht ein Handelskauf
nach §§ 373 ff. Ferner ist zu bemerken, daß schwerere Formvorschriften für die Veräußerung
unbeweglicher Sachen auch dann gelten, wenn der Veräußerungsvertrag ein Handels-
geschäft ist (hierüber § 2 Ann. 3 u. § 350 Ann. 22 ff. u. 29). Über die Vermittlung
von Hypotheken und Grundstückskäufen Ert. vor § 93 Ann. 1.

b) Sodann ist das Beispiel hervorzuheben, welches der frühere Art. 273 Abs. 2 erwähnte: **Ann. 23.**
Handelsgeschäfte sind insbesondere die **Anschaffungen**, welche im Handelsbe-
triebe zur Benutzung oder zum Verbrauch erfolgen. Im einzelnen gehören
hierher: Die Anschaffung der Kontoreinrichtung, des Geschäftsinventars, des Brenn-,
Schreib- und Beleuchtungsmaterials, der Handelsbücher, der Transportmittel für die
Ware, des Verpackungsmaterials, die Anschaffung von Gegenständen zur Ausstattung
einer Restauration (RDStG. 10, 243) oder zur Möblierung von Hotelräumen (RDStG. 22,
329), auch von Baumaterialien, welche in einem Geschäftslokal verwendet werden sollen
(der Umstand, daß es sich hierbei um eine unbewegliche Sache handelt, ist gleichgültig).
So nimmt auch der eingetragene Bauunternehmer (oben Ann. 22), der ein Haus nicht
zum Weiterverkauf und nicht für andere, sondern zur Vermietung für sich baut, die die
Herstellung des Hauses betreffenden Geschäfte (Anschaffung der Herde, Beleuchtungskörper
usw.) im Betriebe seines Baugewerbes vor; denn er will Gewinn erzielen. Die An-
schaffung kann auch durch Miete oder Leihe erfolgen, da Entgeltlichkeit nicht Voraus-
setzung des einzelnen Geschäfts ist (RDStG. 19, 354).

c) Was die Eingehung von **Gesellschaftsverträgen** betrifft, so besteht Einigkeit, daß **Ann. 24.**
die Aufnahme eines stillen Gesellschafters, eines Kommanditisten, die Aktienzeichnung
(§ 189 Ann. 24), die Beteiligung als Gründer einer Aktiengesellschaft akzessorische Handels-
geschäfte sein können, mögen auch unbewegliche Sachen eingebracht werden (Ann. 22), und
daß es auch bei der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (Ert. zu § 342), darauf an-
kommt, ob die Vergesellschaftung von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes
erfolgt ist (RDStG. 16, 2; 10, 260 u. 428; mag auch einer der Gesellschafter nicht Kaufmann
sein), nicht aber darauf, ob das Geschäft auf Seite desjenigen, mit dem nun die Gesellschaft
Verträge schließt, ein Handelsgeschäft ist (unentschieden RDStG. 8, 47). Streitig aber ist die
Frage, ob auch die Eingehung einer o. H. als solches betrachtet werden kann. Schließen
zwei Personen, die bereits Kaufleute sind, eine o. H., so ist dies ebenjowohl ein akzesso-

§ 343. risches Handelsgeschäft, wie wenn ein Kaufmann einen Nichtkaufmann in sein Geschäft als Gesellschafter aufnimmt, oder wenn zwei Kaufleute eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts schließen (Bolz 5 Nr. 726). Die Meinungsverschiedenheit gilt also nur der Frage, ob die Eingehung einer o. H.G. an sich — wenn also die Vertragsschließenden nicht schon aus anderen Gründen Kaufleute sind — als zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehörig zu betrachten ist. Diese Frage ist zu verneinen: Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages ist so anzusehen, wie der Entschluß einer einzelnen Person, ein Handelsgewerbe zu betreiben. Erst die Betätigung dieses Entschlusses durch Abschluß des ersten Vorbereitungsgeschäfts ist das erste Handelsgeschäft, nicht schon jener Entschluß (desgl. Sahn § 8 zu Art. 273; a. M. Behrend § 28).

Anm. 25. Dagegen ist die Auseinanderziehung zwischen Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft ein akzessorisches Handelsgeschäft, mögen dabei auch Ansprüche auf das Eigentum an Grundstücken zur Erledigung gebracht werden; denn die unbeweglichen Sachen sind nicht der Hauptgegenstand (vgl. R.D.H.G. 16, 308); die Auseinanderziehung gehört eben zu den letzten Betriebsakten (R.D.H.G. 12, 368; Bolz 5 Nr. 424). — So ist auch die Veräußerung des Geschäftsanteils eines persönlich haftenden Gesellschafters an einen anderen Gesellschafter der Abschluß der handelsgeschäftlichen Tätigkeit des Ausscheidenden und daher Handelsgeschäft (R.G. in L.J. 09, 466⁴).

Anm. 26. d) Der Erwerb und die Veräußerung eines ganzen Handelsgeschäfts (§ 22 Anm. 4 ff.) ist ein beiderseitiges Handelsgeschäft, auf seiten des Veräußerers regelmäßig der letzte Akt seiner gewerblichen Tätigkeit (Z.B. 99, 494³²; 03, 63³; § 1 Anm. 25), auf seiten des Erwerbers das erste Handelsgeschäft, das seinen Handelsbetrieb ermöglichen soll und daher zum Handelsbetrieb als Vorbereitungsgeschäft gehört (R.D.H.G. 11, 149; R.G. 72, 434); mag auch der Erwerb im Weg einer Erbauseinanderziehung erfolgt sein (Z.B. 08, 206²⁷). Daß zugleich auch Grundstücke, Rechte oder Gerechtigkeiten, das Mietrecht an Geschäftsräumen, Dienstverträge mit übernommen werden, macht nichts aus; denn einmal greift § 344 Abs. 1 Platz (§ 344 Anm. 7), und andererseits kann man nicht aus dem Kauf einzelne Verpflichtungen herausgreifen und sie einer besonderen Beurteilung unterwerfen (vgl. R.D.H.G. 11, 150; 15, 102; 20, 200; R.G. bei Grund. 28, 1035). Für die Übertragung der einzelnen Gegenstände sind allerdings die dafür gegebenen Formvorschriften zu beobachten, z. B. bei Grundstücken der § 313 B.G.B. Auch die Vorbereitungsgeschäfte zum Erwerb eines bestimmten Handelsgeschäftes, z. B. die Aufnahme eines Darlehens (R.G. im Recht 09 Nr. 2516), sind Handelsgeschäfte. Wird ein Handelsgeschäft erworben, oder tritt Jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein (§ 28), so sind die Ansprüche aus einem Konkurrenzverbot, das der bisherige Alleininhaber des Geschäfts vor dessen Übergang oder vor Eintritt eines Gesellschafters mit einem Dritten vereinbart hat, kraft Gesetzes auf den neuen Erwerber bzw. auf die Gesellschaft übergegangen; denn die Vereinbarung über das Konkurrenzverbot ist ein Handelsgeschäft. Die daraus hervorgehenden Ansprüche sind bedingt durch eine Zuwiderhandlung und als im Betriebe des Handelsgewerbes entstanden anzusehen. Sollen solche Ansprüche nicht auf die neue Gesellschaft übergehen, so bedarf es der Beobachtung des § 28 Abs. 2 (§ 344 Anm. 7, vgl. R.G. 72, 436 u. § 22 Anm. 24, 29 u. 37 a). Veräußerung durch den Konkursverwalter siehe § 25 Anm. 1; Stempelfragen i. § 22 Anm. 38.

Anm. 27. e) **Weitere Beispiele sind:** Die in § 1 abgehandelten Handelsgrundgeschäfte, wenn sie einzeln vorgenommen werden (vgl. § 343 Abs. 2) — die Anstellungsverträge mit Handlungsgehilfen (R.D.H.G. 11, 57), mit Lehrlingen (R.D.H.G. 14, 19), mit technischen Gewerbegehilfen (R.D.H.G. 11, 387; 17, 30; Bolz 19 Nr. 317; R.G. 1, 268); Anstellung eines Zeitungsredakteurs (BuschA. 13, 40 Nürnberg), einer Sängerin für ein Café chantant (BuschA. 21, 361 Nürnberg) — Betrieb eines Theaterunternehmens (R.G. in L.J. 07, 504⁴) — Darlehen und sonstige Kreditgeschäfte: Darlehenshingabe (R.D.H.G. 1, 217; 7, 226); Darlehensempfang (R.D.H.G. 3, 367; 14, 282); Gewährung oder Verlängerung eines

kaufmännischen Kredits (RDStG. 5, 110) — Geben und Nehmen von Wechseln (RG. 9, 50) § 343. — Versicherungsverträge, soweit sie nicht schon Handelsgrundgeschäfte nach § 1 Nr. 3 sind: das Nehmen der Versicherung durch einen Kaufmann, das gegenseitige Versichern unter Kaufleuten (RDStG. 4, 199; 5, 18; RG. 12, 25); auch das Nehmen einer Leibrentenversicherung (RG. 28, 316) und die Versicherungsgeschäfte eines Versicherungsvereins a. G. (Könige PrWUntG. § 16 Anm. 2 u. 6) — die Verstärkung von Verträgen: durch Anerkennung, auch wenn die anerkannte Schuld kein Handelsgeschäft ist (RDStG. 17, 170; Bolze 7 Nr. 366); durch Abrechnung zwischen Kaufleuten über das Ergebnis der für gemeinschaftliche Rechnung geführten Handelsgeschäfte (RDStG. 7, 58, aber nicht, wie diese Entscheidung annimmt, wenn die Parteien zur Zeit der Abrechnung nicht mehr Kaufleute sind); die Pfandbestellung; insbesondere aber die Bürgschaft (§ 350 Anm. 9; § 349 Anm. 9). Diese kann auf einer Seite oder auch auf beiden Seiten Handelsgeschäft sein; sie ist es immer dort, wo sie den Handelsbetrieb fördern soll (RG. 1, 25; vgl. RG. 65, 414); auf beiden Seiten Bürgschaft insbesondere dann, wenn er eine Vergütung erhält (RDStG. 13, 108), aber nicht, wenn die Verbürgung lediglich aus verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Rücksichten geschieht (RDStG. 15, 388; JW. 93, 24). Auch die Verbürgung eines Nichtkaufmanns gegenüber einem Kaufmann kann Handelsgeschäft sein (RG. 29, 20; 32, 171). Die Verbürgung kann auch dann Handelsgeschäft sein, wenn das Hauptgeschäft kein Handelsgeschäft ist, wenn nur die Bürgschaft zum Betrieb des Handelsgewerbes gehört, so z. B. wenn ein Kaufmann für die Schulden aus einem von einem Nichtkaufmann abgeschlossenen Geschäft die Bürgschaft übernimmt (JW. 93, 24). Dagegen ist umgekehrt die Bürgschaft nicht Handelsgeschäft und daher nicht notwendig formfrei, wenn die Hauptschuld ein Handelsgeschäft ist, nicht aber die Bürgschaft auf Seite des Bürgen (vgl. RDStG. 5, 367; DLG. Stuttgart in JZR. 40, 485). — Die Abrechnung (RDStG. 7, 57) und Übernahme von Verpflichtungen aus einer Auseinandersetzung (JW. 93, 140²³); Forderungsabtretung (JW. 97, 88), auch von Hypotheken (RDStG. 3, 432), Erwerb von Patentrechten, Annahme von Anweisungen, Auftrag und Vollmacht (vgl. RG. 26, 108; JW. 88, 170¹⁶); ein Erbschafts Kauf (JW. 01, 261²⁹); Übernahme einer Agentur (RDStG. 23, 148; Theateragentur und Gefindevermietung § 1 Anm. 77); Insertionsverträge; Patentlizenzverträge; Schiedsverträge (RDStG. 23, 259); die sog. Möbelleihverträge; auch Gesellschaftsverträge (Anm. 24), selbst wenn es sich um solche bürgerlichen Rechts handelt; Lotterispiel (RG. 30, 191); Differenzgeschäfte (RG. 38, 240); auch die Prozeßführung (vgl. § 17 Anm. 24 ff.); auch Zahlung und Annahme von Zahlungen (Ansprüche aus Zahlungen, *condictio indebiti*, unterliegen daher der Verzinsungsvorschrift der §§ 352 Satz 1, 353 StGB.); Verkauf eines Hotelinventars (JW. 99, 676¹⁵); Inkassogeschäfte § 2 Anm. 3.

Auch **freigelegte Verfügungen** können Handelsgeschäfte sein: Annahme der Steilung Anm. 28. als unbefoldeles Aufsichtsratsmitglied (RG. 19, 123); selbst Schenkungen, z. B. Versprechen der Nachzahlung nach abgeschlossenem Akkord (RDStG. 16, 184; RG. 6, 228; Bolze 6 Nr. 458; Goldheim 04, 128; Erl. zu § 350 Anm. 8 ff.) oder nach abgelaufener Verzinsung (Bolze 4 Nr. 463); Verzichte (RG. 29, 11); belohnende Schenkungen (Bolze 8 Nr. 311, 14 Nr. 256; RG. 29, 11; JW. 90, 206¹⁵); oder sonstige Schenkungen (RG. 26, 19), z. B. Trinkgelder an den Überbringer von Waren; Weihnachtsgeschenke an Handlungsgehilfen oder an Diensthöten der Kunden und andere Geschenke an die Handlungsgehilfen, z. B. Erlaß einer Darlehnsforderung an den Prokuristen (Bolze 12 Nr. 270); auch die Annahme von Schenkungen (Bolze 19 Nr. 320); nicht auch Verfügungen oder Schenkungen auf den Todesfall (RG. 18, 49). Eine Freigebigkeit kann auf der einen Seite ein Handelsgeschäft sein, auf der anderen nicht, z. B. ein Onkel erläßt seinem Neffen, der Kaufmann ist, eine Schuld; hier liegt auf seiten des Beschenkten ein Handelsgeschäft vor.

Endlich gehören dazu nicht nur Verträge, sondern auch vertragsähnliche Rechtsgeäfte, z. B. Geschäftsbeforgung ohne Auftrag, Willenserklärungen, z. B. Mahnungen, Fristsetzungen; das Angebot mit

§ 343. seinen Wirkungen (R.D.G. 10, 236) und dessen Annahme; Zusendungen, An- und Abnahme (R.D.G. 10, 236); Vorbehalte (Volze 9 Nr. 198); Rat, Empfehlung und Auskunftserteilung (R.G. 20, 194).

Ann. 30. Nicht gehören dazu: Anschaffungen für den Haushalt und sonstigen Privatgebrauch, sowie Rechtsgeschäfte aus Beweggründen der Verwandtschaft oder Freundschaft, Geschäfte des Familien- und Erbrechts (vgl. Ann. 3 § 344), der Detektivbureaus (Z.W. 06, 256⁷).

§ 344.

§ 344. Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergibt.

Einführung. Der Paragraph stellt zwei Vermutungen für die Zugehörigkeit der Rechtsgeschäfte eines Kaufmannes zum Handelsbetriebe auf: für seine Rechtsgeschäfte im allgemeinen (Abf. 1) und für seine Schuldscheine insbesondere (Abf. 2).

1. (Abf. 1.) Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gehören im Zweifel zum Betriebe seines Handelsgewerbes.

Ann. 1. a) Ein Kaufmann muß die Rechtsgeschäfte vorgenommen haben. Die Kaufmannseigenschaft muß also feststehen, d. h. es muß unbestritten oder bewiesen sein, daß der Vertragsschließende zur Zeit der Vornahme ein Handelsgewerbe betrieb (R.D.G. 15, 27; § 345 Ann. 5). Für diese Feststellung sind die §§ 1, 2, 3 u. 5 in derselben Weise maßgebend, wie in § 343 (Ann. 4—8 § 343). Auch für Minderkaufleute gilt die Vermutung des vorliegenden Paragraphen (Ann. 28 § 4) und für den Kaufmann noch § 5 (R.G. 65, 412). Handelt der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, so muß, damit die Vermutung dieses Paragraphen Platz greife, feststehen, daß er für die Gesellschaft gehandelt hat (R.D.G. 16, 380). Denn die Vermutung gilt nur für die Handelsgesellschaft selbst, eine Vermutung dafür aber, daß der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für diese handelt (§ 126 Ann. 17), besteht nicht (R.D.G. 13, 288; 18, 227); es hat auch ein Gesellschafter gegen den andern eine solche Vermutung nicht (R.G. in L.J. 1910, 393⁵).

Ann. 2. b) Auf die Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns bezieht sich die Vermutung, einerlei ob der Kaufmann neben seinem Handelsgewerbe noch ein Handwerk betreibt oder nicht (Z.W. 87, 275¹⁹). Über diesen Begriff s. Ann. 19 § 343; insbesondere ob auch einseitige Handlungen, Unterlassungen, unerlaubte Handlungen usw. dazu gehören, sowie dort Ann. 22 ff.

Ann. 3. c) Im Zweifel gilt die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe. Damit ist eine durch Gegenbeweis widerlegbare Vermutung, eine praesumptio juris, aufgestellt, die auch durch § 292 Z.P.D. bestätigt ist. Das Geschäft ist solange als zum Handelsbetriebe gehörig zu betrachten, bis der Gegenbeweis geführt wird (Volze 8 Nr. 310). Des Gegenbeweises bedarf es nicht, wenn die Sachlage schon an sich keinen Zweifel darüber zuläßt, daß das Geschäft dem Handelsgewerbe nicht zugehört (R.G. 28, 315). Es fällt nämlich die Vermutung nicht schon dann fort, wenn das Geschäft keine sichtbare Beziehung zum Handelsgewerbe hat, sondern erst dann, wenn das Geschäft offensichtlich keine Beziehung zum Handelsgewerbe hat (R.G. 28, 315; Z.W. 01, 261²⁹); für den Fall, daß keine sichtbare Beziehung zum Handelsgewerbe vorliegt, ist die Vermutung gerade gegeben; wenn die Beziehung sichtbar ist, bedarf es keiner Vermutung; es bedarf ihrer, wenn die Beziehung nicht sichtbar ist, und sie ist ausgeschlossen, wenn die Nichtbeziehung sichtbar ist (R.G. 29, 13; Z.W. 02, 188²⁸). Daß ein unentgeltliches Geschäft vorliegt, ist kein geeigneter Gegenbeweis; denn auch Schenkungen können zum Handelsbetriebe gehören (Ann. 28 § 343). Auch daß ein im Handelsbetriebe ungewöhnliches Geschäft vorliegt oder nicht in die zum Betrieb gehörige Verwerbeart fällt, beeinträchtigt die Vermutung nicht (Bruch. 33,

1042; JW. 89, 289²⁰; 01, 261²⁰). Daß die Ware für einen Nichtkaufmann bestimmt oder § 344.
von einem solchen zu bezahlen ist, oder daß der Kauf Erbchafts Kauf ist, ist vollends unerheblich; ebenso daß ein Rechtsvorgänger des jetzigen Gläubigers nach der Urkunde das Darlehen gegeben hat (RG. 77, 57). Beispiele für den Wegfall der Vermutung: öffentlichlicher Kauf für den Haushalt oder für den Privatgebrauch, z. B. Bestellung einer Beleuchtungsanlage für das Wohnhaus; Annahme eines Hausarztes; Bürgschaft aus verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Rücksichten (Anm. 27 u. 30 § 343), Schuldübernahme, um den Sohn vor Strafanzeige zu schützen (RG. 51, 120); Verträge des Familien- und Erbrechts; Schenkungen von Todes wegen (RG. 18, 49), aber nicht Schenkungen unter Lebenden (RG. 26, 20; JW. 02, 398²⁰), und nicht die Lieferung von Einrichtungsgegenständen für einen Neubau, mögen sie auch dazu bestimmt sein, Bestandteile oder Zubehör des Grundstücks zu werden. Lebensversicherungsverträge werden sehr häufig auch im Betriebe des Handelsgewerbes geschlossen; bei Kreditbewilligungen ist der Abschluß einer Lebensversicherung des Schuldners oder seiner Ehefrau sehr oft eine der geforderten Sicherheiten, so daß die Entscheidungen RG. 14, 237, Volze 2 Nr. 710, die anscheinend Gegenteiliges annehmen, nur mit Vorsicht anzuwenden sind. Bei Leibrentenverträgen ist die Beziehung zum Handelsbetriebe schon seltener, aber auch nicht ausgeschlossen (anscheinend anders RG. 28, 315).

Die Beziehung zum Handelsgewerbe ist sichtbar, wenn der Anspruch aus dem handelsgeschäftlichen Verkehr mit der Firma selbst entstanden ist. Für Ansprüche andern Ursprungs wird diese Beziehung offenbar durch Eintragung in die Bücher oder sonst schlüssige Umstände (vgl. RDStG. 8, 42).

Der erforderliche Gegenbeweis kann durch jedes zulässige Beweismittel geführt **Ann. 4.**
werden, auch durch Eidzuschreibung nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen (§ 292 ZPO.). Ob er geführt ist, entscheidet freies richterliches Ermessen, für welches die Art und Beschaffenheit der veräußerten Gegenstände und die Natur des vom Verkäufer betriebenen Gewerbes von Bedeutung ist (RDStG. 4, 51; RG. 29, 13; JW. 93, 163²⁰). Der Gebrauch des von der Firma abweichenden Namens ist nicht ausschlaggebend (unten Anm. 12).

d) **Die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe** ist ein in Anm. 9ff. § 343 erörterter Begriff. **Ann. 5.**
Soweit nach § 343 die Zugehörigkeit möglich ist, soweit wird sie nach § 344 vermutet, wenn der Sachverhalt nicht entgegensteht (Volze 13 Nr. 259); also vermutet bei Verzicht auf Vertragsstrafe, selbst wenn der Anspruch aus einem Nichthandelsgeschäft herrührt (RG. 72, 436; 29, 11¹); bei Annahme eines Fabrikmeisters (RDStG. 11, 387), eines Kassierers (RDStG. 6, 195); in letzterem Falle sind daher Ansprüche aus der Kasseführung Forderungen aus Handelsgeschäften. Selbst Verträge zur Sicherstellung von Kindern werden von der Vermutung des § 344 getroffen (JW. 91, 556¹⁸). Das gilt auch von Geschäften, die außerhalb des Kreises von Handelsgeschäften liegen, auf welche der Gewerbebetrieb zunächst gerichtet ist; Näheres § 343 Anm. 9ff., 12ff.

e) **Die Vermutung gilt für und gegen jedermann**, insbesondere nicht nur gegen den Kaufmann, sondern auch für ihn, für und gegen den Vertragsgegner. Dem, der sich auf sie beruft, **Ann. 6.**
muß der Gegenbeweis dahin geführt werden, daß ihm im Augenblicke des Vertragsschlusses die Nichtzugehörigkeit zum Handelsbetriebe bekannt oder doch erkennbar gewesen ist (RDStG. bei Buchelt Anm. 9 zu Art. 274). Eine Erkundigungspflicht besteht für den Vertragsgegner nicht.

Auch bei Anwendung anderer gesetzlicher Bestimmungen ist die Vermutung **Ann. 7.**
von Bedeutung, so z. B. bei der Verjährungsbestimmung des § 196 Nr. 1 BGB., wie früher Art. 274 beim Verjährungsgeetze für Preußen von Bedeutung war (RDStG. 12, 233; 14, 256; 15, 38; RG. 5, 274); jetzt auch für das preußische Einkommensteuergesetz; auch für § 1405 BGB. (Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe einer Ehefrau, Allg. Einl. Anm. 44), auch für Anwendung des § 25 und für die Frage nach dem Umfange der Veräußerung eines Geschäfts (RG. 59, 215; § 343 Anm. 26; § 25 Anm. 11; § 22 Anm. 24 u. 29).

§ 344. 2. (Abf. 2.) **Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus ihnen selbst das Gegenteil ergibt.**

Ann. 8.

a) **Eines Kaufmannes** Schuldscheine müssen es sein (oben Ann. 1). Hier muß die Kaufmannseigenschaft zur Zeit der Ausstellung bestehen. Wenn ein unter § 2 fallender Gewerbetreibender vor der Eintragung einen Darlehnschuldschein zeichnet und begibt, jedoch erst nach seiner Eintragung das Darlehn erhält, so findet § 344 Abf. 2 keine Anwendung (unten Ann. 12).

b) **Gezeichnet** müssen sie vor ihm sein, aber nicht gerade handschriftlich, auch Faksimilierung und Unterstempelung können genügen, soweit dies nach dem Gesetze überhaupt zur Gültigkeit genügt. Auch die von einem berechtigten Vertreter gezeichneten Schuldscheine fallen darunter. Die §§ 126, 127, 793 Abf. 2 und 164 BGB. sind maßgebend (§ 350 Ann. 54 ff.).

Ann. 9.

c) **Die Schuldscheine.** Dieser Begriff ist hier in der weitesten Bedeutung zu nehmen. Er umfaßt alle Urkunden, die ein Verpflichtungsbekanntnis enthalten, gleichviel, ob darin der Schuldgrund angegeben ist oder nicht, ob sie einen Schuldgrund schaffen oder ihn nur beweisen (ZB. 01, 576¹⁴; hinsichtlich der Beweisurkunden anders Pahn § 5 Art. 274), ob sie über eine schon fällige oder über eine befristete oder bedingte Schuld, ob sie nur über eine Schuld oder zugleich über eine gegenüberstehende Forderung oder die Einräumung eines andern als eines obligatorischen Rechts lauten — Schuld und Pfandscheine (vgl. Wolff in ZHR. 47, 249 mit Literaturangaben), ebenso die Urkunde, durch welche eine Hypothek bestellt wird.

Ann. 10.

Im einzelnen gehören hierher: Schuldurkunden mit Schuldgrund (RDHG. 2, 429; 3, 367; 12, 111); Wechsel (RDHG. 4, 35; 9, 174), und zwar Akzeptierungen, Ausstellungen und das Giro; Verpflichtungsscheine (RDHG. 8, 431); Bürgschaftsscheine (RDHG. 9, 174), selbst solche, die eine künftige Forderung sicherstellen sollen (Behrend § 29 Ann. 15 gegen RDHG. 20, 400); Konnossemente; Lager- und Ladescheine (RDHG. 8, 410); Darlehns- u. Hinterlegungsscheine (RG. 59, 213); Schlusßzettel; Abrechnungen; Anerkennnisse von Abrechnungen, z. B. das schriftliche Anerkennnis eines Kontokorrents durch einen Restaurateur (RDHG. bei Buchelt Ann. 10 zu Art. 274); Provisionscheine; Anstellungsbriefe; auch Briefe, welche außerdem einen andern Inhalt haben (§§ 368 ff. BGB.).

Ann. 11.

Nicht hierher gehören: Vermerke in den Handelsbüchern; Quittungen, da diese den Gegenfuß zu den Schuldscheinen bilden (§§ 368 ff. BGB.); doch sind Quittungen wohl zu unterscheiden von den Empfangsbekanntnissen, welche, wie der Darlehnschuldschein oder der Hinterlegungsschein, die Übernahme einer Verpflichtung begründen oder beweisen.

Ann. 12.

d) **Sie gelten als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig, wenn sich nicht aus ihnen selbst das Gegenteil ergibt.** Es liegt eine gleichfalls durch § 292 ZPO. gedeckte praesumptio juris et de jure insofern vor, als der Inhalt des Schuldscheins selbst die Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe ergeben muß (Wolff ZHR. 47, 253). Das kann der Fall sein, wenn der in der Urkunde bezeichnete Schuldgrund kein dem Handelsgewerbe angehöriger ist, sondern dem privaten Leben des Kaufmanns angehört, z. B. bei Anschaffung für den Haushalt, für den Betrieb der Landwirtschaft, zur Mitgiftbestellung, und dies im Schuldschein zum Ausdruck gebracht ist (RDHG. 2, 429; 9, 174). Die Nichtzugehörigkeit zum Handelsgewerbe wird dadurch nicht dargetan, daß der in der Urkunde nicht bezeichnete, ihr aber in Wirklichkeit zugrunde liegende Schuldgrund dem Handelsgewerbe nicht angehört; vielmehr sind die Schuldscheine des Kaufmanns ohne Schuldgrund insofern dieser Vorschrift stets als zum Handelsgewerbe gehörig zu betrachten, da sich aus ihnen niemals das Gegenteil ergeben kann (Förtisch Ann. 10 Art. 274). Auch dadurch kann die Nichtzugehörigkeit zum Handel nicht dargetan werden, daß der in der Urkunde angegebene nicht der wahre Schuldgrund ist, der wahre Schuldgrund aber dem Handelsbetriebe nicht angehört (RDHG. 12, 111), oder gar, daß der angegebene Schuldgrund Zweifel übrig läßt, wie z. B. Darlehn. Denn auch das Darlehn kann Handelsgeschäft sein (RDHG. 3, 367). Ist kein Schuldschein über das Darlehn ausgestellt, so kommt es auf den Zweck der Darlehns-

aufnahme an (ZW. 93, 310¹⁹). Ist dagegen ein Schuldschein ausgestellt, so ist der Beweggrund der Ausstellung unerheblich, weil sich nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes aus dem Inhalt des Scheins ergeben muß, daß er nicht im Betrieb des Handelsgewerbes gezeichnet ist (ZW. 01, 576¹⁴); daher läßt sich die Vermutung des Abs. 2 § 344 nicht durch den Nachweis entkräften, daß dem Schuldschein klaglose Differenzgeschäfte, die dem Handelsgewerbe des Schuldners nicht angehören, zugrunde liegen (RG. 56, 196). Anders liegt die Sache, wenn dem Gläubiger bekannt war, daß durch die Zeichnung des Scheines eine Geschäftsverbindlichkeit nicht begründet werden sollte (Anm. 14). Daß der Kaufmann seinen von der Firma abweichenden bürgerlichen Namen gebraucht hat, ist ebenfalls kein ausreichender Gegenbeweis (RDStG. 2, 430; 14, 12 u. 210; Bolze 4 Nr. 466; 14 Nr. 492a; RG. 59, 214), kann jedoch ein Umstand sein, um in Verbindung mit anderen — aus der Urkunde sich ergebenden — Tatsachen den Gegenbeweis zu begründen (RDStG. 14, 286; ZW. 93, 203; 98, 15¹³; a. M. Wolff ZStR. 47, 250). Daß mit der Firma gezeichnet wurde, ist umgekehrt das gewöhnliche Merkmal dafür, daß für das Geschäft gehandelt wurde (RDStG. 14, 211; RG. 56, 197).

- c) **Auch diese Vermutung gilt gegen und für den Kaufmann**, gegen und für den Nehmer **Anm. 13.** und den Dritten (Behrend § 29 am Schlusse), auch für den Erwerber der Forderung (Behrend § 29 Anm. 17). — Auszudehnen ist die Anwendbarkeit der Fiktion des § 344 Abs. 2 auf sonstige Verhältnisse, in denen es sich um die Zugehörigkeit zum Gewerbebetriebe handelt, wie beim Übergang eines Handelsgeschäfts mit allen Passiven auf einen neuen Erwerber (oben Anm. 7; § 25 Anm. 11; § 22 Anm. 24 u. 29; § 343 Anm. 26; Wolff ZStR. 47, 255 ff.), so daß die vom Vorbesitzer ausgestellten Schuldscheine als im Betriebe des Handelsgeschäfts ausgestellt gelten, die Schuld also zu den übernommenen Geschäftsschulden gehört (RG. 59, 216). Will sich der Übernehmer des § 25 dagegen schützen, so muß er den Abs. 2 des § beobachten.
- f) **Mit Recht wird aber die Zulässigkeit der Einrede der Arglist** (§§ 157, 242 BGB.) **dann Anm. 14.** **angenommen**, wenn der Nehmer oder Erwerber des Schuldscheins beim Erwerbe gewußt hat, daß das Geschäft, über welches der Schuldschein gegeben ist, dem Handelsbetriebe nicht angehört (Wolff ZStR. 47, 252; RG. 56, 197; a. M. Förstich Art. 274 Anm. 10), nicht aber schon dann, wenn der Nehmer dies hätte wissen müssen, aber aus Nachlässigkeit nicht wußte, und ferner nicht schon dann, wenn der Nehmer beim Erwerbe gutgläubig war und erst nachher die Nichtzugehörigkeit erfahren hat (Wolff ZStR. 47, 252).

§ 345.

Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft **§ 345.** ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein Anderes ergibt.

1. **Inhalt und Bedeutung des vorliegenden Paragraphen.** Ist das Geschäft auf beiden Seiten **Anm. 1.** ein Handelsgeschäft, d. h. sind beide Teile Kaufleute, so ist kein Zweifel darüber, daß die Vorschriften des 3. Buches auf beide Teile Anwendung finden. Desgleichen ist kein Zweifel darüber, daß bei einseitigen Handelsgeschäften die Vorschriften des 3. Buches auf den Anwendung finden, auf dessen Seite ein Handelsgeschäft vorliegt. Aber das Gesetz geht darüber hinaus und will — das ist der Inhalt und die Bedeutung des vorliegenden Paragraphen — auch bei einseitigen Handelsgeschäften die Vorschriften des 3. Buches regelmäßig auf beide Teile anwenden, und nur ausnahmsweise, wenn die Vorschrift eine gegenteilige Absicht hat, nur auf den Vertragsteil, auf dessen Seite ein Handelsgeschäft vorliegt.
2. Alles das gilt nicht nur von Verträgen, sondern von allen Rechtsgeschäften **Anm. 2.** ten, bei denen überhaupt „zwei Teile“ möglich sind, also auch von Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind (Kündigungen, Mahnungen, Vertragsangebote).

- § 345.** 3. Die Regel des Paragraphen greift auch Platz, wenn das Geschäft **zufolge der Vermutung des § 344** auf der einen Seite als Handelsgeschäft gilt. Auch dann finden regelmäßig die Vorschriften über Handelsgeschäfte auf beide Teile Anwendung.
- Ann. 3.**
- Ann. 4.** 4. **Und endlich ist hervorzuheben, daß der Grundsatz des Paragraphen auf die ganze Rechtsphäre der Handelsgeschäfte nach Entstehung, Wirkung und Auflösung Anwendung findet**, so insbesondere auf Vollmachten, welche zu Handelsgeschäften erteilt werden, Genehmigungen, Anerkenntnisse (Völge 5 Nr. 428, 429; RG. 4, 310). Nicht aber bezieht sich diese Erstreckung auf Bürgschaften oder sonstige Übernahme der Haftung für fremde Schulden; sie müssen aus selbständigen Gründen Handelsgeschäfte sein, um unter die Regel des vorliegenden Paragraphen zu fallen (MDStG. 2, 43; 20, 400; JW. 93, 23⁴³; § 343 Ann. 27).
- Ann. 5.** 5. Die Folge dieser Vorschrift ist, daß, wenn ein Teil Kaufmann ist, die Vorschriften über Handelsgeschäfte regelmäßig auf beide Teile Anwendung finden. Denn Handelsgeschäfte sind die Geschäfte eines Kaufmanns. Die Kaufmannseigenenschaft muß zur Zeit der Vornahme des Geschäfts, bei Willenserklärungen zur Zeit der Abgabe der Erklärung vorhanden sein (§ 310 Abs. 2 BGB.). Wenn daher ein unter § 2 fallender Gewerbetreibender vor seiner Eintragung (§ 2) einem Kaufmann ein zu seinem Gewerbe gehöriges Geschäft angetragen und der Adressat die Annahme zu einer Zeit erklärt hat, zu der der Antragsteller eingetragen war, so ist ein beiderseitiges Handelsgeschäft geschlossen, da die Annahmeerklärung beiderseitiges Handelsgeschäft ist (Wolff, Festgabe der Berliner jur. Fakultät für Gierke, 1910, S. 37). Nur wenn es sich um die Verjährung eines Anspruchs nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB. handelt, kommt es für das anzuwendende Recht auf den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs an (JW. 05, 169⁷).
- Ann. 6.** 6. Der Hauptanwendungsfall dieses Paragraphen und der mit ihm in Verbindung stehenden Vorschrift des früheren Art. 277 war die durch Art. 317 ausgesprochene Formfreiheit aller Handelsgeschäfte. Er ist im neuen BGB. fortgefallen. Denn eine besondere Formfreiheitsvorschrift für Handelsgeschäfte ist nicht mehr gegeben, weil schon das BGB. von der Regel der Formfreiheit der Verträge ausgeht. Diese Regel gilt nun auch im Handelsrecht, aber mit den Ausnahmen des BGB. (siehe unten § 350 Ann. 1 ff.).
- Ann. 7.** 7. **Ausnahmevorschriften**, d. h. solche, bei denen das Gesetz sagt, daß die Vorschriften über Handelsgeschäfte nicht auf beide Teile Anwendung finden, sind z. B. die §§ 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352 Abs. 1, 353.

§ 346.

§ 346. Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Upt, I. u. II. u. Neue Sammlung; Danz, Die Auslegung der Rechtsgechäfte², 1906; Derselbe in JheringsZ. 54, 1; Dove-Meyerstein, Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von der Handelskammer Berlin, 1907; Frankfurter Handelsgebräuche, Handelskammer F. 1906; Kahane, 1908; Paris, Holzproduktion, Holzverlehr und Holzhandelsgebräuche in Deutschland, 1907; Kiejenfeld, Breslauer Handelsgebräuche, 1900, neue Folge 1900 bis 1906 u. zweite Folge 1911; Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, 1902.

Einteilung. Unser Paragraph beschäftigt sich mit der Auslegung von Willenserklärungen. Er behandelt den Stoff nicht erschöpfend, auch nicht einmal für das Handelsrecht. Vielmehr sind die §§ 133, 157 BGB. zur Ergänzung heranzuziehen.

Als oberster Grundsatz wird in § 133 BGB. eine Pflicht des Richters zur Auslegung § 346. von Willenserklärungen aufgestellt, der er nur dann überhoben ist, wenn eine Auslegung unmöglich, der Inhalt der Erklärungen so widerspruchsvoll oder widersinnig ist, daß ein Wille daraus überhaupt nicht festgestellt werden kann (ZB. 1910, 8017; 1911, 875). Ergeben sich Bedenken gegen die eine oder andere Art der Auslegung, so ist der wirkliche Wille zu erforchen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (Anm. 2). Wenn sich auf diesem Weg der Wille nicht vollständig ermitteln läßt, kommt die Regel des § 157 BGB. zur Anwendung, nach der Verträge (und Willenserklärungen) nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und unter Kaufleuten gemäß unseres Paragraphen mit Rücksicht auf Handelsgewohnheiten und -Gebräuche auszulegen sind (Anm. 4 ff.). Erst, wenn auf diese Weise der Vertragsinhalt festgestellt ist, kommt die Vermutung von der Richtigkeit und Vollständigkeit von Vertragsurkunden zur Geltung (§ 350 Anm. 79). Eine Ergänzung finden diese in den §§ 133, 157 BGB. aufgestellten Regeln in dem Satze, daß auch alle Erfüllungshandlungen durch die Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte beherrscht werden (§ 242 BGB.; unten Anm. 20). Keine Anwendung finden die Grundsätze von Treu und Glauben nur da, wo es sich um die rechtliche Charakterisierung eines Rechtsverhältnisses handelt; hier entscheidet der Richter völlig frei in Würdigung aller Umstände auf Grund des Tatbestandes. Auch kann nicht bei Verletzung gesetzlich gebotener Formvorschriften die Gültigkeit des deshalb nichtigen Vertrags aus den §§ 157, 242 BGB. hergeleitet werden; hier versagen Treu und Glauben und die Verkehrssitte regelmäßig (RG. 52, 4; unten Anm. 21; § 350 Anm. 81).

1. **Die §§ 133, 157 BGB. sind maßgebend für die Auslegung von Willenserklärungen, auch für das Handelsrecht.** Anm. 1. Der § 346 BGB. tritt für diese Frage völlig in den Hintergrund. Der frühere Art. 279, an dessen Stelle § 346 BGB. getreten ist, hatte bahnbrechend gewirkt, indem er für Handelsgeschäfte ganz allgemein anordnete, daß bei der Beurteilung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Dieser Grundsatz ist nunmehr in § 157 BGB. für die Auslegung von Verträgen als Vorschrift des bürgerlichen Rechts zur Anerkennung gelangt und er ist auf die Auslegung von Willenserklärungen überhaupt auszudehnen (Allg. Einl. Anm. 25). Die Vorschrift findet auch auf Handelsgeschäfte Anwendung. Unserem § 346 kommt eine besondere Bedeutung nur insofern zu, als er verfügt, daß die im Verkehr unter Kaufleuten geltenden Gebräuche nur im Rechtsverkehr unter Kaufleuten zur Anwendung gelangen (unten Anm. 11), und dies auch nur dann, wenn die Kaufleute nicht etwas vom Handelsbrauch oder von der Verkehrssitte Abweichendes bestimmt haben. Letzteres trifft zu, wenn der Vertrag zweifelsfrei und klar ist. Dann kann es auf einen abweichenden Handelsbrauch nicht ankommen. Der Richter, der sich in solchem Falle an einen Handelsbrauch halten wollte, würde an Stelle des Parteiwillens etwas anderes, nicht Gewolltes, setzen. Können nun auch die in §§ 133, 157, 242 BGB. und in unserem § 346 aufgestellten Grundsätze allgemeine Herrschaft beanspruchen, so sind sie doch nur auf Vertragsverhältnisse (und letztwillige Verfügungen) berechnet; außerhalb von Vertragsverhältnissen kann nur eine Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB.) in Frage kommen; daher macht sich ein Kaufmann, der weiß, daß seine Firma von einem Geschäftsfreund zur Akzeptierung von Wechseln mißbraucht wurde, dem gutgläubigen, diskontierenden Bankier nicht etwa von dem Gesichtspunkte aus haftbar, daß er nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte der Fälschung durch Warnung des Bankiers hätte entgegengetreten müssen; aus einer solchen Unterlassung kann nur ein Verstoß gegen die guten Sitten, also ein Anspruch aus unerlaubter Handlung, hergeleitet werden, wenn nicht eine stillschweigende Bevollmächtigung zum Firmengebrauch nach § 167 BGB. festzustellen ist (vgl. RG. 70, 353; ZB. 1911, 761¹⁹; Dresden Sächj. OLG. 1912, 187; § 350 Anm. 56 a. E.).

Bevor aber an eine Auslegung nach §§ 133, 157, 242 BGB. herangetreten wird, muß immer die Anwendbarkeit deutschen Rechts feststehen (Erl. zu § 372 Anm. 5 ff.).

§ 346. II. Die Auslegung von Willenserklärungen auf Grund der §§ 133 und 157 BGB.

Anm. 2. 1. Nach § 133 BGB ist der wahre Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, wie dies auch im Art. 278 des alten §OB. angeordnet war. Diese Bestimmung verlangt völlig freie Handhabung, namentlich im Gebiet des Versicherungsrechts (RG. 10, 160; RDStG. 2, 34; JW. 01, 849²¹), so daß nicht von der Vermutung ausgegangen werden darf, die Parteien müßten die Gesetze kennen, der Erklärende hätte sich die rechtliche Lage klarmachen müssen (RG. 64, 167). Daß vollends der Erklärende sich der rechtlichen Tragweite seiner Erklärung nach allen Richtungen hin bewußt sein müsse, gehört am allerwenigsten zur Wirksamkeit einer Willenserklärung (RG. 64, 165). Wenn sodann vorgeschrieben ist, daß der wahre Wille erforscht werden soll, so heißt das, daß nur der erklärte Wille maßgebend sein darf; was der Erklärende innerlich bezweckt und gewollt hat, ohne diesen Willen dem Gegner erkennbar zu machen, darf nicht beachtet werden (RG. 68, 126; 54, 182; 21, 180; RDStG. 1, 22). Bei Beurteilung der Frage, was als erklärter Parteiwille anzusehen ist, kommt zunächst der Ausdruck, also auch der Wortlaut in Betracht, der nach Vertragsinhalt, Vertragszweck, Sprachgebrauch, nach den beiderseitigen Interessen, nach den Persönlichkeiten und allen Umständen zu prüfen ist. So ergibt sich der Wortsin, den die Parteien ihren Ausdrücken beigelegt wissen wollten. Der Satz, daß man sich an den Wortlaut so lange halten müsse, als er irgend einen verständigen Sinn gibt (Volze 3 Nr. 480), würde zu weit gehen; denn der Richter soll am Wortlaut gerade nicht haften. Allein zum Abgehen vom Wortlaut oder vom natürlichen Wortsin bedarf es eines besonderen Anlasses (Volze 4 Nr. 480; 5 Nr. 443); d. h. es müssen die Parteien erkennbar etwas anderes gewollt haben (JW. 93, 429; Gruch. 38, 1135); in dieser Beziehung ist auch ein Irrtum einer Partei — mag es ein Irrtum im Beweggrund oder ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung sein — (anders als bei der Anfechtung) zu berücksichtigen (RG. in SeuffA. 64, 137). Der Ausdruck soll also, wenn er auch das vornehmste Wahrheitserforschungsmittel bleibt, nicht allein entscheiden; wohl aber muß, wer eine vom Wortlaut abweichende Auslegung behauptet, dafür den Beweis übernehmen; das ist zwar keine gesetzliche Beweisregel, wohl aber eine aus § 133 BGB. zu ziehende Folgerung. Ergibt die Darlegung desjenigen, der diese Abweichung behauptet, einen klaren verständigen Sinn, so ist dieser Beweis zu erheben. Auf diese Weise kann der wahre Wille aus mündlichen Verhandlungen, selbst im Widerspruch mit dem zweifelsfreien Wortlaut von Urkunden, zur Geltung kommen (JW. 94, 318; Volze 9 Nr. 24), sofern nicht der Formzwang entgegensteht (§ 350 Anm. 7 u. 79). Die Auslegung muß endlich den Gesamtinhalt der ganzen Willenserklärung, also den ganzen Vertragsinhalt im Zusammenhang würdigen. Es dürfen nicht einzelne Bestimmungen eines Vertrags nur für sich betrachtet werden. Der Richter muß vielmehr unzweifelhaft erkennen lassen, daß er kein Zerreißen in einzelne Teile, sondern eine zusammenfassende Beurteilung vorgenommen hat (JW. 05, 135; 1911, 180³). Die Grenzen der Auslegung sind dahin zu ziehen, daß die Auslegung keine willkürliche, keine unvernünftige sein und nicht gegen den klaren Willen der Parteien, also nicht gegen den klaren Wortlaut erfolgen soll (RG. 68, 126; 64, 233; 62, 172; 40, 120; 12, 23; LZ. 1912, 69¹). Der letztere Grundsatz bedarf, wie schon oben angedeutet, vorsichtiger Anwendung, weil der gewählte Wortlaut mitunter dem wahren Willen, auf den es allein ankommt, nicht entspricht und der Wille dann einen unrichtigen oder unvollständigen Ausdruck gefunden hat; zu einer solchen Annahme bedarf es aber eines erkennbaren Grundes. Sobald die Parteien eine gewisse Auslegung übereinstimmend als gegeben oder als ausgeschlossen bezeichnen, so hat sich der Richter diese tatsächliche Unterlage zu eigen zu machen, wenn nicht besondere zwingende Umstände dagegen sprechen (JW. 05, 682²; 06, 809³); dieser Ausnahmefall liegt vor, wenn die gewählte Auslegung zu einem widerspruchsvollen unvernünftigen Ergebnis führen würde (RG. in SeuffA. 62, 133), oder wenn der Sinn, den die Parteien in ihre Erklärungen gelegt wissen wollten, darin unmöglich gefunden werden kann. Ein besonderer Fall letzterer Art ist es, wenn die Parteien ihren

Erklärungen abichtlich eine den wahren Willen verdeckende Fassung gegeben haben (z. B. zur Fernhaltung von Angriffen Dritter); alsdann kommt es darauf an, ob das wirklich gewollte Geschäft noch bestehen kann; denn was erklärterweise nicht gewollt war, besteht ja nicht (§§ 116, 117 BGB.; JW. 1910, 60³). Ergeben sich bei der Auslegung Zweifelsfragen, so ist von mehreren zulässigen Auslegungen die vorzuziehen, nach der die Willenserklärung nicht bedeutungslos und nicht widerspruchsvoll ist; im übrigen entscheiden im Zweifel Billigkeit und Zweckmäßigkeit; und hier setzt die Rechtsregel des § 157 BGB. nach einer doppelten Richtung ein: Läßt der Vertragsinhalt erkennen, daß gerade die Punkte, um die es sich handelt, nicht geregelt worden sind, weil die Parteien deren nicht dachten, so hat der Richter den Parteiwillen aus dem, was sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ergibt, so zu ergänzen, daß er ermittelt, was die Parteien über die ausgelassenen Punkte bestimmt haben würden, wenn sie daran gedacht hätten (hierüber unten Anm. 4 ff.). Läßt dagegen der eigentümliche Inhalt des Vertrags, also die abgegebene Willenserklärung, keine bestimmte Deutung zu -- das ist der andere Anwendungsfall des § 157 BGB. --, so kann der Richter die abgegebene, zweideutige Willenserklärung -- und dies gilt auch für Urkunden doppeldeutigen Inhalts -- dahin deuten, daß sie das Übliche besagen soll. In der Sprache des § 157 BGB. heißt dies: der Richter kann sagen, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte mit einem bestimmten Ausdruck ein bestimmter Sinn verbunden und daraufhin der Wille als in dieser Weise erklärt zu betrachten sei, weil der Gegner den Ausdruck so verstehen durfte (RG. 63, 11; JW. 1911, 90⁸ u. 179²). So kann gefolgert werden, daß ein Bierabnahmevertrag, der keine Zeitdauer angibt, als auf ein Endjahr geschlossen gilt (JW. 99, 440²⁰); daß mit Rückzahlung des mit einem Bierabnehmer verbundenen, hypothekarisch gesicherten Darlehens des Brauers wegen der gegenseitigen Bedingtheit auch der Bierabnahmevertrag sein Ende erreicht habe (JW. 05, 46²⁰); daß für ein Alleinverkaufsrecht eine zeitliche Grenze gewollt war (JW. 05, 339⁹); daß bei einem auf längere Zeit geschlossenen Warenabnahmevertrag mit Vertriebspflicht und Alleinverkaufsrecht wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses ein wichtiger Grund (Unverträglichkeit, Zerstörung des Vertrauens) zur sofortigen Auflösung berechtigte (RG. bei Goldheim 08, 208; vgl. auch Ert. zu § 346 Anm. 16 a. E.); daß eine vierwöchentliche Kündigungsfrist eine einmonatliche sein sollte (Allg. Einl. Anm. 25); nicht aber daß der Wirt dem Brauer über die Menge des von ihm anderweit bezogenen Bieres Auskunft geben müsse; denn eine allgemeine Auskunftspflicht des Schuldners gibt es nicht (RG. bei Goldheim 08, 14). Auch hier würde sich, wie bei der ergänzungsweise Anwendung der Verkehrssitte kein Teil darauf berufen können, daß er etwas anderes gewollt habe, als sich nach der Verkehrssitte ergibt (JW. 97, 92⁴⁴; 1911, 90⁸), auch nicht darauf, daß er die Verkehrssitte nicht gekannt hat und hierwegen guten Glaubens war (Allg. Einl. Anm. 25 u. unten Anm. 9). Vielmehr muß sich, wer im Rechtsverkehr auftritt, gefallen lassen, daß seine Willenserklärungen so ausgelegt werden, wie es der Auffassung redlicher Männer entspricht. Wo also eine zweifelhafte, somit auslegungsbedürftige Willenserklärung vorliegt, sind Verkehrssitte und Handelsgebräuche erheblich dafür, wie die Erklärung gemeint war. Über die hier zu ziehenden Grenzen unten Anm. 7.

Auch wo die Natur des Vertrags zu einschränkender Auslegung zu drängen scheint, wie bei Bürgschaft, Schiedsvertrag, Konkurrenzklauseln (JW. 06, 736⁴; 03 Beil. 43⁹² u. 121, Warn. 08 Nr. 457; LZ. 09, 311¹⁵ u. 318²), Strafgedingen (RG. 20, 111; JW. 1910, 934²), Bewirkungsklauseln (unten Anm. 19) ist der wahre Parteiwille zu erforschen. Es darf nicht der Satz aufgestellt werden, daß eine Vertragsbestimmung grundsätzlich einschränkend oder zugunsten des Schuldners auszulegen sei; es muß vielmehr immer unter Berücksichtigung des gesamten Sachverhalts und der besonderen Umstände des einzelnen Falles die wahre Willensmeinung ermittelt werden. Dieser Standpunkt des Gesetzes ist auch anzuwenden auf Freizeichnungsklauseln des Verkäufers bei Betriebsstörungen, bei Wagenmangel, Ausständen, Eisenbahnunfällen Verschulden der Transportgesellschaft (JW. 08, 476⁴). Derselbe Grundsatz gilt auch gegenüber den Auslegungs-

§ 346.

Anm. 2.

Anm. 3.

§ 346. regeln, die das alte Recht und Wissenschaft und Praxis aufgestellt hatten; also von den Regeln, daß zweideutige Ausdrücke zuungunsten desjenigen auszulegen seien, der sie gebraucht oder die Mehrdeutigkeit verschuldet hat (RG. 53, 60; Bolze 9 Nr. 240; RDStG. 14, 437); daß bei gleichstehenden Wahrscheinlichkeiten zugunsten des Verpflichteten (RG. in LZ. 05, 71; RDStG. 14, 268) oder zum Nachteil dessen auszulegen sei, dem ein Recht eingeräumt worden ist; daß von mehreren Auslegungen der Vorzug derjenigen einzuräumen ist, bei der das Geschäft Bestand hat (RDStG. 16, 430); daß Verzichte nicht vermutet werden (RG. in LZ. 1910, 7697); daß das Geschriebene dem Gedruckten vorgehe, oder daß Versicherungsbedingungen im Zweifel zugunsten des Versicherungsnehmers auszulegen seien (ZB. 02 Beil. 209⁴⁵). Als Regeln lassen sich solche Sätze nun nicht mehr bezeichnen; aber sie können doch im einzelnen Falle brauchbare Fingerzeige dafür geben, was die Parteien gewollt haben. So ist es auch zu verstehen, daß Vertragsbedingungen, die von dem einen Vertragsteil allein ausgearbeitet und festgesetzt sind, und Zweifel darüber, ob der Wille dieses Vertragsteils im Vertrag zum Ausdruck gebracht ist, zu dessen Nachteil wirken (RG. 72, 395; ZB. 90, 403⁸; 03, 29³⁰); der Verfasser einer zweifelhaften Bestimmung muß sie also gegen sich auslegen lassen (RG. 10, 160; ZB. 02 Beil. 209⁴⁵); vgl. aber über Zweifelsfragen auch oben Anm. 2. Eine gewisse Einschränkung ist der Auslegung gezogen, wenn der Wille der Parteien eine urkundliche Form angenommen hat (hierüber § 350 Anm. 7 u. 79), und hier gilt dann noch etwas Besonderes für die Auslegung von Patenten insofern, als im Zweifelsfall die Tragweite des Patents nach dem Stand der Technik zur Zeit der Anmeldung des Patents zu beurteilen ist (RG. in UntW. Jahrg. 10, 345 u. 380; Jahrg. 9, 303; ZB. 1910, 299³⁷ u. 05, 749⁹).

Anm. 4. 2. **Ist der Wille des Erklärenden nicht zu ermitteln, oder ist eine Willenserklärung über den betreffenden Punkt überhaupt nicht abgegeben, so kommt § 157 BGB. zur Anwendung,** welcher, wie bereits in der Allg. Einleitung Anm. 25 u. oben Anm. 2 ausgeführt ist, nicht nur, wie sein Wortlaut besagt, für Verträge gilt, sondern auf alle Arten von Rechtsgeschäften (auch einseitige, auch Unterlassungen) auszudehnen ist. Diese Funktion als Ergänzung der Ermittlungen über den Parteiwillen ist die wichtigste des § 157.

Anm. 5. a) Das ist im Grunde genommen allerdings keine Auslegung mehr. Denn hier wird nicht mehr festgestellt, was die Parteien als ihren wahren Parteiwillen erklärt haben, sondern es wird der Inhalt des Rechtsgeschäfts, da der Parteiwille in Wahrheit nicht festgestellt werden kann, ergänzt durch Heranziehung von objektiven Normen und Anschauungen, die noch dazu unabhängig vom Parteiwillen zur Anwendung gelangen. Die Parteien regeln oft nicht alle Möglichkeiten, weil sie bei Vertragsschluß nicht an alles denken. Alsdann erwächst dem Richter die Pflicht, zu ermitteln, wie die Parteien den fraglichen Fall geordnet haben würden, wenn sie an den Fall gedacht hätten, z. B. welche Vergütung dem Geschäftsmittler zugestanden worden wäre, wenn er den Abschluß zu einem niedrigeren Preis als den vermittelt hat, für den ihm eine Vergütung zugesagt war (ZB. 1912, 190⁵). Dies ist freie Gestaltung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts, aber nicht mehr Auslegung des wahren Willens (RG. in LZ. 08, 866⁵; 09, 673⁵; ein Beispiel im Gf. zu § 372 Anm. 6b).

Anm. 6. b) Die Willenserklärung ist so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten. Die Anwendung dieses Satzes ist nicht davon abhängig, daß sich eine tatsächliche Übung bereits gebildet haben müßte. Auch wenn sich keine Übung gebildet hat, ist dem Rechtsgeschäft, soweit sein Inhalt von den Parteien nicht bestimmt ist, doch der Inhalt zu geben, wie er sich aus der Auffassung rechtlicher Verkehrsanschauung ergibt. Die Verkehrssitte ist wohl der wichtigste Leitstern für die Beurteilung der Schuldverhältnisse nach Treu und Glauben. Aber der einzige ist er nicht. Denn es sind alle Umstände des einzelnen Falles, wie Zweck, Veranlassung, Art, Ort und Zeit der Willenserklärung, Sprachgebrauch, Persönlichkeiten, mit in Betracht zu ziehen (oben Anm. 2). Der Beweis, daß einer der Beteiligten einen anderen Willen gehabt habe, als er nach der Verkehrssitte anzunehmen ist, ist unzulässig, er hätte eben

erklärt werden müssen (oben Anm. 2). Wer also einen einen Vertragsschluß bezweckenden § 346. Antrag erhält und diesen Antrag annimmt, muß widersprechen, wenn er den Antrag in einem anderen Sinne als in dem der Verkehrssitte verstanden wissen will (unten Anm. 9). Es kann dann nicht mangelnde Willensübereinstimmung vorgeschützt werden, wenn der eine sich den betreffenden Punkt des Rechtsgeschäfts so, der andere sich ihn anders gedacht hat; der Vertrag ist zustande gekommen, sobald sich die beiderseitigen Erklärungen in diesem Sinne decken (RG. 58, 235; Erg. zu § 361 Anm. 91 ff.). Und sie decken sich, wenn der eine Teil dem Gegner eine zweideutige Erklärung abgegeben hat, aber sich darüber nicht im Zweifel befinden konnte, daß der Gegner die Erklärung in einem bestimmten Sinne verstehen werde, und dieser sie auch wirklich so verstanden hat (JW. 09, 489¹⁰). Steht es außer Frage, daß das Geschäft zustande gekommen ist, so muß sich jeder Teil gefallen lassen, daß ihm ein Inhalt gegeben wird, der der herrschenden Verkehrsauffassung entspricht (RG. 42, 146); auch wenn sich die Parteien über den nun streitigen Punkt gar keine Gedanken gemacht haben (oben Anm. 5), oder ein Teil nicht die Absicht gehabt hat, sich zu verpflichten (RG. 68, 128). Beispiel: „Der Beklagte versteht unter der Vertragsbestimmung „30 Tage 5%“ einen Warenrabatt, und es liegt nichts dafür vor, daß er nicht schon beim Geschäftsabschluß die Verabredung in diesem Sinne aufgefaßt hat; mag nun der Kläger auch von einer anderen Auffassung ausgegangen sein, so kommt es doch nur darauf an, wie die Verabredung nach objektiven Merkmalen und nach der Auffassung des Handelsverkehrs zu verstehen ist (JW. 03, 421⁸). — Häufig genügt schon die Feststellung der leitenden Gesichtspunkte, um danach anzunehmen, daß die Parteien die Einzelheiten in der oder jener Weise geordnet haben wollen. Beispiele: Wer sein Geschäft verkauft, übernimmt zugleich die Verpflichtung, an demselben Ort kein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen — gleichgültig aus welchen Gründen der Verkauf erfolgte; dies ergibt sich aus der Natur der Sache, geht also über den in JW. 08, 135² entschiedenen Fall hinaus (vgl. § 22 Anm. 33; anders wenn nach dem Zweck einer Einigung die Ausschaltung der Konkurrenz nicht erfolgen sollte; RG. in LZ. 1912, 146¹⁰); ebenso wird man annehmen müssen, daß der Gesellschafter, der seine Kundschaft in eine G. m. b. H. eingebracht hat, zwar ein Konkurrenzgeschäft eröffnen darf, jedoch mit der Beschränkung, daß ein Abspenstigmachen der eingebrachten Kundschaft ausgeschlossen sein muß; muß der Vermieter eines Hotels bei Beendigung der Miete das Inventar, das der Mieter käuflich übernommen hatte, nach einer Lage wieder übernehmen, so muß der Vermieter bei Beendigung der Miete die Ergänzungsstücke nach dem Wert zur Zeit der Beendigung der Miete übernehmen, soweit die Anschaffung zur Bewirtschaftung des Hotels erforderlich war (RG. in LZ. 08, 61²⁰). Treu und Glauben sind also überall ausschlaggebend.

- c) Besteht eine Verkehrssitte, so ist auf sie Rücksicht zu nehmen, und es entscheidet die Verkehrssitte, welche als die von den Parteien anzuwendende gemeint sein muß. Es ist dies regelmäßig nicht die Verkehrssitte des Erfüllungsortes wie bei § 242 BGB., sondern des Ortes des Vertragsschlusses und der Abgabe der Erklärung. Damit ist aber nur eine Verkehrssitte gemeint, die in der Verkehrsübung tatsächlich zum Ausdruck gekommen ist; nicht sind gemeint bloße Verkehrsanschauungen (RG. 49, 162; Allg. Einl. Anm. 25). Das Bestehen einer Verkehrssitte ist Gegenstand des Beweises, wie jede andere tatsächliche Behauptung. Es muß jedoch der Umfang der Verkehrssitte oder des Handelsbrauchs so bestimmt von dem Behauptenden angegeben werden, daß erkennbar ist, daß Verkehrssitte oder Brauch gerade auf die Streitfrage Anwendung findet; sonst braucht der Beweis nicht erhoben zu werden (RG. 17, 125; 16, 215 unten Anm. 11). Der Richter urteilt über den Beweis nach freier Überzeugung gemäß § 286 ZPO. (unten Anm. 13). Die Verkehrssitte ist nur da nicht zu beachten, wo das Gesetz sie ausschließt (unten Anm. 10) und da, wo die Parteien etwas von der Verkehrssitte Abweichendes verabredet haben, und endlich da, wo die Verkehrssitte sich als mit der Sicherheit des Verkehrs unverträglich, d. h. als ein Mißbrauch erweist (JW. 05, 299). Ein solcher Mißbrauch würde gegeben sein, wenn nach einer Verkehrssitte der Käufer selbst dann den vereinbarten Zah-

Anm. 7.

§ 346. lungstag nicht einzuhalten hätte, wenn der Verkäufer sich für den Fall unpünktlicher Zahlung den Rücktritt ausbedungen hätte. Endlich darf die Verkehrssitte nicht gegen die guten Sitten verstoßen (ZB. 08, 3²).

Ann. 8. Auf eine Verkehrssitte ist um so mehr Rücksicht zu nehmen, wenn sie sich zur Rechtsübung verdichtet hat. Gewohnheitsrecht kommt also auch auf diesem Gebiete zur Anwendung (vgl. Allg. Einl. Anm. 26 ff. u. 33).

Ann. 9. Auch hier ist der Gegenbeweis nicht zulässig, daß der beim Rechtsgechäft Beteiligte in Wahrheit einen anderen Willen gehabt hat (oben Anm. 6), oder daß der andere Teil das Rechtsgechäft anders aufgefaßt hat, auch nicht der Gegenbeweis, daß die Partei nicht die Absicht gehabt habe, sich der Verkehrssitte zu unterwerfen (bei der Rechtsitte kommt es ja auf den Unterwerfungswillen sicherlich nicht an), vielmehr ist unabhängig von einem Unterwerfungswillen die Verkehrssitte zu berücksichtigen (Allg. Einl. Anm. 25). Keineswegs ist mit Dernburg (II 1 § 10 III) anzunehmen, daß die Verkehrssitte keine Bedeutung für die Vertragsschließenden habe, wenn beide Teile sie nicht kannten, und daß, wenn nur ein Teil sie kannte, sie höchstens dann Anwendung finden könne, wenn dieser Teil — nach Dernburg muß dies sogar der Gläubiger sein — erwarten durfte, daß der andere Teil sie kannte. Die Bedeutung der Verkehrssitte würde dadurch in einer Weise eingeengt, die in den Worten und in der Absicht des Gesetzes keine Stütze findet. Insbesondere würde die Verkehrssitte dadurch in den zahlreichen Fällen von der Anwendung ausgeschlossen, in denen es sich um Punkte handelt, an welche keine der beiden Parteien beim Abschlusse des Rechtsgechäftes gedacht hat und hinsichtlich deren Verkehrsitten bestehen, die keiner der beiden Parteien bekannt waren. Solche Punkte können nur nach der Verkehrssitte bestimmt werden. Es entspricht durchaus dem Sinne der §§ 157, 242 BGB., wenn bei einem Streite über Art oder Maß der Vertragsverpflichtungen der eine Teil zum andern sagt: wir haben beide an einen solchen Fall nicht gedacht, wir waren uns auch beide nicht bewußt, was in solchem Falle die Verkehrssitte erfordert, aber ich habe mich jetzt danach erkundigt, und ich verlange nichts anderes, als was der Verkehrssitte entspricht. Das ist nun auch ein in der Rechtsprechung feststehender Satz (RG. 54, 177; ZB. 07, 149³⁴; 03, 183⁴⁰; 98, 162²⁹ u. 667³¹). So hat auch das RG. (EisLothJ. 29, 304) erkannt, daß die Umfüllung des Weins durch den Käufer nach Handelsgebrauch selbst dann Genehmigung bedeuten kann, wenn der Käufer durch die Umfüllung, bevor ein endgültiges Urteil über die Beschaffenheit des Weins möglich war, nur ein ruhiges Lagern bezweckte, aber dieser seiner Absicht keinen erkennbaren Ausdruck verliehen hatte; und RG. im „Recht“ 03, 603: Treu und Glauben erheischen, daß der Gewerbetreibende sein Verhalten nach dem einrichte, was an dem Ort seines Gewerbes das Hergebrachte ist und sich danach erkundige. Es kommt also nicht darauf an, ob er die Übung gekannt hat. Ein nach Vertragsschluß erfolgter Widerspruch einer Partei gegen einen Handelsbrauch ist demnach ohne Bedeutung; die Partei, die nicht gebunden sein will, muß vorher widersprechen (RG. in LZ. 08, 931⁴).

Ann. 10. Ist hiernach auf eine Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen, so ist diese auch im Widerspruch mit den Gesetzen zur Anwendung zu bringen (Allg. Einl. Anm. 27). Wenn z. B. in einem bestimmten Handelszweige sich die Verkehrssitte bilden sollte, daß die Handlungsgehilfen mangels anderer Vereinbarung als auf ein Jahr fest angestellt betrachtet werden, so würde dies gegen § 66 BGB. zur Anwendung zu bringen sein. Die dem Gesetz entgegenstehende Auffassung der Verkehrssitte allein, ohne daß diese sich zu einer Verkehrsübung verdichtet hätte, kann im Widerspruch mit dem Gesetz nicht zur Geltung kommen. Ferner ist eine Verkehrssitte im Widerspruch mit einem Gesetz ausschließlichen Charakters (Allg. Einl. Anm. 12 ff.) nicht zur Anwendung zu bringen. Man hat dies auch früher (MDStG. 16, 125) angenommen, weil die Anerkennung der Verkehrssitte auf dem Parteiwillen beruhe. Dieser Grund fällt zwar weg, aber der Grundsatz bleibt bestehen, weil nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz soweit hat gehen wollen, der Verkehrssitte auch dort Übermacht über sich selbst einzuräumen, wo es aus höheren Gründen eine bestimmte Regelung

zwingend angeordnet hat. Auf solchem Gebiete hat es vielmehr seine eigene Anschauung unbedingt über andere Anschauungen setzen und den entgegengesetzten Anschauungen entgentreten wollen. Wenn sich daher in einem Handelszweige die Verkehrssitte bilden sollte, daß die Handlungsgehilfen als mit täglicher Kündigung angestellt zu betrachten sind, so würde diese Verkehrssitte nicht zur Anwendung zu bringen sein, weil sie gegen ein Gesetz von ausschließlichem Charakter verstieße, nämlich gegen § 67 HGB. (Allg. Einl. Anm. 27). So würde auch eine Verkehrssitte, nach der der Verkäufer eines Geschäfts, der zugleich seine Räume an den Käufer vermietet, nach Ablauf der Miete an der Vermietung an einen Konkurrenten des Käufers des Geschäfts gehindert würde, nicht oder doch nur unter ganz besonderen Umständen zu beachten sein; denn eine solche Beschränkung des Eigentums will der Gesetzgeber nur in besonders gearteten Fällen. § 346.

Nur eine solche Verkehrssitte ist zu berücksichtigen, die ihrer Natur nach sich auf das betreffende Rechtsgeschäft erstreckt. Es muß sich also um eine Sitte handeln, die an diesem Orte gilt, und für die Rechtssphäre, der das in Rede stehende Geschäft angehört. So würde z. B. eine nur im Verkehr zwischen Kaufleuten geltende Verkehrssitte im Verkehr eines Kaufmanns mit einem Nichtkaufmann nicht anwendbar sein, sondern nur unter Kaufleuten, und das ist es, was der vorliegende § 346 HGB. hervorhebt (ZB. 07, 149³⁴); gegen den Nichtkaufmann muß also der Beweis seiner Kenntnis der Unterwerfung unter den Handelsbrauch geführt werden. Es muß feststehen, daß der Brauch auch im Verkehr zwischen Voll- und Minderkaufleuten besteht, wenn ein Minderkaufmann gebunden sein soll. Dernburg (II 1 § 10 IV) gibt dem § 346 die besondere Bedeutung, daß die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten unter Kaufleuten auch dann maßgebend sind, wenn sie beiden Teilen oder einem nicht bekannt waren. Allein wie oben Anm. 9 dargetan, ist dies keine Besonderheit der Handelsverkehrssitte, sondern gilt von jeder Verkehrssitte. Auch gegenüber dieser Regel des § 157 HGB. hinsichtlich der Verkehrssitte kommen die Auslegungsregeln, welche Landesgesetze, Wissenschaft und Praxis auf Grund des alten Rechts gefunden hatten, nicht zur Anwendung; es gilt ihretwegen das in Anm. 3 Ausgeführte.

Nur bei ausländischen Handelsgebräuchen muß der Unterwerfungswille erkennbar zum Ausdruck gekommen sein (MDStG. 12, 287; 6, 78); sei es auch nur in der Weise, daß der Brauch gerade für diese besondere Art des Auslandsverkehrs als bestehend festgestellt wird. Eine solche Unterwerfung unter englischem Brauch ist z. B. anzunehmen, wenn ein in Deutschland wohnender Kaufmann durch Vermittlung eines englischen Agenten bei einer englischen Firma eine Bestellung macht, mögen auch die Unterhandlungen deutsch geführt, und mag auch die Vertragsurkunde in deutscher Sprache abgefaßt sein. Anm. 12.

Der Beweis einer Verkehrssitte kann auf jede Weise erbracht werden (oben Anm. 7). Die Verkehrssitte und deren Kenntnis hat zu beweisen, wer sich darauf beruft. Jedoch kann über das Bestehen von Handelsbräuchen von den Kammern f. H. auf Grund eigener Sachkunde entschieden werden mit derselben Wirkung, wie wenn ein Gutachten erhoben wäre (§ 118 HGB.). Der Berufsrichter hat daher nachzuprüfen (RG. 44, 34). Überzeugt er sich von der Richtigkeit, so liegt eine der Revision unzugängliche Auslegung einer Willenserklärung vor (RG. 2, 385). Es darf jedoch kein Handelsgebrauch angenommen sein, dem tatsächliche oder rechtliche Unmöglichkeit entgegengehalten werden kann (RG. 30, 80), noch darf das Berufungsgericht von der Unanfechtbarkeit einer nach § 118 HGB. getroffenen Feststellung ausgegangen sein (RG. 10, 93) oder eine solche Feststellung als einem Satz nachgebenden Rechts widersprechend übersehen haben (ZB. 94, 20⁵²). Auch auf seine Folgerichtigkeit (ZB. 99, 533⁸ u. 576¹⁵) und darauf muß ein Handelsgebrauch geprüft werden, ob er sich nicht als ein eine Übervorteilung bezweckender Mißbrauch darstellt (RG. in SeuffA. 46 Nr. 116).

III. Die Auslegung von Willenserklärungen gehört dem Gebiet der Tatsachenwürdigung an. Anm. 14.
Allein die bezüglichlichen Feststellungen sind der Revision unbedingt zugänglich, soweit gar keine Auslegung im eigentlichen Sinne sondern eine Ergänzung des Parteiwillens statt-

§ 346. gefunden hat (oben Anm. 5f.). Hier findet also § 550 ZPO. unbeschränkte Anwendung. Ferner ist die Verletzung der guten Sitte (ZB. 08, 3²; 06, 453⁹) und die Verletzung von Treu und Glauben Rechtsfrage, die der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegt (ZB. 06, 457⁹; 03, 50¹⁸); desgleichen die Auslegung des Umfangs eines Patents (ZB. 00, 137¹⁸; dazu Say in GewRschuß 15, 271). Im übrigen ist die Auslegung von Willenserklärung und Verträgen als reine Tatsachenwürdigung nicht revidibel (ZB. 05, 116²⁰; RG. in LZ. 09, 470²⁵). Dieser Satz erleidet jedoch verschiedene Einschränkungen. Zunächst müssen die Gründe erkennen lassen, daß der Richter sich der Bestimmungen der §§ 133, 157 BGB. bewußt gewesen ist, nach denen Willenserklärungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs- und der Handelsitte auszulegen sind und nicht am Ausdruck zu haften ist. Sodann darf die Auslegung nicht von unrichtigen materiellrechtlichen Grundtatsachen beeinflusst (RG. 2, 379), und muß das ganze Vorbringen, soweit erheblich, in seinem Zusammenhang so, wie es Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, gemäß Anm. 2ff. gewürdigt, und diese Würdigung nach § 286 ZPO. mit Gründen versehen sein (ZB. 09, 190²; 05, 399²⁵). Die Auslegung darf Willenserklärungen keinen unmöglichen oder unverständigen Inhalt geben, namentlich nicht sich über den klaren Wortlaut hinwegsetzen; ein allerdings mit Vorsicht anzuwendender Satz (RG. 64, 233; 41, 120; vgl. oben Anm. 2). Verstöße nach allen diesen Richtungen sind der Revision nach § 550 ZPO. zugänglich. Daran ändert die neue Fassung des § 561 ZPO. nichts. Ist nach dem tatsächlich unanfechtbar festgestellten Sachverhalt überhaupt nur eine einzige Auslegung möglich, so liegt eine reine Rechtsfrage vor; in diesem Falle kann das Reichsgericht selbst in der Sache entscheiden, also selbst auslegen (ZB. 07, 269²⁴; 06, 348⁴; 05, 295²⁴).

Anm. 15. IV. **Beispiele für Auslegung von Willenserklärungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsitte.**

- a) Hervorzuheben ist, daß das **Schweigen als Unterlassung** im Sinne des vorliegenden Paragraphen gilt (RDStG. 15, 96) und überhaupt als Willenserklärung, so daß es ebenfalls von der Regel des § 157 BGB. beherrscht wird. Auch für das Schweigen gilt daher der Satz: es ist so zu deuten, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsitte dies gebieten. In den geeigneten Fällen ist das Schweigen die dem anderen Teil gegenüber abgegebene Willenserklärung gemäß § 130 BGB. (die daher auch wegen Irrtums usw. anfechtbar sein kann). Wer z. B. bei bestehender Spielgeschäftsverbindung zur Tilgung seiner Gewinnforderung ein Los zugesandt erhält, hat seine Annahmeerklärung durch Schweigendes Behalten kund getan (vgl. RG. 48, 178).

Anm. 16. Es besteht kein Handelsgebrauch, daß Stillschweigen allgemein als Genehmigung gelte. Der Satz: qui tacet consentire videtur gilt nicht allgemein (RG. 54, 180), insbesondere dann nicht, wenn es sich um Änderung bestehender Vertragsverhältnisse handelt, da der Empfänger einer darauf gerichteten Anzeige im Bewußtsein seines Vertragsrechts die Antwort auf das unberechtigte Ansinnen meist unterlassen darf (RG. 3, 65; ZB. 98, 482), wie z. B., wenn der Verkäufer dem Käufer eine Rechnung über einen streitigen Posten zuschickt, oder wenn eine Partei ihre künftige unpünktliche Erfüllung dem Gegner im voraus anzeigt, und überhaupt, wenn eine Partei ihren Standpunkt einmal fest und bestimmt betont hat (ZB. 98, 482²²) oder wenn es sich um Vorschläge, einen bestehenden Vertrag zu ändern, handelt (RG. 3, 65; RDStG. 15, 96; RG. bei Goldheim 20, 148); in allen diesen Fällen darf der Empfänger der Erklärung selbst dann schweigen, wenn sie einem Anwesenden gegenüber mündlich abgegeben worden ist (ZB. 1911, 535⁶); es wäre denn, daß besondere Umstände dem Schweigen eine rechtsbegründende Wirkung verleihen; das ist etwas anderes als das Schweigen auf Bestätigungsschreiben (hierüber Ergl. zu § 372 Anm. 38). Im Handelsverkehr kann das Stillschweigen unter Umständen im Hinblick auf bestehende Gewohnheiten und Gebräuche als Zustimmung angesehen werden (RG. 54, 181). Besonders gilt das Schweigen dort als Genehmigung, wo auf Seiten des Schweigenden die Absicht vorliegt, den andern zu einer ihm nachteiligen, dem Schweigenden aber vorteilhaften Untätigkeit zu verleiten; noch mehr, wo Täuschungsabsicht vorliegt

(R.D.S.G. 15, 96; 22, 130; R.G. SächsN. 8, 451), oder wenn ein mündlich geschlossener **§ 346.**
 Vertrag von einem Vertragsteil als geschlossen schriftlich bestätigt wird (Z.B. 97, 88³⁴; **Ann. 16.**
 98, 162²³; R.G. 54, 181). (Über die Wirkung der Annahme von Fakturen, Kommissionskopien, Bestellscheinen, Schlußscheinen, über Vermerke in Katalogen und Preislisten, über Nichtbeantwortung von Bestätigungsschreiben hinsichtlich des Erfüllungsorts, der Erfüllungszeit und der Einzelheiten der Zahlung s. Erf. zu § 372, 34 ff. u. 44). Auch dann steht das Schweigen einer Genehmigung gleich, wenn unter den Verhandelnden ein Vertragsverhältnis bereits bestand (R.D.S.G. 4, 203, 350; 15, 97), und der Brieffschreiber ein dringendes Interesse an einer umgehenden Antwort hatte, weil er seine Entschliebung erkennbar nach dem Schweigen des andern als einer Zustimmung einrichten wollte (R.D.S.G. 22, 132; 24, 196; Z.B. 94, 318; R.G. 10. 2. 98 SächsN. 8, 451; R.G. 30, 62); z. B., wenn dem Gläubiger vom Schuldner angezeigt wird, der bereits fällige, geringe Zins werde gleichzeitig mit dem in Kürze fälligen Kapital bezahlt, oder wenn über einen Vertragsantrag nur eine teilweise Äußerung erfolgt, während im übrigen Stillschweigen beobachtet wird (R.D.S.G. 16, 41; Sendung bestellter und unbestellter Ware), oder wenn sich nach Vertragschluß — objektiv betrachtet — die Ergänzung des Vertrags als nötig zeigt, und der Ergänzungsvorschlag dem Gegner zugegangen ist. Alles dies aber immer unter der Voraussetzung, daß der Schweigende tatsächlich die ihm gewordenen Erklärungen in dem Sinne verstand, daß eine Antwort nach Treu und Glauben erfordert wurde (Z.B. 94, 318). Alsdann genügt die Entschuldigung, man habe das Schreiben nicht gelesen, nicht (R.G. 54, 182). Vorbehaltlose Annahme der Faktura über die bestellte Ware gilt als Genehmigung des vorher nicht vereinbarten Preises (R.D.S.G. 1, 85; 3, 114; 16, 41). Im übrigen aber ist der widerspruchsflosen Annahme der Faktura die Bedeutung nicht beizulegen, als ob die von den gesetzlichen oder vereinbarten Bedingungen des Geschäfts abweichenden Bemerkungen dadurch genehmigt seien (Bolze 18 Nr. 447; vgl. Erf. zu § 372, 34 u. 44). Wird mit einem Agenten ein Abkommen getroffen, und schickt der Geschäftsherr der Deutlichkeit wegen ein Bestätigungsschreiben an die Gegenpartei, so ist das Schweigen Billigung, so z. B. wenn darin die Klausel enthalten ist „nach den hiesigen Börsenbedingungen“ (Bolze 1 Nr. 654). Übersendet der eine Teil dem anderen seine Geschäftsbedingungen, und werden dann Geschäfte gemacht, so gelten die Geschäftsbedingungen als genehmigt (Goldheim 8, 190; BanN. 9, 141 u. 317; Z.B. 01, 621¹⁴; unten Ann. 17). Besonders hervorzuheben ist, daß der Schuldner, wenn ihm der Gläubiger rechtzeitig anzeigt, er werde den schuldigen Betrag an einem bestimmten Tage per Tratte „entnehmen“, durch sein Schweigen dies genehmigt und daher verpflichtet ist, die Protestkosten zu tragen (Riesenfeld 00 Nr. 386 u. 387 u. 06 Nr. 240 u. 241); dagegen bildet dies keinen selbständigen Klagegrund für die Hauptsumme; der Anspruch auf diese muß vielmehr besonders begründet werden. Für den Verkäufer besteht wohl eine Pflicht, nach Treu und Glauben, die voraussichtliche Unmöglichkeit der Erfüllung dem Käufer mitzuteilen (D.R.G. Hamburg 13. 5. 01 SeuffN. 56 Nr. 219); dagegen besteht für keinen Vertragsteil eine Pflicht, den andern über die sinkende Tendenz des Marktes (D.R.G. Hamburg SeuffN. 57 Nr. 140) oder über Fehler seiner Preisberechnung aufzuklären (Erf. vor § 373 Ann. 23).

- b) Das Vertragsschließen mit öffentlichen Anstalten (z. B. Banken, Versicherungs-, Transportanstalten), welche Prospekte oder allgemeine Bedingungen versenden, seitens solcher Personen, welche ein Exemplar dieses Prospekts erhalten haben, gilt als Unterwerfung unter die Bedingungen (R.G. 13, 77). Über Versicherungsbedingungen bestehen besondere Vorschriften (hierüber Könige Priv.-UntG. § 9 Ann. 1 ff.; § 10 Ann. 1 ff., § 4 Ann. 3 u. 4). Ja schon das Abschließen nach gehöriger öffentlicher Bekanntmachung der Bedingungen wird als Unterwerfung anzusehen sein. Es ist bekannt, daß allgemeine Verkehrsanstalten besondere Bedingungen (Tarife, Bestimmungen über Haftung für Verlust und Beschädigung usw.) aufstellen müssen, um ersprießlich zu wirken; denn die gesetzlichen Bestimmungen sind nicht erschöpfend und **Ann. 17.**

§ 346.
Ann. 17.

nicht für alle Betriebsarten gleich passend. Veröffentlicht eine solche Anstalt ihre allgemeinen Bedingungen, so muß von jedem, der mit ihr abschließt, angenommen werden, daß er sich ihnen unterwirft, auch wenn er kein Exemplar des Prospekts empfangen oder gelesen hat (RG. in RGBl. 94, 70). So ist in RDStG. 9, 187 ausgesprochen, daß Kreditvereine ihre gehörig veröffentlichten Bedingungen stillschweigend zum Bestandteil ihrer Abschlüsse machen, und andererseits der Kreditbürge sich auf Einhaltung dieser Bedingungen hinsichtlich der Begrenzung des dem Hauptschuldner zu gewährenden Kredits verlassen darf. Einem ähnlichen Gedanken hat das RDStG. (12, 214) in bezug auf den Annoncenspediteur, der seine Tarife verbreitet, Ausdruck gegeben; allerdings nur dahin, daß der Annoncenspediteur an die von ihm veröffentlichten Bedingungen gebunden ist, sowie daß die Zusendung des Tarifs zwar kein Vertragsanerbieten, aber doch die Festsetzung dessen enthält, was vereinbart zu gelten hat, wenn der Vertrag zustande kommt. Weiter kann man allerdings nicht gehen: man kann privaten Verkehrsanstalten, die ihre Bedingungen nicht oder nicht geeignet veröffentlicht haben, nicht das Recht gewähren, sich auf ihre Bedingungen zu berufen (RG. in RGBl. 94, 70). Zu eng faßt sich RG. 58, 155; danach wäre der Kunde nur gebunden, wenn von ihm nach den Grundsätzen von Treu und Glauben erwartet werden muß, daß er die ihm in dem gedruckten Formular gemachten allgemeinen wie besonderen Vertragsvorschläge geprüft habe. Es kann vielmehr nur darauf ankommen, ob der Kunde verständigerweise gar nichts anderes gewollt haben kann, als sich den ihm zugegangenen (oder veröffentlichten) Bedingungen zu unterwerfen — einerlei, ob er sie gelesen hat oder nicht. Nach Treu und Glauben muß er sich eben damit bekannt machen. Diesem Standpunkt nähert sich nun auch das RG. in LZ. 08, 383². Die bloße Kenntnis davon, daß jede Transportunternehmung ihre besonderen Kommissionsbedingungen hat, genügt natürlich nicht zur Annahme der Unterwerfung desjenigen, dem sie nicht zugegangen oder sonst bekannt gegeben worden sind (RG. 66, 40). Ganz sicher ist die Unterwerfung, wenn der Kunde die Bedingungen oder deren Änderung auf Verlangen der Bank oder Anstalt unterschreibt und zurückschickt (mag auch der Zusatz „Kenntnis genommen“ gemacht sein. *Warneher Rspr.* 1911 Nr. 362) oder unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Bedingungen abschließt (oben Ann. 16 u. Erg. zu § 372 Ann. 37). (Die bei der Zulassung eines Unternehmers von der Staatsverwaltung aufgestellten Vorschriften über die bei jedem Geschäftsabschluß einzuhaltenden Bedingungen gelten sogar ohne weiteres als Inhalt der im Geschäftsbetrieb geschlossenen Verträge; vgl. RDStG. 14, 36). Das Gegengewicht gegenüber diesem Unterwerfungswillen ruht, was die Privatversicherungsunternehmungen angeht, in einer Anfechtung der Genehmigung der Versicherungsbedingungen wegen Irrtums und in einem besonderen Widerspruchsrecht (§ 5 VVG.) sowie in der Staatsaufsicht (Könige PrivVUntG. zu §§ 9, 10 u. 16) und sodann in den Grundsätzen über den Zwang zum Vertragschluß (Erg. zu § 346 Ann. 35) sowie in dem Umstand, daß durch die Unterwerfung unter derartige Bedingungen kein selbständiger Vertrag geschlossen wird; vielmehr bilden diese einen Teil des Hauptvertrags und fallen mit dessen Ungültigkeit von selbst; daher wird bei eintretender Ungültigkeit des Hauptvertrags auch die Schiedsgerichtsklausel, die häufig in den formularmäßigen Bedingungen der Syndikatsverträge sowie des Bank- und Versicherungsverkehrs sich findet, hinfällig, so daß nicht etwa das Schiedsgericht über die Gültigkeit des Hauptvertrags zu entscheiden hat und dieser so erzwingbar gemacht werden könnte (RG. 43, 408; 58, 181; JW. 04, 76⁵²; 05, 400); über die Schiedsgerichtsklausel bei Börsentermingeschäften Erg. zu § 376, § 355 Ann. 24, bei Kartellen Erg. zu § 346 Ann. 49. Endlich kann auf dem Weg der Unterwerfung verbotenen und unsittlichen Geschäften Wirksamkeit nicht verliehen, auch nicht für alle aus einer Geschäftsverbindung entstehenden Streitigkeiten von vornherein und ganz allgemein ein bestimmtes Schiedsgericht aufgestellt werden (RG. 36, 422).

Ann. 18. c) **Über Börsenanzeigen** s. Allg. Einleitung Ann. 36.

Ann. 19. d) **Weitere Beispiele:** RDStG. 7, 61; RG. 40, 200; LZ. 09, 232²⁰ („nicht“ oder „nie verflagen wollen“ ist nur längere Stundung); DLG. Posen Ceuffl. 64, 120; Celle DLG. R.

20, 166 (Kaufpreisstundung bis zum Verbrauch) oder bis alle Waren verkauft sind, § 346. Anm. 19.
ist nur angemessene Stundung); RG. in LZ. 1910, 936³ (Äußerungen wie „ich schreibe den Posten in den Schornstein“ oder „ich mache einen Strich durch die Forderung“ sind noch keine bestimmten Verzichtserklärungen); RDStG. 4, 353; 13, 366 („sofort, unverzüglich“ bedeuten kein absolutes Zeitmaß); RDStG. 2, 185; („zahle nach Bequemlichkeit, wie es mir paßt“, nicht Willkür, sondern Ziel nach dem richterlichen Ermessen; dasselbe gilt von den Wendungen: ich zahle nach und nach, ehestens, sobald als möglich oder tunlich, in Kurzem, bei guter Gelegenheit; Prot. II. 38); RDStG. 15, 176 (Höflichkeitsausdrücke wie „aus Gefälligkeit“ ändern an der bindenden Natur des Geschäfts nichts); RDStG. 8, 209; 15, 334; RG. bei Goldheim 05, 283 („zirka“ bedeutet bestimmte Summe oder Menge mit geringer Abweichung nach richterlichem, oder sachverständigem Ermessen mit Rücksicht auf die Parteiabicht und, wenn diese keinen Ausdruck gefunden hat, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte; vgl. Erf. vor § 373 Anm. 35); RDStG. 14, 81 („frei bleibend“ in einem Verkaufsantrag ist gleichbedeutend mit dem Vorbehalt völliger Freiheit des Handelns, kann aber auch eine bedingte feste Bindung, „solange der Vorrat reicht“, bedeuten). Über die Klausel „setz an die Hand geben“ Erf. vor § 93 Anm. 17; örtlicher Sprachgebrauch und besondere Umstände sind zu beachten (RG. in SeuffA. 52 Nr. 149). Verhinderung des Eintritts einer nach freiem Belieben zu erfüllenden Bedingung, um sich die Vorteile des Geschäfts auf andere Weise zu sichern, verstößt nicht gegen Treu und Glauben (RG. 53, 257; Mot. I, 263). Volze 5 Nr. 446 (garantierter Gewinn bedeutet Ausschluß von der Teilnahme am Verlust). Im Buchhandel bedeutet die Festsetzung eines Ladenpreises die beiderseitige Verpflichtung, den festgesetzten Preis innezuhalten (LG. Hamburg in HR. 43, 344). RG. 28, 176; JW. 90, 382³¹; 08, 478⁷ (Besserungsache begründen eine Rechtspflicht zur Nachzahlung, auch zu Teilzahlungen, bei dem vom Gläubiger zu beweisenden Eintritt besserer Verhältnisse; entscheidend ist dafür, ob der Lebensunterhalt beeinträchtigt wird), JW. 06, 457¹⁰: die Verjährung läuft, sobald der Gläubiger von der Besserung Kenntnis erlangt hat (RG. 40, 200 u. Hamburg HansGZ. 97 Beibl. 5: Ist Zeit oder Höhe der Abzahlung dem Ermessen des Verpflichteten überlassen, so entscheidet das billige Ermessen, und kann im Falle offener Unbilligkeit die Entscheidung des Verpflichteten nach § 315 BGB. angegriffen werden), RG. im „Recht“ 1910 Nr. 284: Ist ungebührlich lange Zeit verlossen, so ist Rückforderung auch bei mißlichen Verhältnissen zulässig. Nachträgliche Stundung auf Raten schließt im Zweifel die Verfallklausel (clausula cassatoria) in sich, so daß nicht pünktliche Einhaltung der Termine den ganzen Betrag fällig macht, und die Verjährung für alle künftigen Termine ihren Lauf beginnt, sobald auch nur ein Termin nicht eingehalten ist (JW. 1910, 280²; Warneryer Rpr. 1912 Nr. 6; Volze 18 Nr. 265, a. M. 8. Aufl.). Die Verfallklausel setzt, wie die Verwirkungsklausel, Verschulden an der Säumnis voraus (RG. 28, 392; 26, 64; 62, 191; LZ. 08, 705 und 698¹¹⁸; 07, 64¹²; JW. 01, 655; 00, 299; 06, 111⁹; 1911, 805⁶; der Schuldner kann sich auf entschuldbaren Irrtum über die Leistungszeit berufen: RG. 19, 134; 16, 122; 10, 159); dasselbe muß bei entschuldbarem Irrtum über die Bedeutung der Klausel gelten; keinesfalls kann der Gläubiger, wenn infolge von Vergleichsverhandlungen eine Verspätung stattfand („Recht“ 07, 389³²¹; RG. 22, 204; 19, 132), oder, wenn er verspätete anstandslos Leistungen angenommen hat, ohne Warnung auf die Klausel greifen; dies würde gegen Treu und Glauben verstoßen (JW. 08, 550¹¹; 05, 403³¹; 98, 111¹⁰; Warneryer Rpr. 1912 Nr. 162); nach Eintritt der Berechtigung muß auch in angemessener kurzer Zeit dem Gegner der Entschluß des Berechtigten, von der Verfallklausel Gebrauch zu machen, erkennbar gemacht werden, sonst ist nach Treu und Glauben Verzicht anzunehmen (JW. 08, 235⁵; 98, 111¹⁰). Hierzu ist schließlich noch zu bemerken, daß die in einer Verwirkungsklausel gesetzte Frist zur Vornahme einer Handlung im Zweifel nicht nur eine Einrede gewährt, sondern eine Ausschlußfrist ist, d. h. den Anspruch ohne Weiteres mit dem Ablauf zur Erlöschung bringt (RG. in LZ. 1911, 927¹⁹). Die Verpflichtung eines Bankiers gegenüber einem anderen Bankier das Konto eines Schuldners des Letzteren abzulösen, bedeutet

§ 346. die Übernahme der Verpflichtung, den bisherigen Gläubiger zu befriedigen, um in dessen Rechte einzutreten (JW. 1912, 28¹⁰). Die Verpflichtung, mangelhafte Ware jederzeit zurückzunehmen, ist nicht wörtlich zu deuten (Polze 18 Nr. 437); ebenso will die Umtauschklausel nur besagen, daß die Ware noch innerhalb beschränkter, nach der Natur des Geschäfts zu bemessender Zeit umgetauscht werde (Celle DLGR. 20, 166). Abruf nach Bedarf enthält die Zusicherung des Käufers, daß er seinen Bedarf nicht anderweitig deckt (DLG. Kolmar „Recht“ 05, 229). Durch die Klausel wird nur die Zeit des Abrufs je nach Bedarf bestimmt, nicht aber das Geschäft selbst durch das Vorhandensein eines Bedarfs bedingt; ein Bedarf wie er zur Zeit des Abschlusses erwartet werden durfte, gilt als außer Zweifel gestellt (DLG. Celle „Recht“ 08, 391²³⁰⁰; DLG. Kolmar „Recht“ 07, 508¹⁰⁰⁴; weiteres Ergl. zu § 359 Anm. 5). Die Klausel „cif“ (cost, insurance, freight) bedeutet, daß der Verkäufer Kosten, Versicherung und Fracht bis zum Bestimmungsorte übernimmt (RDG. 13, 438; RG. 14, 114; JW. 01, 761²⁵; 02, 609¹³; Ergl. zu § 372 Anm. 31), zu frankieren braucht er nicht (SeuffA. 60, 435; Hamburg DLGR. 9, 271). Die Klausel „fob“ (free on board) bedeutet, daß Verkäufer die Einladungskosten bis an Bord des Schiffs trägt (Hamburg DLGR. 19, 354 u. HansGZ. 09 Sp. 268; Ergl. zu § 372 Anm. 31). Im Verhältnis des Abladers zum Schiffer bedeutet die Klausel, daß der Ablader die zu Wasser herangeschaffte Ware längs Schiffsseite zu liefern und der Schiffer die Ware auf seine Kosten in sein Schiff zu laden hat (§ 561; DLG. Hamburg, HansGZ. Sp. 131; vgl. Niefenfeld Nr. 458). Hat der Versender fob Stettin zu liefern, so trägt der Käufer die Kosten der Umladung aus dem Seedampfer in den Ockerfahn (Niefenfeld Nr. 663). Kostfracht oder „Kost und Fracht“ (cost and freight; abgef. c. & f.) bedeutet Preis (der Ware) einschließlich Fracht.

Anm. 20. **Zusatz 1. Die Berücksichtigung der Verkehrssitte ist dem Richter noch durch eine andere Gesetzesvorschrift außer § 157 BGB. zur Pflicht gemacht, nämlich durch den § 242 BGB.** Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dies erfordern. Im allgemeinen wird dies mit § 157 BGB. zusammenfallen: meist wird sich aus der Auslegung von Willenserklärungen auch die Art der Leistung ergeben. Aber die beiden Gebiete decken sich nicht notwendig. Deshalb ist die Verkehrssitte und zwar die am Erfüllungsorte (RG. im „Recht“ 07, 696¹⁴¹⁴; Ergl. zu § 372 Anm. 1 ff.) herrschende Verkehrssitte nach den zu Anm. 7 ff. dargestellten Grundätzen auch über den Bereich des § 157 BGB. hinaus in Betracht zu ziehen, so daß die Verkehrssitte mit entscheidet, ob der Schuldner nach Ort, Art und Zeit gehörig erfüllt hat, ob die Leistung unmöglich ist (RG. 57, 118), ob sich der Schuldner selbst in die Unmöglichkeit versetzt hat, künftig zu erfüllen (RG. 60, 160). Überall wo das Maß der aus Rechtsgeschäften und aus unerlaubten Handlungen entstehenden Verpflichtungen in Frage kommt, greift § 242 BGB. Platz. So wird der Käufer durch § 242 BGB. geschützt, wenn er zwar seinen Bedarf an gewissen Waren bei einem bestimmten Fabrikanten decken muß, aber infolge im ordnungsmäßigen Geschäftsgang vorgenommener Betriebsänderung keinen Bedarf mehr hat. So wird der Käufer eines Geschäfts durch § 242 BGB. geschützt, wenn der Verkäufer, der ihn mit Rat und Tat zu unterstützen verpflichtet ist, seine (nicht erzwingbare) Leistung gegen Treu und Glauben und die Verkehrssitte unterläßt. Der Verkäufer muß den Käufer dann nach § 242 BGB. schadlos halten.

Auch der Gläubiger unterliegt dem § 242 BGB., nicht nur der Schuldner. Man darf zwar nicht so weit gehen, daß dem Gläubiger zuzumuten wäre, den Schuldner bei Erfüllung seiner Vertragspflichten zu unterstützen oder seinerseits von Handlungen abzusehen, die dem Schuldner seine Vertragserfüllung erschweren könnten; liegen solche Handlungen im vertraglichen Interesse des Gläubigers und sind sie nicht schikanös, so macht der Gläubiger lediglich von seinem Vertragsrecht Gebrauch (RG. im „Recht“ 09 Nr. 633). Nur unter ganz besonderen Umständen verstößt die Ausübung von Vertragsrechten gegen § 242 BGB.; dies ist z. B. der Fall bei Verletzung des § 826 BGB. (vgl. RG. 70, 165).

Aber damit ist die Anerkennung der Verkehrssitte noch nicht erschöpft. So wird z. B. der Begriff der Fahrlässigkeit in seiner konkreten Gestaltung im Einzelfall

durch die Verkehrssitte stark beeinflusst werden. Soll beurteilt werden, ob die im Verkehr § 346. erforderliche Sorgfalt, ob die einem ordentlichen Kaufmann obliegende Sorgfaltspflicht verletzt ist, so wird die Berücksichtigung der Verkehrssitte den wichtigsten Anhaltspunkt bieten. Hat sich z. B. ein Geschäftsleiter dem Geschäftübernehmer gegenüber verpflichtet, sich jedes Hinweises auf seine Tätigkeit in dem bisherigen Geschäft zu enthalten, wenn er bei einem Konkurrenten eintritt, so bemißt es sich nach § 242 BGB., ob er es an der gehörigen Einwirkung auf den Dritten zur Einhaltung der Verpflichtung hat fehlen lassen (RG. im „Recht“ 09 Nr. 2367). Neue Rechtsgrundsätze können sich auf Grund bloßer Verkehrssitte nicht bilden. So weit reicht unter Umständen wohl die Kraft einer Rechtsitte, eines Gewohnheitsrechts, wie in Allg. Einleitung Anm. 26 ff. gezeigt ist, nicht aber die Kraft einer bloßen Verkehrssitte.

Zusatz 2. Ob und inwieweit eine exceptio doli generalis zuzulassen ist, bildet Anm. 21.

Gegenstand des Streitiges (Schneider ArchBürgR. 25, 270; Silbermann BayZ. 05, 35; Wendt ArchZivPr. 100, 1). Das BGB. stellt sowohl für den Inhalt der Rechtsgeschäfte als auch für deren Erfüllung, also für den gesamten Rechtsverkehr, den Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte an die Spitze (§§ 157, 242 BGB.). Was gegen diesen Grundsatz verstößt, mag auch das formale Recht dem Verstoß eine Stütze bieten, stellt sich als Mißbrauch des Rechts dar und verdient den Schutz der Rechtsordnung nicht. Unter der Herrschaft des alten Rechts nahm man diesen freien Standpunkt ein, der allerdings sehr verständig die Handhabung verlangt (RG. 43, 113, ZB. 07, 100²; 05, 118²³; 04, 89⁷, 481¹). Auf diesem Standpunkt stehen wohl auch neuere Entscheidungen (RG. 57, 65 u. 376, LZ. 08, 59¹), während ganz schroff in RG. 64, 220 nur ein Verstoß gegen die gute Sitte nach § 826 BGB. zur Einrede der Arglist, also nur eine exc. doli specialis, genügen soll. Eine exc. doli generalis d. h. die Verletzung der allgemeinen aus §§ 157, 242 BGB. sich ergebenden Grundsätze würde danach zur Einrede der Arglist nicht ausreichen. Allein daß auch die §§ 157, 242 BGB. schon hinreichen können, der Einrede der Arglist die erforderliche Unterlage zu schaffen, ist in RG. 76, 355; 75, 342; ZB. 1911, 643⁶; LZ. 08, 59¹ doch wohl anerkannt. In RG. 58, 429 werden alle diese Bestimmungen und dazu noch § 138 BGB. herangezogen (vgl. RG. 58, 356), und RG. 71, 435 will offensichtlich die Begründung aus §§ 157, 242 BGB. allein nicht mehr abschneiden. Unerheblich ist es nicht, ob man die Einrede der Arglist mit Hilfe der §§ 157, 242 BGB. rechtsfertigt, oder ob man nur die §§ 826, 249 BGB. gelten läßt, weil in letzterem Falle ein Verstoß gegen die gute Sitte subjektiv und objektiv festgestellt werden muß. Wenn es nun auch Fälle gibt, in denen nur § 826 BGB. zur Begründung der Einrede ausreicht, so dürfte doch regelmäßig die Begründung vorzuziehen sein, nach der einem Anspruch die Rechtshilfe verweigert werden muß, wenn seine Geltendmachung mit Treu und Glauben und mit der Verkehrssitte unvereinbar ist (vgl. die Begründungen in ZB. 00, 322³⁰; 99, 57²³, 449⁵¹; 98, 425²⁸). In einem solchen Falle kann der Schuldner ohne Anfechtung seiner Willenserklärung und ohne Geltendmachung eines Schadensanspruchs lediglich mit Hilfe der Einrede, daß bei ehrlicher Handlungsweise des Gläubigers die Schuld nicht, oder doch nicht so, wie sie geltend gemacht wird, entstanden wäre, die Abweisung eines durch Arglist erlangten Anspruchs erzielen. Wer z. B. eine Sache herausverlangt, die er aus anderem Grunde wieder zurückgeben müßte (ZB. 07, 100²); wer die Erfüllung eines Vertrags verlangt, während er dem Gegner den durch Vertragserfüllung entstehenden Schaden ersetzen müßte (RG. 73, 346; 58, 356); wer ohne berechtigtes Interesse und entgegen der Vertragstreue dem Gegner eine Falle stellt, um diesen vertragsbrüchig zu machen (RG. in ErlLothrz. 29, 81); wer als Gläubiger absichtlich die Lage seines Schuldners in sittenwidriger Ausbeutung der formalen Rechtslage verschlechtert (vgl. RG. 58, 428), stößt auf die Einrede der Arglist, wenn er seinen so erlangten Vorteil vor den Gerichten verfolgt. In Geltendmachung eines Formmangels liegt jedoch keine Arglist, so daß dem Bereicherungsanspruch auf Rückgabe des aus einem wegen Formmangels nichtigen Vertrag geleisteten nicht die Kenntnis der Nichtigkeit bei der Leistung entgegengesetzt werden kann (RG. 17, 403; Ergl. zu § 350 Anm. 81). Unter ganz besonderen Umständen findet die Einrede, die dann aber nur auf § 826 BGB. zu gründen ist, sogar gegenüber Berufung auf Fehlen der gesetzlichen Form des Geschäfts statt (§ 350 Anm. 81), und ist sie auch schon gegenüber einem formalen Rechtsfakt und der sich aus dessen Verletzung er-

§ 346. gebenden Richtigkeit gewährt worden (RG. 71, 432; 58, 428). Wer einen Rechtsstreit durch **Ann. 21.** einen Beauftragten in dessen Namen führen läßt, kann die Rechtswirklichkeit des Urteils auch für seine Person nicht bestreiten (RG. 36, 55; Bolze I Nr. 664; 2 Nr. 366); wer den Gegner auf ein schiedsgerichtliches Verfahren verwiesen und dabei mitgewirkt hat, hat nach Fällung des Spruchs die Einrede der Unzulässigkeit eines Schiedsverfahrens verloren (RG. 40, 401; JW. 96, 692¹⁹), obgleich an sich ein willkürlicher Meinungswechsel einer Partei nicht arglistig ist, wenn er erst erfolgt, nachdem sich der Vertragsgegner angeschlossen und Folgerungen daraus gezogen hat (RG. 23, 87; 26, 256; JW. 06, 15¹³; RG. bei Gruch. 50, 964). Weitere Beispiele: RG. 33, 58; JW. 04, 337⁴, 481¹: arglistige Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung; RG. 32, 141; 57, 376; 60, 392; 64, 220: vorsätzliches Abhalten von der Klage, um die Verjährung eintreten zu lassen; richtiger: das Bewußtsein des Abhaltens und des Nichtunterbrechens genügt, RG. in LZ. 08, 59¹; u. Goldheim 17, 57; f. Erf. zu § 346 Ann. 9 u. § 414 Ann. 10 sowie § 377 Ann. 147; (RG. 71, 223; JW. 04, 482³: reblicher Weise nicht zu verkennender Mißbrauch einer Vollmacht, § 348 Ann. 5). Über die Einrede der Arglist gegen ein rechtskräftiges Urteil f. Erf. zu § 346 Ann. 33.

Erf. zu § 346.

Erfurs zu § 346.

I. Unsitliche Geschäfte. II. Wucher. III. Zwang zum Vertragschluß. IV. Kartelle.

I. Unsitliche Geschäfte.

- Ann. 1.** A. **Der § 138 Abs. 1 BGB.** verfügt, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist; derselbe Begriff der guten Sitten kehrt wieder in §§ 817, 826 BGB. und Art. 30 GG.BGB.
- Ann. 2.** B. **Der Begriff der guten Sitten** ist dem herrschenden Volksbewußtsein, „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ zu entnehmen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß auch die Sittenschauung eines bestimmten Volkskreises, der Standesgenossen (JW. 04, 256¹), wenn sich in ihr eine herrschende Sitte ausprägt, maßgebend wird; z. B. im Handelsverkehr die Anschauung eines ehrbaren Kaufmannes (RG. 48, 124). Ob einem Geschäft als gegen die guten Sitten verstoßend die Anerkennung zu versagen ist, beurteilt sich nach dem aus Inhalt und Zweck zu entnehmenden **Gesamtcharakter**, also nach allen objektiven und subjektiven Merkmalen (RG. 63, 350; 71, 193; 56, 231; LZ. 1911, 926¹⁵), wie sie im Augenblick des Vertragsschlusses vorlagen (RG. 63, 391). Objektiv betrachtet dürfen also die tatsächlichen Umstände, die den Vertragsschluß begleiten und bei der Vertragserfüllung weiter wirken, dem Sittlichkeits- und Anstandsgefühl des Durchschnittsmenschen, insbesondere den Anschauungen der nahestehenden Volkskreise, nicht widersprechen (RG. 75, 123; 67, 102; 64, 182; 63, 352 u. 391; 56, 230; JW. 1912, 69⁵). Der Erfolg eines Geschäfts kommt also nur in der Beschränkung in Betracht, wie ihn die Parteien beim Abschluß voraussehen konnten (JW. 09, 71³; vgl. § 348 Ann. 4). Ist nun ein Geschäft danach nicht schon nach seinem Inhalt, wie dies z. B. bei übermäßiger Vertragsdauer der Fall sein kann, unsittlich, tritt aber nachträglich eine nicht vorauszusehende Entwicklung der Verhältnisse ein, welche zwingend darauf hinweist, daß die Parteien ein gesellschaftliches Mittel zur Lösung des Vertrags haben müssen, so wird der Vertrag nicht nachträglich unsittlich, sondern es ist der Rücktritt wegen veränderter Umstände als in den Willen der Parteien aufgenommen zu erachten; dies gilt namentlich für auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Verträge (unten Ann. 16 u. § 346 Ann. 2). Die subjektiven Merkmale, bei denen ein minder anständiges Handeln von unlauterer, und daher unsittlicher Geschäftspraxis wohl zu scheiden ist (RG. 58, 216; 55, 372; 48, 124), kommen wesentlich in Betracht, wenn sich das Geschäft nicht schon nach seinem offensichtlichen Inhalt und Gegenstand als unsittlich darstellt; so kommt es bei der Aufforderung, bei gewissen Händlern nicht einzukaufen, auf das Ziel sowie auf die Art und Weise der Aufforderung an (vgl. JW. 1911, 402¹⁵). Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften kommen die subjektiven Mo-

mente für beide Teile in Betracht; verfolgt nur eine Partei einen unsittlichen Zweck, so **Grf. zu § 346.** wird dadurch der Vertrag nicht in seiner Gesamtheit unsittlich (RG. 71, 193; 63, 391); errichtet beispielsweise ein Kaufmann eine Scheinfirma, so handelt er unsittlich, wenn die Täuschung des Publikums bezweckt ist; der Vertrag aber, durch welchen ein anderer, der von dem Zweck keine Kenntnis hatte, mit Errichtung der Firma beauftragt wurde, ist gültig. Ob sich die Vertragsschließenden der Unsittlichkeit bewußt waren, ist unter allen Umständen unerheblich (RG. 51, 382). Daß eine Handlung gegen ein Strafgesetz oder ein gesetzliches Verbot verstößt, macht sie nicht ohne weiteres zur unsittlichen (unten Anm. 21).

2. Der § 138 Abs. 1 BGB. gibt Recht mit ausschließlichem, zwingendem Charakter **Anm. 3.** (Allg. Einl. Anm. 12 ff.). Daher ist die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, von Amtswegen zu prüfen, oder zwar nur nach inländischem Recht, ohne Rücksicht auf den ausländischen Entstehungs- oder Erfüllungsort (RG. 10, 113; 46, 114; Art. 30 GG. BGB.; über letzteren s. Grf. zu § 372 Anm. 5 u. 11). Auch die rückwirkende Kraft des § 138 Abs. 1 BGB. im allgemeinen unterliegt keinem Zweifel (ZB. 01, 639). Ist jedoch ein nach den Anschauungen des BGB. unsittliches Geschäft unter der Herrschaft des alten Rechts zustande gekommen, und hatte es dort keinen unsittlichen Charakter, so wird ihm ein solcher nicht nachträglich aufgeprägt; denn rückwirkende Kraft tritt nur ein, wo das Gesetz sich solche ausdrücklich beilegt, oder nach Bedeutung und Wichtigkeit des neuen Rechtsinhalts die Absicht der Rückwirkung erhellt (RG. 46, 178: Chematelohn). Ein Beispiel rückwirkender Kraft in RG. 47, 103; ZB. 01, 1 (Wucher). Wegen seines zwingenden Charakters findet § 138 Abs. 1 BGB. auch Anwendung auf solche Rechtsgeschäfte, welche in einzelnen rechtlichen Beziehungen durch ein Sondergesetz (unten Anm. 9) geregelt sind und nur im übrigen dem BGB. unterstehen. Wegen seines zwingenden Charakters gilt von § 138 Abs. 1 BGB. im Verhältnis zu den Reichssondergesetzen daselbe wie von § 826 BGB. (hierüber unten Anm. 9); insbesondere sind die nach der R.D. oder dem InfGes. ansehbaren Handlungen, sofern ihnen kein anderer Mangel anhaftet als der, daß sie in der dem andern Teil bekannten Absicht der Gläubigerbenachteiligung abgeschlossen sind, nicht nichtig nach § 138 Abs. 1 BGB.; sie unterliegen auch nicht den §§ 823, 826 BGB., obgleich deren Abschluß auch gegen die guten Sitten verstoßen kann; sie sind nur ansechtbar (RG. 69, 147; 56, 230; ZB. 08, 444; 09, 697²; 1910, 38²¹); denn es würden sonst die Bestimmungen des Sondergesetzes entgegen dem Willen des Gesetzgebers umgangen werden können (hierzu Komm. der RGR. Vorbem. 2 vor § 823). Kommen aber weitere Umstände — betrügliche Täuschung, arglistige Verschleierung, um das pfändbare Besitztum in andere Hände zu spielen — hinzu, so kann sich daraus die Anwendbarkeit der §§ 823, 826, 138 BGB. wohl ergeben (RG. 74, 227; Gruch. 49, 452). — In ähnlicher Weise ist das Verhältnis des Abs. 1 des § 138 BGB. zu Abs. 2 des § 138 BGB. zu behandeln; erfüllt ein Geschäft den Wucherbegriff, so ist Abs. 2 des § 138 BGB. anzuwenden und nicht Abs. 1, weil der Tatbestand eines Sondergesetzes erfüllt ist (RG. 72, 69). Erfüllt ein Rechtsgeschäft den Wucherbegriff nicht, so kann es nicht allein wegen des auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung als unsittlich nach § 138 Abs. 1 BGB. erachtet werden; sonst würde der Abs. 2 des § 138 BGB. umgangen werden (RG. 64, 181; 58, 181). Die Schwierigkeit liegt hier nun in der Lösung der zwischen diesen zwei Extremen sich bewegenden Fälle; fehlt es z. B. an dem vom Wucherbegriff geforderten auffälligen Mißverhältnis oder am Nachweis der Notlage, des Leichtsinns, der Unersahrenheit, so genügt es doch zu einem Verstoß gegen die guten Sitten, wenn die geistige Minderwertigkeit zur Erlangung eines außergewöhnlichen Vorteils ausgenutzt worden ist; daß für ihn aus dem Geschäft ein großer Nachteil entstanden ist, genügt noch nicht zur Anwendung des § 826 BGB. (RG. 72, 68; 64, 182). Die bloße Übervorteilung eines Geschäftsunfähigen fällt noch nicht unter § 138 Abs. 1 BGB. (a. M. Kassel OLG. 12, 239), sondern nur unter die §§ 104, 105 BGB. (vgl. RG. 67, 393; 72, 68). — Solche Grenzfragen entstehen auch zwischen § 123 BGB. u. § 138

**Grf. zu
§ 346.**

Abf. 1 BGB. Liegt die Fehlerhaftigkeit eines Rechtsgeschäfts ausschließlich in der unzulässigen Willensbeeinflussung durch Betrug oder Drohung, so findet nur die Anfechtung nach §§ 123, 124 BGB. statt, obgleich eine solche Willensbeeinflussung an sich unsittlich ist; das Geschäft selbst ist jedoch nicht unsittlich (RG. 72, 218; JZ. 1912, 133⁵); enthält das Rechtsgeschäft aber noch weitere objektive Merkmale, die das Geschäft nach Inhalt und Zweck als mit den guten Sitten nicht vereinbar erscheinen lassen, so kommt § 138 Abs. 1 BGB. zur Anwendung, auch wenn das Geschäft durch Betrug oder Drohung zustande gekommen ist (RG. 63, 391; 56, 231; JZ. 1912, 133⁴; 1911, 642⁴; 08, 710²). Für das Verhältnis des § 138 Abs. 1 BGB. zu § 123 BGB. kommt aber insbesondere in Betracht, daß eine Unsittlichkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. schlechthin Nichtigkeit bewirkt, so daß den Parteien jede Verfügungsbefugnis im öffentlichen Interesse entzogen ist, und es keine Heilung gibt, während eine Unsittlichkeit, die in einem Betrug liegt, nur bedingte Nichtigkeit insofern nach sich zieht, daß der Geschädigte durch Nichtanfechtung das unsittliche Geschäft rechtswirksam machen kann. Hieraus folgt, daß eine Unsittlichkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. stärkere Erfordernisse verlangt als der Begriff der Unsittlichkeit nach § 123 BGB. Und diese stärkeren Erfordernisse bestehen darin, daß die begleitenden Umstände, welche den Begriff der Unsittlichkeit nach der subjektiven Seite bedingen, im Geschäft selbst objektiven Ausdruck gefunden haben müssen, wenn § 138 Abs. 1 BGB. zur Anwendung gebracht werden soll. — In gleicher Weise beantwortet sich die Frage nach dem Verhältnis des § 138 Abs. 1 zu §§ 823, 826 BGB.; auch hier muß die Unsittlichkeit dem Geschäft selbst anhaften. So fällt der Kauf eines Bordells nicht unter § 138 Abs. 1 BGB., wenn nicht der Kauf zum Zweck des Fortbetriebs als Bordell erfolgte, während der Kauf eines Bordells zu einem mit Rücksicht auf den Bordellzweck erhöhten Preis nach § 138 Abs. 1 BGB. unbedingt unsittlich ist (unten Anm. 21). Oder der Verkäufer steht im Einverständnis mit dem Vermittler des Käufers, so daß der Käufer durch die Vorpiegelung des Vermittlers, der Verkäufer verlaufe nicht billiger, zum Abschluß bestimmt wird; hier ist das Geschäft selbst nicht unsittlich; es findet nicht § 138 Abs. 1 BGB. Anwendung, sondern es greift die Anfechtung nach § 123 BGB. Platz und auch § 826 BGB. sowie § 823 BGB. Der § 138 Abs. 1 BGB. schränkt also die §§ 123, 823, 826 BGB. ein. Für das Verhältnis des § 138 Abs. 1 zu § 826 BGB. ist zu beachten, daß § 138 Abs. 1 BGB. unbedingte Nichtigkeit herbeiführt, den Parteien das Verfügungsrecht entzieht und keine Bestätigung zuläßt, sondern nur eine Neuvernahme des Geschäfts kennt. Der § 826 BGB. bedarf dagegen der Anrufung der Parteien mit der erforderlichen tatsächlichen Begründung und gewährt bloß Schadenersatzansprüche, die aber nur entstehen, wenn der Geschädigte sich nicht beruhigen will. Allerdings kann § 138 Abs. 1 BGB. mit § 826 BGB. verbunden werden.

- Anm. 3** 3. Das unsittliche Rechtsgeschäft ist nichtig, so daß Ansprüche, die einen gültigen Vertrag voraussetzen, wie z. B. Gewährleistungsansprüche (Wandelung usw.) nicht gegeben sind (RG. 71, 433) und auch kein Antrag auf Einwilligung in die Aufhebung des Vertrags gestellt werden kann, sondern nur ein Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags. Jeder Dritte kann die Nichtigkeit geltend machen (RG. 58, 206). Die Nichtigkeit ergreift den ganzen Vertrag in allen seinen Teilen, wenn, was im Zweifel anzunehmen ist, ein einziger einheitlicher Vertrag vorliegt (RG. 69, 134; 63, 351; 59, 169; 57, 165; 38, 202; JZ. 06, 454⁷). Die äußerliche Zerlegung in mehrere Verträge, wenn innerlich eine Einheit gegeben war, nützt nichts. Weil die Nichtigkeit den ganzen Vertrag ergreift, umfaßt sie auch die Nebengeschäfte, ein Strafgebot (§ 344 BGB.), die Verbürgung, die Wechselstellung (RG. 63, 145 u. 371; 47, 52; 38, 251), Pfandbestellung, Sicherheitsleistung und Schuldübernahme — und diese deshalb, weil sie vom Grundgeschäft abhängige Hilfgeschäfte sind, die nicht allein bestehen können; denn der Anspruch, auf dem sie beruhen, ist hinfällig (§ 817 BGB.; RG. 57, 325; 67, 325; JZ. 09, 131²). Nur dann ergreift die Nichtigkeit den unsittlichen Teil nicht, wenn der, welcher sich auf die Gültigkeit beruft, den Beweis erbringt, daß der nicht unsittliche Teil auch ohne den

unfittlichen von beiden Parteien ebenso abgeschlossen worden wäre (BGB. § 139; RG. **Erfl. zu § 346.** 38, 202; ZW. 08, 234¹; vgl. Genaueres über § 139 BGB. unten § 350 Anm. 74). **Anm. 5.**

Das Erfüllungsgeschäft, d. h. die Auflassung (§ 925 BGB.), die Eigentumsübergabe (§ 929 BGB.) und bei Schuldverhältnissen die auf den Vollzug gerichtete Willenseinigung (§§ 397, 398 BGB.) sowie das abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781 BGB.), hat nach der herrschenden Auffassung, die theoretisch unanfechtbar ist, selbständige abstrakte Natur, so daß die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts (des Kaufgeschäfts) das dingliche Erfüllungsgeschäft nicht mitumfaßt (RG. 72, 64; 70. 55; 68, 100; 63, 179; ZW. 07, 548¹; 1911, 210³; vgl. RG. 71, 64; Förster im „Recht“ 05, 356; Cuneccerus I 1 § 178 Anm. 10; Vertmann § 817 Anm. 4). In RG. 75, 75 u. 63, 185 wird sogar der Satz aufgestellt, daß eine Eigentumsübertragung nie unfittlich sein könne, wenn sie zur Erfüllung eines sittenwidrigen Grundgeschäfts erfolgt war, und daß, selbst wenn das Erfüllungsgeschäft unfittlich ist, das Erfüllungsgeschäft wegen § 817 BGB. doch niemals nichtig sei (dagegen Lenel u. Matthiesen DZ. 07, 454 u. 534 und Matthiesen ZW. 1911, 923). Dieser Ausdruck läßt sich selbst vom abstraktesten Standpunkt doch wohl dann nicht verteidigen, wenn ein unfittlicher Grundstückskauf mündlich geschlossen und die fehlende Form durch Auflassung und Eintragung geheilt worden ist; hier ist doch keine Scheidung möglich. Man kann streiten, ob die Entstehungsgeschichte des BGB. (Mot. II 3; III 3 u. 6; Prot. III 56) und § 817 BGB., die Hauptstütze der herrschenden Anschauung betreffend die Unabhängigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts von dem schuldrechtlichen Grundgeschäft, mit Notwendigkeit zu dieser Lösung drängen (Strohal JheringsZ. 27, 337; Neubecker ArchBürgR. 22, 34; Lotmar, Der unmoralische Vertrag 62 ff.; Dernburg II 2 § 379 II u. III, § 64 IV). Praktisch ist diese Lösung nicht, nach der trotz der Unfittlichkeit des Grundgeschäfts Eigentum erworben, das Eigentum also nicht nach § 985 BGB. mit der Eigentumsklage zurückfordert, keine Berichtigung des Grundbuchs begehrt, im Konkurs des Empfängers kein Aussonderungsrecht beansprucht werden kann, sondern nur nach § 817 BGB. eine ungerechtfertigte Bereicherung als persönlicher Anspruch geltend gemacht werden darf. Die ausländischen Gesetzgebungen geben dieser theoretisch richtigen Scheidung von Grund- und Erfüllungsgeschäft keine Folge. Und daß die Parteien das dingliche Erfüllungsgeschäft ohne das unfittliche Grundgeschäft gewollt hätten, wird man sich nur in seltenen Fällen vorzustellen vermögen. Um diesem Wesen der Sache gerecht zu werden, müssen von der herrschenden Ansicht zahlreiche Ausnahmen von dem Grundsatz der Trennung des Grundgeschäfts vom Erfüllungsgeschäft gemacht worden, in denen also auch das Erfüllungsgeschäft ohne weiteres nichtig ist und der Eigentumsklage der Weg offen steht: So ist bei einem gegen ein Verbotsgesetz geschlossenen Vertrag auch das Erfüllungsgeschäft nichtig, weil es auf eine rechtliche Unmöglichkeit gerichtet ist; so macht der wucherische Charakter des schuldrechtlichen Grundgeschäfts auch das Erfüllungsgeschäft ohne weiteres nichtig (unten Anm. 30); ist das Grundgeschäft wegen Betrugs mit Erfolg angefochten, so ist im Zweifel auch die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts die Folge (§ 377 Anm. 165); dann kann aber auch die Rechtslage bei der Anfechtung wegen Irrtums (Erfl. vor § 373 Anm. 47) und Drohung eigentlich keine andere sein; bei der Abtretung stellt man es als Regel hin, daß die Mängel des Grundgeschäfts auch die Abtretung ergreifen (RG. 70, 89; 69, 16; 57, 95); ist endlich das Erfüllungsgeschäft selbst nach Grund und Zweck erkennbar sittenwidrig (RG. 63, 350 u. 354; 69, 16), oder sind Grund- und Erfüllungsgeschäft in so unmittelbarer Aufeinanderfolge vorgenommen, daß nur ein einheitlicher Akt vorliegt (vgl. RG. 66, 390), oder war das Erfüllungsgeschäft als ein durch die Gültigkeit des Grundgeschäfts bedingtes von den Parteien gewollt (Planck § 138 1b; vgl. RG. 57, 96), so ist das Grundgeschäft zugleich mit dem Erfüllungsgeschäft nichtig, und es hat keine Eigentumsübertragung stattgefunden. Nur auf die Fälle, in denen eine solche Feststellung der Untrennbarkeit nicht ausdrücklich getroffen worden ist, muß die herrschende Meinung die persönliche Klage auf Herausgabe nach §§ 812 ff. BGB. beschränken. Richtiger wäre es daher, als Regel aufzustellen, daß das nichtige Grundgeschäft auch das Erfüllungsgeschäft ergreift, wenn

**Erf. zu
§ 346.**

nicht ausnahmsweise die Selbständigkeit des Erfüllungsgeschäfts nachzuweisen ist. Die Rechtsentwicklung sollte zur Annahme dieses Satzes drängen, der gerade das Gegenteil der herrschenden Lehre ausspricht. — Es ist nun sehr wohl möglich, daß der eine Teil durch die Ausbedingung und Annahme einer Leistung gegen die guten Sitten verstößt, nicht aber der andere Teil, der die ihm angebotene Leistung gewährt (vgl. RG. 58, 204). Die Bereicherungsfrage verjagt nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB. nur, wenn beiden Teilen, und zwar dem Empfänger durch die Annahme der Leistung, ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt, wenn also das Grundgeschäft erfüllt ist; denn es kann sich niemand auf den eigenen Verstoß gegen die guten Sitten berufen, um einen bestehenden Zustand zu seinem Vorteil zu ändern. Der Satz: „Potior est conditio possidentis“ erklärt diese Rechtslage noch nicht allein; man muß den anderen Satz: „nemo auditur propriam turpitudinem allegans“ hinzunehmen; denn der Nachdruck ruht darauf, daß im sozialen Interesse kein Teilnehmer an einer unsittlichen Handlung Schutz verdient. Von diesem Satze wird aber in § 817 BGB. eine Ausnahme für den Fall gemacht, daß die Erfüllung in Eingehung einer Verbindlichkeit besteht. Diese Verbindlichkeit braucht also nicht erfüllt zu werden, d. h. die Verbindlichkeit kann rückgängig gemacht werden, wenn auch beide Teile unsittlich gehandelt haben. Strenggenommen würde danach ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen nicht unter diese Bestimmung fallen, weil in solchen Versprechen nach § 812 Abf. 2 BGB. eine Leistung, und nicht die Eingehung einer Verbindlichkeit, zu erblicken ist; indessen ist die Bestimmung des § 817 Abf. 2 BGB. dahin auszulegen, daß eine Rückforderung stattfindet, solange das Anerkenntnis oder Versprechen noch nicht zu einer Leistung geführt hat (RG. 73, 144; 64, 148; weiteres hierüber unten § 350 Anm. 16). Trifft beide Teile der Vorwurf der Unsittlichkeit nach § 817 BGB., so kommt es nicht darauf an, welcher Partei der Vorwurf in höherem Grade zu machen ist. Nach den dargestellten Grundsätzen kann bei Anwendung des § 817 BGB. auf gegenseitige Verträge die eine Partei die eigene Leistung verweigern und die der Gegenpartei unentgeltlich behalten, eine unverkennbare Härte. Hier könnte nur der in § 826 BGB. verkörperte allgemeine Grundsatz in Verbindung mit § 249 BGB. zur Herausgabepflicht der Leistung führen. Hat der Empfänger der Leistung schon bei Vertragschluß die Absicht gehabt, sich in dieser Weise die Leistung des Vertragsgegners zu verschaffen, so könnte man eher geneigt sein, den Tatbestand des § 826 BGB. als erfüllt anzusehen, als wenn der Empfänger der Leistung diesen Entschluß erst nach Vertragschluß oder erst nach Annahme der Leistung des Gegners gefaßt hat. Man wird in diesem Falle zwar nicht sagen können, der § 817 BGB. treffe nur den Fall, wenn durch die Annahme einer Leistung gegen die guten Sitten verstoßen werde, nicht aber den Fall, wenn nach der Annahme durch Verweigerung der Herausgabe gegen die guten Sitten verstoßen werde. Man könnte diesen letzteren Fall nur dann unter § 826 BGB. bringen, wenn man das Verhalten des Empfängers als so sehr gegen alles Rechtsempfinden verstößend ansieht, daß der in § 826 BGB. liegende höhere Grundsatz zur Geltung zu kommen habe. Allein dem § 826 BGB. ist hier überhaupt die Anwendung versagt. Der Sicherheit der Gesellschaft ist damit nicht gedient, daß der Teilnehmer einer unsittlichen Handlung des Besitzes des Empfangenen nicht sicher ist, sondern nur damit, daß der Leistende, z. B. der Schmiergelder oder ein unsittliches Schweigegehd Zahlende, oder der Bestechende, der vom Mitbieten Abhaltende, der das Geld zur Begehung eines Verbrechens Gebende, der leistende Vorkäufer oder Verkäufer, jeder Möglichkeit der Rückforderung beraubt ist. Aus RG. 71, 432 ist für diese Frage nichts zu folgern. Eine Abwägung der größeren Unsittlichkeit des einen oder des anderen Teiles will der Gesetzgeber nicht; sie würde praktisch undurchführbar sein.

Anm. 6. 4. **Die Wirkungen der Nichtigkeit.** a) Ist auch das Erfüllungsgeschäft nichtig und bestand das Erfüllungsgeschäft in Eingehung eines Schuldverhältnisses (z. B. in einem abstrakten Schuldversprechen, in einer Forderungsabtretung, in einer Hypothekenbestellung — RG. 68, 97; 73, 145 — usw.), so äußert sich die Nichtigkeit darin, daß das Schuldverhältnis als nicht vorhanden zu behandeln ist. Bestand das Erfüllungsgeschäft in einer Eigentums-

übertragung, so kann das Eigentum nach §§ 985 ff. BGB. zurückgefordert, Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 BGB. begehrt und im Konkurs des Empfängers ein Anspruch auf Aussonderung nach § 43 R. O. (R. G. 66, 389) geltend gemacht werden; in allen diesen Fällen hat eine (rechtswirksame) Vermögensverschiebung nicht stattgefunden. Ist die Sache jedoch nicht mehr vorhanden, weil sie untergegangen oder vom Empfänger veräußert ist, so kann eine Eigentumsklage nicht mehr helfen; es bedarf dann der Bereicherungsklage nach §§ 818, 819, 989 BGB., die zum Wertersatz führt. Maßgebend für den Wert ist dann der Zeitpunkt der Annahme der Leistung. Hat der Besitzer vom Eigentümer den Besitz erlangt, weil beide Parteien sich an einer unsittlichen Handlung beteiligt haben, so findet zwar § 817 Satz 2 BGB. keine Anwendung, weil diese Bestimmung nur für das Gebiet grundloser Bereicherung aufgestellt ist (vgl. R. G. 70, 5/6; 63, 354); allein auch hier fordert das soziale Interesse den Ausschluß der Eigentumsklage nach den zwei Sätzen: „potior est conditio possidentis“ und „nemo auditur propriam turpitudinem allegans“ (oben Anm. 5), die zur Anwendung des Grundgedankens des § 817 Satz 2 BGB. drängen. (Dazu ist zu bemerken, daß in Warnener Rpr. 1912 Nr. 98 Kondition und Eigentumsklage als dasselbe behandelt werden). Solche Verträge, mit denen die Gerichte nicht befaßt werden sollen, können nur Zug um Zug geschlossen und wirksam erfüllt werden, weil jeder Teil das Empfangene nicht herauszugeben braucht. Es gibt also bei solchen Geschäften (Vordellkauf, Bestechung, Schmuttelverträgen, Schmiergelde- und unsittlichen Schwelgeverträgen, unsittlichem Abhalten vom Mitbieten u. dgl.) keine Eigentumsklage, weil deren Zulassung gegen den in § 817 BGB. zum Ausdruck gekommenen Geist des Gesetzes verstoßen würde, und folglich auch keinen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs.

- b) Ist nur das schuldrechtliche Grundgeschäft nichtig, so wird dem Erfüllungsgeschäft der Rechtsgrund entzogen. — Bestand das Erfüllungsgeschäft in Eingehung einer Verbindlichkeit (z. B. in einem abstrakten Schuldversprechen, einer Wechselverbindlichkeit, einer Verbürgung, einem Strafgebot, einer Pfandbestellung oder Sicherheitsleistung), so ist die Verbindlichkeit an sich rechtsgültig, aber sie kann nach §§ 812 ff. BGB. rückgängig gemacht werden, weil ihr der Rechtsgrund fehlt (oben Anm. 4). Es sind danach die beiderseitigen Leistungen samt den Nutzungen zurückzugewähren. Eine Pflicht zur Rechnungslegung über die gegangenen Nutzungen oder eine Auskunftspflicht besteht nicht, auch nicht auf Grund der §§ 259, 260 BGB. (R. G. 47, 102; J. W. 1912, 72^o). Ist für den Kaufpreis eine Hypothek bestellt und trifft beide Teile der Vorwurf der Unsittlichkeit, so gibt es keine persönliche Klage auf den Kaufpreis, weil das schuldrechtliche Grundgeschäft nichtig ist, die Hypothek selbst besteht, weil ihr die Unterlage (die Forderung) entzogen ist, als Eigentümergrundschuld in der Hand des Bestellers weiter (R. G. 73, 143; 68, 104; 63, 179; 71, 435; J. W. 06, 736³; 1911, 317²; vgl. aber J. W. 08, 139^o); es findet keine Rückforderung statt, weil eine Hypothekenbestellung nicht die Eingehung keiner Verbindlichkeit, sondern eine Leistung bedeutet, auf die die Rückforderung zulassende Ausnahmevorschrift des § 817 Satz 2 BGB. (oben Anm. 5) keine Anwendung findet. Dasselbe gilt von der Bestellung einer Grundschuld (R. G. 73, 143). Beim Vordellkauf kann kein Teil das Geleistete zurückfordern (R. G. 78, 282; 70, 4; 63, 346). Keinenfalls kann der Empfänger das in unsittlicher Weise Erlangte behalten und die Befreiung von der Hypothek unter Berufung auf die unsittliche Handlung des Gegners begehren, wenn der Gegner alles Empfangene zurückzugeben bereit ist; er würde hier der Einrede der Arglist begegnen (R. G. 71, 432; vgl. jedoch Warnener Rpr. 1911 Nr. 167). — Bestand das Erfüllungsgeschäft in Leistung einer Sache, so ist das Erfüllungsgeschäft zwar gültig; es fehlt ihm jedoch der Rechtsgrund; es ist dann ein lediglich persönlicher Anspruch auf Herausgabe, also im Konkurs des Empfängers lediglich eine einfache Konkursforderung, aber kein Aussonderungsanspruch gegeben; eine Masseschuld (§ 59 Nr. 3 R. O.) würde nur dann vorhanden sein, wenn die dingliche Abereignung erst nach der Konkursöffnung sich vollendet hat (R. G. 66, 390; 45, 172). Es besteht kein Zurückbehaltungsrecht nach § 322 BGB., da es sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag handelt; wohl aber besteht ein Zu-

Erst. zu § 346.

Anm. 7.

**Erz. zu
§ 346.**

rückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB., weil, ähnlich wie bei gegenseitigen Verträgen, auch bei den Bereicherungsansprüchen eine Rückgabe des Empfangenen Zug um Zug stattfindet (RG. 72, 66; 71, 402; JW. 1910, 283¹¹; 08, 7^a a. E. vgl. Erz. vor § 369 Anm. 4 u. unten § 350 Anm. 82). Wenn es aber auf Erstattung des Wertes ankommt, hat eine Gesamtausgleichung nach Bereicherungsgrundsätzen stattzufinden, so daß man weder von einer Zurückbehaltung noch von einer Aufrechnung reden kann; vielmehr ist der Bereicherungsanspruch dann an sich beschränkt auf den Überschuß, der nach Ausgleichung aller Vorteile und Nachteile übrig bleibt (RG. 54, 141; 56, 387). Mit anderen Worten: Die Nachteile des Beklagten, die in ursächlichem Zusammenhang stehen mit dem die Grundlage des Bereicherungsanspruches bildenden Tatbestand, sind als Vermögenzminderung nach § 818 Abs. 3 BGB. in Abrechnung zu bringen (RG. 72, 3; 60, 293; 75, 361; Nichtigkeit eines Tausches; WarnRspr. 08, 36); nur der Überschuß stellt die Bereicherung dar. Ist ein beiderseits erfüllter Kaufvertrag nichtig und können beide Leistungen nicht mehr zurückgegeben werden, so ist der Wert der Ware vom Kaufpreis abzuziehen; um diesen Unterschied ist der Verkäufer bereichert, wobei aber etwaige Erstattungsansprüche an Dritte in Anschlag zu bringen sind, wenn sie in ursächlichem Zusammenhang mit dem Verlust des Eigentums stehen (vgl. JW. 1911, 401¹³ u. 402¹⁴); der Wegfall der Bereicherung ist ohne Einrede zu berücksichtigen, wenn er sich aus dem Sachverhältnis ergibt (RG. 72, 4; JW. 1910, 108⁷).

Anm. 8. 5. Eine Heilung des nichtigen Geschäfts, etwa durch Bestätigung, Anerkennung, Vergleich, findet nicht statt (RG. 64, 149; JW. 05, 639¹¹); es kann das Geschäft nur neu vorgenommen werden unter Abstreifung des unsittlichen Charakters (WarnRspr. 1911 Nr. 388). Nicht eine gesetzliche Aufrechnung, wohl aber eine vertragsmäßige Aufrechnung einer Forderung aus einem unsittlichen Geschäft ist zugelassen in RG. 63, 190 (§ 393 BGB.). Wie es sich verhält, wenn ein Anerkenntnisurteil ergangen ist, siehe unten Anm. 33. Der Vertrag, durch den der frühere Zustand wiederhergestellt wird, ist gültig (RG. 67, 324; JW. 06, 301⁴).

Anm. 9. B. I. **Wer vorsätzlich einen anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise schädigt, wird Schadensersatzpflichtig** (§ 826 BGB.), so daß der Geschädigte nicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB. beschränkt ist. Dieser Satz hat so allgemeine Geltung, daß er über allen anderen Gesetzen steht, und auch zugegeben ist, daß eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB. durch Verletzung einer Vertragspflicht begangen werden kann (RG. 66, 363; JW. 08, 236⁹, 1912, 338²; näheres Komm. v. RGK. Bem. 5 vor § 823). Selbst die Ausübung eines formellen Rechts wird von § 826 BGB. getroffen, wenn sie in gegen die guten Sitten verstoßender, illoyaler Weise erfolgt und darauf gerichtet ist, einem anderen Schaden zuzufügen (RG. 66, 238; 62, 137; 58, 216; 55, 372; 48, 119). Dieser Grundsatz gilt allgemein auch gegenüber Reichssondergesetzen, wenn der Tatbestand des Sondergesetzes sich mit demjenigen des § 826 BGB. nicht deckt und der Geist des Sondergesetzes der Anwendung des § 826 BGB. nicht widerstrebt. Man redet in einem solchen Falle von Anspruchskonkurrenz, welche die ersatzweise Anwendung des § 826 BGB. nach sich zieht. Diese ersatzweise Anwendung geht z. B. beim Wettbewerbsgesetz vom 7. Juni 1909 so weit, daß der Geschädigte die Wahl zwischen beiden Gesetzen hat (vgl. RG. 48, 114; RGSt. 41, 81; Reg. Begr. S. 9f.). Beim Wareneichengesetz besteht die ersatzweise Anwendung darin, daß die sittenwidrige Anmeldung oder Ausübung des Zeichenrechts durch § 826 BGB. verhindert werden kann (RG. 66, 236; RGSt. 41, 81). Ebenso greift § 826 BGB. neben allen anderen gewerblichen Schutzgesetzen (Patent-, Muster-, Urheberrechtsgesetz usw.) ersatzweise ein, soweit diese keine erschöpfende Regelung enthalten. Die engsten Grenzen sind der ersatzweise Geltung des § 826 BGB. gegenüber der R.D. und dem Anfechtungsgesetz gezogen (oben Anm. 3). — Deckt sich der Tatbestand des § 826 BGB. vollständig mit dem eines Sondergesetzes (Gesetzeskonkurrenz), so könnte man entsprechend dem Begriffe eines Sondergesetzes zu der Ansicht kommen, daß in diesem Falle der § 826 BGB. völlig aus-

geschlossen sei (so der Komm. von RGR. Vorbem. 2 vor § 823). Allein man wird im all- **Erfl. zu**
gemeinen doch einwenden können, daß kein Grund ersichtlich ist, weshalb der § 826 BGB. § 346.
verfagen soll, wenn außer dem § 826 BGB. zugleich auch noch ein zweites Gesetz verletzt
worden ist, und weshalb der Geschädigte aus diesem Grunde schlechter gestellt werden soll;
diese Schlechterstellung wird häufig bei der Verjährung hervortreten, die in den Sonder-
gesetzen eine kurze zu sein pflegt, während § 852 BGB. eine dreijährige und unter Um-
ständen eine 30 jährige Verjährung gewährt. Aber auch im Falle der Gesetzeskonkurrenz
wird es darauf ankommen, ob das Sondergesetz seinen Stoff erschöpfend regeln wollte und
dessen Geist die Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht zuläßt.
Bei § 9 Gebr. Must. Ges. mag dieser Fall gegeben sein (JW. 05, 214²⁴). Beim UnlW.G.
ist der Fall der Gesetzeskonkurrenz nicht gegeben (R. B. zu § 18 erste Lesung); hier hat der
Geschädigte die Wahl trotz der allgemeinen Klausel des § 1 den § 826 BGB. anzurufen
oder sich des Wettbewerbsgesetzes zu bedienen oder sich auf beide Gesetze zu stützen (R. G.
74, 434; vgl. Lobe, die Bekämpfung des unlaut. Wettb. 1907 Bd. I S. 260 ff. u. R. G.
77, 431).

1. Vorsätzlich muß der Schaden zugefügt sein. Das Erkennen der Rechts- oder Sitten- **Ann. 10.**
widrigkeit der Handlung ist nicht zu fordern. Es genügt das Bewußtsein des Handelnden,
daß ein schädigender Erfolg, soweit an einen solchen bei verständiger Beurteilung
überhaupt gedacht werden kann, eintreten werde (R. G. 72, 7; 62, 139) oder eintreten könne
(R. G. 58, 216; 57, 241; JW. 1911, 324¹⁸). Dieser letztere Fall (Eventualdolus) liegt vor,
wenn der Handelnde infolge Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt sich um erhebliche
Umstände nicht gekümmert und deshalb die Folgen seiner gewollten Tat nicht überblickt
hat (R. G. 72, 175; 68, 437). Zur Annahme der Vorsätzlichkeit bedarf es also nicht der
Absicht einer Schadenszufügung oder des Bewußtseins von einer nahen Möglichkeit (JW.
1912, 36²⁵) oder gar der Wahrscheinlichkeit des Erfolges. Andererseits reicht bloßes Wissen-
müssen oder Wissenkönnen zur Annahme der Vorsätzlichkeit nicht hin (R. G. 57, 241; JW.
04, 291¹⁴), und wird die Vorsätzlichkeit dadurch allein noch nicht ausgeschlossen, daß der
Handelnde persönlich den Eintritt des Erfolges als überwiegend unwahrscheinlich oder
als nur entfernt möglich angesehen hat (R. G. 58, 78; R. G. bei Holdheim 20, 125; JW. 06,
780¹⁹). Erst wenn die Umstände des Falles ergeben, daß die Möglichkeit des Schadens-
eintritts eine so entfernte war, daß der Täter sie auch nicht eventuell in seinen Willen
aufgenommen, also auch nicht eventuell gebilligt hat — was er darlegen muß —, scheidet
auch der Eventualdolus aus. Wenn also ein Vertragsteil sich unrichtig z. B. über den
Ertrag seines dem Gegner verkauften Geschäfts ausdrückt, fehlt es an dem Vorsatz, wenn
die Erklärung zwar nach ihrem Wortlaut klar war, der Erklärende sie aber anders gemeint
hatte, sich also der Unrichtigkeit nicht bewußt war (L. J. 1912, 73²²). Der § 226 BGB. kommt
bei § 826 BGB. nicht in Betracht; denn selbst die Ausübung eines formalen Rechts, die
also nicht schikanös ist, kann trotzdem unsittlich sein (R. G. 58, 219; 55, 217). Die Wahrneh-
mung berechtigter Interessen aber (Erfl. zu § 349 Ann. 34ff.) vermag das subjektive Ver-
schulden zu beseitigen (JW. 1911, 402¹⁵).
2. Ein Schaden muß zugefügt sein. Darüber, was unter einer Schadenszufügung **Ann. 11.**
zu verstehen ist, und über die Voraussetzungen des ursächlichen Zusammenhangs gilt
das in § 347 Ann. 17ff. Ausgeführte. Über die Haftung juristischer Personen wegen
unerlaubter Handlung s. Erfl. zu § 349 Ann. 37.
- II. Die **Wirkungen eines Verstoßes gegen § 826 BGB.** äußern sich nach den drei **Ann. 12.**
Richtungen des Schadenersatzes, der ferneren Unterlassung und der
Nichtiggeltendmachung des unsittlich erlangten Rechts.
 1. Die **Schadenshaftung** besteht in Wiederherstellung des früheren Zustandes (§§ 249ff. BGB.;
hierüber § 347 Ann. 17ff.). Hierbei können die Grundsätze über mitwirkendes Verschulden
(§ 347 Ann. 12ff.; vgl. R. G. 70, 6; 69, 281) und über Vorteilsausgleichung (§ 347
Ann. 25) zur Anwendung kommen. Darüber, was unter Herstellung des früheren Zustan-
des zu verstehen ist, hat die Rechtsprechung geschwankt, wenn es sich um die arglistige

Erkl. zu § 346.

Täuschung des Käufers durch den Verkäufer bei Eingehung des Vertrags handelt und der Käufer beim Vertrag stehen bleiben, also nicht von § 123 BGB., sondern von §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. Gebrauch machen, d. h. die Kaufsache behalten will und seinen Schaden beansprucht. Nach der älteren Ansicht sollte der Getäuschte unter allen Umständen so gestellt werden, wie wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte und zwar mit der Wirkung, daß der Täuschende für die Wahrheit seiner Angaben oder Zusicherungen, also für Nichterfüllung, einstehen müsse. Damit war dem Getäuschten das volle vertragliche Erfüllunginteresse auf Grundlage des Vertrags zugewilligt (RG. 63, 112; 59, 157; JW. 05, 76¹¹). Jetzt wird dieser Standpunkt nur noch in dem Falle festgehalten, wenn es sich um eine den Vertragsschluß beeinflussende arglistige Täuschung über Sacheigenschaften handelt (im Gegensatz zu Eigenschaften von Rechten, Forderungen, Hypotheken oder von Rechtsgütern, die weder Sachen noch Rechte sind, z. B. ein Handelsgeschäft), und zwar wird hier das arglistige Vorspiegeln nicht vorhandener Sacheigenschaften dem arglistigen Verschweigen von Sachmängeln völlig gleichgestellt und auch im Falle arglistigen Vorspiegels von Sacheigenschaften Schadenersatz wegen Nichterfüllung in entsprechender Anwendung des § 463 BGB. gewährt; es macht dann keinen Unterschied, daß dieser Schadenersatzanspruch auch noch auf die §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. gestützt sein mag (RG. 67, 146; Warnerer Rspr. 1910 Nr. 383; JW. 1912, 137¹⁰; a. M. Matthiessen JW. 08, 60; DLG. Dresden SeuffA. 65 Nr. 140; dagegen „Recht“ 08, 502, 670 u. 739; § 377 Anm. 51, 85, 148 ff.), obgleich § 463 BGB. nicht, wie die §§ 823, 826 BGB., den Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Täuschung und Vertragsschluß verlangt (hierüber § 377 Anm. 155).

Betrifft die den Vertragsschluß beeinflussende arglistige Täuschung aber nicht eine die Anwendung des § 463 BGB. rechtfertigende arglistige Täuschung über Eigenschaften der Sache, so findet ein Schadenersatzanspruch des beim Vertrag beharrenden Getäuschten nur aus unerlaubter Handlung nach §§ 826, 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 263 StGB. statt. Zu ersetzen ist alsdann nach § 826 BGB. der durch die arglistige Täuschung zugefügte, nach § 823 Abs. 2 BGB. der aus dem Verstoß gegen § 263 StGB., also aus dem Betrug, entstandene Schaden (RG. 66, 335, JW. 09, 309²; Warnerer Rspr. 09 Nr. 179 u. 528; Komm. v. RG. Vorbem. vor § 823 Ziff. 4e; Staubinger § 823 III d), und nur diese zwei Fälle sollen hier betrachtet werden (der Fall der Vorspiegelung von Sacheigenschaften ist zu § 377 erörtert). In dem einen wie in dem anderen Fall (nämlich im Fall des § 826 BGB. wie in dem des § 823 Abs. 2 BGB.) ergibt sich der zu ersetzende Schaden aus einer Vergleichung der Vermögenslage, in die der Getäuschte durch die arglistige Täuschung und den dadurch bestimmten Vertragsschluß versetzt worden ist, mit der Vermögenslage, in der er sich ohne die arglistige Täuschung befinden würde. Diese Vergleichung führt zu verschiedenen Ergebnissen, je nachdem man die zwei allein gegebenen Möglichkeiten ins Auge faßt:

- Anm. 12a.** a) Es würde ohne die arglistige Täuschung überhaupt zu keinem Vertragsschluß gekommen sein. (Der gewöhnliche Fall.) Vergleicht man hier die Vermögenslage, in der sich der Getäuschte vor und nach der Täuschung befand, so ist, da der Getäuschte bei Kenntnis der Wahrheit von dem Abschlusse überhaupt abgesehen hätte, für einen Schadenersatzanspruch kein Raum (JW. 1911, 213⁸; LZ. 1911, 844²⁰ u. 1912, 71²⁶). Der Getäuschte kann nur das negative Vertragsinteresse d. h. die Vertragskosten nebst Zinsen ersetzt verlangen und außerdem Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Kaufsache begehren. Einen Geldanspruch hat der Getäuschte nur, wenn § 251 BGB. anwendbar wird.
- Anm. 12b.** b) Es würde ohne die Täuschung zu einem dem Getäuschten günstigeren Vertragsschluß gekommen sein. (Der Ausnahmefall.) Hier kommt zur Vergleichung die Vermögenslage, in die der Getäuschte durch den Vertragsschluß gekommen ist, mit der Vermögenslage, in die er durch jenen günstigeren Vertragsschluß versetzt worden wäre. Hat sich z. B. der Käufer durch die arglistige Täuschung zur Bewilligung eines höheren Kaufpreises bestimmen lassen und hätten die Parteien (also auch der Verkäufer) ohne die

Täuschung zu einem niedrigeren Preise abgeschlossen (Warneher Rspr. 1910 Nr. 383; wohl **Erfl. zu § 346.** nicht im Einklang mit RG. 66, 337 u. 63, 110), so würde der zu ersehende Schaden in dem Unterschied dieses niedrigeren und jenes höheren Preises bestehen. Auf diesem Wege kommt man praktisch zu einer Herabsetzung des Kaufpreises. Diese Preiserminderung hat jedoch mit der Preiserminderung nichts zu tun, die als Gewährleistungsanspruch aus § 472 BGB. herzuleiten ist (hierüber § 377 Anm. 76). Hätte der Käufer infolge der Täuschung einen niedrigeren Preis bewilligt, als der Wert der Kaufsache war, so ist dem Käufer ein Schaden nur entstanden, wenn er beweist, daß er ohne die Täuschung einen noch geringeren Preis geboten hätte, und daß der Verkäufer dieses Gebot angenommen hätte. Dann ist dem Käufer ein Gewinn entgangen (§ 252 BGB.). Nach anderer Ansicht (Matthiessen JW. 08, 63; Werner im „Recht“ 05, 305) soll der Käufer nie geltend machen können, daß er weniger bewilligt hätte, als die Sache wert war.

Darüber, wie es sich im Falle arglistiger Täuschung bei Erfüllung des Vertrags verhält, siehe § 377 Anm. 56a u. 169. Über das Verhältnis der aus arglistigem Verschweigen und aus arglistiger Vorpiegelung entspringenden Ansprüche zueinander siehe § 377 Anm. 177 u. oben Anm. 3. **Anm. 12c.**

2. Auch eine **Unterlassungsklage**, als Leistungs- und als Feststellungsklage, wenn die Voraussetzungen für eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO. vorliegen und ein Schaden zu befürchten ist, ergibt sich aus der Schadenersatzpflicht, nach der der frühere Zustand wiederherzustellen ist (§ 249 BGB.). Diese Klage bezweckt die Abwehr gegen künftige, also erst drohende Rechtsverletzungen; jedoch muß das mit der Klage zu bekämpfende unsittliche Verhalten des Beklagten schon begonnen haben und die Fortsetzung oder Wiederholung ohne das mit der Klage bezweckte Verbot in Aussicht stehen (RG. 60, 16; 56, 271; 48, 114; JW. 08, 333¹⁶; vgl. RG. 71, 86; 78, 258). Eine Unterlassungsklage zur Verhütung einer nicht einmal teilweise verwirklichten, künftigen unsittlichen Handlung, also zur Verhinderung eines Verjüchs oder von Vorbereitungs-handlungen, ist nicht statthaft; nur wenn die Verwirklichung einer angedrohten widerrechtlichen Handlung mit Sicherheit unmittelbar zu erwarten ist, wird eine Ausnahme gemacht werden müssen. Die Wiederholungsgefahr muß auch bei der Urteilsfällung noch vorhanden sein (70, 321; RG. 60, 8; 48, 50). Über die Folgen für die Kosten, wenn die Wiederholungsgefahr zur Zeit der Urteilsfällung beseitigt ist, siehe RG. 57, 385 u. Rosenthal in LZ. 1911, 893. Die Unterlassungsklage findet jedenfalls statt, wenn durch eine unter § 826 BGB. fallende Handlung ein Zustand geschaffen ist, der nur durch die Unterlassung weiterer Handlungen, z. B. einen Widerruf, wieder beseitigt werden kann (RG. 56, 286). RG. 77, 222 will im Anschluß an RG. 71, 85 die Unterlassungsklage nicht nur dann versagen, wenn das öffentliche Interesse entgegensteht, sondern auch dann, wenn infolge der Handlung, deren Unterlassung verlangt wird, der Staat — im Gegensatz zur Privatklage — die Strafverfolgung des Täters selbst betreibt; allein die strafrechtlichen Interessen decken sich nicht mit den zivilrechtlichen Interessen und der zivilrechtliche Anspruch kann dem Geschädigten oder von Schaden Bedrohten nicht dadurch entzogen werden, daß eine Strafverfolgung seitens des Staates stattfindet. Darüber, daß Vereine die Rechte ihrer Mitglieder nicht mit dieser Unterlassungsklage wahren können, s. RG. 58, 284. Über andere Arten von Unterlassungsklagen siehe **Erfl. zu § 349 Anm. 33.**
3. **Unsittlicherweise begründete Rechte dürfen nicht geltend gemacht werden**, weil der von § 826 BGB. gegebene Schadenersatzanspruch in Wiederherstellung des früheren Zustandes besteht. Der Ersatzpflichtige, der auf unsittliche Weise eine vorteilhafte Rechtslage erlangt hat (z. B. der Betrüger: JW. 05, 42²; 04, 482), kann also von dieser Rechtsstellung gegen den Geschädigten keinen Gebrauch machen (RG. 71, 432; 68, 97; 59, 212; 58, 357), so daß dem Schuldner durch Weiterbegebung eines Wechsels der Spieleinwand nicht abgeschnitten werden kann (RG. 51, 360) und der Vertretene bei sittenwidrigem Zusammenwirken seines Vertreters mit dem Dritten den Ansprüchen dieses Dritten wirksam zu begegnen vermag (RG. 58, 356; JW. 03 Beil. 74¹⁷). **Anm. 14.**

Grf. zu § 346.

Ann. 15.

diesem Wege zu einer *exc. doli* (§ 346 Ann. 21), die selbst gegen die Vollstreckung aus einem auf unsittliche Weise erlangten rechtskräftigen Urteil nicht verlagert ist (unten Ann. 33).

C. **Die Frage nach der sittlichen Verwerflichkeit einer Handlung ist Rechtsfrage**, so daß das Revisionsgericht frei nachzuprüfen hat, ob die erforderlichen Umstände gegeben, und ob diese Umstände vom richtigen Standpunkte aus beurteilt sind (RG. 67, 102; 63, 337; 58, 216; 51, 383), wenn auch die tatsächliche Würdigung des Berufungsrichters dabei eine Rolle spielt (JW. 06, 453^o u. 456^o).

D. Praktische Einzelfragen:

Ann. 16.

1. **Der Bierabnahmevertrag und mehrjährige Warenbezugsverträge mit Alleinvertretungsrecht.** Der Bierabnahmevertrag, der für Bayern in Art. 13 Bayr. UG.UGB. v. 9. Juni 1899, B.ObI. Nr. 28, zufolge des Art. 18 UG.UGB. eine besondere Regelung erfahren hat, ist kein Vorvertrag, gerichtet auf den Abschluß einer Reihe selbständiger Bierkäufe, sondern ein Sukzessivlieferungsvertrag (RG. in DZS. 02, 118). Er unterliegt den Regeln des Kaufs, einerlei, ob er auf den sukzessiven Bezug einer bestimmten Biermenge oder auf Bezug nach Bedarf gerichtet ist. Die dingliche Belastung eines Wirtschaftsgrundstücks mit einer Bierbezugspflicht, so daß also jeder Inhaber der Schankstätte gebunden wäre, würde selbst in zeitlicher Beschränkung als Realkast gegen §§ 8 Nr. 2, 10 GewO. verstoßen (RG. 63, 334; 59, 109). Als Dienstbarkeit läßt sich eine solche Bezugspflicht nicht bestellen, weil ein Tun in Frage stände und es an einem dienenden Grundstück fehlt. Die Übernahme einer persönlichen Verpflichtung zum Bierbezug kann dagegen selbst in der Form nicht beanstandet werden, daß der Übernehmer sich bei Strafe verbindet, die Bezugspflicht jedem Nachfolger in der Wirtschaft aufzuerlegen. Zur Sicherung solcher persönlichen Ansprüche (z. B. auf Vertragsstrafe) kann eine Sicherungshypothek rechtswirksam bestellt werden (RG. 63, 390; Art. 18 Bayr. UG.UGB.). Die Bierabnahmeverträge kommen in dieser Form den Bedürfnissen der kleinen Wirte entgegen, die damit ihre Existenz sichern und gutes Bier zu angemessenem Preise dauernd erhalten. Wenn die Brauereien zur Ausgleichung ihres Risikos die meist unzulänglichen Sicherheiten häufen, sich durch lästige Klauseln auf mäßige Zeit Vorteile sichern und durch verständige Strafgebilde einen gewissen Zwang ausüben, so ist der Vertrag kein unsittlicher (RDStG. 14, 291; JW. 06, 419^o u. 456^o). Ähnlich wie bei den Konkurrenzverboten (§ 22 Ann. 33) kommt es unter Würdigung aller Verhältnisse, der Vorteile und Nachteile, der Bindung nach Zeit und Art darauf an, ob die Bewegungsfreiheit des Wirts zu sehr beschränkt und der Vertrag deshalb unsittlich ist. Die Bezugsfreiheit darf also nicht zeitlich unbefristet sein (RG. 63, 390), die Vertragsstrafe darf nicht über alle Maßen hoch vereinbart, es dürfen nicht für den Fall der Kündigung übermäßige Nachteile festgesetzt werden (RDStG. 18, 101); es darf nicht die Verpflichtung dahin gehen, daß der Wirt sein Bier ohne Rücksicht auf seinen Bedarf oder die Leistungsfähigkeit der Brauerei von einem Dritten beziehen muß, den der Vertragsgegner auswählen darf (Bierflaverei). In den angegebenen Grenzen kann selbst ein Vertrag von 18jähriger Dauer zu Recht bestehen (vgl. RG. 67, 102; JW. 09, 412⁷; 08, 5² u. 327⁷; 06, 453^o). Ist der Vertrag wegen zu langer Bindung unsittlich, so kann der Richter nicht einen angemessenen Zeitraum als vereinbart annehmen (RG. 76, 78). — Ein Bierabnahmevertrag kann auch wegen Wuchers nichtig sein; jedoch genügt es dazu nicht, daß der Wirt gebunden ist, bis er das Darlehn der Brauerei durch den Bierüberpreis abgetragen hat (JW. 06, 735²; BayObLG. im „Recht“ 05, 368); ebenso ist in zu langer Bindung und der dadurch bewirkten Wertminderung des Antwefens noch kein unverhältnismäßiger Vermögensvorteil zu erblicken (RG. in PucheltzS. 29, 451). Ist der Bierabnahmevertrag nichtig, so ist der ganze Vertrag nichtig (also auch der oft damit verbundene Wirtschaftskauf), wenn ohne die nichtige Bestimmung der Vertrag nicht so beiderseitig geschlossen worden wäre, was im Zweifel nach Lage der Verhältnisse anzunehmen ist (§ 139 BGB.; JW. 1910, 62⁵; oben Ann. 4). — Härten, die angesichts dieser Grenzziehung noch verbleiben, lösen sich vielfach im Wege der Vertragsauslegung. So wird nach § 242 BGB. die Brauerei, wenn der Wirt seine Wirtschaft verkauft, den Nachfolger unter Frei-

lassung des ursprünglichen Schuldners in den Bierbezugsvertrag eintreten lassen müssen, **Grf. zu § 346.** und hat der Wirt, der seine Wirtschaft verkauft, unmittelbar kraft Vertrags dafür einzustehen, daß sein Nachfolger das Bier während der noch laufenden Restzeit weiterbezieht (OLG. Karlsruhe BadRpr. 03, 222). Muß der Wirt aus von ihm nicht zu vertretenden Umständen die Wirtschaft aufgeben, oder könnte er den Fortbetrieb nur mit erheblichen Verlusten fortsetzen, so wird im Zweifel für ihn wegen unvorhergesehener Umstände (clausula rebus sic stantibus) ein wichtiger Grund zur Auflösung des Vertrags gegeben sein (oben Anm. 2; vgl. § 348, Anm. 10; weitere Auslegungsfragen s. § 346 Anm. 2).

Einen anderen rechtlichen Charakter besitzen solche Bierabnahmeverträge, bei denen dem Bezugspflichtigen eine Generalvertretung (Alleinvertausrecht für einen bestimmten Bezirk mit Wettbewerbsverbot) übertragen ist; hier liegt kein reiner Kaufvertrag, sondern ein agenturähnliches Verhältnis vor, und kann jeder Teil beim Vorhandensein eines wichtigen Grundes in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 2 ohne Einhaltung einer Frist kündigen (vgl. RG. 46, 121; 65, 37; 69, 363; RG. im „Recht“ 07, 1066²⁵⁴³), so daß die Unmöglichkeit lohnenden Fortbetriebs zur Auflösung führt (RG. 31, 61; LZ. 09, 551; vgl. Warnerer Rpr. 1912 Nr. 121), und der Verkäufer selbst dann nicht in den vorbehaltenen Bezirk liefern darf, wenn er an Personen liefern will, denen sein „Generalvertreter“ wegen ihrer schlechten Verhältnisse nicht verkaufen will (vgl. § 84 Anm. 8). Nach denselben Grundsätzen beurteilen sich mehrjährige Warenbezugsverträge mit Alleinverkaufsrecht (RG. in LZ. 1911, 224³ u. 379¹¹). Der Gedanke, solche Verträge mit Alleinvertrieb und Bezugspflicht unter das Gesellschaftsrecht zu bringen und so die Auflösung wegen eines wichtigen Grundes zu erreichen (§ 723 BGB.), ist abzulehnen, weil es an einem gemeinschaftlichen Zweck fehlt (ZB. 07, 103⁵). Es genügt dem Wesen der Sache aber die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Agenten (§ 92 Abs. 2). Damit ist nicht gesagt, daß nicht auch ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände (oben Anm. 2) oder nach dem Grundsatz über positive Vertragsverletzungen Platz greifen kann. Zu bemerken ist, daß persönliche Beleidigungen eines Vertragsteils durch den andern hier, wo es sich um Leistung und Gegenleistung handelt, nur unter ganz besonderen Umständen einen wichtigen Grund zur Auflösung darstellen. Das heißt, es kommt darauf an, ob ohne besonderes Vertrauen ein solcher Vertrag nicht durchzuführen ist. Ein das Zusammenwirken unmöglich machendes Verhalten eines Teils kann den andern Teil dann vorübergehend von seiner Vertragspflicht nach § 242 BGB. entbinden und selbst einen wichtigen Grund zur Auflösung des Vertrags bieten. Dies ist der Gedanke, der auch den §§ 92, 133 BGB. und dem § 723 BGB. zugrunde liegt.

2. Ein **Schweigevertrag** verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. Denn über das **Anm. 17.** Nichtstellen eines Strafantrags bei einem Antragsvergehen und die Zurücknahme eines solchen Antrags ist den Beteiligten freie Vereinbarung unbedingt gestattet (RG. 42, 60). Andererseits ist es unbedingt sittlich verwerflich, für die Unterlassung oder Zurücknahme einer unbegründeten Strafanzeige (MDStG. 23, 226) oder, um dem Täter die Vorteile seiner Tat durch Nichtanzeige zu sichern (RG. 33, 338), ein Schweigegeld zu versprechen oder ein solches Versprechen anzunehmen (RG. 58, 206). Was nun das Abhalten von einer begründeten Strafanzeige anbelangt, so ist zu unterscheiden: Der Geber eines Schweigegeldes verstößt gegen die gute Sitte, wenn er nur aus Furcht vor Strafe, oder um das durch die strafbare Handlung Erlangte zu behalten, den Empfänger zur Nichtanzeige bestimmt hat. Der Geber verstößt aber nicht gegen die gute Sitte, wenn er sich durch Gründe hat leiten lassen, die sein Verhalten nach dem sittlichen Empfinden gerechtfertigt erscheinen lassen (Schutz eines nahen Angehörigen vor den schweren Nachteilen seiner Verurteilung). Der Empfänger des Schweigegeldes handelt un sittlich, wenn er lediglich den Täter der Strafe entziehen will, oder wenn er, um einen Gewinn zu machen, gehandelt hat (vgl. RG. 62, 273). Er verstößt aber nicht gegen die gute Sitte, wenn er rechtfertigende Gründe (Schadloshaltungsansprüche für die Schädigung seiner privatrechtlichen Interessen) geltend machen kann. Der Prinzipal, der sich für Unterschlagung eines Angestellten von

Grf. zu § 346.

dessen Angehörigen schadloß halten läßt und Nichtanzeige verspricht, handelt ebensowenig unfittlich wie der Versprechende (ZB. 09, 487^o). Es kommt somit immer auf die besonderen rechtfertigenden Umstände an, und hängt es davon ab, ob beiden Teilen, oder nur einem Teil oder keinem Teil Unfittlichkeit vorzuwerfen ist. Danach bemißt sich auch die Anwendung der § 817 Satz 2 BGB. (vgl. RG. 58, 204). Die neben einer schriftlichen Verbürgung getroffene mündliche Nebenabrede, daß die Bürgschaft nur gelten soll, wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner keine Strafanzeige erstattet, ist rechtswirksam (§ 350 Anm. 6); die Strafanzeige ist hier auflösende Bedingung (§ 158 Abf. 2 BGB. vgl. ZB. 1912, 35²³); auch die §§ 812 Abf. 1, 821 BGB. treffen zu, weil im Falle der Strafanzeige die Verbürgung ohne Grund eingegangen wäre. — Nach denselben Grundsätzen beurteilt es sich, ob das Geben und Annehmen von Geldern zum Zweck der Unterlassung von privaten oder öffentlichen Angriffen einen unfittlichen Charakter hat. Aber die Bewilligung eines Schweigegelbes durch Drohung mit Strafanzeige oder Angriffen s. RG. 59, 351; ZB. 09, 11²; 07, 5³; 06, 82¹; 05, 134^o. — Die Schweigepflicht Angestellter über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse während der Dienstzeit schützt der § 17 UnlWG. durch Strafverbot. Nach Beendigung der Dienstzeit darf der Angestellte die auf erlaubte Weise während des Dienstes erlangten Kenntnisse für sich verwerten (RG. 65, 333; Begr. z. UnlWG. v. 1909 S. 22 u. RB. S. 42). Alle hierher gehörigen Fragen sind in Anm. 59 Anm. 38 ff. behandelt.

- Anm. 18.** 3. Das **Schmiergelbergewähren** und **-annehmen** seitens Angestellter, ist sittlich verwerflich wenn es geschieht, um die Konkurrenz aus dem Felde zu schlagen. Es enthält ein solches Annehmen und Sichversprechenlassen eine positive Vertragsverletzung (LZ. 1911, 927¹⁷). Hier finden aber auch nicht nur die §§ 138, 826 BGB. und § 1 UnlWG. Anwendung, und kann nicht nur das Geleistete nach § 817 BGB. nicht zurückgefordert werden, sondern es wird auch häufig ein Fall des Betrugs oder der Untreue und, wenn der Angestellte Beamteneigenschaft hat, der Tatbestand der Bestechung vorliegen. Der Geschäftsherr hat einen Entlassungsgrund. Er kann in der Regel Herausgabe des Empfangenen von seinem ungetreuen Angestellten (§ 72 Anm. 2, § 59 Anm. 46) sowie nach § 13 UnlWG. Schadenersatz und Unterlassung (§ 59 Anm. 46) verlangen. Außerdem behandelt es § 12 UnlWG. als ein Antragsvergehen, das auch im Wege der Privatklage verfolgt werden kann (§ 22 UnlWG.), wenn einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes (z. B. Agenten) Geschenke oder andere Vorteile (z. B. für Verwandte) zu Zwecken des Wettbewerbs (also um Konkurrenten durch Begünstigung bei der Bestellung, bei der Lieferung, Abnahme, Prüfung usw. zu beseitigen) angeboten, versprochen oder gewährt werden, um durch unlauteres Verhalten (d. h. unlauter gegenüber der Konkurrenz und nicht nur pflichtwidrig gegen den Geschäftsherrn) des Angestellten oder Beauftragten bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Bevorzugung für sich oder einem Dritten zu erlangen (auch hierüber s. § 59 Anm. 46). Der Bestechende und der Bestochene, der sich auf die Bestechung einläßt, werden mit der gleichen Strafe, nämlich mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu 5000 M. oder mit einer dieser Strafen, bedroht. Das Empfangene oder dessen Wert muß im Urteil als dem Staate verfallen erklärt werden; Bekanntmachung § 23 UnlWG., Buße § 26 UnlWG. Diese Bestimmungen sind rein strafrechtlicher Natur, so daß den Angestellten oder Beauftragten auch noch die oben bezeichneten privatrechtlichen Folgen seines pflichtwidrigen Verhaltens gegenüber dem Prinzipal treffen. Außerdem gewährt bei einem Verstoße gegen § 12 UnlWG. der § 13 jedem Konkurrenten und den gewerblichen Verbänden einen Unterlassungsanspruch und zwar nicht allein gegen Täter und Teilnehmer, sondern auch gegen den Inhaber des Betriebs, dessen Angestellter oder Beauftragter gegen § 12 UnlWG. sich in Ausübung dieses Betriebs verfehlt hat, so daß dem Geschäftsherrn der Entlastungsbeweis aus § 831 BGB. hier abgeschnitten ist. Endlich steht jedem Mitbewerber, der durch die Handlung verletzt worden ist, ein Schadenersatzanspruch zu gegen den, der ihn durch einen vorsächlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen § 12 UnlWG. geschädigt hat (§ 13 UnlWG.). Reine Schmiergelder sind kleine Gelegenheits-

geschenke, Weihnachtsgratifikationen und Trinkgelber, die einen harmlosen Charakter **Exf. zu § 346.** haben, in dem zu unterstellenden Einverständnis des Geschäftsinhabers nach den Anschauungen redlichen Verkehrs zur Förderung des Umsatzes und zur glatteren Geschäftsführung gegeben werden und keine Bevorzugung des Gewährenden bezwecken. Denn nicht jedes Geschenk, das ein Lieferant den Angestellten seines Kunden macht, kann als unerlaubt gelten. Wohl aber handelt es sich um Schmiergelber bei Provisions-, Skonto- und Rabattbewilligungen an Angestellte (oder Dienstboten), um die Kundschaft zu erhalten, und regelmäßig auch dann, wenn der Geschäftsinhaber die Annahme jeder Gratifikation unterjagt hat (vgl. R. B. z. Unt. W. G. v. 09 S. 28 ff., 63 ff.; R. T. Prot. S. 1508 ff.; vgl. J. B. 1911, 38¹⁸).

4. Das **Abhalten vom Mit- oder Überbieten** bei öffentlichen Versteigerungen ist nur **Ann. 19.** dann unsittlich, wenn besondere Umstände (Täuschungsabsicht, Vereinbarung ohne Rücksicht auf die Angemessenheit des Mindestgebots) dem Vertrag einen unsittlichen Charakter verleihen (R. G. 60, 273; 58, 393; J. B. 1911, 642⁵; 08, 296²). So ist die (formlos gültige) Vereinbarung zweier Miteigentümer bei einer Teilungsversteigerung oder mehrerer Hypothekengläubiger, sich des Bietens bei der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks zu enthalten, an sich nicht zu beanstanden, sollte auch ein Dritter dadurch zu Schaden kommen. Hat ein Steigerungslustiger sich vom Mitbieten abhalten lassen, weil ihm als Hypothekengläubiger vom Steigerer Schadenshaltung zugesichert oder die Unterlassung der gefürchteten Errichtung eines Konkurrenzgeschäfts auf dem Grundstück versprochen wurde (R. G. 32, 258; J. B. 93, 207⁴⁸ u. 250¹²), oder soll ein Steigerungsliebhaber steigern, um den Gegenstand dann unter die Übrigen zu verteilen (R. G. 30, 304; J. B. 88, 107³⁷), so liegt kein Grund zu Bedenken vor; nur darf im letzteren Falle die Sache nicht so liegen, daß die Vereinbarung lediglich nur darauf abzielt, den Zweck der öffentlichen Versteigerung, einen angemessenen Preis in freier Konkurrenz zu erlangen, zum Nachteil des Schuldners und zum eigenen Vorteil zu vereiteln (R. G. 58, 399; J. B. 05, 682³; 07, 201⁵; R. G. in SeuffA. 62, 274). Es kommt also in jedem einzelnen Falle auf die Beschaffenheit und den Zweck der Vereinbarung an (R. G. 18, 219; 30, 304; O. L. G. R. 5, 142). Nach § 270 PrStGB. macht sich strafbar, wer einen anderen vom Mitbieten bei öffentlichen Versteigerungen durch Zwang oder Zusicherung oder Gewähren von Vorteilen abhält; dieser § 270 steht noch in Kraft (R. G. 51, 401; R. G. St. 35, 393; 27, 106; J. B. 1911, 291³⁴); ebenso wie die ähnlichen Bestimmungen des Art. 412 code pénal für Elfaß-Lothringen, Art. 381 hess. Polizeistrafgesetz v. 30. 10. 55 (R. G. Bl. 71 Anl. zu Nr. 35; R. G. St. 37, 139; 10, 221). Die diesen Strafvorschriften zuwider getroffenen Abreden sind jedoch nicht nach § 134 BGB. wichtig. Denn es bedroht § 270 PrStGB. nur den Abhaltenden mit Strafe, während nach § 134 BGB. das ganze Rechtsgeschäft als solches verboten sein müßte (R. G. 60, 273; J. B. 08, 296²). Insofern sind diese Gesetze Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB. (vgl. L. Z. 1912, 72³¹).

Bei **Ausschreibungen** (Submissionen) gelten ähnliche Grundsätze wie beim Abhalten **Ann. 20.** vom Mitbieten oder Überbieten bei öffentlichen Versteigerungen (oben Ann. 19). Es ist also nichts dagegen zu erinnern, daß mehrere Bewerber sich über ihre Preisstellung verständigen oder unter sich vereinbaren, wie die Lieferungen unter ihnen verteilt werden sollen, wenn einem von ihnen auf seine Bewerbung der Zuschlag erteilt wird (vgl. R. G. 66, 223); sie machen dann ein Gebot auf gemeinschaftliche Rechnung. Eine Vereinbarung ist nicht unsittlich, nach der der eine Bewerber seine Preise höher greift, um dem anderen den Zuschlag zu verschaffen, wenn damit unreeles Unterbieten gegenüber den üblichen Ausschreibungen, daß das Mindestgebot den Zuschlag erhält, verhindert werden soll. Diefelbe Vereinbarung ist aber unsittlich, wenn sie bezweckt, durch Ausschaltung der Konkurrenz dem übermäßig hohen Mindestgebot den Zuschlag zu verschaffen und den Gewinn zu teilen (R. G. 58, 218; J. B. 08, 296²; Bay. O. L. G. in SeuffA. 65, 93). Desgleichen ist es unsittlich, wenn eine Vereinbarung in der Weise getroffen wird, daß nicht ein Schutz gegen sachlich ungerechtfertigtes Unterbieten, sondern unangemessen Gewinn erzielt werden soll (Goldheim 20, 194), oder wenn

Grf. zu § 346.

nur einer bietet, um der ausschreibenden Behörde gegenüber den irrigen Glauben zu erwecken, es sei keine Konkurrenz vorhanden und der gestellte Preis angemessen (RG. in Elfvottr. 17, 139; DLG. Kiel Seuffl. 64, 135; BayObLG. in Seuffl. 65, 93). Das Charakteristische ist hier die unreelle Erzielung ungebührlichen Gewinnes; in solchen Fällen findet § 270 PrStGB. (oben Anm. 19) auch auf das Abhalten vom Bieten bei Ausschreibungen Anwendung (RGSt. 35, 392; JW. 08, 296²). Über die eigenartigen Verhältnisse bei Kartellen s. unten Anm. 36 ff.

Anm. 21.

5. **Weitere Beispiele:** Unsittlich sind Verträge, die die Ausführung oder Beförderung des Schmuggels unmittelbar zum Gegenstand haben (RG. 56, 181; 42, 295); nicht aber Verträge, die im Ausland geschlossen und zu erfüllen sind und verbotene Einfuhr ins Inland bezwecken (Samburg DLGR. 7, 459), obgleich ein auf Begehung einer strafbaren Handlung gerichteter Vertrag sowohl gegen § 138 Abs. 1 BGB. als auch gegen § 134 BGB. verstößt (RG. 63, 145; 56, 231; 51, 402; 17, 300). Bei minder wichtigen Verböten, namentlich bei Zuwiderhandlungen gegen Polizei-, Steuer-, Zoll-, Fischerei- und Jagdgesetze oder gegen bloße Ordnungsvorschriften, will das Gesetz oft nicht die Wichtigkeit; dann ist ein die Zuwiderhandlung bezweckender Vertrag auch nicht unsittlich (vgl. RG. 77, 229; 60, 276; 6, 169); es ist hier an Zuwiderhandlungen gegen § 241 R.D. (RG. 66, 229), gegen § 288 StGB. (RG. 6, 169; 60, 276), und an solche Strafgesetze zu denken, die nur den einen Teil mit Strafe bedrohen (RG. 60, 277; oben Anm. 19), sowie an das Spielen in auswärtigen Lotterien (RG. 58, 280; 48, 177; vgl. § 763 BGB.). -- Der Bordellbetrieb ist unzweifelhaft unsittlich. Trotzdem ist der Kauf eines Bordellhauses, der Kauf eines Hauses, um es zum Bordell einzurichten, der Bauvertrag über ein Bordell, der Vertrag über Einrichtung eines Bordells, der Kauf eines Bordellinventars noch nicht unsittlich; es muß noch ein Weiteres hinzukommen, was eine unmittelbare Beziehung mit dem Unzuchtsbetrieb herstellt, diesen erst ermöglicht oder unmittelbar fördern soll (RG. 63, 350; 68, 98; JW. 06, 331). Auf diese Unmittelbarkeit läßt vor allem schließen, wenn aus der Verwendung zu Unzuchtszwecken ein besonderer Gewinn erzielt werden soll; nötig ist die Erzielung eines besonderen Vorteils nicht, weil auch ein zu gewöhnlichem Preis abgeschlossener Bordellkauf zum Zweck des Fortbetriebs die Unsittlichkeit an sich trägt (RG. 78, 45). Aber bedeutend ist für einen solchen Schluß auf die Unsittlichkeit die Ausbedingung eines übermäßigen Preises (RG. 75, 74; 71, 194 u. 433), der Mitverkauf des Bordellgeschäfts (RG. 68, 99; 57, 239; 56, 231; RGSt. 24, 167), Kauf des Inventars lediglich, um den Bordellbetrieb fortzusetzen (RG. 63, 353), die Vereinbarung, daß der Preis aus dem Bordellverdienst bezahlt werden soll (RG. 63, 368; JW. 09, 412⁶). Der unsittliche Charakter tritt in allen Fällen hervor, in denen der Betrieb des unsittlichen Gewerbes unmittelbar zum Inhalt oder Vertragszweck gemacht wird (RG. 29, 107; JW. 06, 454⁷), wie dies zutrifft, wenn ein Haus zu Bordellzwecken vermietet wird (RG. 38, 199), wenn Alleinlieferung mit Bezugspflicht von Waren (JW. 03 Beil. 41⁸) oder hoher Vertragsstrafe vereinbart ist, oder wenn bei einer Darlehnsgewährung das Interesse des Darlehnsgebers am Bordellbetrieb durch besondere Vorteils einräumung sich zeigt (RG. bei Gruch. 38, 881; JW. 06, 331⁵; Wolze 8 Nr. 359). Der gutgläubige Hypothekenerwerber ist durch § 892 BGB. geschützt (JW. 06, 226¹⁰). Über alle diese Fragen, insbesondere über die Bordellhypothek s. Rissen im „Recht“ 09, 211; Werner ebenda 103; Philipp, BayZ. 05, 400 u. 420; ferner oben Anm. 6f. -- Unsittlich ist die Ausbeutung der erkannten Geisteschwäche des Vertragsgegners (Grf. zu § 376 Anm. 32), der Mißbrauch einer Vertrauensstellung zur Erlangung von Vorteilen (RG. 48, 253; JW. 04, 482⁹), das Abhängigmachen der Pflichterfüllung von besonderen Vorteilen (JW. 08, 710²; LZ. 09, 142¹⁵), die Annahme von Geschenken oder Zahlungen mit der Kenntnis, daß die Mittel durch vorsätzliche Pflichtverletzung erlangt wurden (RG. 48, 293; JW. 05, 391⁹), ein Kauf über wertlose, nur zu Fälschungszwecken bestimmte Ware (DLG. Braunschweig in Seuffl. 61, 177), eine Sicherungsübereignung des ganzen künftigen Vermögens (§ 368 Anm. 96a u. 102) und in rein vermögensrechtlichen Angelegen-

heiten auch die Bindung durch Ehrenwort (RG. 68, 229; 74, 332; 78, 258). über **Exf. zu § 346.** Konkurrenzverbote f. § 22 Anm. 33 ff., §§ 74 u. 75; § 348 Anm. 4. Über culpa in contrahendo f. § 347 Anm. 2; über wissentlich falsche Rats- und Auskunftserteilung f. Exf. zu § 349 Anm. 7 ff.; über Verleitung zum Vertragsbruch und den § 826 BGB. bei Verletzung von Vertragsrechten f. Exf. zu § 377; über Differenz- und Spielgeschäfte, Glücksspiele und Wetten f. Exf. zu § 376. — Nicht unsittlich ist die Verabreichung von Rabattsparbüchern an Kunden (RG. 73, 113) und die wahrheitsgemäße, objektiv gehaltene öffentliche Bekanntgabe der Kundenanlockungsmittel der Konkurrenz (ZW. 08, 272⁷ u. 333¹⁰) oder wahrer Vorgänge ehrenrühriger Art aus dem Vorleben der Konkurrenten, wenn nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung nötig machen (RG. 76, 110). Wer erfährt, daß ein Dritter seine Unterschrift mißbrauche, handelt noch nicht ohne weiteres unsittlich, wenn er dazu schweigt (§ 346 Anm. 1 u. § 350 Anm. 56 a. E.). Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen, die sich nicht in einem Zustand der Willensunfreiheit nach § 827 BGB. befinden, sich aber für geschäftsfähig ausgeben und dadurch andere veranlassen, mit ihnen in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten, machen sich einer unerlaubten Handlung schuldig und für den Schaden haftbar (RG. 59, 211; ZW. 08, 210³²; RG. in LZ. 1912, 151²⁶; Mot. II 733; vgl. aber § 828 BGB.). Das Vergütungsversprechen dafür, daß keine ungünstige oder eine günstige Auskunft erteilt werde, ist nicht ohne weiteres unsittlich (Banerher Rspr. 09 Nr. 89).

II. Wucher.

- A. **Die maßgebende Gesetzesbestimmung** des Abs. 2 des § 138 BGB. lautet: Anm. 22.
- Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen.
- B. **Allgemeines.** Das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 (RGBl. 109) in der Fassung des Anm. 23. Gesetzes vom 19. Juni 1893 (RGBl. 197) hat, abgesehen von Art. 4 (f. § 352 Anm. 14), nur noch strafrechtliche Bedeutung, weil Art. 47 GG. BGB. den Art. 3 des Wuchergesetzes, welcher die privatrechtlichen Folgen eines wucherlichen Geschäfts regelte, aufhebt, und § 138 Abs. 2 BGB. einen erweiterten selbständigen Wucherbegriff aufstellt. Der Abs. 2 des § 138 BGB. bringt zum Ausdruck: obgleich § 302e StGB. nur den gewohnheits- und gewerbsmäßigen Sachwucher unter Strafe stellt (RGSt. 45, 199; 25, 315) und ein solches Wuchergeschäft nur für den Fall der Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit für nichtig erklärt werden konnte, soll die Nichtigkeit auch in allen übrigen Fällen eintreten, in welchen weder von Gewohnheits- noch von Gewerbsmäßigkeit gesprochen werden kann, und ist jedes wucherliche Geschäft — mag es als Sach- oder als Kreditwucher zu betrachten sein — immer nichtig. Das Handelsrecht kommt nicht zur Anwendung, denn der Gewerbetrieb des Wucherers ist kein Handelsgewerbe, und er selbst ist nicht Kaufmann (§ 1 Anm. 22).
- C. Der **Wucherbegriff** setzt sich aus **objektiven** und **subjektiven** Erfordernissen zusammen. Anm. 24.
- Objektiv verlangt § 138 Abs. 2 BGB.: Versprechen oder Gewähren erzwingbarer Vermögensvorteile für eine Leistung, welche deren Wert dergestalt übersteigt, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen, sowie ein Ausnützen (Ausbeuten) der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Vertragsgegners, der eine physische Person, eine Gesellschaft oder eine juristische Person sein kann; fehlt es an diesen Erfordernissen, so vermögen die Vorstellungen, die sich der Gläubiger macht, den Begriff des Wuchers nicht zu erfüllen (SeuffA. 64, 179). Subjektiv in der Person des Wucherers: Bewußte Ausnützung des Vertragsgegners zur Erlangung übermäßigen Gewinnes, also Kenntnis der Notlage, des Leichtsinns, der Unerfahrenheit sowie Kenntnis der Voraussetzungen, die auf ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung schließen lassen (RGSt. 29, 82). Daß der Wucher

Erk. zu § 346.

an und für sich ein unsittliches Geschäft ist, bedarf keiner Ausführung. Obgleich daher der Wucher als ein Einzelfall der in Abs. 1 des § 138 BGB. behandelten unsittlichen Geschäfte („insbesondere“) zu betrachten ist, bedarf es doch nicht außer den im Abs. 2 des § 138 BGB. aufgestellten Erfordernissen auch noch der Feststellung der Unsittlichkeit (ZB. 06, 735²; 05, 366³). Über das Verhältnis des Abs. 1 des § 138 BGB. zu Abs. 2 und zu § 826 f. oben Anm. 3.

Anm. 25.

I. Die **objektiven** Erfordernisse. Dazu gehört zunächst ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung; ein bloßes Mißverhältnis besagt an sich noch gar nichts (RG. 64, 182); es muß vielmehr der erlangte Vorteil ein unmäßiger sein. Daß der Gläubiger einen erheblichen Vorteil, der Schuldner einen erheblichen Nachteil gehabt hat, genügt nicht (RGSt. 14, 421; 4, 392). Den Maßstab bei der Vergleichung von Leistung und Gegenleistung bildet, so, wie dies im redlichen Geschäftsverkehr üblicherweise bewertet zu werden pflegt, die Gewinnhoffnung und das Risiko, kurz jeder Vorteil und Nachteil auf beiden Seiten (RG. 46, 117; RGSt. 20, 282; Gruch. 46, 897), einschließlich des üblichen Zinsfußes (RGSt. 23, 123; ZB. 02, 274²³). Es muß aber auch in letzterer Beziehung geprüft werden, ob ein auffälliges Mißverhältnis vorliegt; eine bloße erhebliche Überschreitung des üblichen Zinsfußes besagt an sich noch nichts. Rünftiger oder bedingter Vorteil ist nach seinem wahrscheinlichen Werte abzuschätzen (RG. 46, 112; RGSt. 20, 283; LZ. 09, 468¹⁴). Unter dem Wert der Leistung nach § 138 Abs. 2 BGB. ist der objektive Wert der vertragsmäßig zu gewährenden Leistung zur Zeit des Abschlusses, also beim Kauf der Preis zu verstehen, auf den nach den Umständen des Falles überhaupt gerechnet werden konnte, und beim Sachkauf der allgemeine Verkehrswert der gekauften Sache; auf den objektiven Wert des tatsächlich Geleisteten kommt es nicht an (RGSt. 29, 84; Scuffl. 60, 218; 64, 181; Gruch. 46, 899); die Minderwertigkeit der Leistung stellt vielmehr für sich eine selbständige wucherische Ausbeutung dar, wenn der Käufer unter Ausbeutung seines Leichtsinns usw. dazu gebracht worden ist, eine minderwertige Leistung anstatt des wirklich Geschuldeten anzunehmen (ZB. 05, 366³). Bei der so vorzunehmenden Abschätzung sind nur die gültigen, erzwingbaren Vorteile in Anschlag zu bringen; denn aus nicht erzwingbaren, ohnehin nichtigen Zusagen kann kein Vorteil gezogen werden (ZB. 09, 719⁶). Gewagte Geschäfte bedürfen besonderer Würdigung: einem Kaufmann, der ein ein großes Risiko mit sich bringendes Geschäft macht oder eine anspruchsvolle Kundenschaft zu bedienen hat (ZB. 05, 366³), muß dieses individuelle Moment zugute kommen; bei Sanierungsgeschäften ist eine hohe Risikoprämie oft nicht unangemessen (ZB. 09, 215²). Was nun die Leistung des angeblich Bewucherten angeht, so kommt es für das Mißverhältnis nicht auf die Gültigkeit seiner Leistung, sondern vielmehr nur auf deren wirtschaftliche Vollwertigkeit an. Diese Vollwertigkeit braucht nicht gerade auf die Sicherheit der rechtlich verhafteten Personen oder Pfänder gestützt zu sein; rein tatsächliche Umstände — guter Wille des Schuldners, zur Zahlung bereite Angehörige oder andere die Schuldnerleistung sichernde Umstände — können seine Leistung zu einer ganz oder nahezu vollwertigen machen; so ist ein Wucher auch dann möglich, wenn der Schuldner seinem Gläubiger ungünstige Wechsel gegeben hat; es erhöht sich dann nur die Risikoprämie des Gläubigers.

Ob die im Mißverhältnis stehenden Vermögensvorteile vor Vertragschluß versprochen oder nachträglich gewährt worden sind, bedarf keiner strengen Unterscheidung, weil Versprechen und Gewähren ineinanderlaufende Begriffe sind (RGSt. 15, 334; 32, 145). Ein bloßes Bewilligen nicht verlangter Vorteile reicht schon aus (RGSt. 3, 218; RG. 30, 41).

Anm. 20.

Der Wucher erfordert ferner, daß die übermäßigen Vorteile in Ausbeutung der **Notlage**, des **Leichtsinns** oder der **Unerfahrenheit** erlangt sind, daß also Notlage, Leichtsinn oder Unerfahrenheit zur Zeit der Gewährung der übermäßigen Vorteile noch vorhanden war.

1. Zu einer Notlage genügt schon eine finanzielle Bedrängnis (ZB. 1911, 576⁹; 08, 143¹³); aber es genügt eine eingebildete Notlage selbst dann nicht, wenn beide Teile ernstlich an eine Notlage glaubten. Das Gesetz verlangt weiter zu einer Notlage nicht nur das Vor-

handensein einer wirtschaftlichen Zwangslage, sondern eine derart drängende Not, daß **Grf. zu § 346.** diese die wirtschaftliche Existenz des Darlehnsuchenden oder eines Dritten bedroht (ZB. 05, 75⁸; RGSt. 31, 239; 28, 290); und an einer solchen Not fehlt es, wenn nur die Aussicht auf hohen Gewinn der Bestimmungsgrund für den angeblich Bewucherten war, das Geschäft abzuschließen (ZB. 03 Beil. 53¹²²). Wenn auch eine augenblickliche Notlage genügt (RGSt. 5, 9), so reicht doch eine vorübergehende Geldverlegenheit oder die schwere Verkauflichkeit eines Warenlagers nicht hin (RG. im „Recht“ 03, 575 Nr. 2903). Die Notlage ist eine eingebildete, wenn von dem Bedrängten Hilfsquellen infolge irriger Vorstellungen nicht benutzt worden sind; dagegen ist die Notlage eine echte, wenn der Schuldner die Hilfsquellen nicht kannte oder im Interesse seiner wirtschaftlichen Existenz davon keinen Gebrauch machen konnte (RGSt. 4, 391; 12, 304). Der Eid über das Vorhandensein einer Notlage muß sich auf die einzelnen Tatsachen richten, aus denen sich die Notlage zusammenfügt (ZB. 09, 45³). Wurden die Vermögensvorteile zu einer Zeit gewährt, zu welcher die Notlage nicht mehr bestand, so fehlt es an einer Ausbeutung einer Notlage, mögen die Vorteile auch im Augenblick der Not versprochen worden sein.

2. Leichtsinns ist Mangel an Überlegung, ist Sorglosigkeit, so daß den Folgen der bei vollem **Ann. 27.** Bewußtsein vorgenommenen eigenen Handlungen keine oder doch nicht die verdiente Bedeutung beigelegt wird (RG. Gruch. 34, 1218; RG. 30, 40; 46, 121). Diese unüberlegte Behandlung von Geschäften darf nicht nur aus verschwenderischen Neigungen und der sonstigen Lebensweise, z. B. eines Spielers, gefolgt werden, sondern sie muß sich aus dem Rechtsgeschäft selbst ergeben (RGSt. 27, 18); sie wird nicht ausgeschlossen dadurch, daß der übertriebene Preis wohlbedacht bewilligt ist (ZB. 08, 546³).

3. Unerfahrenheit bedeutet Mangel an Einsicht, Geschäftskennntnis oder Lebenserfahrung, **Ann. 28.** welche die Befähigung, Zustände und Ereignisse richtig zu beurteilen, einschränkt (RGSt. 37, 206). Diese Unerfahrenheit kann in der Unkenntnis der Gelegenheit zu Geldbeschaffung (RGSt. 25, 319), nicht aber darin gefunden werden, daß der Benachteiligte über Höhe und Wert der Gegenleistung im unklaren war; denn Unerfahrenheit ist nicht gleichbedeutend mit Unkenntnis (RGSt. 37, 205). Unkenntnis und nicht Unerfahrenheit ist es, wenn ein Kaufmann einen neuen Geschäftszweig, den er nicht beherrscht, einführt und deshalb zu billig verkauft oder zu teuer einkauft; oder wenn jemand sich um seine Angelegenheit nicht kümmert und unbesehen kauft oder verkauft, ohne den wahren Wert zu erkennen. Die Unerfahrenheit kann auch Vereinsmitgliedern innewohnen, die ihrem Vorstand übermäßige Bezüge bewilligen (RGSt. 38, 366).

II. Nach der **subjektiven** Seite verlangt der Wucherbegriff, daß die in Anm. 26—28 hervor- **Ann. 29.** gehobenen, die Willensfreiheit des Schuldners beeinflussenden Umstände dem Gläubiger bekannt waren und von ihm ausgebeutet worden sind (RGSt. 28, 290). Diese Ausbeutung erheischt weder ein aggressives Vorgehen noch ein arglistiges Verhalten noch ein gegen die guten Sitten verstoßendes Gebaren noch auch die Absicht der Ausbeutung. Es genügt das Bewußtsein der Ausnutzung zum Zweck der Erlangung eines übermäßigen Vermögensvorteils bei irgendeiner zufälligen Gelegenheit schon für sich ganz allein (RG. 60, 11; ZB. 05, 366³). Es genügt aber nicht das Wissenmüssen oder Wissenkönnen. Nicht erforderlich ist, daß der Wucherer gerade die für die Vollwertigkeit der Leistung des Gegners maßgebenden Umstände kannte, wenn nur seine Vorstellung von der Vollwertigkeit sich mit der wirklichen Sachlage in ihrem Endergebnis deckt. Wer aber gar nicht ausnutzen will, d. h. einen Anspruch auf das Versprochene oder Gewährte nicht erwerben wollte, dem fehlte auch das Bewußtsein der Ausbeutung (RGSt. 15, 334). Es gehören zum Begriff der Ausbeutung nicht weitere Merkmale, wie Mißbrauch der Autorität, eines Abhängigkeitsverhältnisses, des Übergewichts des Alters; es können solche Umstände aber von symptomatischer Bedeutung werden (RG. 46, 121). Ob der Bewuchernde die Vorteile für sich oder einen Dritten erstrebt (RGSt. 5, 366; 8, 17) und ob sich die Ausbeutung gegen den Schuldner oder gegen den Bürgen richtet (RG. 72, 218), ist gleichgültig. Für seinen

Grf. zu § 346.

Anm. 30.

D. 1. Die Nichtigkeit des ganzen Geschäftes allen Beteiligten gegenüber ist die Folge des Verstoßes gegen das Wuchererbot, weil nach § 139 BGB. im Zweifel (vgl. RG. 59, 174; 72, 63 u. 218; oben Anm. 4) nach dem Parteivillen jedes Rechtsgechäft ein einheitliches Ganzes bildet, z. B. Darlehn und dafür erfolgte Verbürgung. Ist der wucherliche Teil ohnehin nichtig, so kommt dieser Teil für den Wucherer überhaupt nicht in Betracht (JW. 09, 719⁶). Gleichgültig ist die Form, in welche das wucherliche Geschäft eingekleidet worden sein mag; ob ein abstraktes Geschäft vorliegt, ob Kredit- oder Sachwucher gegeben ist, ob etwa mit Wissen und Willen des Bewucherten der wucherische Charakter durch ein Geschäft anderer Art verdeckt wurde, oder ob dieser Wille der Verschleierung nur beim anderen Teil vorhanden war, macht nichts aus (RGSt. 21, 434). Auf die Strafbarkeit kommt es überhaupt nicht an (RGSt. 35, 113). Die Nichtigkeit des wucherischen schuldrechtlichen Geschäftes (des Grundgeschäftes) ergreift, anders als beim nur unsittlichen Geschäft (oben Anm. 4ff.), auch das entsprechende dingliche Erfüllungsgeschäft, also die Eigentumsübertragung (RG. 57, 96; 63, 184; 72, 63), die Hypothekenbestellung (RG. 36, 314), das abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. Diese Wirkung ist eine dem Wucherer eigentümliche; sie wird aus dem Wörtchen „insbesondere“ in § 138 Abs. 2 BGB. zu erklären versucht (hierüber oben Anm. 5) und steht nicht damit im Widerspruch, daß gegenüber einem Wechsel der Wucherer in Form einer Einrede in den Schranken des Art. 82 W.D. geltend zu machen ist (RG. 8, 97; 63, 184; 72, 218; 71, 201; JW. 1910, 5¹); denn die Ausstellung eines Wechsels für ein wucherisches Geschäft hat selbständige Bedeutung. Der § 138 Abs. 2 BGB. trifft nicht nur darlehnsartige Geschäfte, sondern jedes Geschäft (RG. 43, 116; RGSt. 18, 332); auch den Losverkauf (RGSt. 20, 129), einen Stundungs- oder Kreditvertrag (RGSt. 25, 316), ein Pfand- oder Rückkaufgeschäft (RGSt. 4, 203; 28, 291), Einräumung eines Vorkaufsrechts (RG. 30, 42), Ankauf einer Forderung (RGSt. 25, 315; 35, 112), Wechseldiskontierung (RGSt. 18, 181; 28, 135), Eingehen einer Gesellschaft (RG. 46, 112; JW. 00, 556¹⁰; „Recht“ 09 Nr. 1839; Warneyer Rspr. 1911 Nr. 8), einen Dienstvertrag (§ 59 Anm. 33), einen Generalversammlungsbefehl (oben Anm. 28), einen Kauf und bei Ausbedingung übermäßiger Vorteile selbst eine Sicherheitsübereignung (LJ. 09, 60¹⁰), sowie eine Vermittlertätigkeit. Wenn in letzterem Fall RGSt. 29, 79 die Frage für den Sachwucherer bejaht, dagegen RGSt. 28, 291 dieselbe Frage für den Kreditwucherer verneint hat, so liegt dieser Verschiedenheit eine die zivilrechtliche Seite nicht berührende Besonderheit des § 302a RStGB. zugrunde (RGSt. 35, 112; 36, 226). Auch ein Wucherkomplott ist denkbar (RGSt. 36, 226).

Anm. 31.

2. Die Wirkungen der Nichtigkeit erstrecken sich auf das ganze Geschäft (oben Anm. 30) und nicht nur insoweit, als die vom Wucherer gewährte Leistung als Ausbeutung erscheint (RG. in SeuffA. 63, 257). Danach ist der ganze Darlehnsvertrag nichtig, wenn auch nur das Zinsversprechen wucherisch ist (a. M. Hellmann, Vorträge 1897 S. 128). Daher sind auch in dem häufigen Falle, in dem mit einem Sicherungskauf ein Mietvertrag über die verkauften Sachen verbunden ist (Grf. vor § 373 Anm. 51f.), beide Verträge nichtig, wenn der vom Verkäufer zu entrichtende Mietzins nicht als Amortisation, sondern als wucherische Verzinsung des wirtschaftlich als Darlehn zu betrachtenden Kaufpreises anzusehen ist. Die Wirkung der Nichtigkeit zeigt sich ferner darin, daß auch das Erfüllungsgeschäft nichtig ist und der Bewucherte die Eigentumsfrage hat (oben Anm. 6f. u. 30). Der Bewucherte ist aber nicht auf die Eigentumsfrage beschränkt; er kann das Geleistete auch als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern (§ 812 BGB.), wobei zu beachten ist, daß der Bewucherte, wenn auch er einen unsittlichen Zweck verfolgte, das Hingeegebene nicht zurückfordern kann; es sei denn, daß die Leistung in Eingehung einer Verbindlichkeit (z. B. einer Wechselverbindlichkeit) bestand und diese noch nicht erfüllt ist (oben Anm. 7). Drittens kann der Bewucherte sich der §§ 826, 823 BGB. bedienen und Schadensersatz begehren, auch wenn kein strafbarer Wucher vorliegt, weil jeder Wucher begriffsmäßig

eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung darstellt (a. M. 8. Aufl.). Hat der Wucherer **Exf. zu § 346.** die erlangten Sachen bereits weiterverkauft, so kommt man mit allen drei Klagen zu demselben Ergebnis; denn der Wucherer hat sowohl nach §§ 989, 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 u. 2 BGB. wie nach §§ 823, 826 BGB. nicht nur den Unterschied zwischen dem von ihm redlicherweise erzielten Erlös und dem ursprünglichen Kaufpreis, sondern den vollen Wert der Ware zur Zeit der Annahme zu erstatten, aber abhanden gekommen sind dem Bewucherten die von ihm hingegebenen Sachen nicht, es findet also § 935 BGB. keine Anwendung. Der Wucherer kann das von ihm Geleistete nach § 812 BGB. zurückfordern; dies war schon in der früheren Rechtsprechung anerkannt (RG. 11, 191; JW. 00, 347¹⁷); durch Art. 47 GG. BGB. sollte hieran nichts geändert werden. Man kann nicht dem Wucherer das Rückforderungsrecht mit der Begründung versagen (so Dernburg I § 127 II u. Ortmann § 817 Anm. 6, der auch noch § 814 BGB. heranzieht), daß ihm ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last falle (§ 817 BGB.); denn nicht durch seine Leistung, sondern nur durch das Erstreben übermäßigen Vorteils hat er gegen das Sittengesetz verstoßen (vgl. RG. 63, 354). Der Wucherer und der Bewucherte haben bei der Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen ein Zurückbehaltungsrecht (hierüber Exf. vor § 369 Anm. 4 u. oben Anm. 7). Der Wucherer kann nicht aufrechnen; denn zum Ausschluß der Aufrechnung genügt schon eine zivilrechtlich unerlaubte Handlung (§ 393 BGB.; Warneyer Rpr. 1911 Nr. 69). Hat ein Dritter die Wucherschuld im Auftrag des Bewucherten bezahlt, oder ist er eine Verbindlichkeit zu deren Tilgung eingegangen, so erwächst dem Beauftragten aus dem Vollzug ein Erfasungsanspruch; denn dieser Vertrag ist nicht unsittlich (RG. 67, 404). Der gutgläubige Erwerber einer wucherischen Forderung ist zwar vor Strafverfolgung geschützt (RGSt. 36, 376); allein zivilrechtlich kann er seine Gutgläubigkeit der Einrede der Nichtigkeit gegenüber nicht verwenden (vgl. JW. 06, 379⁷).

3. Eine Teilung des wucherischen Geschäfts findet nicht statt (oben Anm. 8). Der Bewucherte **Anm. 32.** begibt sich durch seine Erklärung gegenüber einem der Wucherer, daß er nicht bewuchert sei, nicht der Wuchereinrede gegenüber den anderen Wucherern (RG. im „Recht“ 09 Nr. 953).

Selbst ein rechtskräftiges Urteil, das zugunsten eines wucherischen Geschäfts **Anm. 38.** ergangen ist, kann in seinen Wirkungen aufgehoben werden, wenn sich die Ausnutzung des Urteils als eine unsittliche Handlung gemäß §§ 823, 826 BGB. darstellt. Das Urteil selbst bleibt bestehen; aber es führen die §§ 823, 826 BGB. nach den oben Anm. 9, 12 ff. dargestellten Grundsätzen zur Schadenshaftung, zur Nichtgeltendmachung und Herausgabe des Vollstreckungstitels, mit der Wirkung, daß der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO.) begründet wird (RG. 48, 118; 61, 359; 69, 277; 75, 213; LZ. 1912, 150²⁵; vgl. Exf. zu § 349 Anm. 11 u. Exf. zu § 372 Anm. 40). Dasselbe gilt, wenn das Urteil zugunsten eines unsittlichen Geschäfts erwirkt worden ist. Als leitender Gesichtspunkt kann hier nicht der Satz aufgestellt werden, daß die §§ 823, 826 BGB. schon dann Anwendung finden, wenn ein bewußterweise zu offenbarem Unrecht ergangenes, wegen Säumnis des Schuldners rechtskräftiges Urteil zur Vollstreckung mißbraucht wird (RGSt. 34, 282; JW. 1912, 37²⁶). Denn in der Ausnutzung eines materiell unrichtigen Urteils liegt noch keine unerlaubte Handlung, namentlich nicht eine illoyale Schädigung im Sinne des § 826 BGB. (vgl. RG. 72, 127; 67, 153). Es muß vielmehr nach den Grundsätzen über Rechtskraft (§ 322 ZPO.) im Interesse der Rechtssicherheit der Satz an die Spitze gestellt werden, daß ein zugunsten eines unsittlichen Geschäfts erwirktes Urteil unanfechtbar wird, wenn es der Verurteilte unterläßt, den Eintritt der Rechtskraft durch die Rechtsbehelfe der ZPO. zu verhindern oder nach eingetretener Rechtskraft von dem in den §§ 578 ff. ZPO. geordneten Wiederaufnahmeverfahren Gebrauch zu machen. Werden diese Rechtsbehelfe nachlässigerweise veräußert, so hat der Unterlegene seinen Schaden seiner eigenen Schuld, nicht aber dem Umstande zuzuschreiben, daß der Sieger von dem bewußt unrichtigen Urteile Gebrauch macht; es fehlt dann an dem für § 826 BGB. erforderlichen Zusammenhang zwischen dem Schaden und einem Verstoß gegen die guten Sitten (RG. 67, 152), und es liegt auch keine grundlose Bereiche-

Erk. zu § 346.

Ann. 33.

rung vor (RG. 26, 313; 61, 362; 69, 271). Hat der Schuldner für eine Forderung aus einem unsittlichen Geschäft ein Anerkenntnis- oder ein rechtskräftiges Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen, so muß er dieses Urteil nach § 767 Abs. 2 ZPO. gegen sich gelten lassen, obgleich der Dritte, der ohne Rechtsnachfolger zu sein, nachträglich für die Schuld-sicherheit geleistet hat, die Unsittlichkeit des Geschäfts einwenden kann (ZB. 09, 131²). Für den Dritten läge die Sache wohl auch nicht anders, wenn das Urteil nach streitiger Ver-handlung ergangen wäre. Man wird sich sonach auf den Standpunkt stellen müssen, daß die §§ 823, 826 BGB. von dem Unterlegenen nur dann angerufen werden können, wenn und soweit die geordneten prozessualen Rechtsbehelfe nicht hinreichen, und das rechtskräftige Urteil vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise herbeigeführt ist; die Klage aus § 826 BGB. ist daher nicht neben der Nichtigkeits- und Restitutionsklage vor deren Durchführung gegeben (a. M. Düringer-Hachenburg II Einl. Anm. 121). Fälle der An-wendung der §§ 823, 826 BGB. sind gegeben, wenn die Parteien verabredeten, daß durch das ergehende Urteil zwischen ihnen gar kein Rechtsverhältnis entstehen solle (RG. 36, 337), oder wenn der Schuldner vor Auszahlung des Darlehns gegen sich für eine Darlehnsschuld ein Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil oder einen Vollstreckungsbefehl ergehen lassen soll (RG. 46, 337; ZB. 1910, 709¹⁴; 98, 209³¹), oder wenn der Schuldner im Einverständnis mit dem Gläubiger gegen sich für eine erdichtete Schuld zur Benachteiligung anderer Gläu-biger ein Urteil ergehen läßt (vgl. ZB. 06, 234²⁰); in diesen Fällen verfährt § 767 Abs. 2 ZPO. nach seinem ausdrücklichen Inhalt (gegen diese ganze Rechtsprechung Hellwig im „Recht“ 1910, 713). Dem Schuldner ist nur durch §§ 823, 826 BGB. zu helfen; die benachteiligten Gläubiger sind durch § 3 AufGef. u. § 35 RD. geschützt (ZB. 06, 234²⁶; Jaeger § 35 Anm. 8). Ebenso findet § 826 BGB. Anwendung, wenn der noch in Notlage befind-liche Bewucherte sich durch das Vorgeben, der Wechsel werde nur der Form wegen einge-klagt, vom Vorbringen der Buchereinrede abhalten ließ (RG. 39, 142), oder wenn der Wucherer mit Anstellung der Klage zugewartet hat, bis er damit rechnen konnte, die Zu-stellung werde den Schuldner nicht erreichen, und nun unter absichtlicher Verschweigung des ihm bekannten Aufenthalts die öffentliche Zustellung und in der Folge das Urteil erwirkte (RG. 61, 364); das bloße Verschweigen des bekannten Aufenthaltsorts des Schuld-ners würde nicht genügen (RG. 59, 263). Ebenso liegt in der Erwirkung des Urteils eine unsittliche Handlung, wenn der Gläubiger, obwohl er bezahlt worden ist, wissentlich falsch die Zahlung abgeschworen hat, auch seine strafgerichtliche Verurteilung erfolgt ist, die Restitutionsklage aber nicht mehr erhoben werden konnte (RG. 46, 79; I, 67). Auch auf die arglistige Erwirkung eines Zuschlagsurteils unter Benachteiligung der Hypotheken-gläubiger ist § 826 BGB. angewendet worden (RG. 69, 277; Karlsruhe OLG. 11, 324). Besteht die Gefahr fernerer Geltendmachung eines entgegen den §§ 823, 826 BGB. erlangten Urteils, so ist die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO., nicht aber eine Anordnung nach § 769 ZPO. möglich (RG. 61, 361). Lit.: Pagenstecher ZB. 08, 188.

Ann. 34. E. **Die Wuchervorschriften enthalten zwingendes Recht.** Daher urteilt der Richter nach seinem eigenen Recht, ohne Rücksicht auf einen ausländischen Entstehungs- oder Erfüllungs-ort (Art. 30 GG. BGB.; RG. 46, 114) und auf den Zeitpunkt des Geschäfts (RG. 47, 103; ZB. 03 Beil. 53¹²²); a. M. Dernburg I § 127 II).

Ann. 35.

III. Der Zwang zum Vertragschluß.

Ist das Publikum zufolge der Unentbehrlichkeit einer Anstalt für den Geschäftsverkehr oder für das Gemeinwohl gezwungen, sich den veröffentlichten Bedingungen der Anstalt zu unterwerfen (§ 346 Anm. 17), so kann es sich als ein Handeln gegen die guten Sitten dar-stellen, wenn ein einzelner aus sittenwidrigen Gründen von diesen Bedingungen ausge-schlossen wird (ähnlicher Gedanke in § 453). In solchem Fall ist die Schadenserstattung gemäß § 826 BGB. und, wenn die Gefahr der Wiederholung besteht, auch die Klage auf Unter-lassung möglich (RG. 48, 118; 56, 286). So wird man in dem Verhalten eines Transport-

unternehmens, das sich im Besitz eines tatsächlichen Transportzwanges befindet, aber es ablehnt, mit einzelnen nach Maßgabe der dem Publikum angekündigten allgemeinen Tarife abzuschließen, einen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken, wenn diese Haltung die Unterdrückung der Konkurrenz, also unlauteren Wettbewerb, bezweckt (RG. 48, 127). Auch muß eine gleichmäßige Berücksichtigung aller Abnehmer verlangt werden. Nichts Anstößiges liegt in der Bedingung eines Kunden, entweder auf fernere Geschäftsverbindung mit ihm zu verzichten oder einem anderen nicht zu liefern (RG. 71, 170), in der Verpflichtung, den ganzen Jahresbedarf bei einer bestimmten Firma zu decken, einem bestimmten Frachtunternehmen alle Transporte zuzuwenden (RG. in LZ. 07, 434⁵), einer Firma die gesamte Jahresproduktion zu liefern, gewisse Mindestpreise, eine Sperrklausel oder sonstige Bedingungen beim Weiterverkauf einzuhalten. Auch die Verpflichtung eines Kunden, dafür einzustehen, daß jeder seiner Abnehmer seinerseits beim Weiterverkauf bestimmte Absatzbedingungen einhalte, und daß dem Vertragsgegner über diese Händlerverträge eine Kontrolle zustehet, ist nicht zu beanstanden (RG. 72, 224 u. 375; RG. bei Goldheim 14, 165; SächN. 15, 53); solche Absatzbeschränkungen wirken allerdings gegenüber dem dritten Abnehmer nicht (§ 137 BGB.; Erf. zu § 377); es wäre denn, daß die dem dritten Abnehmer bekannten Beweggründe der Vertragsuntreue seines Lieferanten das eigene Verhalten als ein unsittliches erscheinen lassen (RG. in LZ. 08, 302²). Wer eine solche Absatzbeschränkung (Konkurrenzverbot) eingegangen ist, hat damit noch nicht die Verpflichtung übernommen, bei Veräußerung seines Geschäfts dieselbe Verpflichtung seinem Rechtsnachfolger aufzuerlegen (RG. 68, 294); veräußert er aber sein Geschäft, um seinerseits die Erfüllung seiner (Kartell-) Verpflichtung zu umgehen, so stößt der kollidierende Rechtsnachfolger auf die Einrede der Arglist; er kann unmittelbar auf Erfüllung in Anspruch genommen werden (ZB. 08, 544²). Findet eine Geschäftsveräußerung nach § 25 Abj. 1 statt, so haftet der Erwerber neben dem Veräußerer für die Kartellverpflichtungen der Firma, mag auch das Kartell in die Form einer G. n. b. G. eingekleidet sein und die Erwerber des Geschäfts nicht in das Kartell eingetreten sein (RG. 76, 7). Ist die Macht eines Unternehmens, z. B. eines Kartells, eine derart den Markt beherrschende, daß die Konsumenten sich unverhältnismäßigen Opfern unterziehen müssen, wenn sie sich den seitens des Unternehmens gesetzten Bedingungen nicht unterwerfen und anderweit ihren Bedarf decken wollen, so kann z. B. die von einem Frachtführer in Mißbrauch seiner monopolartigen Stellung durchgesetzte Haftungsbeschränkung (RG. 62, 266; 20, 117) einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeuten. Dieses Abhängigkeitsverhältnis bringt nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für den Unternehmer auch gesteigerte Pflichten mit sich; diese Pflichten äußern sich darin, daß der Unternehmer hinsichtlich der von ihm den Abnehmern zum Zwecke der Geschäftsabschlüsse gemachten tatsächlichen Angaben, die nur von dem Unternehmer richtig und in ihrer vollen Tragweite zu erkennen waren, besonders gewissenhaft verfahren muß; als arglistige Täuschung kann daher schon ein Verschweigen der näheren Umstände in jenen Angaben betrachtet werden, wenn die Leiter des Unternehmens sich bewußt waren, daß die Kenntnis jener Umstände auf die Entschließung der Abnehmer von entscheidendem Einfluß sein werde (vgl. § 346 Anm. 17; ZB. 04, 453⁹). Durch Schiedsverträge kann nicht bewirkt werden, daß über die Gültigkeit solcher angegriffener Verträge ein Schiedsgericht entscheide (§ 346 Anm. 17).

Um die Macht der monopolartigen Anstalten und Syndikate hinsichtlich des Kontrahierungszwanges einzuschränken, hat man die Anwendung der Vertragsgrundsätze auf diese Verhältnisse auf Grund der Theorie von den Contrats d'Adhésion in Frankreich zu bestreiten versucht (hierüber Dereuz, Revue trimestrielle de Droit civil 1910, p. 503). Allein die Grundsätze von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 138 und 826 BGB. genügen vollkommen. Im übrigen gewähren § 453; PostGes. § 3; Ges. über d. Telegr. v. § 5, die Vorschriften des B. u. des B. u. und gegenüber den Kartellen insbesondere die nun im folgenden zu entwickelnden Gesichtspunkte dem Staat und dem Publikum ausreichende rechtliche Garantien gegen Übergriffe.

Erf. zu § 346.
Anm. 35.

**Erk. zu
§ 346.
Ann. 36.**

IV. Kartelle. Syndikate.

Bauch, Die Rechtsform der Kartelle, Jena 08; Bonikowsky, Der Einfluß der Kartelle auf den Handel in Deutschland, Jena 07; Denkschrift über das Kartellwesen. Reichstagsvorl. 1905/6, 4 Bände; Gutachten v. Schneider, Scharlach, Dove. Verhandl. d. 27. D. Jur.-Tags I 3, II 28 u. 45, IV 467; Hüttner, Das Recht der Kartelle in Deutschland, Leipzig 09. Rundstein, ders. Titel, Berlin 04; Silberberg, Handbuch des Deutschen Kartellrechts, Berlin, 1910. Weitere Lit. zu § 212.

- A. Unter einem **Kartell** (Syndikat, Union) versteht man eine Vereinigung selbständiger Unternehmer zu dem Zwecke, die Preisbildung der von ihnen hergestellten oder vertriebenen Waren auf dem Vertragsweg zu bestimmen. Diese Preisbestimmung kann durch Gebiets-, Produktions- oder Gewinnkartellierung erfolgen. Einer scharfen Begriffsbestimmung entziehen sich diese Gebilde; denn einerseits stehen ihnen die Ringe d. h. Vereinigung von Händlern und Spekulanten (im Gegensatz zu den selbständigen Unternehmern) sehr nahe, die durch Aufkauf von Waren einen Mangel erzeugen und somit die Preise in die Höhe treiben (Rundstein 10; vgl. RG. 28, 238), andererseits gehören zu den Kartellen, die in allen Formen der Vergesellschaftung — ausgenommen die Zwangszinnung (§ 100 q GewD.) — möglich sind, auch die loseren kartellartigen Interessensverbände ohne besondere Organisation (Konventionen, Konzerne), die auf einfachen, nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilenden Einzelabmachungen beruhen (unten Ann. 37). Wesentlich ist den Kartellen eine Bindung der Mitglieder durch vertragliche Unterwerfung unter einheitliche Zahlungs- oder Lieferungsbedingungen, durch Vereinbarungen über Rabattgewährung, Festsetzung von Umsatzprämien, Regelung technischer Betriebsfragen usw., sowie eine monopolistische Tendenz. Diese Tendenz äußert sich in einem Zwang gegen die Mitglieder zur Einhaltung der Bedingungen, meist unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte, in einem Zwang gegen die Konkurrenten, gerichtet auf Eintritt in den Verband, und endlich in einem Zwang gegen die Abnehmer durch die so erlangte Monopolstellung zur Bewilligung gewisser Preisätze.

Diese Bestrebungen verstoßen an sich nicht gegen die Gewerbefreiheit, weil sie dazu dienen können, Schutz gegen unangemessene Entwertung gewisser Erzeugnisse und Preisunterbietungen einzelner (Schleuderpreise) zu gewähren. Nur dann würde das allgemeine Interesse und die individuelle gewerbliche Freiheit des einzelnen verletzt (§ 1 GewD.), wenn die freie Betätigung wirtschaftlicher Kräfte zu Spekulationszwecken unterbunden und ein tatsächliches Monopol zum Zweck wucherischer Ausbeutung der Konsumenten geschaffen werden sollte, oder wenn die Erwerbsfreiheit des einzelnen völlig aufgehoben, nicht nur beschränkt werden wollte (RG. 28, 238; 38, 155; 53, 187; 56, 271; Goldheim 15, 49). In diesem Fall kann man nicht mehr von einem berechtigten Selbsterhaltungstrieb reden, sondern es verflößt ein solches Gebaren gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB.; RG. 28, 238; 56, 271).

Werden die angegebenen Grenzen eingehalten, so läßt sich gegen die Gültigkeit solcher Produktions- oder Preisvereinbarungen auch nicht § 152 GewD., nach denen Verabredungen Gewerbetreibender zum Zweck der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen wirkungslos sind, entsprechend anwenden (RG. 38, 155; 53, 19; 64, 60). Wegen Anwendung des § 153 GewD. auf widerrechtliche, übrigens auch unter § 826 BGB. fallende Kartellbestrebungen zur Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen vgl. RGSt. 30, 359; 36, 236; RG. 64, 57. Diese Arbeitskartelle gehören nicht hierher; denn sie wirken nicht auf Absatz oder Produktion ein.

Ann. 37. B. Die Form des Kartells ist dem Belieben der Vertragsschließenden anheimgegeben. Es sollen hier nur die wichtigsten Formen erörtert werden:

1. Lediglich Einzelverträge liegen vor bei Konventionen und Konzernen, d. i. bei den losesten Kartellformen. Jedes Mitglied des Kartells verpflichtet sich hier unter Wahrung seiner Produktions- und Absatzfreiheit jedem anderen Mitglied zur Einhaltung einer gewissen

Produktionsmenge oder gewisser Preise (Preisartell); hierher gehört auch die Bindung **Erf. zu § 346.** hinsichtlich gewisser Lieferungs- oder Betriebsbedingungen (vgl. RG. 53, 19; a. M. DLG. Stuttgart würt. Jahrb. 12, 182). Mit diesen Vereinbarungen kann eine Unterwerfung unter dem Kartellzweck entsprechende Mehrheitsbeschlüsse (RG. in LZ. 08, 855¹⁷) oder unter die Beschlüsse eines Ausschusses, der das Kartell regiert, verbunden werden; dieser Ausschuss muß dem Kartellzweck gerecht werden und nach billigem Ermessen verfahren (hierüber Erf. vor § 373 Anm. 24, 25 f.). Diese Kartellform kennzeichnet sich dadurch, daß ihr eine körperschaftliche Organisation fehlt. Daher hat nur das einzelne Mitglied dem anderen gegenüber einen vertraglichen Anspruch auf Erfüllung der Kartellbedingungen (§ 432 BGB.). Ist einer dieser Einzelverträge nichtig, so ist im Zweifel der ganze Kartellvertrag nichtig, weil dieser sich aus den Einzelverträgen zusammensetzt (§ 139 BGB.). Mit Rücksicht auf diese durch den Kartellzweck beherrschte Einheit entsteht unter den Mitgliedern ein gesellschaftsähnliches Verhältnis. Daraus folgt die entsprechende Anwendung der Grundsätze des Gesellschaftsrechts (§§ 705 ff. BGB.) auf Ein- und Austritt und Ausschluß eines Mitglieds sowie auf die Auflösung des Kartells und auf das Recht auf Einhaltung der Beteiligungsziffer (vgl. RG. 53, 20; 70, 167 Urt. des RG. v. 14. Okt. 03 Denkschr. II S. 100 u. die folg. Anm.).

2. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB.) stellt das Kartell dar, wenn **Anm. 38.** die Mitglieder sich nicht nur zu Unterlassungen, wie in Anm. 37, verpflichten, sondern unter Preisgabe ihrer Produktions- oder Absatzfreiheit durch gemeinschaftliches Zusammenwirken den Kartellzweck mittels Einrichtung einer Organisation fördern; wenn also das Kartell das gemeinschaftliche Ziel für Rechnung der hinter ihm stehenden Kontrahenten verfolgt. Da die zum Gesellschaftsbegriff erforderlichen Beiträge auch in Handlungen und Unterlassungen bestehen können, erscheint als Beitrag des einzelnen dessen Verpflichtung, entweder die ganze Produktion an eine den Absatz besorgende und den Gewinn verteilende Zentrale abzuliefern oder sich durch eine Zentrale ein Absatzgebiet überweisen zu lassen oder alle Aufträge an eine die Verteilung regelnde Zentrale zu überweisen. Diese Zentrale oder eine Kommission der Gesellschafter, als deren Beauftragter ein Geschäftsführer bestellt zu werden pflegt, verfolgt dann das gemeinschaftliche Ziel für Rechnung der Gesellschafter, obgleich an und für sich jeder Gesellschafter Leistung an alle Gesellschafter fordern könnte (RG. 70, 32). Die Zentrale kann und wird mit der Geltendmachung der Ansprüche gegen die Gesellschafter auf Erfüllung der Kartellpflichten und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beauftragt werden (§§ 710, 714 BGB.). Dieser Geschäftsführer klagt als Bevollmächtigter aller Gesellschafter in deren Namen (Stuttgart würt. Jahrb. 12, 182). Diese Organisation ist häufig mit der Verpflichtung jedes Kartellmitglieds verbunden, sich entsprechend dem Bedarf des Marktes eine Beschränkung in der Produktion aufzuerlegen und einen gewissen Beteiligungsmaßstab an der Gesamtproduktion anzuerkennen. Die Gesellschaft kann einen eigenen Namen führen (RG. bei Goldheim 15, 255). Der Eintritt neuer Mitglieder geschieht durch Vertrag mit allen Gesellschaftern (Staudinger § 736 II). Ist die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, so kann die Kündigung jeder Zeit, ist sie aber auf bestimmte (z. B. durch den Gesellschaftszweck bestimmte) Zeit eingegangen (ZB. 06, 741¹¹) oder ist für die Kündigung eine Frist bestimmt (ZB. 99, 447⁴⁶), so kann die Kündigung vorzeitig nur aus wichtigen Gründen erfolgen, und darf dieses Kündigungsrecht nicht durch Androhung von Nachteilen erschwert werden (RG. 30, 83, 61, 328; vgl. § 348 Anm. 3 u. Klarenaar in LZ. 1911, 918). Was als wichtiger Grund gilt, ist in § 723 BGB. durch Beispiele erläutert; insbesondere ist darnach grob fahrlässige Verletzung wesentlicher Kartellpflichten als wichtiger Grund anzusehen; dies trifft zu, wenn der Beteiligungsmaßstab eines Mitgliedes nicht nur als irrig berichtigt, sondern ohne dessen Zustimmung zu seinem Nachteil durch Gesellschaftsbeschuß geändert oder auch nur zeitweilig bestritten wird. Der Ausschluß eines Gesellschafters kann gleichfalls nur aus wichtigen Gründen erfolgen. Da jedes Mitglied sich nur binden will, solange der Kartellzweck erreicht werden kann, so ist ein Grund zu vorzeitiger Kündigung gegeben, wenn ein Gesellschafter infolge

**Grf. zu
§ 346.**

einer Veräußerung seines Geschäfts seinen Kartellpflichten nicht mehr genügen kann, oder wenn sich die Mehrzahl der Mitglieder, sei es auch grundlos, vom Kartell los sagt und gegen sie praktisch ergebnislose Prozesse zu führen wären (§ 726 RG. 56, 271; 53, 22). Eine an sich zulässige Vereinbarung, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 736 BGB.), wäre meist zwecklos, weil die Auscheidenden an der Konkurrenz nicht mehr gehindert sind. Die Gesellschaft wird u. a. durch den Tod eines Mitglieds aufgelöst (§ 727 BGB.); meist trifft der Gesellschaftsvertrag aber Vorkehrung, daß keine Auflösung stattfindet, sondern daß der bestimmten Erfordernissen genügende Rechtsnachfolger ohne weiteres an die Stelle des Verstorbenen tritt (RG. bei Goldheim Bd. 15, 255). Im Gesellschaftsvertrag kann, mag die Gesellschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen sein, ein Ausschlußrecht gegenüber dem vertragsuntreuen Gesellschafter festgesetzt werden (§ 737 BGB.).

Anm. 39.

3. Einen nicht rechtsfähigen Verein (§ 54 BGB.) stellt das Kartell dar, wenn die Vereinigung ihrem Wesen nach auf wechselndem Mitgliederstand beruht, sachungsmäßig körperschaftlich organisiert ist, d. h. durch Mehrheitsbeschlüsse geleitet und nach außen durch ein handelndes Organ, den Vorstand, der aus Nichtmitgliedern bestehen kann (Warneher Npr. 1912 Nr. 148), unter einem Gesamtnamen vertreten wird (RG. 60, 94; 74, 371; 76, 27; 78, 53; JW. 06, 452⁴; RG. bei Goldheim Bd. 16, 45). Nur dieses Organ, nicht eine Kommission, kann für den Verein auftreten (Hamburg LZGR. 20, 33). Ist die Dienstzeit des Vorstandes abgelaufen, so kann er nicht mehr tätig werden, nicht einmal zum Zweck der Einberufung einer Mitgliederversammlung; vielmehr haben die Mitglieder selbst zunächst die Wahl eines Vorstandes zu bewirken, da ihnen die Geschäftsführung gemeinsam zusteht (RG. 78, 54). Selbständiges Vereinsvermögen ist nicht zu fordern. Für seinen Namen genießt der Verein Namensschutz nach § 12 BGB. (RG. 78, 101). Der Unterschied des nicht rechtsfähigen Vereins von der Gesellschaft (oben Anm. 38) ist erheblich, obgleich für ihn die Regeln des Gesellschaftsrechts gelten (§ 54 BGB.). Denn wenn auch ein wirtschaftlicher Zweck verfolgender Verein die staatliche Verleihung nicht erhalten hat, kann er doch als nicht rechtsfähiger Verein verklagt werden (§§ 50 Abs. 2, 735 ZPO.) und als solcher in Konkurs gehen (§ 213 KO.); sein Vorstand ist danach sein gesetzlicher Vertreter auch nach §§ 473, 171 ZPO. Klagen können allerdings nur die einzelnen Vereinsmitglieder (RG. 78, 106; JW. 99, 202⁶⁶); sie werden aber durch ihren gewählten Vereinsvorstand als Prozeßbevollmächtigten vertreten (§ 50 ZPO.; RG. 57, 90; JW. 08, 544³). Wer für den Verein handelnd als sein Vertreter (also nicht dessen Prozeßbevollmächtigter) auftritt, haftet persönlich (RG. 77, 429). War der Auftretende von den Vereinsmitgliedern zur Geschäftsführung bestellt, so haften die anderen Vereinsmitglieder neben ihm samtvverbindlich (§§ 710, 711, 714, 427 BGB.); jedoch kann die Satzung diese Haftung rechtswirksam auf das Vereinsvermögen beschränken, wenn diese Beschränkung dem Dritten bekannt war (§ 167 BGB.; RG. 63, 62; vgl. LZ. 08, 314⁹; JW. 1911, 100²⁷, 1910, 227²; 07, 136¹⁸; a. M. für Kartelle Süttner 94). Der Eintritt als Mitglied kann nicht mit der Begründung erzwungen werden, daß die Nichtaufnahme erhebliche Nachteile für das Nichtmitglied zur Folge habe und deshalb gegen die guten Sitten verstoße (RG. 60, 103); hier helfen nur die Grundsätze über den Zwang zur Vertragsschließung (oben Anm. 35). Ist der Eintritt erfolgt, so kann sich der Eingetretene nicht von dem Kartell durch den Einwand losmachen, daß er die Satzung nicht bekommen, sie nicht gelesen habe oder deren Inhalt nicht kenne. Der Beitritt zu einem Verein bedeutet ohne weiteres die Unterwerfung unter dessen Satzung. Das Mitglied hat gegen den Vorstand ein klagbares Recht auf Einberufung der Mitgliederversammlung nach Maßgabe der Satzung (RG. 78, 52; Warneher Npr. 1912 Nr. 147). Tod, Austritt, Konkurs eines Mitglieds läßt den Bestand des Vereins unberührt, weil er gerade auf dem Wechsel der Mitglieder beruht. Die Auflösung richtet sich nach §§ 39, 41, 43 BGB. Weil der Verein auf dem Wechsel der Mitglieder beruht, gehört zum Ausschluß eines Mitglieds nicht die Erfüllung der Voraus-

- setzungen des § 73 BGB. Mit dem Wesen des Vereins ist es nicht unverträglich, in der **Exl. zu § 346.** Satzung das Recht der Mitgliederversammlung festzusetzen, daß ein Mitglied ohne Angabe von Gründen durch Mehrheitsbeschluß ausgeschlossen werden darf (vgl. RG. 73, 190). Schweigt die Satzung, so kann der Ausschluß wegen schwerer Verfehlung gegen die Vereinspflichten von der Vereinsversammlung mit einfacher Mehrheit beschlossen werden (RG. in LZ. 09, 141¹³); es findet aber dagegen der Rechtsweg statt; der Richter hat, wie beim rechtsfähigen Verein, nicht zu prüfen, ob das ausgeschlossene Mitglied sich der Verfehlung wirklich schuldig gemacht hat, sondern nur, ob der Beschluß gehörig zustande gekommen ist (hierüber Könige PrivBUntG. § 103 Anm. 4; § 20 Anm. 8). Öffentliche Androhung des Ausschlusses ist nicht zu beanstanden (RG. 64, 61).
4. Eine Kartellaktiengesellschaft wird dadurch ermöglicht, daß den Aktionären im **Anm. 40.** Gesellschaftsvertrag, wenn vinkulierte Namensaktien ausgegeben sind, außer der Kapitaleinlagepflicht die besonderen Kartellverpflichtungen als Nebenleistungen nach §§ 212, 276 auferlegt werden. Diese Möglichkeit der Auferlegung von Nebenleistungen in §§ 212, 276 ist eigentlich auf Rübenzuckerfabriken berechnet. Deren Bedürfnissen entsprechend müssen diese Nebenleistungen wiederkehrende sein und dürfen nicht in Geld bestehen. Diesem Erfordernis würde bei Kartellen wohl die Bestimmung entsprechen, daß die Aktionäre ihre gesamte Produktion der Gesellschaft abliefern oder alle Aufträge an diese überweisen müssen, und es würde diese Verpflichtung auch noch im Liquidationszustande bestehen bleiben, soweit ihre Erfüllung zu einer ordnungsmäßigen Liquidationsabwicklung nötig ist (vgl. RG. 72, 240; 21, 153). Dagegen würden die Verpflichtungen zu dauernden Unterlassungen (vgl. RG. 49, 77), also Wettbewerbsverbote, Produktionseinschränkungen, Dulden einer Kontrolle usw. nur bei weitherziger Auffassung als wiederkehrende Leistungen gelten können (§ 212 Anm. 4), die Verpflichtung, Rohstoffe usw. von der Gesellschaft zu kaufen, aber mit dem Erfordernis, daß die Nebenleistungen nicht in Geld bestehen dürfen, in Widerspruch stehen (hierüber Silberberg JW. 1912, 281). Um nun die Aktiengesellschaft dem Kartellzweck dienstbarer zu machen, pflegt eine von der Aktiengesellschaft getrennte selbständige Geschäftsstelle errichtet und mit dieser ein Vertrag geschlossen zu werden, der die unter §§ 212, 276 schwer unterzubringenden Kartellvereinbarungen (Schiedsklausel usw.) enthält (hierüber unten Anm. 43 ff.). Es pflegt regelmäßig die Bestimmung im Gesellschaftsvertrag getroffen zu werden, daß ein Gesellschaftsorgan den Preis, der an die Aktionäre für ihre Produktion zu entrichten ist, für das Geschäftsjahr und ebenso die Beteiligung des einzelnen nach seiner Leistungsfähigkeit an der Produktion (die Kontingenz- oder Beteiligungsziffer, Arbeitsanteil) prozentual zu bestimmen hat; über diese Bestimmung gilt § 315 BGB. im Streitfall (hierüber Exl. vor § 373 Anm. 25). Die Ausschließung eines unbequemen Aktionärs durch Zwangsamortisation ist nicht möglich (§ 227 Anm. 5). Auch wäre eine Bestimmung, daß die Kartellaktiengesellschaft beim Ausscheiden eines Mitglieds dessen Aktien gegen Entgelt zu übernehmen habe, nicht statthaft, weil darin eine Rückzahlung der Einlagen enthalten wäre (§ 213; RG. 77, 71).
5. Eine Gesellschaft m. b. H. ist durch § 3 Abs. 2 GmbHG. ermöglicht, nach dem durch den **Anm. 41.** Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern außer der Kapitaleinlage noch andere Verpflichtungen, Handlungen und Unterlassungen, wie sie der Kartellzweck erfordert, auferlegt werden können (RG. 73, 433; § 8 öfter. GmbHG.); auch wenn die Abtretung der Geschäftsanteile nicht an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. Diese Abhängigkeit der Abtretung von der Zustimmung der Gesellschaft zu bedingen (§ 15 Abs. 5 GmbHG.), liegt aber im Kartellinteresse, weil der Gesellschafter mit Abtretung des Geschäftsanteils andernfalls von allen gesellschaftlichen Pflichten, also auch von den Kartellpflichten, frei würde. Es verhält sich hier also alles anders wie bei der Kartellaktiengesellschaft. Die Kartellmitglieder, die eine Gesellschaft m. b. H. gründen, gehen, indem sie sich gemäß § 3 Abs. 2 GmbHG. verpflichten, ihre Produktion an die Gesellschaft abzuliefern, die den Absatz besorgt und nach der Kontingenzsziffer die Leistungen einfordert, nicht etwa eine Gesellschaft des

Erfl. zu § 346.

bürgerlichen Rechts neben der Gesellschaft m. b. H. ein, sondern sie übernehmen gesellschaftliche Pflichten und erlangen gesellschaftliche Rechte besonderer Art; daher gibt es nur eine Auflösung nach §§ 60, 61 GmbHG., wenn nicht etwa ein besonderes Kündigungsrecht im Gründungsvertrag eingeräumt ist (RG. 73, 432). Ist ein solches Recht eingeräumt, so hat es den Charakter eines unentziehbaren Sonderrechts (LJ. 08, 857²⁴). Ist ein Teil des Gesellschaftsvertrags nichtig, so bestimmt nicht § 139 BGB. in erster Linie, sondern § 75 GmbHG. (RG. 73, 431). Über die Amortisation des Geschäftsanteils als Mittel, einen unbequemen Gesellschafter auszuschließen s. Staub-Hachenburg³, GmbHG. § 34 Anm. 18.

Anm. 42.

6. Genossenschaftskartelle sind durch § 18 GenGes. ermöglicht, weil das GenGes. Kartellverpflichtungen keiner Art verbietet (RG. 47, 146; 72, 237). Jedoch stellen sich der Verwirklichung des Kartells größeren Stils die erheblichsten Schwierigkeiten entgegen, die im Wesen der Genossenschaft (gleiches Stimmrecht, nicht geschlossene Mitgliederzahl) liegen. Deshalb ist diese Kartellform nur für Bezugs-, Absatz- und Produktivgenossenschaften, Magazin- und Konsumvereine u. dgl. geeignet. Hier findet, anders als beim Verein, eine materielle richterliche Nachprüfung statt, wenn ein Genosse ausgeschlossen wurde (RG. 57, 157). Es kann sich aber ein Genosse so wenig wie ein Vereinsmitglied (oben Anm. 39) darauf berufen, daß er die Satzung nicht gekannt habe (RG. 75, 160).

Anm. 43.

7. Eine Verkaufsstelle (Verkaufskontor, Verkaufsverein, Verkaufsstelle) kann bei jeder Kartellform eingerichtet werden. In ihrer einfachsten Art ist die Verkaufsstelle ein Organ des Kartells, geht in ihm auf und kann mit den verschiedensten Funktionen betraut sein — von denen einer bloßen Verrechnungsstelle angefangen bis zur Befugnis, nach außen in eigenem Namen aber für Rechnung des Kartells aufzutreten; letztere Stellung pflegt nicht selten bei Konventionen, Konzernen, bei der bürgerlichen Gesellschaft und nicht rechtsfähigen Vereinen einem Kartellmitglied übertragen zu werden (vgl. Denkschr. II 123). Die Verkaufsstelle ist in diesen Fällen unselbständiger Natur. Ihr Verhältnis zu den Kartellmitgliedern regelt sich nach den Grundsätzen vom Auftrag und der Geschäftsbeforgung (§ 675 BGB.), oder vom Dienstvertrag.

Anm. 44.

Die selbständigen Verkaufsstellen dagegen sind eine ganz andere Erscheinung; sie bilden eine Eigentümlichkeit der größeren Kartelle und zwar meist in der Art, daß eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft m. b. H. zur Verkaufsstelle gemacht wird. Der Grund zu dieser Teilung der Kartellfunktionen liegt einmal in den Schwierigkeiten, welche die §§ 212, 276 BGB. und § 3 Abs. 2 GmbHG. bieten (oben Anm. 40 u. 41), und dann in der größeren Beweglichkeit einer selbständigen Verkaufsstelle. Es sind nun die zwei Fälle zu unterscheiden, wenn nämlich die zur Verkaufsstelle zu machende AG. oder G. m. b. H. gleichzeitig mit dem Kartell gegründet wird, oder wenn zuerst die AG. oder G. m. b. H. gegründet und eingetragen und dann mit dieser der Vertrag geschlossen wird, der sie zur Verkaufsstelle macht.

- a) Wird die Verkaufsstelle (AG. oder G. m. b. H.) gleichzeitig mit dem Kartell gegründet, so übernimmt in dem Gründungsakt der als Verkaufsstelle vorgeesehenen AG. oder G. m. b. H. die Verkaufsstelle für den Fall ihrer durch die Eintragung bedingten Entstehung die Verpflichtung, die Produkte ihrer Gesellschafter zu einem durch eine Kommission oder ein Organ der Gesellschaft zu bestimmenden Preise nach einer der Produktionsfähigkeit ihrer Mitglieder angepassten prozentualen Kontingenzziffer abzunehmen, diese Produkte abzusetzen, die Kampfweise (Unterpreise) zu bestimmen, eventuell Werke anzukaufen usw. In einem zweiten Vertrag verpflichten sich die Gründer unter sich, ein jeder dem anderen gegenüber, ihre Produkte entsprechend dem Gründungsvertrag an die Verkaufsstelle zu liefern, dieser keine Konkurrenz zu machen, ihre Produktion demgemäß einzurichten, sich den Beschlüssen einer Kommission zu unterwerfen usw. In diesem zweiten Vertrag (häufig als Lieferungsvertrag oder Nebenvertrag bezeichnet) ist nicht etwa die Verkaufsstelle oder die zu gründende Verkaufsstelle Vertragsgegnerin, wie RG. 74, 34 annimmt; denn sie existiert vor ihrer Eintragung nicht. Sondern Vertragsschließende sind allein die

Kartellmitglieder, die unter sich einen Vertrag zugunsten eines Dritten, nämlich der Verkaufsstelle, nach § 328 BGB., unter der aufschiebenden Bedingung schließen, daß die gegründete Verkaufsstelle durch Eintragung zur Rechtspersönlichkeit wird. Hinsichtlich des Verhältnisses der Verkaufsstelle zu den Kartellmitgliedern sind zwei Möglichkeiten gegeben: die erste Möglichkeit ist die, daß der Lieferungs- oder Nebenvertrag nur ein Teil des Gründungsvertrags der Verkaufsstelle (eine Art Vorvertrag) ist. Dann bedarf er derselben Form wie der Gründungsvertrag und bilden beide Verträge zusammen den Kartellvertrag mit der Wirkung, daß der Lieferungs- oder Nebenvertrag nicht allein gekündigt werden kann, wenn überhaupt ein Kündigungsrecht eingeräumt ist, und daß ein Nichtmitglied wegen der Unteilbarkeit beider Verträge nicht Mitglied wird, wenn er auch von der Verkaufsstelle noch solange als Mitglied behandelt worden ist und sich als Mitglied verhalten hat. Ein Eintritt kann nur in den Formen erfolgen, die zum Eintritt in die Gesellschaft nötig sind, also bei der AG. nach § 212 HGB., bei der G. m. b. H. nach § 15 GmbHG. Alle Rechte und Pflichten sind hier gesellschaftlicher Art. — Die zweite Möglichkeit ist die, daß der Lieferungs- oder Nebenvertrag völlige Selbständigkeit besitzt; in diesem Falle bedarf der Nebenvertrag keiner Form. Die Rechte der Mitglieder sind dann nicht gesellschaftlicher Art, also nicht Individual- oder Sonderrechte. Die Mitglieder, die den Nebenvertrag unter sich geschlossen haben, sind Gläubiger der Verkaufsstelle und haben von diesem Standpunkt aus ein unabänderliches Recht auf Einhaltung der Kontingentsziffer.

- b) Ist die Verkaufsstelle als AG. oder G. m. b. H. bereits eingetragen und wird nur der Lieferungs- oder Nebenvertrag unter ihrer Beteiligung abgeschlossen, so ist sie die Vertragsgegnerin jedes einzelnen Kartellmitglieds, das in dem Nebenvertrag mitwirkt. Es sind dann zwei Möglichkeiten gegeben: Entweder stellt der Lieferungs-(Neben-)vertrag eine Reihe einzelner unveräußerlich zusammengefaßter Kaufverträge dar, bei denen die Verkaufsstelle Selbstkäuferin ist, so daß die einzelnen Kaufverträge nach den Grundsätzen über den Kaufvertrag gelöst und geändert werden können (RG. 48, 310; 70, 285; Denkschr. II 95; III 217); oder der Lieferungs-(Neben-)vertrag ist in Wahrheit ein Gesellschaftsvertrag; dann nimmt die Verkaufsstelle die Rolle einer Gesellschafterin bürgerlichen Rechts ein, obgleich sie keine Beiträge leistet. Aber auch wenn sie Gesellschafterin ist, kann der Lieferungsvertrag doch den weiteren Inhalt haben, daß die Kartellmitglieder an die Verkaufsstelle, als ihre Gesellschafterin, ihre Produkte verkaufen müssen; dem Wesen der Gesellschaft widerspricht eine solche Abrede nicht. Regelmäßig wird die Verkaufsstelle aber Verkaufskommissionär sein, wie gerade der Umstand einen Rückschluß auf das Vorliegen eines Gesellschaftsverhältnisses gestattet, wenn die Verkaufsstelle zum Weiterverkauf und Ablieferung des Uebertröses an die Produzenten verpflichtet ist (RG. in Denkschr. II 125; vgl. RG. 74, 34). Darüber, ob selbständige Kaufverträge, oder ein Gesellschaftsverhältnis (oder ein nicht rechtsfähiger Verein) vorliegen, das sich nach den Regeln der bürgerlichen Gesellschaft richtet (oben Ann. 38), entscheiden die Entstehung und das Wesen des Kartells, der Zusammenhang des Gründungsvertrags der Verkaufsstelle mit dem Lieferungsvertrag. Von Bedeutung ist dabei der Umstand, ob die Verkaufsstelle ein eigenes Interesse, wozu auch das Interesse der hinter ihr stehenden Kartellmitglieder gehört, verfolgt. Nicht entscheidend ist dagegen der Umstand, daß der Lieferungsvertrag auf Grund der Beteiligungsziffer und im Verhältnis zu dieser abgeschlossen ist. Die Meinung (Hüttner 108), daß ein Kartellmitglied, das aus diesem mit der Verkaufsstelle eingegangenen Verhältnis ausscheidet, wenn die Verkaufsstelle als Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. organisiert ist, einen Anspruch habe, daß seine Aktien oder sein Geschäftsanteil vom Kartell abgenommen werde, wenn die Abtretung nicht genehmigt wird, geht zu weit (vgl. oben Ann. 40).

Die Festsetzung der Beteiligungsziffer (Kontingentsziffer, Arbeitsanspruch) begründet ein Schuldverhältnis in dem Sinne zwischen den Kartellmitgliedern und der Verkaufsstelle, daß die Kartellmitglieder auf deren Einhaltung ein Recht haben. Dieses

Grf. zu § 346.

Ann. 45.

Ann. 46.

Exf. zu § 346.

Recht ist ein Individualrecht, wenn ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt (RG. 74, 33; 73, 429; 70, 169) und ein Drittrecht (Gläubigerrecht), wenn die Kartellmitglieder Gläubiger der Verkaufsstelle sind (RG. 48, 305; 70, 285). Im Einzelfall kann dieses Recht die Eigenschaft eines Individualrechts verlieren, wenn nämlich der Eintritt neuer Mitglieder durch Erhöhung des Aktien- oder Stammkapitals vorgesehen ist; denn durch den Eintritt neuer Mitglieder, die nicht an die Stelle Ausscheidender treten, mindert sich die bisherige Beteiligungsziffer der alten Mitglieder notwendigerweise. Über dieses Recht s. folg. Anm.

Anm. 47. C. Der Zwang gegen die Kartellmitglieder:

1. Der Gewerbebetrieb der Mitglieder wird den bestimmten Vorschriften unterworfen, die oben Anm. 36—46 erörtert sind. Dieser Zwang ist in den oben Anm. 36 angegebenen Grenzen gestattet, solange nicht die wirtschaftliche Individualität durch übermäßige Bindung völlig aufgehoben wird. Ferner pflegt den Mitgliedern vertraglich die Einhaltung gewisser Bedingungen bei Absatz der Kartellfabrikate auferlegt zu werden (oben Anm. 35). Ob ein bestimmtes Fabrikat unter Kartellzwang fällt, kann nur allen Mitgliedern gegenüber einheitlich festgestellt werden (§ 62 ZPO.; JW. 1910, 66¹⁷). Die Verpflichtungen, welche die Kartellmitglieder unter sich eingehen, und die Rechte, die sie gegen die Verkaufsstelle erlangen (oben Anm. 43 f.), insbesondere die Ansprüche auf Beteiligung am Gesamtabsatz (oben Anm. 46) sind rein obligatorischer Natur; sie sind nicht Eigenschaften der Aktie oder des Geschäftsanteils noch auch Bestandteile oder Zubehör des Geschäftsbetriebs des einzelnen Kartellmitglieds; sie gehen also nicht mit Veräußerung der Aktie oder des Geschäftsanteils oder des Geschäftsbetriebs auf den Erwerber über; sondern sie bedürfen besonderer Übertragung (vgl. RG. 70, 286; 48, 310; oben Anm. 35). Die Festsetzung der Beteiligungsziffer erfolgt regelmäßig durch ein Organ der Verkaufsstelle oder auch durch eine Kommission. Zweifel in der Bewertung löst § 315 BGB. (Exf. vor § 373 Anm. 25). Über den Einfluß von Störungen in dem Betrieb eines Mitglieds auf dessen Beteiligungsziffer s. JW. 1911, 974⁴. Endlich wird den Kartellmitgliedern häufig die Pflicht auferlegt, im Falle des Verkaufs ihres Geschäfts mit dem Nachfolger die Pflicht zum Eintritt in das Kartell vertraglich auszubedingen (hierüber oben Anm. 35).

Anm. 48. 2. Vertragsstrafen (hierüber Genaueres in § 348) bilden das gewöhnliche Mittel zu Erzwingung der Kartellpflichten. Da die Kartellmitglieder regelmäßig Vollkaufleute sind, kommt eine Herabsetzung der verfallenen Strafe (§ 348 Einl. u. Anm. 29 dort) nicht in Betracht. Eine Milderung dieses Zwangsmittels liegt in dem unbedingten richterlichen Nachprüfungsrecht, das nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann (JW. 02, 321²⁴). Wird das Kartell nur durch eine Reihe von Einzelverträgen gebildet (oben Anm. 37), so kann jedes Kartellmitglied die verfallene Strafe zu seinem Anteil (mit Ausschluß des Vertragsuntreuen) selbständig einklagen (RG. 53, 20); besteht eine gemeinschaftliche Kasse, so wird jedes Mitglied auch auf Zahlung an diese Kasse klagen können, weil ein rechtliches Interesse daran vorhanden ist. Ist das Kartell eine Gesellschaft oder ein nicht rechtsfähiger Verein (oben Anm. 38 und 39), so hat der Vertragsuntreue selbst Anteil an der Strafe (vgl. JW. 08, 544²); geklagt wird in diesem Falle vom Geschäftsführer (Anm. 38) oder vom Vorstand (Anm. 39). Bei anderen Kartellformen verfällt die Strafe zugunsten der rechtsfähigen Gesellschaft. Ist eine Verkaufsstelle als AG. oder als G. m. b. H. eingerichtet, so ist sie im Zweifel die zur Ausübung des Zwangs gegen die Kartellmitglieder aufgestellte Rechtspersönlichkeit.

Anm. 49. 3. Schiedsverträge (§§ 1025 ff. ZPO.) teilen das rechtliche Schicksal des Hauptgeschäfts (hierüber § 346 Anm. 17). Die Nichtigkeit des Schiedsvertrags zieht im Zweifel die Nichtigkeit des ganzen Kartellvertrags nach sich (§ 139 BGB.). Nur bei der Aktiengesellschaft (§ 309), der Gesellschaft m. b. H. (§ 75 GmbHG.; RG. 73, 431; 54, 418) und der Genossenschaft (§§ 94, 95 GenGes.) verhält es sich anders. Der Beitritt zum Kartell hat zwar die Unterwerfung unter die Schiedsklausel des Kartellvertrags in den Grenzen des § 1026 ZPO. zur Folge (§ 346 Anm. 17), und ist die Klausel, in jedem Falle einen Schiedsvertrag abzuschließen, gültig (Hamburg HanfGZ. 03 Beibl. 299); aber es kann

weder die Vereins- oder Gesellschafterversammlung (RG. 55, 326; 29, 319; RDStG. **Erz. zu § 346.** 21, 84; JW. 06, 396²⁶; 09, 432⁴) noch der Aufsichtsrat noch eine von diesem zu ernennende Kommission (RG. 73, 430) noch ein Mitgliederausschuß zum Schiedsgericht über die Beziehungen der Kartellmitglieder unter sich oder zum Kartell bestellt werden; das Schiedsgericht wäre sonst Richter in eigener Sache (a. M. Gierte FheringsZ. 35, 198).

Die Zusammenlegung des Schiedsgerichts muß also eine solche sein, daß dessen Mitglieder nicht als Richter in eigener Sache angesehen werden können. Mitglieder eines Vereins können Schiedsrichter, selbst wenn der Verein selbst Partei ist, dann sein, wenn ihre Wählbarkeit in der Satzung ausgesprochen ist (RG. 51, 394; WarnererRpr. 1910 Nr. 185). Keinerlei Bedenken unterliegt die Bestimmung, daß, ehe der Rechtsweg betreten werden darf, ein Organ des Kartells, ein Vertrauensmann oder ein beliebiges Schiedsgericht entschieden haben muß (JW. 01, 304⁴; Goldheim Bd. 16, 45; RG. in Deutschr. II 95 u. 137); in diesem Falle muß der Kläger nachweisen, daß diese Stelle gesprochen hat, oder daß sie vergeblich angegangen wurde. Es muß auch der Schiedsvertrag auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beschränkt sein (§ 1056 ZPO.; JW. 1912, 303²³). Über Schiedsmänner s. Erz. vor § 373 Anm. 24.

D. **Der Zwang gegen Nichtmitglieder zur Erwirkung des Beitritts** äußert sich mittelbar **Anm. 50.** in Auserlegung der Geschäftsbedingungen (§ 346 Anm. 17) und in dem damit zusammenhängenden Zwang zum Vertragsschluß (oben Anm. 35), dann aber auch unmittelbar in Bestrebungen zur Beseitigung des Wettbewerbs durch:

1. Eingriffe in den Gewerbebetrieb. Sie fallen unter § 823 Abs. 1 BGB., wenn die Eingriffe weitergehen als die Schädigung, die jeder Wettbewerb mit sich bringt. Sie müssen, wenn sie als widerrechtliche gelten sollen, als Störung eines bereits eingerichteten und ausgeübten Betriebs eines selbständigen Gewerbes als eines Rechtsguts oder eines sonstigen Rechts anzusehen sein oder, wie man sich auch ausdrücken kann, unmittelbar gegen den Bestand eines Gewerbebetriebs sich richten (RG. 77, 219; 73, 112; 65, 210; 64, 52 u. 156; 58, 29f.; 56, 275; JW. 08, 133). Immerhin bietet diese Abgrenzung von einer fahrlässig widerrechtlichen Vermögensbeschädigung, die das BGB. nicht als Grundlage eines Anspruchs anerkennt (§ 347 Anm. 11), Schwierigkeiten, die sich nur durch verständige Würdigung aller Umstände lösen lassen. Gelingt es so, den Tatbestand einer unerlaubten Handlung festzustellen, so ist auch der Tatbestand des § 826 BGB. gegeben. Bei Würdigung der tatsächlichen Sachlage kommt es darauf an, ob nach dem Kartellzweck, nach Ziel, Art und Form der angewendeten Kampfmittel ein widerrechtlicher Eingriff vorliegt. Er liegt noch nicht vor in Anrufung der Presse; denn es gibt berechnete öffentliche Warnungen und Abwehr, wenn nicht die Art des Auftretens Anlaß zum Anstoß gibt (JW. 06, 595¹; 08, 133¹). Es liegt auch nichts Widerrechtliches in der Verpflichtung, Schleuderern nichts zu liefern (RG. 28, 238), sie von gewissen Vorteilen oder Tarifen auszuschließen (RG. 56, 217; 48, 123), falls sie dem Kartell nicht beitreten. Wird aber durch Bedrohung mit Lieferungssperre dem Bedrohten die Möglichkeit der Fortexistenz entzogen, so ist ein widerrechtlicher Eingriff gegeben (RGSt. 34, 23). Der Verletzte hat in diesen Fällen nicht nur einen Schadensanspruch, sondern auch einen Unterlassungsanspruch dahin, daß fernere Störung unterbleibe, wenn eine Beforgnis der Wiederholung oder die Beseitigung der Wirkungen der einmal erfolgten Beeinträchtigung dies nötig macht. Dieser Unterlassungsanspruch hängt nicht davon ab, daß dem Störenden Vorfall oder Fahrlässigkeit zur Last fällt. Dieser Unterlassungsanspruch hat nichts mit den §§ 823, 826 BGB. zu tun; deshalb wird er durch das Vorhandensein berechtigter Interessen (Erz. zu § 349 Anm. 33) und das Fehlen subjektiven Verschuldens nicht aufgehoben; er stützt sich allein auf entsprechende Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. (Erz. zu § 349 Anm. 33). Es gibt allerdings auch einen Unterlassungsanspruch aus §§ 823, 826 BGB. (hierüber oben Anm. 13).

2. Angriffe gegen die Ehre fallen zwar nicht unter Abs. 1 des § 823 BGB., wohl aber unter **Anm. 51.** Abs. 2 des § 823 BGB., wenn die Voraussetzungen einer strafrechtlichen Ehrverletzung

Grf. zu § 346.

(§§ 185 f. StGB.) vorliegen (RG. 60, 5 u. 366; 51, 372). Sie liegen nicht vor, wenn jemand nur als zäher Verfechter eigener Interessen vom Kartell öffentlich bezeichnet wird (JW. 06, 595¹). Sie liegen vor, wenn der Betroffene nach Art und Weise der Kundgebung öffentlich an den Pranger gestellt werden soll. Ob die Bestrafung wegen Fehlens eines Strafantrags, wegen Verjährung oder eines sonstigen Strafausschließungsgrundes unterbleibt, ist für den § 823 Abs. 2 BGB. unerheblich. Kannte aber der Mitteilende die Unwahrheit seiner Mitteilung nicht, oder hatte er oder der Empfänger an der Mitteilung ein berechtigtes Interesse (Grf. zu § 349 Anm. 34 f.), so versagt der Abs. 2 des § 823 BGB. (RG. 51, 377; 28, 249). Meist wird dann aber Kredit, Erwerb oder Fortkommen geschädigt sein (folg. Anm.).

Anm. 52.

3. Kredit, Erwerb und Fortkommen wird durch ehrverletzende Kundgebungen gefährdet. Diese Gefährdung verbindet zu Schadensersatz, wenn der Mitteilende die Unwahrheit der von ihm behaupteten oder verbreiteten Tatsache fahrlässigerweise nicht kannte (§ 824 BGB.). Der letztere Schadensersatzanspruch fällt beim Vorhandensein berechtigter Interessen (Grf. zu § 349 Anm. 34 ff.) zwar hinweg (RG. 56, 285; 51, 379); aber es besteht dann immer noch der Unterlassungsanspruch, der es an objektiver Widerrechtlichkeit genügen läßt (oben Anm. 50), der hier sogar, wo eine Wiederherstellung des Ansehens erforderlich sein kann, zu einem Anspruch auf Zurücknahme der Behauptungen führt (RG. 61, 370; 60, 6; 56, 286; 53, 179; 48, 118; JW. 05, 715²). Neben dem § 824 BGB. finden die §§ 823, 826 BGB. Anwendung, wenn der Mitteilende die Unwahrheit der von ihm behaupteten Tatsache kannte, und die §§ 1 u. 14, 15 UnlWG., wenn deren Tatbestände zutreffen (hierüber Grf. zu § 349 Anm. 32 f.).

Anm. 53.

4. Öffentliche Aussperrung (Boycott, Acht- und Berrußerklärung, Androhung der Eintragung in die schwarze Liste), d. h. die Aufforderung an die Kartellmitglieder und Nichtmitglieder, dem Widerstrebenden nicht mehr zu liefern, von ihm nicht mehr zu kaufen, ihn nicht mehr zu beschäftigen, enthält einen Verstoß gegen die guten Sitten (§ 826 BGB.), wenn diese Handlungen vorsätzlich (oben Anm. 10) erfolgten und die Existenz nicht nur erschweren, sondern sie zu vernichten geeignet sind, also einer völligen Geschäftssperre gleichkommen (RG. 56, 278; 28, 238). Verschafft sich ein unter die Sperrklausel gestellter Gewerbetreibender von einem Kartellmitglied Kartellware, und tritt er auf diese Weise mit dem Kartell in Wettbewerb, so ist dieses Verfahren nur dann unsittlich, wenn die Ware auf unsittliche Weise, z. B. durch Täuschung der Kartellmitglieder, erlangt worden ist. Zur Anwendung des § 826 BGB. und des § 1 UnlWG., dessen Anwendung hier gleichfalls in Frage kommen kann, bedarf es der Abwägung der auf dem Spiele stehenden beiderseitigen Interessen im Verhältnis zu den Nachteilen, die durch das gewählte Kampfmittel zugefügt werden (vgl. RG. 76, 35; JW. 09, 168⁶; Wirtschaftsboycott), insbesondere ob die getroffene Maßregel unlautere Zwecke verfolgte, willkürlich, aus Gehässigkeit, zur Machtprobe gewählt erscheint (RG. 60, 94 u. 104; 57, 418; JW. 06, 595¹; 743¹⁴) oder ob Mißstände beseitigt, berechnete Interessen (Grf. zu § 349 Anm. 34 f.) wahrgenommen werden sollten. Die Anrufung der Presse, die Verteilung von Druckschriften, um die öffentliche Meinung durch wahrheitsgemäße, objektive Darstellung aufzuklären (ohne auf die Vernichtung des Konkurrenten auszugehen; JW. 07, 333¹¹), ist nicht zu beanstanden (RG. 66, 379; 64, 61; vgl. JW. 08, 38¹⁴; Bierboycott; JW. 07, 414⁶⁶; Boycott über ein Warenhaus). Es kommen hier überall dieselben Grundsätze zur Geltung, wie sie für Streiks und Arbeiteraussperrungen von der Rechtsprechung entwickelt worden sind (vgl. RG. 73, 92; 65, 428; 61, 366; 54, 255; 51, 369; JW. 08, 38¹⁴; 07, 364¹³; 04, 574¹⁸ u. 293¹⁶). In allen diesen Fällen erwachsen dem Bedrohten die Rechte, welche § 826 BGB. gewährt (oben Anm. 12 ff.), sowie der in Anm. 50 erwähnte Unterlassungsanspruch und gegebenen Falles auch die aus § 1 UnlWG. sich ergebenden Ansprüche.

Anm. 54.

5. Androhung des Abbruchs der Geschäftsverbindung seitens des Kartells gegenüber den Lieferanten des den Beitritt weigernden Produzenten ist eine mildere Aussperrungsart, indem damit ein mittelbarer Beitrittszwang ausgeübt wird. Selbst

wenn unedle Motive (Rache für den Austritt) zu einem solchen Schritt geführt haben, **Exf. zu § 346.** ist er noch nicht unsittlich; denn es ist trotzdem immer noch möglich, daß berechnete Interessen in verständiger Weise gewahrt worden sind (RG. 71, 170; vgl. JW. 06, 743¹⁴).

- F. **Die Haftung des Kartells für unerlaubte Handlungen.** Rechtsfähige Vereine (§ 31 BGB.; **Ann. 55.** RG. 57, 93; JW. 03 Beil. 39), Aktiengesellschaften (Exf. zu § 58 Anm. 34, § 232 Anm. 37; § 320 Anm. 75; vgl. LZ. 07, 831) und Gesellschaften m. b. H. (JW. 04, 167⁵) haften im allgemeinen für unerlaubte Handlungen ihres verfassungsmäßigen Vertreters, die dieser in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangen hat. Beim nicht rechtsfähigen Verein haften dagegen nur die Mitglieder persönlich und nur, soweit sie als Mitäter oder Teilnehmer in Betracht kommen oder § 831 BGB. auf sie anwendbar ist (v. Staudinger § 54 VI 6; Denkschr. II 89). Über die Haftung der offenen Handelsgesellschaft siehe § 126 Anm. 4 u. § 170 Anm. 2; RG. 64, 81; über die Haftung für Bevollmächtigte, Angestellte, Gehilfen s. Exf. zu § 58 Anm. 26 ff. Bei Kreditwürdigung nach § 14 UrtW. und bei Verstoß gegen § 1 UntW. kommt hinsichtlich Angestellter § 13 Abs. 3 UntW. hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs in Anwendung (hierüber Exf. zu § 349 Anm. 38). Außerdem haften die Vertreter persönlich, und können sie ihre Haftung nicht durch einen Auftrag des Kartells oder infolge ihrer Stellung als Kartellorgan ablehnen (Exf. zu § 58 Anm. 33; RG. 28, 242). Auch ein Kartellmitglied macht sich persönlich haftbar, wenn auf seine Veranlassung hin das Kartell zu einer unerlaubten Handlung geschritten ist (vgl. RG. 57, 424).

Zusatz 1. Gewerbegeheimnisse, über die das Zeugnis verweigert werden darf (§ 384 **Ann. 56.** Nr. 3 ZPO.), sind die Produktionsgeheimnisse des Kartells, soweit ein erhebliches, berechtigtes und unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung dieser Tatsachen besteht. Dasselbe gilt von den Bezugsquellen, den Bezugsbedingungen, den Rabatt- und Provisionsfähen und von den einzuhaltenden Mindestpreisen (Zeuffl. 49 Nr. 213; JW. 02, 21⁹; RG. 53, 42), wenn auch an und für sich die Verkaufspreise eines Geschäfts nicht den Charakter eines Gewerbegeheimnisses besitzen (RG. 53, 40). Beim Kartell ist aber die Geheimhaltung dieser Tatsachen wesentlich und gilt außerdem als Ausbedingung. Für die Einkaufspreise eines Kartells (vgl. RG. 54, 323; JW. 05, 344¹⁹) und für die Preisbestimmungen des Kartells für das künftige Geschäftsjahr (JW. 03, 49¹³) gilt nichts anderes. Es muß das Interesse zur Zeit der Vernehmung noch vorhanden sein (RG. 54, 325), d. h. es muß feststehen, daß der Kartellzweck durch die Bekanntgabe vereitelt würde. Können danach die Vertreter des Kartells das Zeugnis verweigern, so können dies auch die Kartellangestellten; für letztere gilt nicht auch noch § 383 Nr. 5 ZPO. (RG. 53, 42; vgl. auch Exf. zu § 349 Anm. 44).

Zusatz 2. Über das Eingreifen der Staatsgewalt bei gemeingefährlicher Entwicklung **Ann. 57.** der Kartelle siehe 8. Aufl. Exf. zu § 346 Anm. 45.

§ 347.

Wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, **§ 347.** einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.

Unberührt bleiben die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach welchen der Schuldner in bestimmten Fällen nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten oder nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Lit.: Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; Kohlrausch, Die Schuld, Vorfuß, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung, 1910; Rümelin, Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht, 1909; Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. 1905.

Der vorliegende Paragraph bestimmt das Maß der dem Kaufmann obliegenden Sorgfalt. Es wird bestimmt, daß, soweit ihm in dem Gesetze eine Sorgfaltspflicht auferlegt wird,

§ 347. er für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haftet. Allein nach Abs. 2 sollen die Milderungen der Haftung, welche das BGB. eingeführt hat, auch für den Kaufmann gelten.

Ann. 1. 1. Nur um die Sorgfaltspflicht **des Kaufmanns** handelt es sich. Denn nur von der Sorgfalt dessen ist hier die Rede, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Das aber ist nach dem neuen BGB. notwendig ein Kaufmann, da nur die Geschäfte eines Kaufmanns Handelsgeschäfte sind (§ 343). Im früheren HGB. Art. 282 lautete die Vorschrift ebenso; da es aber nach dem alten HGB. auch absolute Handelsgeschäfte gab, so konnte es kommen, daß auf seiten eines Nichtkaufmanns ein Handelsgeschäft vorlag, und dann war dieser zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet. Diese Folgerung ist bei dem veränderten System des neuen BGB. nicht mehr möglich. (Über den Begriff des Vorjages s. Erf. zu § 346 Anm. 10.)

Ann. 2. 2. **Nur um bestehende Sorgfaltspflichten** handelt es sich. Der vorliegende Paragraph will nicht etwa den Satz aufstellen, daß der Kaufmann in allen seinen Angelegenheiten die Sorgfalt eines Kaufmanns anzuwenden habe, sondern nur: wenn er nach Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Sorgfalt verpflichtet ist, so soll er zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet sein. Darüber, wie es sich mit einer Haftung wegen schuldhaften Verhaltens bei Verhandlungen zum Zwecke des Vertragsschlusses (culpa in contrahendo) verhält, ist hier nichts gesagt. Es ergibt sich auch nichts aus § 276 BGB., der nur ein Verschulden bei Erfüllung des Vertrags, also bei schon bestehenden Vertragspflichten, im Gegensatz zum Verschulden bei Abschließung eines Vertrags trifft (JW. 08, 657⁵). Eine Haftung für Arglist oder Fahrlässigkeit bei Eingehung eines Vertrags kann nur von dem Gesichtspunkt der Verpflichtung zum Schadensersatz aus unerlaubter Handlung (§ 823 BGB.) stattfinden; jedoch scheidet Abs. 1 des § 823 BGB. von vornherein aus, weil danach nur bestimmte Rechtsgüter und Rechte, nicht das Vermögen schlechthin, geschützt ist (unten Anm. 11). Der Abs. 2 des § 823 BGB. fordert aber Verletzung eines besonderen Schutzgesetzes, und als solches kann bei culpa in contrahendo nur der Betrugsparagraph (§ 263 StGB.) in Betracht kommen (RG. 62, 315; 67, 146; 49, 49; JW. 09, 684³; LZ. 1910, 80²; Genauerer s. Erf. zu § 58 Anm. 26 ff.); dann liegt aber auch der Tatbestand des § 826 BGB. vor.

Eine Sonderbestimmung gibt § 122 BGB., derzufolge der Erklärende, der eine nichtige oder anfechtbare Willenserklärung abgegeben hat, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, dem Empfänger der Erklärung für das Haftet, was dieser durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit der nichtigen oder anfechtbaren Willenserklärung eingebüßt hat; d. h. der Empfänger muß so gestellt werden, wie wenn er den Vertrag nicht geschlossen hätte (RG. 60, 345; vgl. RG. in SeuffA. 62, 295; er hätte denn vielleicht mit einem Andern ebenso günstig abgeschlossen; dann ist kein Schaden der ihm aus diesem Nichtabschluß erwachsene Schaden). Hiermit ist auch der Fall unrichtiger Übermittlung einer Willenserklärung durch Versehen des Boten, durch Versehen der Telegraphen- oder Fernsprechanstalt getroffen (§ 120 BGB.). Die Schadensersatzpflicht fällt weg, wenn der Empfänger den Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte (§ 122 Abs. 2 BGB.). Der seine eigene Erklärung Anfechtende hat nur Ansprüche, soweit der Gegner bereichert wurde (RG. 51, 92).

Ann. 3. 3. **Zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns** ist der Kaufmann verpflichtet. Dadurch soll der Begriff Fahrlässigkeit, wie er im § 276 BGB. aufgestellt ist (fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt), einen bestimmten Inhalt erhalten (D. 194): fahrlässig handelt hiernach ein Kaufmann, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns außer acht läßt; z. B. die Überweisungen im Giroverkehr nicht sorgfältig vornimmt (RG. 54, 329). Indessen lassen sich auch über den Begriff der Sorgfalt weder allgemeine Regeln, noch eine feste Begriffsbestimmung geben: die besondere Natur des Falles, die Vertragsgattung, die Handelsitte, sind die leitenden Gesichtspunkte. (Daß hierbei auch die letztere zu berücksichtigen ist, auch dort, wo die §§ 157 und 242 BGB. nicht Platz greifen, ist bereits in Anm. 20 zu § 346 erwähnt.) Außerordent-

liche Umstände können eine außerordentliche Tätigkeit erheischen, so z. B. bei Störung des § 347. Verkehrs durch kriegerische Ereignisse (R.D.S.G. 15, 174), oder bei telegraphischem Verkehr (unter Umständen Pflicht zur Wiederholung des Telegramms, R.D.S.G. 23, 369). Üblich ist die briefliche Wiederholung des Telegramms und gehört wohl meist — z. B. nicht bei Börsendepeſchen, die ſofort zu erledigen ſind — zur Sorgfalt ordentlicher Kaufleute. Nicht üblich iſt das kontrollweiſe Zurücktelegraphieren vor der Beſtellung (Z.W. 91, 419³²). Wichtige Briefe müſſen unter Umſtänden eingeſchrieben geſandt werden, inſbeſondere ſolche, welche Urkunden enthalten, nicht immer Briefe mit Wechſelakzepten (Seuffl. 52 Nr. 95). Ob Wertpapiere mit voller Wertangabe oder als eingeſchriebener Brief unter voller Wertverſicherung zu verſenden ſind, entſcheidet die Übung des betr. Verkehrs (R.G. 50, 170).

Überall hat der Kaufmann hierbei für die Sorgfalt einzustehen, die ein Kaufmann ſeines Gewerbes gewöhnlich anwendet. Daher hat der Kaufmann für gehörige Einziehung ihm übergebener Wechſel (Z.W. 88, 71¹⁷), ſowie dafür zu ſorgen, daß unter gewöhnlichen Umſtänden Briefe rechtzeitig von ihm in Empfang genommen und nicht verlegt werden (Z.W. 91, 355¹⁴; 98, 609³⁸); er hat ſeine telegraphiſchen Abfürzungen (Chiffren) ſo zu wählen, daß Verwechslungen vermieden werden (R.D.S.G. 21, 187; „Recht“ 04, 503), und vorzuſorgen, daß nicht ein mit ihm in dauernder Geſchäftsverbindung ſtehender Kunde durch einen ungetreuen Angestellten, der den nicht gehörig verwahrten Firmenſtempel mißbraucht, geſchädigt werde (R.G. 65, 113; Z.W. 1910, 243³³). Wo es auf beſondere Umſtände ankommt, geht die Frage dahin: wie hätte ſich unter gleichen Umſtänden ein verſtändiger, gewiſſenhafter Kaufmann benommen. So kann ihm unter Umſtänden Einſichtnahme des Grundbuchs (R.G. 60, 33) und Vorſorge für ſofortige Erledigung von äußerlich als Eiſachen kenntlichen Einkäufen zugemutet werden (R.G. 54, 117; Z.W. 04, 200⁹); nicht aber braucht er ihm zur Verarbeitung übergebene Rohſtoffe zu verſichern (Marienverder Seuffl. 63, 92).

Nicht nur für ſeine eigene Sorgfalt hat der Kaufmann einzustehen, **Ann. 4.** ſondern auch dafür, daß die Perſonen, deren er ſich zur Erfüllung ſeiner Verbindlichkeiten bedient, die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden, auch wenn dieſe nicht Kaufleute ſind. Denn für ein Verſchulden dieſer Gehilfen haftet er wie für eigenes Verſchulden (§ 278 B.G.B.; unten Ann. 13 u. Erg. zu § 58 Ann. 26 ff.). Auch ein beſonderes Garantieverſprechen des Prinzipals hiñſichtlich der ſorgfältigen Behandlung von Vertragsanträgen durch ſein Perſonal iſt denkbar (R.G. 49, 28). Jedenfalls findet Bereicherungsſklage ſtatt, wenn ein Vertrag durch argliſtiges Verhalten der Angestellten zugunſten des gutgläubigen Prinzipals zuſtande gekommen iſt (R.G. 43, 146; vgl. auch Erg. zu § 58 Ann. 32 u. unten Ann. 13).

4. Die Regel des Abſ. 1 wird im Abſ. 2 des vorliegenden Paragraphen dahin eingeeñgt, **Ann. 5. daß die im bürgerlichen Recht vorgeſehenen Milderungen der Haftung auch für den Kaufmann gelten:** Wo nach dem B.G.B. nur grobe Fahrläſſigkeit oder nur Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten zu vertreten iſt, da ſoll auch der Kaufmann nicht ſchlechthin für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haften, ſondern für Verletzung dieſer geringeren Sorgfaltspflicht, es mag ſich um eigene oder um die Handlungen ſeiner Erfüllungsgehilfen handeln. (Nach dem früheren Art. 282 galten dieſe Milderungen nicht.)

Beispiele ſolcher Milderungen:

a) Nur grobe Fahrläſſigkeit iſt zu vertreten nach B.G.B. § 300 Abſ. 1 (während des Verzugs **Ann. 6.** des Gläubigers), nach §§ 521, 523 (Schenkung), nach §§ 599, 600 (Leihe), nach § 680 (Geſchäftsführung ohne Auftrag zur Abwendung einer dringenden Gefahr), nach § 968 (bezüglicly gefundener Sachen). Für das Verſchulden von Hilfspersonen haftet man in dieſen Fällen nicht (Dernburg II 1 § 68 II f).

b) Für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten haftet der Schuldner im Falle des B.G.B. § 690 **Ann. 7.** (unentgeltliche Aufbeſahrung), § 708 (Geſellſchafter), § 1359 (Ehegatten), §§ 1664, 1686 (Ausübung der elterlichen Gewalt), § 2131 (Vorerbe), — wobei jedoch der Schuldner von

§ 347. der Haftung für eigene grobe Fahrlässigkeit nicht befreit wird (§ 277 BGB.). Dabei kommt die Sorgfalt, die der Machtgeber in seinen eigenen Dingen, nicht die Sorgfalt, die der Vertreter in seinen Dingen anzuwenden pflegt, in Betracht. Anders Dernburg II 1 § 68 II d, weil das Handeln des Vertreters in Frage stehe; allein es stehen die Pflichten des Machtgebers in Frage.

Ann. 8. Wo andere Gesetze, außer dem BGB., die Sorgfaltspflicht mildern, da versteht sich die Geltung der Ausnahme auch für den Kaufmann von selbst (Art. 2 Abs. 2 C.G.F.G.).

Ann. 9. Von selbst versteht es sich, daß die im BGB. oder in sonstigen Gesetzen vorgesehene verschärfte Haftung unberührt bleibt; z. B. § 287 (Haftung des Schuldners für jede Fahrlässigkeit, also auch ohne die Entschuldigung mit der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wo sie sonst vielleicht zulässig wäre, und für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit während seines Verzuges), § 678 (Haftung für jeden Schaden bei Geschäftsführung gegen den mutmaßlichen Willen des Geschäftsführers), § 1 Haftpflicht. (Haftung ohne Verschulden).

Ann. 10. 1. **Zusatz. Der vorliegende Paragraph enthält keine Vorschriften über folgende Fragen:**
1. **Über die Frage, in welchen Fällen der Kaufmann überhaupt zur Sorgfalt verpflichtet ist?** Siehe oben Ann. 2.

Ann. 11. 2. **Über die Frage, welche Rechtsfolgen die Verletzung der Sorgfalt hat.** Über diese Frage ist weder in § 276 BGB. noch in unserem Paragraphen etwas gesagt (oben Ann. 2). Auch sonst ist nirgends ein allgemeiner Grundsatz etwa dahin aufgestellt, daß, wer eine Fahrlässigkeit begeht, wer die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, oder wer gar vorsätzlich handelt, dem dadurch Geschädigten den dadurch erlittenen Schaden zu ersetzen hat. Indessen wird man wohl berechtigt sein, aus dem Zusammenhang des ganzen Gesetzbuchs **den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, daß, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz oder Fahrlässigkeit bei Erfüllung bestehender Vertragspflichten nicht anders geregelt sind, diese Haftung jedenfalls in der Verpflichtung zum Schadenersatz besteht.** Der Grundsatz kann nicht dahin aufgestellt werden, daß allgemein für jede vorsätzliche und fahrlässige Handlung auf Schadenersatz gehaftet werde. Ein solcher Satz ist dem BGB. fremd (RG. 62, 317; 51, 93 u. 373; JZ. 07, 1697; LZ. 09, 312²⁰); insbesondere kann ein solcher Satz nicht aus § 823 BGB. hergeleitet werden (oben Ann. 2; JZ. 06, 136⁸). Nur die schuldhaftige Verletzung von vertretender Vertragspflichten zieht die Haftbarkeit gemäß § 276 BGB. nach sich (RG. 53, 201). Wollte man diesen Grundsatz nicht annehmen, so blieben zahlreiche Fälle ungerregelt. Denn die Regeln vom Verzuge reichen nicht immer aus. Allerdings hat der Schuldner, der in Verzug gerät, Schadenersatz zu leisten (§ 286 BGB.). Allein zum Verzuge gehört nicht nur, daß der Schuldner seine Verpflichtung in schuldhafter Weise verletzt (§ 285 BGB.), sondern auch, daß er an Erfüllung gemahnt worden ist, und nur der Fall, daß eine kalendermäßige Bestimmung für die Erfüllung besteht, macht die Mahnung überflüssig (§ 284 BGB.). Es gibt aber zahlreiche Fälle von schuldhafter Nichterfüllung und mangelhafter Erfüllung, in denen diese Voraussetzungen des Verzugs nicht vorliegen. So hat z. B. der Beauftragte dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben (§ 666 BGB.), und die gleiche Pflicht trifft den Dienstverpflichteten und den Werkmeister, der eine Geschäftsbesorgung übernommen hat (§ 675 BGB.), sowie den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713 BGB.). Was aber ist die Rechtsfolge, wenn diese Personen eine erforderliche Nachricht schuldhaft nicht gegeben und dadurch dem anderen Teil Schaden zugefügt haben? Es kann kein Zweifel bestehen, daß daraus die Schadenersatzpflicht wie bei allen positiven Vertragsverletzungen folgt. Oder es hat ein Gesellschafter fahrlässigerweise eine unrichtige Bilanz aufgestellt und dadurch die anderen Gesellschafter zu verfehlten geschäftlichen Operationen verleitet. (Über derartige Fälle bei AG., bei denen besondere Rechtsgrundsätze gelten, vgl. § 241 Ann. 25.) Daß dies ein wichtiger Grund ist zur Auflösung der Gesellschaft, mag sein. Aber außerdem wird man doch den also geschädigten Gesellschaftern den Anspruch auf Schadenersatz

gewähren müssen, obwohl ein bestimmter Grundsatz nach dieser Richtung nicht aufgestellt § 347.
ist. § 280 Abs. 1 BGB. regelt nur den Fall, daß die Erfüllung gar nicht mehr möglich ist, nicht die große Zahl der Fälle, in denen die nachträgliche Erfüllung zwar möglich, inzwischen aber durch die bereits geschehene Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Zahlreiche Vorschriften der neuen Gesetze beweisen auch, daß ihnen dieser allgemeine Rechtsgrundsatz innewohnt. Es wird z. B. verwiesen auf § 618 Abs. 3 BGB. und § 62 Abs. 3 SGB., wo die Schadenserfappflicht als Folge der schuldhaften Verletzung der dort vorgesehenen Schutzpflichten als selbstverständlich vorausgesetzt ist, auch auf § 1218 Abs. 2 BGB., welche Vorschrift unvollständig wäre, wollte man an ihre Verletzung nicht die Schadenserfappflicht knüpfen. Die Rechtsprechung hat sich diesen Grundsätzen gerade in ihrer Anwendung auf die schuldhafte Vertragserfüllung beim Kauf angeschlossen; sie sind nun allgemein anerkannt (Erf. zu § 374 Anm. 172 ff. u. § 377 Anm. 100). Ob der Begriff des Vorjages oder der Fahrlässigkeit erfüllt ist, kann durch das Revisionsgericht nachgeprüft werden (JW. 04, 406⁹).

3. **Über die Folgen mitwirkenden Verschuldens** des Beschädigten stellt § 254 BGB. allge- **Anm. 12.**
meingültige Grundsätze auf. Der § 254 BGB. findet mit seinen beiden Absätzen auf jede Art von Erfappflicht Anwendung; mag sie sich ergeben aus der Verletzung eines Vertrags oder als Folge einer unerlaubten Handlung, z. B. aus einer culpa in contrahendo (oben Anm. 2) oder aus § 826 BGB. (RG. 70, 6; 76, 323; WarnenerRpr. 1911 Nr. 64; anders bei § 829 BGB.; JW. 03 Beil. 122²⁷⁰) oder aus internationalen Verträgen (RG. 67, 172) oder unmittelbar aus dem Gesetz, also ohne Verschulden des Erfappflichtigen wie beim Haftpflicht. (RG. 63, 332; 56, 154; 54, 404; 53, 75) und wie beim Garantievertrag (RG. 55, 320; 51, 277). Wo § 254 BGB. nicht unmittelbar angewendet wird, muß er in entsprechender Anwendung zur Herrschaft gelangen; auch da, wo auf der einen Seite bloße Gefährdungshaftung, auf der anderen mitwirkendes Verschulden vorliegt (RG. 67, 120; JW. 1912, 190⁶), und auch bei der Ausgleichung des Schadens unter Gesamtschuldnern; denn sein Inhalt verkündet eine überall anerkannte Wahrheit, die von den Grundsätzen von Treu und Glauben getragen wird und dahin auszudrücken ist:
- a) Ob eine schuldvolle Handlung des Beschädigten auf die Erfappflicht nach Grund und Höhe von Einfluß ist, entscheidet das richterliche Ermessen (§ 254 Abs. 1 BGB.). Als ein solch mitwirkendes Verschulden gilt es auch, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen, d. h. eines durch außergewöhnliche Umstände veranlaßten Schadens (RG. in SeuffW. 62, 228) aufmerksam zu machen, die wohl er, nicht aber der Schuldner, kannte oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte erkennen müssen (unten Anm. 26), oder wenn der Beschädigte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB.). Denn wer den Ersatz eines vermeidlichen Schadens verlangt, muß nach Treu und Glauben das Seinige zur Abwendung oder Minderung beitragen (RG. 52, 351; JW. 1911, 35¹³). Der § 254 BGB. verlangt also in seinen beiden Absätzen ein schuldhaftes Verhalten des Beschädigten, das der Schädiger zu beweisen hat. Das hier gemeinte Verschulden muß ein Verschulden im Sinne des § 276 BGB. sein, also in einem vorsätzlichen (Erf. zu § 346 Anm. 10) oder fahrlässigen (oben Anm. 3) Handeln oder Unterlassen eines Zurechnungsfähigen beruhen, das den Charakter der Rechtswidrigkeit in oder außerhalb von Vertragsverhältnissen an sich trägt (RG. 59, 221; 54, 411) und auch schon in der Verletzung der Sorgfalt bestehen kann, wie sie bei Wahrnehmung der eigenen Interessen geboten war. Endlich muß dieses schuldhafte Verhalten des Beschädigten irgendwie zur Schadenseinstellung mitgewirkt, d. h. in ursächlichem Zusammenhang mit der Beschädigung gestanden haben (hierüber unten Anm. 14 u. 27). Ein solch' ursächliches Mitverschulden kann darin liegen, daß der Beschädigte in seiner unter Ziffernverwechslung übermittelten Drahtofferte den Preis nicht in Buchstaben angegeben hatte (RG. in SächW. 14, 306 u. 355), oder darin, daß der Verkäufer beim Deckungsverkauf (Erf. zu § 374 Anm. 30), der Käufer beim Deckungskauf (Erf. zu § 374 Anm. 68) fahrlässig verfährt oder ihn unterläßt (Erf. zu § 374 Anm.

§ 347. 60), oder darin, daß der wandelnde Käufer die Kaufsache nicht mehr zurückgeben kann (§ 377 Anm. 66).

Anm. 13. b) Das mitwirkende Verschulden des gesetzlichen Vertreters und der Hilfspersonen, deren sich der Beschädigte zur Erfüllung seiner Verpflichtungen bedient, hat er wie sein eigenes zu vertreten. Dieser Satz ergibt sich für Abs. 1 u. 2 Satz 1 des § 254 BGB. daraus, daß der Satz 2 des § 254 Abs. 2 BGB., der den § 278 BGB. entsprechend angewendet wissen will, so zu behandeln ist, wie wenn er einen dritten Absatz bilden würde, der somit für den ganzen § 254 BGB. gilt (RG. 75, 258; 62, 106 u. 346; 55, 329; DLG. Kiel Seuffh. 65, 306). Auch die Lit. steht überwiegend auf diesem Standpunkt (v. Staudinger § 254 Ziff. 5). Hiernach ist dem Schädiger der Entlastungsbeweis sorgfältiger Auswahl seines Personals (§ 831 BGB.) abgeschnitten. Dieser Grundsatz unbedingter Vertretungspflicht ist jedoch auf die Erfüllung beschränkt, d. h. es muß sich um ein Versehen handeln, das zugleich die Verletzung bestehender Vertragspflichten darstellt und in ursächlichem Zusammenhang mit dieser Vertragserfüllung steht. Die Hilfsperson muß das Versehen in Ausführung der Verrichtung begangen haben, so daß das Versehen nicht den Tatbestand einer selbständigen unerlaubten Handlung bildet, die mit der Vertragserfüllung nur äußerlich zusammenhängt. Maßgebend ist für diese soeben erwähnte Unterscheidung die Erwägung, ob der Geschäftsherr, wenn er die Handlung selbst vorgenommen hätte, aus dem Verträge haften würde (RG. 63, 344; 62, 347; 59, 22; 55, 331; JW. 1911, 806^a; 08, 40¹⁵). Es kommt dann nicht darauf an, daß der Vertreter oder die Hilfsperson in der Ausführung selbständig gestellt ist, und es bedient sich der Beschädigte eines anderen zur Erfüllung seiner Pflichten schon dann, wenn er ihn mit Wahrnehmung der Angelegenheit betraut hat, in der der Schaden eingetreten ist (RG. 64, 234; 62, 106; 55, 332). So steht der Beschädigte für seinen Gehilfen ein bei Erfüllung eines Kaufs (Warneper Spr. 1910 Nr. 145), bei schuldhafter Vertragserfüllung (JW. 04, 5), bei positiver Vertragsverletzung (RG. 65, 19), bei Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht (JW. 06, 335¹¹), bei Unredlichkeit des Buchhalters im Giroverkehr (RG. 56, 413); der Schuldner kann nicht einwenden, der Gläubiger hätte ihn von den Unregelmäßigkeiten seines Gehilfen in Kenntnis setzen müssen (RG. 75, 109). Haftet der Beschädigte selbst nur für grobes Versehen, so gilt derselbe Grad der Haftung auch für das Verhalten seines Vertreters und Erfüllungsgehilfen (RG. 65, 30). Weiteres hierüber s. Erf. zu § 58 Anm. 26 ff.

Es gelten die soeben entwickelten Grundsätze nicht für ein mitwirkendes Verschulden des Vertreters oder Gehilfen bei Entstehung von Verbindlichkeiten. Hier kommt nur § 831 BGB. zur Anwendung (Erf. zu § 58 Anm. 26 ff.). Aus einer Mitwirkung des Personals einer Partei beim Vertragschluß kann sich eine Gefahrtragung besonderer Art für den Geschäftsherrn ergeben (RG. 43, 147). Für das Verschulden von gesetzlichen Vertretern und Hilfspersonen, das nur zur Entstehung des Schadens beim Vorliegen einer unerlaubten Handlung mitgewirkt hat, steht nämlich der Geschäftsherr nicht nach § 278 BGB. ein, sondern er haftet für deren Handlungen nur, wenn er diese Personen zu der Verrichtung bestellt hat, und sie in Ausführung dieser Verrichtung den Schaden widerrechtlich einem Dritten (RG. 78, 107) zugefügt haben. Das heißt, der § 831 BGB. findet entsprechende Anwendung; auch mit dem dort zugelassenen Entlastungsbeweis gehöriger Auswahl (RG. 77, 211; JW. 1912, 138¹² u. 226¹⁸; Erf. zu § 58 Anm. 32). Grundsätzlich bleibt danach der, der durch Mitwirkung von Hilfspersonen des Gegners beim Vertragschluß geschädigt oder infolge einer von dieser Hilfsperson verübten unerlaubten Handlung verletzt wurde, auf Ansprüche gegen diese Personen beschränkt; nur wenn es sich um Abwendung eines aus einer bereits verursachten unerlaubten Handlung drohenden Schadens oder um die Minderung eines bereits entstandenen Schadens handelt, muß der Schädiger gemäß §§ 254 Abs. 2, 278 BGB. für Unterlassungen seiner Hilfspersonen einstehen (RG. 62, 346, 61, 267; LZ. 1911, 296¹¹). Es ist weder Planck (§ 254 Anm. 2) zuzugeben, daß in RG. 55, 316 u. 329 eine andere Ansicht vertreten ist, noch ist auch

v. Staudinger (§ 254 Anm. 5) u. Prüzibilla (ZB. 09, 179) zuzustimmen, daß diese Rechtsprechung zu sehr unbilligen Ergebnissen führen könne. § 347.

- c) Die Abwägung der Verursachung, wie sie § 254 BGB. vorschreibt, bedt sich nicht immer mit der Frage nach der Schwere des beiderseitigen Verschuldens (RG. 54, 13 u. 407; 53, 394; 51, 278). Es ist nicht etwa ein Überschuß an Verschulden zu ermitteln, sondern es ist der Grad des ursächlichen Wirkens jedes Teils festzustellen. Es kann dabei nicht ausgesprochen werden, daß wegen des bloßen Überwiegens einer von mehreren Ursachen den anderen Ursachen die ursächliche Wirkung fehle, sondern es kommt darauf an, worin ein Verschulden zu finden ist, und inwieweit das Handeln des einen oder des anderen den Schaden vorwiegend verursacht hat (RG. 69, 57; 54, 13; ZB. 1911, 91; 09, 190³; 05, 490¹¹). So muß auch bei der Ausgleichung unter Gesamtschuldnern der Anteil jedes einzelnen an der durch alle verursachten Verletzung ermittelt werden und zwar nach der größeren oder geringeren ursächlichen Bedeutung der die Ersatzpflicht der einzelnen begründenden Tatbestände und der Schwere des Verschuldens der einzelnen (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB.; RG. 75, 251; 68, 433; ZB. 1912, 71⁸; 138¹¹; 190⁷; 1911, 217¹⁸; LZ. 1912, 226¹⁷).

Das richterliche Ermessen beurteilt den ursächlichen Zusammenhang nach § 287 ZPD. völlig frei (unten Anm. 27). Hat das Verschulden jeden Teils in ungefähr gleicher Weise mitgewirkt, so findet eine entsprechende Teilung des Schadens statt. Ist das Verschulden eines Teils so überwiegend ursächlich für den Schaden gewesen, daß es als alleinige Ursache zu erachten ist, so trägt er den Schaden allein (RG. 51, 279; 60, 33; ZB. 1912, 190⁶; 08, 329¹²; 06, 54⁴; 05, 170⁹). Auch bei gegenseitiger Arglist muß eine Abwägung der Verursachung stattfinden (ZB. 05, 717⁶; 08, 329¹²). Häufig begegnet man dem Satz, daß gegenüber Arglist des Schädigenden Fahrlässigkeit des Geschädigten nicht in Betracht komme (vgl. RG. 69, 281; ZB. 08, 9¹⁰; 05, 717⁶). In dieser Allgemeinheit wäre der Satz nicht richtig; es kann der einzelne Fall so liegen, daß Fahrlässigkeit gegenüber der Arglist des Schädigers völlig zurücktritt, oder so, daß der Getäuschte den Täuschungen fahrlässig vertraut hat; dann ist die Fahrlässigkeit nicht beachtlich. Hat es der Getäuschte aber an der allergewöhnlichsten Sorgfalt fehlen lassen, so fällt ein solches Verhalten allerdings auch gegenüber der Arglist ins Gewicht (vgl. ZB. 1911, 91⁹; 08, 330¹¹; LZ. 1911, 697⁹). Es kann endlich ein Verschulden, das an sich als ein großes erscheint, durch ein vorangegangenes oder gleichzeitiges Verschulden des Gegners, also wenn es durch ein vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlaßt ist, in einem ganz anderen Lichte erscheinen. Weiß die ganze Sachlage auf ein eigenes Verschulden des Beschädigten hin, so muß dieser die Umstände dargun, die seinem Verhalten den schuldhafte Charakter benehmen (Warneher Nspr. 1911 Nr. 90; ZB. 06, 437³⁰; LZ. 1911, 457¹³).

- d) Prozessuales Mitwirkendes Verschulden ist nicht von Amts wegen zu ermitteln, es muß vom Schadensersatzpflichtigen eingewendet und nach § 286 ZPD. bewiesen sein (RG. 51, 186 u. 193; 55, 321; 59, 311; LZ. 09, 853¹⁷). Liegt ein Mitverschulden sehr nahe, so tritt Fragepflicht nach § 139 ZPD. ein. Soll ein Urteil über den Grund vorabentscheiden (§ 304 ZPD.), so muß festgestellt werden, inwieweit ein mitwirkendes Verschulden vorliegt, und wie dadurch das ganze Endergebnis beeinflusst wird; es darf also nichts, was zur Anwendung des § 254 BGB. gehört, dem Verfahren über den Betrag überlassen werden (RG. 53, 116; ZB. 08, 558²²; 05, 645¹³; 136¹⁰); es wäre denn, daß der künftige Umfang des Schadens noch von dem künftigen Verhalten des Beschädigten abhängt (Warneher Nspr. 08 Nr. 226; ZB. 09, 225²¹; 1911, 445⁷; „Recht“ 09 Nr. 113). Hieraus folgt, daß eine Vorabentscheidung, welche den Streit über ein mitwirkendes Verschulden nicht in das Verfahren über den Betrag verweist, eine spätere Erörterung dieser Frage ausschließt, soweit es sich nicht um eine durch späteres schuldhaftes Handeln bewirkte Schadensvergrößerung handelt. Ist aber durch rechtskräftiges Urteil die Frage mitwirkenden Verschuldens dem Nachverfahren — sei es auch nur in den Gründen — vorbehalten, so ist die Frage mitwirkenden Verschuldens noch im Nachverfahren zu er-

§ 347. örtern (JW. 1910, 482²⁶; 09, 13⁵; 1911, 486³). Mit Rücksicht auf diese Rechtslage ist es nicht zu empfehlen, daß die Richtigkeit unbewiesener Behauptungen unterstellt, auf dieser Grundlage eine Abwägung des ursächlichen Zusammenwirkens vorgenommen und ein Teilverteil oder ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs erlassen wird; denn auf diese Weise läßt sich das Verhältnis der Ursachen zueinander oft nicht vollkommen übersehen. Die Abwägung des festgestellten beiderseitigen Verschuldens, und wem das Verschulden vorwiegend zuzuschreiben ist, unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts, das selbst die Schadensverteilung vornehmen kann (RG. 60, 33; JW. 06, 54⁴), soweit diese nicht mit dem Verbot einer reformatio in pejus in Widerspruch tritt.

Ann. 16. 4. **Über die Beweislast bei Ansprüchen aus verletzter Sorgfaltspflicht.** Es geht zwar zu weit, wenn Goldschmidt (System 4. Aufl., 170) ganz allgemein dem Sorgfaltspflichtigen den Beweis gehöriger Sorgfalt auferlegen will. Indessen gilt dies doch für die meisten Fälle. Es gilt zunächst für die Verhältnisse, welche eine Rechenschaftspflicht in sich schließen, insbesondere für den Auftrag und die übrigen Geschäftsbesorgungsverträge (Dernburg II 1 § 70; vgl. § 241 Ann. 2; § 408 Ann. 27; RG. 20, 269). Ferner hat der, der eine vertragswidrige Leistung gemacht oder sonst seine Vertragspflichten objektiv verletzt hat, seine Schullosigkeit darzutun, wenn er sich von den Rechtsfolgen befreien will (RG. 21, 205; 22, 172; Volze I Nr. 477; vgl. §§ 282, 285, 345 BGB.). Es ist endlich zu beachten, daß oft schon aus der bloßen Nichterfüllung und mangelhaften Erfüllung der Verträge, also aus der objektiven Vertragswidrigkeit die Ansprüche des Vertragsgegners entstehen (z. B. §§ 463, 538). Wird aber ein Anspruch aus schuldhafter Vertragserfüllung geltend gemacht, so muß regelmäßig der beweisen, der aus Verletzung der Sorgfalt Rechte ableitet. Doch ist letzterer Satz nicht ohne Ausnahme (hierüber § 377 Ann. 130).

Ann. 17. 5. **Über die Art der Schadensvergütung und den Umfang des Schadens.** Hierüber gelten die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Dieselben enthalten insbesondere die aus dem alten HGB. herübergenommene **Vorschrift des § 252, daß der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt**, und daß als entgangen der Gewinn gilt, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Fehlt danach ein Schaden, so besteht auch kein Ersatzanspruch.

Lit.: Fischer, Der Schaden nach dem BGB., 03; Kunze, Die Haftung des Schuldners für den Schaden des Drittbeteiligten, 09; Traeger, Der Kaufbegriff im Straf- und Zivilrecht, 04.

Ann. 18. a) Als bereits eingetretener Schaden gilt auch die Belastung mit einer Verbindlichkeit (z. B., die Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe; RDStG. 4, 192; 12, 269), oder die Notwendigkeit, das Frachtgut im Prozeßweg vom unrichtigen Empfänger herauszuverlangen (RG. 62, 333; 13, 66), und jeder Fall, in dem ein sicherer Anspruch durch ein Verschulden zu einem bestrittenen geworden ist (RG. 62, 192; 16, 130). Über die Geltendmachung des Schadens des Auftraggebers durch den in eigenem Namen abschließenden Beauftragten s. § 392 Ann. 3.

Ann. 19. b) Als entgangen gilt der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen des Falles mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Diese Begriffsbestimmung des § 252 BGB. ist mit der herrschenden Ansicht, die nun auch Pland (§ 252 Ann. 2) angenommen hat und gegen 6./7. Aufl. als eine Beweisvorschrift zu verstehen, welche mit § 287 ZPO. in Verbindung zu setzen ist. Der § 252 BGB. will bestimmen (Mot. II 18), daß einerseits die volle Gewißheit, der Gewinn würde gezogen worden sein, nicht erforderlich ist; andererseits aber auch die bloße Möglichkeit, der Beschädigte würde den Gewinn erlangt haben, nicht ausreiche, daß vielmehr nach verständiger Beurteilung eine gewisse Wahrscheinlichkeit, nicht nur eine entfernte Möglichkeit, vorhanden sein müsse. Wird festgestellt, daß ein Gewinn, der danach als wahrscheinlich zu betrachten war, in Wirklichkeit nicht gemacht worden ist, so

ist von entgangenem Gewinn keine Rede. War ein Gewinn, der später doch ohne das § 347. schadenbringende Ereignis eingetreten wäre, anfangs unwahrscheinlich, so ändert diese Unwahrscheinlichkeit nichts an der Tatsache, daß ein Gewinn entgangen ist (vgl. RG. in Seuffl. 63, 262). Der Paragraph bezweckt somit eine Erleichterung der Beweislast des Erfahrberechtigten.

Da nicht nur der Gewinn zu ersetzen ist, der nach den besonderen Umständen des **Ann. 20.** Falles, insbesondere nach den getroffenen Anstalten, zu erwarten war, sondern auch der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten ist, so ist, um darzutun, daß man aus dem Nichtverkauf von Waren Schaden erlitten hat, nicht etwa nachzuweisen, daß man bereits ein Geschäft abgeschlossen hatte. Vielmehr ist bei einem Kaufmann davon auszugehen, daß er die innerhalb seines Handelsbetriebes bestehende Gelegenheit zu vorteilhaften Geschäften nicht unbenutzt lassen wird. Daher braucht er nur die Verkäuflichkeit der Ware darzutun (Genaueres s. Erf. zu § 374 Ann. 60 ff.).

Fordert man jedoch den entgangenen Gewinn lediglich, weil er auf Grund des gewöhn- **Ann. 21.** lichen Laufes der Dinge ohne bereits getroffene Veranstaltungen und Vorkehrungen zu erwarten war, so ist eben nur auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge Rücksicht zu nehmen. Daß durch irgendwelche Spekulationen, die aber nicht begonnen waren, möglicherweise ein höherer Gewinn sich ergeben konnte, kommt hierbei nicht in Betracht, z. B. Kurssteigerung eines Spekulationspapiers (RG. in „Recht“ 04, 600), wenn nicht die Parteien anderes bestimmt haben (Erf. zu § 374 Ann. 62).

Anderz, wenn der Gewinn gefordert wird, der auf Grund bereits getroffener Ver- **Ann. 22.** anstaltungen und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit hätte erzielt werden können. Hier kann auch ein Gewinn in Ansatz gebracht werden, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht, oder nur infolge der besonderen Veranstaltungen zu erwarten war.

Auf keinen Fall kann der Erfaß unredlichen Gewinnes (ZB. 06, 544⁸) oder Erfaß eines unehrbaren Gewinnes verlangt werden.

c) Der Grad des Verschuldens kommt bei Bemessung der Höhe des Schadens nicht in **Ann. 23.** Anschlag. Die im preuß. ALR. aufgestellte Abstufung des Schadens nach der Größe der Verschuldung ist (Mot. II 17/18) ausdrücklich abgelehnt. Daß § 287 ZPD. vom Gesetzgeber übersehen sei und der Grad des Verschuldens auf diesem Weg zur Beachtung komme, kann daher Dernburg (II 1 § 28) nicht zugegeben werden.

d) Ob und welcher Schaden entstanden ist, schätzt das Gericht nach freiem **Ann. 24.** Ermessen (§ 287 ZPD.); also nicht nur für die Höhe des Schadens, sondern auch für den ursächlichen Zusammenhang gilt dieses Ermessen (RG. 19, 432; ZB. 03, 30; vgl. unten Ann. 27). Und es gilt § 287 ZPD. für jeden in Geld zu leistenden Schadensersatzanspruch, mag er auf einem Vertrag, einer unerlaubten Handlung oder einem sonstigen Rechtsgrund beruhen. § 287 ZPD. gilt aber nicht für einen Erfüllungsanspruch (RG. 8, 224; ZB. 99, 486¹³). Dieses freie Ermessen greift über die freie Überzeugung des Gerichts, ob es eine Behauptung für wahr halten will (§ 286 ZPD.), hinaus. Der Richter muß zwar die erhobenen Beweise würdigen, aber er braucht seine Schadensabschätzung nicht im einzelnen zu begründen (RG. in LZ. 1911, 548³¹). Er kann seine Überzeugung auch auf ihm sonst bekannte Umstände stützen, ohne daß die Parteien darüber befragt sein müßten (RG. 68, 165; 10, 405; ZB. 09, 141²³; 00, 839²). Sind alle tatsächlichen Umstände durch Fragen aufgeklärt, so kann das Gericht sogar von allen weiteren Beweisen absehen und in Ergänzung der vorhandenen Beweise frei schätzen (RG. 68, 35; 40, 422; ZB. 08, 278¹⁷; 99, 32¹⁵). Es müssen dann aber auch alle Umstände beachtet sein, und es muß die Schätzung zu einem sachgemäßen Ergebnis führen, das überflüssige Beweise abschneidet (ZB. 09, 194¹³; 07, 310¹¹). Die Regeln über die Beweislast sind naturgemäß für § 287 ZPD. nicht ausschlaggebend (RG. 21, 90; LZ. 1910, 217²⁷). Die Partei muß zwar ihren Schadensersatzanspruch tatsächlich begründen; allein es dürfen hier keine zu großen Anforderungen gestellt werden, da dem Beschädigten, z. B. bei Verletzung des Alleinverkaufsrechts und geheim zu haltender Verträge, oft die Möglichkeit, die Schadenshöhe genauer zu begründen, fehlt (RG.

§ 347. 45, 357; 40, 422; 21, 205). Mit der Fragepflicht des Richters ist es daher strenge zu nehmen (RG. 62, 385), so daß eine Abweisung wegen ungenügender tatsächlicher Begründung nur erfolgen darf, wenn gar nicht abzusehen ist, wie so ein Schaden entstanden sein könnte, und wenn die Partei selbst sich außerstande erklärt, weiteres zu behaupten (vgl. JW. 04, 574⁶; 98, 69⁸).

Wegen mangelnder tatsächlicher Begründung darf danach ein Schadenersatzanspruch nicht abgewiesen werden, wenn nicht das Fragerecht vergeblich ausgeübt ist oder sich dessen Ausübung als zwecklos erweist (RG. 77, 206; 63, 288; 62, 385). Der Klageantrag braucht nicht auf einen ziffermäßigen Betrag gerichtet zu sein; es genügt, wenn sich der Anspruch durch richterliches Ermessen oder durch Sachverständige bestimmen läßt (JW. 1912, 78²¹); vgl. hierüber oben Anm. 15.

Anm. 25.

Ausgleichung von Vorteil und Schaden — *compensatio lucrum cum damno*. — (Lit.: Decker, Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruch, 07; Stinzing, Findet Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch statt?, 05.) Die Vorteilsausgleichung rechtfertigt sich durch den Grundsatz, daß eine Beschädigung nicht zu einer Bereicherung, sondern nur zur Wiederherstellung des früheren Zustandes führen darf (§§ 249, 251 BGB.). Danach muß, da der Schadenersatz regelmäßig in Geldleistung besteht, auf die Erfasssumme der Vorteile angerechnet werden, der dem Beschädigten durch daselbe Ereignis erwachsen ist. Entstehen dem Beschädigten aus demselben Ereignis Vorteile und Nachteile, so ist nur der Überschuß an Nachteil der zu ersetzende Schaden, und es muß die Minderung des Schadens durch einen Vorteil als Einrede geltend gemacht und vom Schädiger bewiesen werden (RG. 65, 60; 44, 144; JW. 07, 841²¹; 09, 455⁸). Zum Zweck dieser Ausgleichung findet keine Aufrechnung sondern eine Abrechnung statt, weil schon die Erfasspflicht mit dieser Beschränkung besteht (RG. 10, 51; 54, 140; 65, 60). Deshalb kann man nicht von einem Zurückbehaltungsrecht reden. Am klarsten zeigt sich diese Natur der gegenseitigen Abrechnung, wenn es infolge Nichtigkeit eines Vertrags auf Wertersatz ankommt und nun die nachteiligen Folgen auszugleichen sind (Erf. zu § 346 Anm. 7 a. E.; Erf. vor § 369 Anm. 4). Ob Vorteil und Schaden auf dasselbe Ereignis (oder wohl richtiger: auf denselben Umstand) als Ursache zurückzuführen ist, läßt sich nur nach Lage des einzelnen Falles, also konkret, beurteilen (Mot. II 18 u. 608; Seuffl. 43, 38). Deshalb sind auch alle Versuche, allgemeingültige Grundsätze über den Begriff „derselben Ereignisses“ aufzustellen, vergeblich, und kommt man auch mit dem von Kuhnbeck bei Staudinger Vorbem. 7 vor § 249 empfohlenen Gesichtspunkt des adäquaten Kaufalzusammenhangs (unten Anm. 27) nicht weiter. Im allgemeinen läßt sich nur sagen, daß der Begriff der Identität zweier Ereignisse oder Umstände nicht zu eng aufgefaßt werden darf, daß der Zusammenhang der Ereignisse oder Umstände kein bloß tatsächlicher sein soll, und daß Schaden und Vorteil nicht durch eine selbständige Entstehungsursache mitbedingt sein dürfen (RG. 65, 60; 40, 176; 10, 51; RDStG. 22, 184 u. 388; 18, 372; JW. 1911, 644⁸; 01, 229¹⁰; LZ. 1911, 69⁸). Dieser Zusammenhang ist vorhanden, wenn dem Gläubiger infolge Schuldnerverzugs auch ein Vorteil zugegangen ist (RG. 40, 176), oder wenn der wegen grundloser Entlassung auf Ersatz klagende Handlungsgehilfe seine Arbeitskraft anderweit verwertet (RDStG. 18, 372; über den Stand dieser Frage s. § 70 Anm. 12 u. 20), oder, wenn der Käufer den Kaufgegenstand in der Zwangsvollstreckung gegen den Verkäufer, der das Eigentum auf den Käufer noch nicht übertragen hatte, um einen geringeren Betrag erwirbt, als der Vertragspreis war (JW. 09, 46⁵). Ebenso sind die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung gegeben, wenn der Verkäufer beim anderweiten Verkauf (Erf. zu § 374 Anm. 32) oder der Käufer beim Deckungskauf (Erf. zu § 374 Anm. 73) Gewinn erzielt. Dagegen handelt es sich um ein anderes Ereignis, wenn der Wirt, der vom Brauer wegen Nichtbezugs auf Schadenersatz belangt ist, dem Brauer von dessen Gewinn die Vertragsstrafe abziehen will, die der Brauer im Falle der Lieferung als vertragsbrüchiges Kartellmitglied an das Kartell der Brauer auf dessen Verlangen entrichten muß (RG. in LZ. 09, 70⁴), oder

wenn der durch Unterschieben mangelhafter Ware anstatt der ausgefuchten betrogene § 347. Käufer infolge gutgläubigen Weiterverkaufs Gewinn macht. Ist der Beschädigte versichert, so kann daraus unter Umständen dem Schädiger ein Einwand erwachsen, wenn der Beschädigte volle Befriedigung erlangt hat (hierüber §§ 55, 58—60, 67 BGB.).

Was die prozessuale Behandlung anbelangt, so muß über den Einwand der Vorteilsausgleichung entschieden werden, wenn zugunsten des Klägers über den Grund seines Anspruchs vorab entschieden werden will (§ 340 ZPO.), weil feststehen muß, ob er nach Abrechnung seines Vorteils noch einen Schaden hat. Es muß dann aber auch in der Vorabentscheidung ausgesprochen werden, daß der Vorteil auf den Schaden anzurechnen ist; alsdann kann die Höhe des anzurechnenden Vorteils dem Verfahren über den Betrag vorbehalten bleiben.

- e) Die Voraussehbarkeit des Schadens ist gleichgültig (RG. 51, 32; 42, 293); auch der Schaden ist zu ersetzen, dessen Entstehung der Ersatzpflichtige nicht hat voraussehen können. Nur wenn der Ersatzberechtigte es unterlassen hatte, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte, noch kennen mußte, liegt ein die Schadensersatzpflicht beeinflussendes mitwirkendes Versehen des Ersatzberechtigten vor (oben Anm. 12 u. 14). Dazu gehört aber, daß der Ersatzberechtigte selbst diese Gefahr kannte oder kennen mußte (RG. 46, 207). Ist dies nicht der Fall, so liegt mitwirkendes Versehen seinerseits nicht vor, und die Ersatzpflicht greift in ihrem vollen Umfange Platz. Hat z. B. jemand infolge der Nichterfüllung der Verbindlichkeit seines Gegners seine eigene Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten nicht erfüllt und dadurch eine Vertragsstrafe verwirkt, so haftet ihm sein vertragsbrüchiger Gegner, selbst wenn er von dieser Strafverpflichtung nichts wußte (RG. 19, 25). Ist aber die Vertragsstrafe ungewöhnlich hoch, so ist es Pflicht des Ersatzberechtigten, seinen Schuldner auf diese Gefahr aufmerksam zu machen. Tut er dies nicht, so kann der Richter den Anspruch auf Ersatz der Strafe überhaupt oder zum Teil absprechen (oben Anm. 14).

Der Grundsatz, daß man auch für den nicht voraussehbaren Schaden haftet, darf jedoch nicht ins Ungemessene ausgedehnt werden. Man haftet nicht etwa für die allerentferntesten Folgen, wenn der Schädiger bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sich die Schadensfolge nur als eine entfernte Möglichkeit vorzustellen hatte, die sich aller Wahrscheinlichkeit nach nicht verwirklichen werde (RG. 57, 241; 56, 78; 58, 216; JW. 06, 780¹⁸). Denn alsdann lag der Erfolg nicht mehr in der Richtung des Verschuldens, wie sich RG. 42, 294 und das OLG. Hamburg HansGZ. 05 Spdtl. Nr. 88 ausdrücken; er war nicht mehr „verursacht“ durch das Verhalten des Schuldners, sondern nur etwa „veranlaßt“, wie Dernburg II 1 § 27 IIa bemerkt.

6. **Der ursächliche Zusammenhang** ist von dem Gesichtspunkt aus zu prüfen, daß der Schaden Ann. 27. die wirkliche, wenn auch nicht notwendige Folge der Handlung sein muß, daß aber die Handlung nicht die einzige Ursache zu sein braucht (RG. 13, 66). Es genügt, wenn eine von mehreren zusammenwirkenden Ursachen eine mitwirkende Ursache für den schädigenden Erfolg darstellt (RG. 77, 314). Es darf jedoch die Verbindung keine so lose sein, daß nach der Auffassung des Lebens (oben Anm. 26) der eingetretene Schaden nicht mehr als eine Folge auch der mitwirkenden Ursache angesehen werden kann (RG. 78, 272; 63, 343; 50, 222; 44, 152; 42, 291; 28, 168; JW. 1910, 650⁶; LZ. 1911, 59⁸; dies gilt auch für rein zufällige Folgen des schädigenden Ereignisses, die allerdings erst durch das ursprüngliche Ereignis ermöglicht wurden, mit ihm aber nur in sehr entferntem mittelbarem Zusammenhang stehen (JW. 05, 690¹²; 08, 526¹¹; 09, 136¹⁰; vgl. RG. 69, 57; 66, 109). Vermutungen über den ursächlichen Zusammenhang zwischen einer Handlung oder Unterlassung und dem Schaden kennt das BGB. nicht, auch nicht das BGG. Es kommt eben im letzten Ende immer darauf an, welche Ursache nach den Erfahrungen des Lebens bei normalem Verlauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit den Erfolg herbeiführen mußte (sog. adäquate Verursachung; RG. 50, 222; 42, 291; 28, 168; JW. 1911, 579¹⁷; Auskunft). Wenn man danach auch im allgemeinen sagen kann, daß ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit des ursäch-

§ 347. lichen Zusammenhangs in dem soeben erörterten Sinne genügt (RG. 15, 339; 29, 140; ZW. 08, 196¹⁰; 03, 384⁹; 95, 543³⁰), so darf dabei die rechtliche Natur des einzelnen Falles und, wie solche in anderen Fällen beurteilt wurde, nicht außer Betracht bleiben. Steht danach der Zusammenhang fest, so liegt nur eine einzige Ursache vor, die man als nächste, wirkliche oder eigentliche Ursache zu bezeichnen pflegt, der gegenüber die anderen mitwirkenden Umstände als Gelegenheitsursachen erscheinen; sind diese Umstände aber mitwirkende Ursachen, so kommen die Regeln über mitwirkendes Verschulden zur Anwendung (oben Anm. 12 ff.; ZW. 08, 299⁵). — Unterbrochen wird der ursächliche Zusammenhang, wenn Umstände, die notwendigerweise außer aller Berechnung zu bleiben hatten, eintreten mußten, um den nicht gewollten Erfolg herbeizuführen; alsdann ist der Schaden ein zufälliger, von niemandem verschuldeter (RG. 42, 293). Weist aber nichts auf das Vorhandensein solcher ungewöhnlicher Umstände hin, so kommt es lediglich auf den engen Zusammenhang an, wie er zu Eingang geschildert ist. Es ändert daran nichts der Umstand, daß die letzte Ursache der Beschädigung in einer Handlung des Beschädigten bestand, wenn diese einer sittlichen Pflicht entsprang (ZW. 05, 170⁹) oder durch die Schuld des Beschädigers veranlaßt war (RG. 29, 120). — Alle diese Grundsätze gelten auch beim Mitverschulden (oben Anm. 12 ff.) hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhangs.

Anm. 27a. Die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 287 ZPO. (nicht etwa § 286 ZPO.) beherrscht dieses ganze Gebiet des ursächlichen Zusammenhangs, und zwar auch hinsichtlich des Zeitpunkts der Schadensentstehung (RG. 46, 407; 31, 88; ZW. 06, 471³¹; oben Anm. 24). Fällt die Frage nach der Entstehung eines Schadens mit derjenigen nach dem Betrage zusammen, so kann über beide Fragen ein Schätzungsseid entscheiden (ZW. 95, 293⁸). Und es ist darauf aufmerksam zu machen, daß ein mathematisch genauer Beweis für die Verursachung nach dem oben Ausgeführten nicht verlangt werden kann (RG. 22, 173; 19, 432; ZW. 04, 407¹⁵). Ergänzend greift der Grundsatz ein, daß in Vertragsverhältnissen sich die Beweislast umkehrt, wenn dem Beweispflichtigen durch schuldhaftes Verhalten des Gegners die Beweisführung unmöglich gemacht wurde. Dieselbe Umkehrung der Beweislast tritt außerhalb von Vertragsverhältnissen ein, wenn dem Beweispflichtigen der Beweis durch ein wider Treu und Glauben verstößendes Verhalten vereitelt wurde (RG. 76, 297; 60, 152).

Anm. 28. 7. Die Haftung für Sorgfaltverletzung kann durch Vertrag ausgeschlossen werden und zwar auch für grobe Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 2 BGB.). Selbst hinsichtlich unerlaubter Handlung nach § 823 BGB. und einer Haftung aus § 831 BGB. und § 833 BGB. kann die Verantwortlichkeit wegbedungen werden, soweit nicht Sondervorschriften, z. B. §§ 618, 619 BGB., § 471 HGB., entgegenstehen (RG. 67, 431; 65, 19 u. 317; ZW. 07, 287⁵⁰; 1911, 28⁵ u. 714⁴⁴; Komm. v. RGK. Vorbem. 4b vor § 823). Auch für vorsätzliches Handeln gesetzlicher Vertreter, z. B. bei juristischen Personen (a. M. Dernburg II 1 § 65 II) und der Erfüllungsgehilfen (oben Anm. 13), kann die Haftung durch Vertrag ausgeschlossen werden. Der Satz 2 des § 278 BGB. ergibt dies deutlich. Die Haftung für eigenen Vorfall kann nicht im voraus wegbedungen werden (§ 276 Abs. 2 BGB.; RG. 20, 190); daher ist ein im voraus ausgesprochener Verzicht auf die Einrede der Arglist, z. B. die Vereinbarung, daß gemachte Zusicherungen ohne Einfluß auf den Vertragschluß sein sollen, unwirksam. Eine Schranke ist allen diesen Befreiungsklauseln dahin gezogen, daß sie nicht gegen die guten Sitten verstößen dürfen (Erf. zu § 346 Anm. 1 ff.).

§ 348.

§ 348. Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.

Der vorliegende Paragraph gibt eine verschärfende Bestimmung über die Vertragsstrafe (Konventionalstrafe), die den § 343 BGB. für den Handelsverkehr einschränkt. Vor Ausbedingung zu hoher Strafe und zu scharfer Verfallklauseln ist zu warnen. Zu harte Bestimmungen wecken das Bestreben, die ganze Strafbestimmung zu Fall zu bringen, weil eine Zurückführung auf das richtige Maß dem Richter unterzogen ist. Insbesondere sind die Kartelle zu warnen, sich zum Richter in eigener Sache zu machen (Erf. zu § 346 Anm. 48 u. 49).

1. Die Grundzüge über die Vertragsstrafe sind im BGB. in den §§ 339—349 abgehandelt. Anm. 1.
Nur den § 343 BGB. ändert unser § 348 HGB. ab.

2. Der Begriff und der rechtliche Charakter der Vertragsstrafe. Eine Vertragsstrafe (Konventionalstrafe) liegt vor, wenn der Schuldner (nicht etwa ein Dritter für den Schuldner) dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine Geldsumme oder eine andere Leistung, z. B. Erlaß, Aufrechnung, Abzug am Preis für Verspätung der Lieferung (RG. 68, 42; JW. 81, 172) oder Erhöhung des Preises als Folge einer Vertragsverletzung als Strafe verspricht (LJ. 1911, 545¹⁴; §§ 339, 342 BGB.; vgl. unten Anm. 39 u. § 218 Anm. 6 sowie das Folgende und unten Anm. 6).

Es muß eine von der Hauptleistung verschiedene Leistung sein. Nicht jeder Nachteil, der an die Nichterfüllung einer Verpflichtung geknüpft ist, ist eine Vertragsstrafe. Besonders ist es keine Vertragsstrafe, wenn sich bei vertragswidrigem Handeln der Hauptanspruch selbst umgestaltet oder ändert. Daher ist eine Rechtsverwirkung (vgl. kassatorische Klausel; § 346 Anm. 19) keine Vertragsstrafe (§ 360 BGB.), ebenso nicht das Recht der sofortigen Kündigung wegen Verfehlungen des Mieters, des Gesellschafters, der Dienstverpflichteten, auch nicht das Recht der Versicherungsgesellschaft, die Versicherung aufzuheben wegen Vertragsverletzung des Versicherten (§§ 17, 20, 24, 27, 70 VVG.), und nicht immer die Erhöhung des Kaufpreises oder des Zinsfußes bei Säumnis des Schuldners (vgl. unten Anm. 39 u. § 426 Anm. 16 wegen der Frachtzuschläge für falsche Deklaration; Dernburg II 1 § 100 II 3).

a) Die Vertragsstrafe setzt hiernach einen Schuldner und einen Gläubiger, somit eine bestehende Verbindlichkeit, voraus; sie hat also akzessorischen Charakter (damit ist nicht gesagt, daß es nicht auch selbständige Strafverträge geben könne; vgl. LZGR. 17, 44; vgl. RG. 73, 18). Besteht die Hauptverbindlichkeit nicht, oder fällt sie weg, so besteht auch kein Anspruch auf die vereinbarte Vertragsstrafe. Ausdrücklich hervorgehoben ist dies für den Fall, daß das Gesetz die Hauptleistung für unwirksam erklärt (§ 344 BGB.). Die Vertragsstrafe ist hiernach unwirksam, wenn die Hauptverbindlichkeit unwirksam ist, z. B. wegen Formmangels (§ 350 Anm. 81), wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz (z. B. wegen der Beschränkung des Kündigungsrechts des § 723 Abs. 3 BGB.; RG. 75, 238; 61, 328; JW. 05, 688¹⁰; vgl. RG. 78, 301) oder zur Sicherung dinglicher Veräußerungsbeschränkung (RG. 73, 17; § 137 BGB.: preuß. Ansiedelungsgesetz) oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB., z. B. ein Konkurrenzverbot unter Anwälten, Ärzten und approbierten Zahnärzten, RG. 66, 143 u. 139; 68, 188; JW. 09, 215³; 08, 325⁵), wegen Erlöschens der Hauptschuld (RG. 33, 221). Nicht unfittlich ist die Vereinbarung einer Strafe, falls an einen Käufer polnischer Nationalität verkauft werde (RG. 55, 78), oder falls der polnische Käufer eines Gutes an einen Nichtpolen weiterverkauft (RG. 77, 419). Die Hauptverbindlichkeit ist hinfällig wegen Unmöglichkeit der Leistung (§ 306 BGB.), wegen Anfechtung (§ 142 BGB.), wegen Rücktritts (z. B. § 326 BGB.), als Spielschuld (§§ 762 ff. BGB.), als Eheversprechen (§ 1297 BGB.).

Konkurrenzkláuseln selbständiger Kaufleute (im Gegensatz zu Handlungsgesellschaften und Lehrlingen — §§ 74, 76 Abs. 1 Erf. zu § 62 — und Angestellten Gewerbetreibender; §§ 133 f. GewD.) sind unfittlich und daher nichtig, wenn sie die Erwerbstätigkeit in unzulässiger Weise beschränken (vgl. § 22 Anm. 33 ff.). Dafür, ob die Beschränkung unzulässig ist, ist nicht entscheidend, ob der Berechtigte auf eine allzu weite Ausdehnung verzichtet, sondern, ob das Wettbewerbsverbot nach seinem Umfange in seiner Gesamtheit

§ 348. zur Zeit des Vertragsschlusses gegen die guten Sitten verstieß. Spätere Ereignisse und Umstände sind nur so weit mit zu berücksichtigen, als sie entweder zur Zeit des Vertragsschlusses voraussehbar waren, oder als mit ihnen als Erfahrungstatsachen damals von den Parteien gerechnet worden ist (RG. in LZ. 1910, 546⁹; 09, 151³; Erl. zu § 346 Anm. 2); z. B. daß der Verpflichtete infolge Vermögensverlusts seinen Unterhalt nur noch in untergeordneter Stellung finden oder nach Bildung und Lebensalter nur noch in einem Konkurrenzgeschäft unterkommen kann. Die Sittenwidrigkeit darf also nicht aus Umständen hergeleitet werden, die die Vertragsschließenden weder kannten noch kennen mußten. Ein Fabrikant, der sein Geschäft verkauft und in diesem eine Anstellung erhalten hat, wird nach seiner Entlassung danach die Unsittlichkeit des Wettbewerbsverbots nicht daraus herleiten können, daß ihm nichts übrig bleibe, als ein Konkurrenzgeschäft anzufangen. Es gibt hier auch keine nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung. Die Verträglichkeit eines Wettbewerbsverbots mit den guten Sitten ist zunächst auf seine Beschränkung nach Ort, Zeit und Gegenstand zu prüfen, weil im Falle dieser dreifachen Beschränkung regelmäßig dem Verpflichteten eine angemessene Bewegungsfreiheit gesichert sein wird (RG. 53, 154; JW. 06, 477⁴¹). Allein der einzige Gesichtspunkt ist dies nicht; denn hat der Verpflichtete z. B. keine Möglichkeit der Betätigung in den freigelassenen Betrieben, so geht die Einschränkung zu weit. Es kommt immer auf die individuellen Verhältnisse des einzelnen Falles, auf die berechtigten Interessen des Berechtigten und auf das Maß, die Art, die Dauer der Bindung des Verpflichteten und auf die Höhe der Strafe (unten Anm. 25) mit Rücksicht auf seine Arbeitskraft, seine Fähigkeiten, seine Ausbildung, sein Alter an. Die Rechte aus Konkurrenzklauseln gehen mit Veräußerung des Geschäfts auf den neuen Erwerber über (§ 74 Anm. 16).

Anm. 5. b) Natürlich kann auch die Vereinbarung der Vertragsstrafe aus selbständigen Gründen nichtig sein, z. B. weil sie gegen die guten Sitten verstößt (§ 22 Anm. 33 ff.; unten Anm. 25). Dies ist etwas anderes, als wenn die Hauptverbindlichkeit nichtig ist (oben Anm. 3). Ob in diesem Falle das ganze Rechtsgeschäft oder nur die Straffestsetzung nichtig ist, hängt davon ab, ob der sich auf die Gültigkeit des Vertrags Berufende beweisen kann, daß das Geschäft auch ohne die Straffestsetzung von beiden Teilen ebenso abgeschlossen worden wäre (§ 139 BGB.; RG. 73, 18; 61, 285; 57, 165). Und hier ist es entscheidend, ob nur eine nebensächliche Leistung unter Strafe gestellt war (Goldheim 14, 235), oder ob sich die in dem Strafgebundene enthaltene Unsittlichkeit auf eine Hauptverbindlichkeit miterstreckte; letzteres trifft z. B. zu, wenn ein Konkurrenzverbot durch Strafe gesichert und das Strafverbot unsittlich ist (vgl. RG. 74, 334). Eine andere Beurteilung greift Platz, wenn ein Sondergesetz nur die Strafklausel für nichtig erklärt, wie im Falle des § 65 Abs. 3 GenG. (RG. 71, 392); vgl. auch § 4 Abs. 2 AbzG. (RG. 64, 92).

Anm. 6. c) Der Zweck der Vertragsstrafe ist nach dem BGB. ein doppelter: einerseits soll sie den Schuldner durch den drohenden Nachteil zur Erfüllung seiner Verpflichtung anspornen; daher sind Strafgebote für den Fall der Unrichtigkeit einer Zusicherung hinsichtlich vergangener Verhältnisse (Echtheit eines Kunstgegenstandes) nur Vereinbarungen über die Schadenshöhe, aber keine Vertragsstraffestsetzungen (RG. in SeuffA. 63, 142). Andererseits sollen sie dem Gläubiger eine Erleichterung bei Geltendmachung der ihm durch die Vertragsverletzung entstehenden nachteiligen Folgen gewähren. Welchen Zweck der Gläubiger aber bei der Festsetzung der Vertragsstrafe im gegebenen Falle im Auge gehabt hat, ist gleichgültig. Er kann die einmal bedungene Strafe beiden Zwecken dienlich machen. Da aber die Vertragsstrafe den Gläubiger im Fall der Vertragsverletzung des Nachweises des Schadenserfolges und des entgangenen Gewinns entheben soll (RG. im „Recht“ 05, 470), ist der Zweck der Vertragsstrafe doch insofern bedeutsam, als der Schuldner regelmäßig sich von Strafe nicht durch den Nachweis frei machen kann, es sei dem Gläubiger durch die Zuwiderhandlung kein Schaden erwachsen (JW. 95, 404⁷⁷; jedoch unten Anm. 8).

Anm. 7. d) Der Vertragszweck, der mit Hilfe der §§ 133, 157 BGB. nach den Verkehrsanschauungen im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln ist, läßt allein erkennen, ob über-

haupt von einer Verwirkung der Strafe die Rede sein kann. Ein Rechtsatz, nach dem Strafverträge oder Konkurrenzklauseln enge auszulegen seien, besteht nicht (unten Anm. 35; § 346 Anm. 3). Es kommt immer auf die Erforschung des wahren Willens an. Erst im Zweifel lassen sich die Fingerzeige verwerten, welche in § 74 Anm. 10 ff. gegeben sind. Bei deren Verwertung ist nicht aus dem Auge zu verlieren, daß hier das Verhältnis selbständiger Kaufleute zueinander in Betracht kommt, und daß sich daraus anderes ergeben kann (§ 22 Anm. 33 ff.). Als Vertragswille ist regelmäßig, d. h. solange die Umstände nichts anderes ergeben, anzunehmen, daß den Verkäufer eines Geschäfts das Wettbewerbsverbot nur bindet, solange der Erwerber persönlich das Geschäft fortführt (RG. 47, 238; LZ. 08, 595⁷), und darf der Veräußerer nicht auf ein Konkurrenzverbot zum Nachteil seines Geschäftsabkäufers verzichten, das er seinem Vorgänger im Geschäft auferlegt hatte (LZ. 08, 595⁷). Haben Kaufleute untereinander vereinbart, sich keine Konkurrenz zu machen, so geht diese Verpflichtung auf den Geschäftsnachfolger nicht über; sie muß ihm besonders auferlegt werden (RG. 68, 294). Es kann Parteiville sein, daß auch bei Geschäftsverlegung des geschützten Geschäfts das Konkurrenzverbot noch wirken soll (ZB. 01, 726²¹), oder daß eine beim Geschäftsverkauf bereits betätigte Konkurrenz überhaupt (RG. 53, 383) oder in gewisser Beschränkung (ZB. 06, 34⁴⁴) geduldet werden muß. Die Regel ist es jedoch, daß das Konkurrenzverbot allgemein gemeint ist, so daß eine Verletzung vorliegt, gleichviel ob der Verpflichtete aus eigenem Interesse, gegen Entgelt oder aus Gefälligkeit für einen anderen, sei es persönlich, sei es durch eine vorgeschobene Person Konkurrenz macht. Hierüber und über das verschärfte Verbot jeder Beteiligung sowie über Umgehungen s. § 22 Anm. 35 u. § 74 Anm. 12 ff. u. LZ. 1911, 783².

- e) Im Hinblick auf den Vertragszweck fällt die Vertragsstrafe ganz weg, wenn der Eintritt des Ereignisses, das die Strafe fällig macht, durch Umstände veranlaßt ist, die nach dem Wesen der Strafe oder nach dem vermutlichen Parteivillen außerhalb der Verantwortlichkeit des Schuldners lagen (RG. 26, 95; RG. im „Recht“ 07, 55¹⁸), oder wenn der Gläubiger z. B. wegen dauernder Geschäftsaufgabe (§ 74 Anm. 8) oder wegen Fehlens eines Schadens (ZB. 06, 58¹⁰; SeuffA. 61, 185) kein Interesse mehr hat, oder wenn der Vertrag in der Hauptsache erfüllt ist und nur noch ein geringfügiger Rückstand blieb, der Gläubiger also nur noch ein unbedeutendes Interesse hatte (ZB. 04, 139⁴; Kolmar LZ. 09, 82³); derselbe Grundsatz muß nach dem Geist des BGB. bei einer unbedeutenden Verspätung und überhaupt bei einer vereinzelt, nach Art und Umfang unerheblichen Vertragsverletzung dann gelten, wenn die Verletzung wegen der Unerheblichkeit ihrer Folgen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Höhe der Strafe nach dem Parteivillen als nicht unter die Strafbestimmung fallend zu erachten ist (RG. 40, 97; ZB. 09, 387¹; 07, 20²³; 06, 34⁴⁴; 736⁴; LZ. 08, 226¹⁹), oder wenn der Gläubiger auf pünktliche Erfüllung keinen Wert legte. Dabei ist aber zu beachten, daß eine an sich unerhebliche, scheinbar kleine Zuwiderhandlung durch Wiederholung oder durch ihre Ausdehnung zu einer erheblichen werden kann. Auch so kann die Sache liegen, daß im Hinblick auf den Vertragszweck nur eine absichtliche Vertragsverletzung die Strafe verfallen läßt, z. B. absichtliches Verschweigen oder absichtliche Beseitigung von Waren bei Verkauf eines Warenlagers nach Inventar mit garantierter Stückzahl.

3. **Voraussetzung der Strafverwirkung.** a) Besteht die geschuldete Leistung in einer Unterlassung, so ist die Strafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt (§ 339 BGB.). Die Vorschrift ist klar. Gegenüber dieser ausdrücklichen Vorschrift ist es nicht zulässig, mit Ausfluß (§ 339 Ziff. 4) zu verlangen, daß die Zuwiderhandlung eine schuldhafte oder gar eine bewußte sein müsse (RG. 55, 79; ZB. 1911, 38¹⁸). Aus der außerordentlichen Höhe der Strafe kann aber auf den Parteivillen geschlossen werden, daß die Strafe nur bei schuldhaftem oder bewußt rechtswidrigem Verhalten verwirkt sein soll (WarneherMpr. 1911 Nr. 425). Jeder einzelne Fall der Zuwiderhandlung macht die Strafe fällig. Sind aber mehrere Zuwiderhandlungen durch die Einheit des Vorfalls zu einer einheitlichen Zuwiderhandlung verbunden, z. B. wenn ein Kartellmitglied entgegen dem Kartellvertrag auf Grund

Anm. 8.

Anm. 9.

§ 348.

§ 348. einer einzigen, mit mehreren seiner Kunden gleichzeitig getroffenen Vereinbarung liefert, so finden die strafrechtlichen Grundsätze über die fortgesetzte Straftat entsprechende Anwendung; es liegt nur eine einzige Zuwiderhandlung vor; die Strafe verfällt nur einmal (vgl. RG. in LZ. 1911, 785). Ein Rücktritt von der Zuwiderhandlung vor Eintritt des Schadens ändert an der Verwirkung der Strafe nichts (ZW. 93, 507⁹⁰). Die Zuwiderhandlung muß vor der Klage erfolgt sein; spätere Zuwiderhandlung erfordert neue Klage (ZW. 01, 750⁴). Die Strafe verfällt nicht, wenn der Gläubiger selbst die Zuwiderhandlung verschuldet hat (Bolze 4 Nr. 589; Dernburg II 1 § 103 I 2); wenn z. B. der Wirt, weil die Brauerei überhaupt nicht oder nicht schnell genug lieferte, unter Verletzung seiner Bezugspflicht anderweit bezieht, verfällt die Strafe nicht, solange die Zwangslage dauert; oder wenn der Gläubiger durch sein rechtswidriges Verhalten die Auflösung der Gesellschaft verschuldet hat und nun ein Gesellschafter nach freiem Austritt einem Wettbewerbsverbot zuwiderhandelt, das ihm bei Eintritt in die Gesellschaft auferlegt war (RG. bei Goldheim 20, 185). Ähnliche Beurteilung tritt ein, wenn der Berechtigte Zuwiderhandlungen fortgesetzt duldet, ohne Widerspruch zu erheben, während ihm nach Treu und Glauben ein solcher Widerspruch zuzumuten ist; hier stößt der Berechtigte auf die Einrede der Arglist. Der Schuldner steht für Zuwiderhandlungen seiner Angestellten ein, sollte er diesen auch Zuwiderhandlungen besonders verboten haben (RG. 63, 116).

Ann. 10. b) Bei Verpflichtungen positiver Art wird die Strafe verwirkt, wenn der Schuldner in Verzug gerät (§ 339 BGB.); also wenn die Leistung trotz erfolgter Mahnung (Erf. zu § 374 Ann. 15) oder trotz Ablaufs eines für die Leistung bestimmten Kalendertags (Erf. zu § 374 Ann. 17) auf Grund eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner zu vertreten hat (§§ 284, 285 BGB.). Die Strafe verfällt also nicht, wenn der Schuldner die Leistung zurückbehalten durfte (§§ 320, 273 BGB.; Erf. vor § 369 Ann. 11), auf deren Nichterfüllung die Strafe stand, oder wenn der Zeitpunkt, zu welchem der Schuldner leisten sollte, durch Schuld des Gläubigers verstrichen ist; eine spätere Fögerung macht die Strafe nicht fällig (SeuffA. 46, 394). Die Strafe wird auch nicht verwirkt, wenn der Verpflichtete wegen positiver Vertragsverletzung des Gegners, z. B. wegen fortgesetzt schlechter Lieferung, ein Rücktrittsrecht hatte und nun anderweitig bezog; denn der Anspruch auf Strafe ist ein Schadensanspruch, der Verschulden voraussetzt; im Verschulden befindet sich die Brauerei, die fortgesetzt schlecht liefert; sie muß ihr Verschulden beseitigen, indem sie vertragsmäßiges Bier anbietet; erst damit legt sie den Wirt in Verzug. Weil Verschulden Voraussetzung ist, wird die Vertragsstrafe auch nicht verwirkt, wenn ein Wirt infolge unvorhergesehener Umstände oder dauernden Geschäftsrückganges, wenn er diese Lage nicht absichtlich oder nachlässigerweise hervorgerufen hat, die in Betracht kommende Biermenge nicht mehr beziehen kann; hier kommen die Grundsätze über veränderte Umstände dem Wirt zugute (vgl. RG. bei Goldheim 16, 300; vgl. RG. in „Recht“ 07, 55 Nr. 18; vgl. Erf. zu § 346 Ann. 16). Bloße Geschäftsaufgabe (ohne zwingende Gründe) läßt die Strafe aber regelmäßig verfallen.

Ann. 11. Der § 339 BGB. trägt aber den zahlreichen Fällen nicht Rechnung, in denen die positive Leistung nicht kalendermäßig festgesetzt ist, und in denen doch für eine Mahnung kein Raum ist, in denen infolgedessen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen angenommen werden muß, daß die bloße schuldhaftige Pflichtverletzung, ohne besondere Mahnung, die Schadenserfahspflicht begründet (§ 347 Ann. 11). So z. B., wenn in einem Vertrage festgesetzt ist, für jeden Fall, in dem der Milchlieferant unreine Milch liefert, habe er eine Vertragsstrafe von 100 M. zu zahlen; ob die Milch rein ist oder nicht, kann in solchem Falle erst durch chemische Untersuchung festgestellt werden; ist sie unrein, so wird sie zurückgewiesen; für eine Mahnung ist gar kein Raum. Oder: der Gesellschafter einer o. H.G. macht eine Geschäftsreise und vereinbart mit seinen Gesellschaftern, er wolle bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 100 M. für jeden Fall täglich Bericht geben; auch hier ist die Vertragsstrafe bei jedesmaligem schuldhaftem Unterlassen täglichen Berichtes verwirkt. Oder:

der bierbezugspflichtige Wirt bezieht das Bier von einer anderen Brauerei (oben Anm. 10). § 348. Oder: es ist für jeden Tag verzögerter Lieferung eine Strafe festgesetzt (vgl. ZB. 04, 139⁴). Oder: es ist vereinbart, daß die Leistung nach Ablauf einer gewissen Zeit keine Erfüllung mehr sein soll.

Hierher gehört auch der Fall, wenn der Verpflichtete vor Eintritt der Fälligkeit die bestimmte Erklärung abgibt, nicht erfüllen zu wollen; er setzt sich damit selbst in Verzug und enthebt den Gläubiger der Mahnung und Fristsetzung nach § 326 BGB. Die Vertragsstrafe wird ohne weiteres fällig (ZB. 02, 28²³ u. Beil. 252¹⁶¹; Erf. zu § 374 Anm. 86; vgl. RG. 54, 98; 57, 112). Dasselbe gilt für die den Vertragszweck gefährdenden sog. positiven Vertragsverletzung. Die im Sinne einer Loslösung vom ganzen Vertrag erfolgte Weigerung der Erfüllung, der die Erklärung, der Vertrag werde annulliert oder nicht anerkannt, gleichsteht, ist ein besonderer Fall der positiven Vertragsverletzungen (hierüber Erf. zu § 374 Anm. 176 u. 181).

Frrige Vertragsauslegung und Unkenntnis der Schuld entschuldigt regelmäßig nicht (§ 366 Anm. 24 u. Erf. zu § 374 Anm. 13).

Die Beweislast hinsichtlich der Voraussetzungen der Vertragsstrafe: Handelt es sich um eine Vertragsstrafe für Verletzung einer Unterlassungspflicht, so muß der Gläubiger das Bestehen der Hauptverpflichtung und der Strafverpflichtung und außerdem die Zuwiderhandlung vor Klagerhebung beweisen (§ 345 BGB.; ZB. 01, 750⁴). Handelt es sich um eine Vertragsstrafe wegen Verzuges, so hat der Gläubiger die Hauptverpflichtung und die Strafverpflichtung, sowie daß der Schuldner gemahnt oder, daß die Hauptverpflichtung kalendermäßig festgesetzt ist, oder, daß ein Fall der Anm. 10 oder 11 vorliegt, zu beweisen. Der Schuldner hat demgegenüber entweder zu beweisen, daß er erfüllt hat (§ 345 BGB.), oder daß die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB.; RG. 20, 33; Hamburg DLGR. 16, 373). Handelt es sich endlich um eine Vertragsstrafe wegen sonstiger schuldhafter Vertragsverletzung (oben Anm. 11), so hat der Gläubiger nur die Hauptverpflichtung und die Strafverpflichtung zu beweisen; alsdann hat der Schuldner entweder zu beweisen, daß er erfüllt hat (§ 345 BGB.), oder daß die Leistung infolge eines Umstandes unterblieben ist, den er nicht zu vertreten hat (entspr. Anwendung des § 285 BGB.). Handelt es sich um die Unerheblichkeit der Zuwiderhandlung (oben Anm. 8), so hat nicht der Gläubiger die Erheblichkeit, sondern der Schuldner die Unerheblichkeit zu beweisen (RG. bei Holdheim 18, 320). Hat der Gläubiger Blankoakzente des Schuldners als Sicherheit für eine etwa verfallende Strafe erhalten, so darf der Gläubiger die Akzente nach Verwirkung der Strafe ausfüllen und weitergeben; dem Schuldner fällt der Beweis zu, daß die Strafe nicht verwirkt ist (RG. 47, 188; RG. bei Holdheim 14, 235).

4. **Die Rechtsfolgen der Verwirkung der Vertragsstrafe.** Sie gestalten sich verschieden, je nachdem es sich a) um Geldstrafe für Nichterfüllung (§ 340 BGB.) oder b) um Geldstrafe für nicht gehörige Erfüllung (§ 341 BGB.) oder c) um eine Strafe handelt, die nicht Geldstrafe ist (§ 342 BGB.).

a) **Bei der Geldstrafe für Nichterfüllung** ist es der Entschließung des Gläubigers überlassen, ob er die verwirkte Strafe oder Erfüllung verlangen will (§ 340 BGB.). Der Schuldner kann den Gläubiger nicht zur Erklärung nach § 262 BGB. zwingen, weil es sich nicht um eine Wahlschuld handelt. Der Schuldner kann sich auch nicht durch Erlegung der Strafe von der Erfüllung befreien; denn die Strafe ist keine Wandelpön. Der Gläubiger darf, wenn die Parteien nichts anderes bestimmt haben, nicht beides nebeneinander verlangen (RG. 49, 191); er muß sich entweder für die Strafe oder für die Erfüllung entschließen; verlangt er, wenn auch unzulässigerweise, Strafe und Erfüllung, so hat er jedenfalls Strafe verlangt und damit den Erfüllungsanspruch verwirkt, wenn nicht besondere Umstände eine andere Auslegung erheischen. Dagegen kann der Gläubiger, selbst wenn er bereits Erfüllung begehrt hat, immer noch statt der Erfüllung die Strafe verlangen. Umgekehrt aber wird der Anspruch auf Erfüllung durch die Erklärung, daß die Strafe gefordert werde,

§ 348. ausgeschlossen (§ 340 Abs. 1 BGB.); dieser Ausschluß tritt nur bei einem berechtigten Verlangen ein; war die Strafe nicht verwirkt, so war das Verlangen auf Zahlung der Strafe ein unberechtigtes; der Gläubiger kann dann immer nach Erfüllung begehren (vgl. RG. 77, 292). Ob Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung oder Strafe wegen nicht gehöriger Erfüllung (unter Anm. 19) gemeint war, ist bei Verpflichtungen zu länger dauerndem Unterlassen, die die Möglichkeit wiederholter Zuwiderhandlung bieten, oft zweifelhaft; entscheidend ist dann, ob durch die Strafe das Interesse an der ganzen Unterlassung, also auch für alle Zukunft, oder nur das Interesse am Unterbleiben der einzelnen Zuwiderhandlung gedeckt werden soll (RG. 70, 441; LZ. 1911, 783²).

Anm. 16. Wählt der Gläubiger die Strafe, so kann er zwar nicht mehr auf die Erfüllung zurückkommen, er kann aber neben der Strafe den weiteren Schaden geltend machen, der ihm durch die Nichterfüllung erwachsen ist; denn die Strafe ist der Mindestbetrag des Schadens (§ 340 Abs. 2 BGB.). Der Gläubiger muß sich somit die Strafe auf seinen Schaden anrechnen, und braucht er einen Schaden, soweit ihm ein Anspruch auf Strafe zusteht, nicht zu beweisen (RG. 77, 292). Wenn der Gläubiger Schadenserfaß wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. zu beanspruchen hat, so handelt es sich um die bis zum Ablauf der Nachfrist verfallene Strafe (§ 340 Abs. 2 u. § 341 Abs. 2 BGB.); so geht hier Schadenserfaß wegen verspäteter Erfüllung in Schadenserfaß wegen Nichterfüllung über. Wählt der Gläubiger den Rücktritt, so hat er überhaupt keinen Schaden, also auch keinen Anspruch auf Strafe (Mot. II, 276). Der Anspruch auf Verzugszinsen wird von der Strafe, wenn sie die Zinsen übersteigt, aufgezehrt; denn der Anspruch auf Verzugszinsen ist ein Anspruch auf Schadenserfaß (§ 288 BGB.; RG. 9, 44). Der Anspruch auf Prozeßzinsen besteht dagegen neben der Strafe (§ 291 BGB., RG 9, 44).

Anm. 17. U s n a h m e i f e kann nur die Vertragsstrafe gefordert werden, wenn der Prinzipal Handlungsgehilfen oder Lehrlingen nach §§ 75, 76 gegenüber steht, oder wenn die Strafe so hoch bemessen ist, daß sie das volle Interesse an der Vertragserfüllung ersetzt. Letzterer Fall liegt häufig vor bei unter Vertragsstrafe gestellten Konkurrenzverboten zwischen selbständigen Kaufleuten und Gewerbetreibenden (RG. 40, 97; 33, 41; LZ. 1911, 543⁴; JW. 02 Beil. 250¹⁵⁶; 94, 434¹⁰; unten Anm. 33) und auch bei Gewerbegehilfen, die sich Konkurrenzverboten für die Zeit nach ihrem Austritt unterworfen haben (RG. 59, 76; LZ. 1911, 543⁴). Soll mit der Strafe aber nur das Interesse an der einzelnen Zuwiderhandlung gedeckt werden, so kommen überhaupt nicht die Grundsätze über Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung, sondern die Grundsätze über nicht gehörige Erfüllung (unter Anm. 19) zur Anwendung. Endlich ist eine Ausnahme zu machen, wenn es sich um nicht mehr rückgängig zu machende Verletzungen von Unterlassungspflichten handelt (vgl. RG. 70, 441). In allen diesen Fällen ist eine Erfüllung, von dem Anspruch auf künftige Unterlassung abgesehen, begriffsmäßig ausgeschlossen. Es bleibt nur der Anspruch auf die Strafe übrig, neben der, wenn die Strafe das volle Interesse deckt, nicht noch weiterer Schaden verlangt werden kann; § 340 Abs. 2 BGB. hat diesen Fall nicht im Auge.

Anm. 18. Ausgeschlossen wird der Anspruch auf Strafe durch Annahme der Hauptleistung. Die Annahme einer Teilleistung nimmt dem Gläubiger das Recht auf die Vertragsstrafe nicht (Pland § 340 Anm. 1; Schollmeyer § 340 Anm. 1b). Die entgegengesetzte Meinung (Enneccerus Bd. I Abt. 2 § 261 Fußnote 12), die die Mot. II 276 für sich anrufen kann, nach denen eine alternative Obligation vorliegen soll, sieht in teilweiser Nichterfüllung eine Erfüllung, die nur ungehörig sei; sie versagt deshalb nach erfolgter Teilleistung jeden Anspruch auf Strafe. Mit besserem Recht kann man teilweise Nichterfüllung als Nichterfüllung ansehen; durch Nichterfüllung wird aber die ganze Strafe verwirkt. Deshalb ist es auch nicht richtig (so Pland § 340 Anm. 1), daß der Gläubiger, der sich nach erfolgter Teilleistung für die Strafe entscheidet, das Empfangene zurückgeben müsse. Mot. II 276 meinen, es werde die Lage des Schuldners verschlechtert, wenn man dem Gläubiger noch ein ius variandi zugestehen. Diesen Gedanken wird man richtiger dahin ausdrücken, daß es nicht Parteiville sein kann, daß der Gläubiger sowohl den

ihm durch die teilweise Vertragserfüllung gewährten Vorteil als auch zugleich die für die vollständige Nichterfüllung regelmäßig in entsprechender Höhe bedingene Strafe erhalten soll. Man wird vielmehr als Parteiville anzunehmen haben, daß der Gläubiger für den ausstehenden Teil einen entsprechenden Teil der Strafe oder Erfüllung verlangen kann. Durch die Annahme einer Teilleistung begibt sich der Gläubiger nur des Teils der Strafe, die hierauf anzurechnen ist; auf die danach vorzunehmende Abschätzung ist § 287 ZPO. anzuwenden, so daß die Ermäßigung der Strafe nach der Bedeutung des Erhaltenen und des Nichterhaltenen vorzunehmen ist. Von diesem Grundsatz sind zwei Ausnahmen zu machen: ist der ausstehende Teil so geringfügig, daß die Geltendmachung der Strafe gegen Treu und Glauben verstoßen würde, z. B. wenn der Kaufpreis bezahlt ist und nur noch Porto oder Bestellgeld aussteht (s. ZW. 04, 139⁴), so besteht kein Anspruch auf Strafe (vgl. § 320 Abs. 2 BGB.); kann ferner der Gläubiger nachweisen, daß er an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat, so ist die ganze Strafe verwirkt (vgl. §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1, 326 Abs. 2 BGB.; RDSG. 22, 170). Über den Begriff der Annahme unten Anm. 20.

- b) **Bei der Geldstrafe für nicht gehörige, insbesondere nicht rechtzeitige Erfüllung kann** Anm. 10.
 der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen (§ 341 Abs. 1 BGB.) — vorausgesetzt daß, abgesehen von Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten, ein Verschulden vorliegt, wie dies auch bei § 339 BGB. gefordert wird (oben Anm. 9ff.). Strafe und Erfüllung (also ein Verbot auf Unterlassung) können bei Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten nebeneinander dann verlangt werden, wenn die Strafe nur das Interesse an der einzelnen Zuwiderhandlung deckt, z. B. wenn auf jeden Fall der Zuwiderhandlung Strafe steht (RG. 70, 441; vgl. oben Anm. 17). Hat der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung, so kann er Strafe und außerdem Ersatz des Schadens verlangen, soweit der Schaden den Strafbetrag übersteigt (§§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 BGB.); für das Verlangen des weiteren Schadens gilt das zu Anm. 16 Ausgeführte.

Vorbehaltlose Annahme der Erfüllung schließt das Recht auf die Strafe aus Anm. 20.
 (§ 341 Abs. 3 BGB.), wenn nichts anderes ausgemacht ist (unten Anm. 33). Nur wo von einer Annahme die Rede sein kann, ist der Vorbehalt nötig; also nicht bei Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten. Der Vorbehalt ist selbst dann nötig, wenn der Berechtigte keine Kenntnis von der Vertragswidrigkeit der Leistung oder der Vertragsverletzung hatte; Satz 3 des § 241 des Entwurfs wollte für diese Fälle eine Ausnahme machen; er ist deshalb gestrichen (Prot. I 778). Zum Begriff der Annahme gehört, wie bei der Annahme als Erfüllung (§ 363 BGB.), bei Annahme einer mangelhaften Sache (§ 464 BGB.) und bei Abnahme eines mangelhaften Werks (§ 640 Abs. 2 BGB.), ein derartiges Verhalten des Empfängers bei der körperlichen Entgegennahme der Leistung, daß der Empfänger die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung, wenn auch nur stillschweigend, anerkennt; und hierzu genügt die Übergabe der Schlüssel eines Neubaus, die Anzeige von der Fertigstellung eines Neubaus durch den Unternehmer und das Schweigen des Bauherrn regelmäßig (RG. 59, 380; 57, 337). Für diesen Begriff der Annahme (Näheres § 377 Anm. 118) ist der Gefahrübergang (Erl. zu § 382 Anm. 45ff.) bedeutsam. Diese Annahme, welche Anerkennung der Leistung als Vertragserfüllung enthält, nimmt dem Auerkennenden noch nicht das Recht auf Gewährleistung für unbekannte Mängel (§§ 464, 640 Abs. 2 BGB.), sondern kehrt nur die Beweislast um (§ 363 BGB.; § 377 Anm. 128); sie nimmt aber dem Gläubiger das Recht auf die noch nicht bezahlte oder nicht verrechnete Strafe, wenn der Anspruch nicht im Augenblick der Annahme vorbehalten ist; und zwar ist dieser Vorbehalt selbst dann nötig, wenn die Strafe bereits eingeklagt ist (ZW. 1911, 400⁸). Die Vorschrift, daß der Vorbehalt bei der Annahme erfolgen muß, ist buchstäblich zu nehmen, so daß, anders als bei den Gewährleistungsansprüchen §§ 464, 620 Abs. 2 BGB. (§ 377 Anm. 119), ein vor der Annahme erklärter Vorbehalt nicht bis zur Annahme fortwirkt,

§ 348.

selbst wenn er als aufrecht erhalten zu unterstellen ist (RG. 73, 147; 68, 41; 59, 102; 58, 261; 53, 358; JW. 1911, 400⁸; LZ. 1910, 691³; Warnerher Rpr. 1912 Nr. 201). Dieser Grundsatz darf aber nicht überspannt werden, wenn man nicht zu unannehmbaren Ergebnissen gelangen will. Man wird daher bei Überfendung durch einen Mittelsmann, z. B. durch die Post, einen Vorbehalt unverzüglich nach Empfang, d. h. sobald dies nach dem regelmäßigen Geschäftsverkehr möglich ist, also sobald die Untersuchung der Ware vorgenommen werden konnte (Hamburg OLG. 3, 285; vgl. dort 22, 207), zulassen müssen. Im übrigen wird die Lehre von den stillschweigenden Willenserklärungen dem Grundsatz seine Schärfe nehmen. Denn wenn auch mit dem Nichtvorhandensein eines Verzichtwillens nichts zu erreichen ist, weil zum Vorbehalt eine dem Gegner erkennbare, auf die Strafe sich beziehende Vorbehaltsumgebung gehört (RG. 61, 68; JW. 07, 171⁹), so genügt doch jede dem Schuldner gegenüber betätigte Willenserklärung, die von ihm bei verständiger Würdigung als Wahrung des Anspruchs auf die Strafe aufgefaßt werden muß (vgl. RG. 61, 65); also genügt Mängelrüge nicht. Wenn somit der Käufer bei Setzung der Nachfrist der § 326 BGB. seinen Anspruch auf Strafe geltend macht (vgl. Scuffl. 62, 233), oder wenn der Gläubiger dem Schuldner erklärt, er werde die künftige Lieferung trotz Verspätung zwar annehmen, jedoch sei die Annahme nur mit Vorbehalt der Strafe zu verstehen (JW. 07, 171⁹ steht nicht entgegen), oder wenn der Gläubiger dem Schuldner bei dessen Zahlung zu erkennen gibt, daß er diese Zahlung auf die Strafe verrechne, so sind stillschweigende Vorbehaltserklärungen bei der Annahme als abgegeben zu erachten. Setzt sich die Annahme eine Zeitlang fort, so wirkt der zu irgendeinem Zeitpunkt dieser Annahme erklärte Vorbehalt für das Ganze. Der von Unterlassung des Vorbehalts bedingte Verlust beschränkt sich auf den Verlust des Anspruchs auf Strafe; von der Vertragsstrafe unabhängige Ansprüche bleiben unberührt; denn der Vorbehalt ist nur bei Annahme der Leistung zu machen, zu deren Sicherung die Strafe dienen soll.

Anm. 21.

Nur die vorbehaltlose Annahme der ganzen Leistung zieht den Verlust der Strafe nach sich, nicht die Annahme einer Teilleistung. Ist ein einheitliches Ganze in Teilleistungen zu erfüllen, so genügt ein Vorbehalt bei der ersten Lieferung (OLG. Marienwerder, „Recht“ 04, 445) oder bei Empfang der Hauptleistung (Prot. I 778; RG. 57, 341). Haben die Parteien vor Empfang der Hauptleistung eine besondere Vereinbarung über die bereits verfallene Strafe getroffen, so ist nicht einmal mehr ein Vorbehalt bei Empfang der Hauptleistung nötig (RG. 72, 170). Ist eine einheitliche Strafe für verspätete Zahlung einer Geldsumme ausgemacht, so ist nur der bei der letzten Teilzahlung gemachte Vorbehalt wirksam. Ist dagegen jede Leistung für sich selbständiger Annahme fähig, wie bei Sutzeffivlieferungsverträgen, so ist der Vorbehalt bei jeder einzelnen Lieferung zu machen (JW. 08, 238¹⁰); es ist daher bei Annahme einer späteren Lieferung kein Vorbehalt hinsichtlich früherer, noch nicht gelieferter Raten zu machen; dasselbe muß gelten, wenn eine frühere Lieferung zurückgewiesen wurde; wegen dieser bedarf es keines Vorbehalts. Bei Sutzeffivlieferungen kann die Sache aber auch anders liegen: war nämlich die sukzessive Abnahme einer Jahresmenge vereinbart, so ist die ganze Jahresmenge eine selbständige Einheit, und es muß der Vorbehalt bei der jedesmaligen Jahresabrechnung und Zahlung hinsichtlich des Minderbezugs gemacht werden (LZ. 1911, 843¹⁴). In vorbehaltloser Annahme einer ungehörigen Leistung oder einer Teilleistung liegt sogar ein Verzicht auf die Strafe, wenn die ungenügende Leistung erkennbar als gehörige Volleistung angeboten worden ist, und die Umstände auf einen Verzichtswillen schließen lassen.

Anm. 22.

Der Gläubiger muß den Vorbehalt machen. Ihm stehen sein Sonderrechtssachfolger und solche Personen gleich, zu deren Geschäftskreis die Annahme der Leistung als Vertragserfüllung gehört; also insbesondere Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und regelmäßig auch der Spediteur (RG. 64, 240). Nicht befugt sind der selbstschuldnerische Bürge (RG. 53, 356) und solche Leute des Gläubigers, die nur zur körperlichen Empfangnahme der Leistung befugt oder gar nur tatsächlich in der Lage waren, vom Kontor des Geschäftsherrn aus telephonisch zu verkehren (vgl. § 56 Anm. 4). Der Geschäftsherr

kann dann den Vorbehalt nachholen, wenn der Zeitpunkt der Nachholung mit dem Zeitpunkt der bei objektiv ordnungsmäßigem Geschäftsgang zu erlangenden Kenntnis der Annahme zusammenfällt (RG. 2, 28). § 348.

Die Beweislast für den Vorbehalt trifft den Gläubiger oder den, der aus dem Vorbehalt Rechte herleitet (RG. 53, 38 u. 358; anders RG. 29, 119; RDStG. 13, 14). Mit der Behauptung, daß er sich in vielen Gesprächen die Strafe vorbehalten habe, ist der Gläubiger nicht zu hören; er muß angeben, wann, wo und durch welche Kundgebung er den Vorbehalt gemacht hat. Anm. 23.

- c) **Eine Abweichung** von den zu a und b aufgestellten Regeln tritt ein, wenn eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme als Vertragsstrafe versprochen ist (z. B. Abzug am Preis für verspätete Lieferung; oben Anm. 2; über Kaduzierung von Aktien § 212 Anm. 22). In diesem Falle wird durch die Erklärung, daß die Vertragsstrafe verlangt werde, der Anspruch auf Schadenersatz ausgeschlossen, wenn das Verlangen ein begründetes, d. h. die Strafe verwirkt war (RG. 77, 292; § 342 BGB.). Es würde zu Anzuträglichkeiten führen, wollte man dem Gläubiger gestatten, in solchem Falle zunächst die nicht in Geld bestehende Vertragsleistung und alsdann den darüber hinausgehenden Schaden zu verlangen. Die Sachleistung müßte zu diesem Zwecke erst abgeschätzt werden, was zu unsicheren Ergebnissen führen würde. Hier kann daher der Gläubiger, wenn er einen Anspruch auf Schadenersatz hat, zwar diesen geltend machen und auch wenn er diesen geltend gemacht hat, noch zu dem Verlangen auf die Vertragsstrafe übergehen; aber wenn er einmal erklärt hat, er wolle die Vertragsstrafe geltend machen, so ist damit der Anspruch auf Schadenersatz beseitigt. Es gilt hier im übrigen, was vom Vorbehalt bei Annahme der Erfüllung oben Anm. 20 ff. ausgeführt ist (RG. 68, 41). Anm. 24.

5. Die Höhe der Vertragsstrafe.

- a) An sich unterliegt die Vereinbarung über die Höhe der Vertragsstrafe keinen Beschränkungen. Nur wenn sie beim Hinzukommen weiterer Umstände den Charakter der Unsittlichkeit (z. B. wucherischer Ausbeutung, Eingehung ehrenwörtlicher Verpflichtung für Einhaltung eines Konkurrenzverbots; Grf. zu § 346 Anm. 21), durch unerschwingliche Höhe, den Charakter unzulässigen Zwangs (RG. 68, 229; RDStG. 18, 108) annimmt, oder, weil sie ins Ungemessene führt, zu einer unmöglichen Leistung würde (§ 306 BGB.; RG. in SeuffA. 61, 351) oder auf Existenzvernichtung hinausläuft (RG. 68, 229; StW. 09, 488), so wird sie ungültig (§ 138 BGB.). Über den Einfluß dieser Ungültigkeit auf den ganzen Vertrag s. oben Anm. 4. Anm. 25.
- b) **Das Gesetz läßt auf Antrag des Schuldners ein richterliches Ermäßigungsrecht gegenüber der verwirkten Strafe eintreten** (§ 343 BGB.), und zwar auch dann, wenn das Strafversprechen in die Form eines abstrakten Schuldversprechens eingekleidet ist (§ 350 Anm. 10 ff.). Anm. 26.
- a) Für die Ausübung dieses Ermäßigungsrechts ist die ganze rechtliche und wirtschaftliche Lage beider Teile in Anbetracht der Höhe des wirklichen und des möglichen Schadens maßgebend, wobei jedoch das Interesse, und zwar das berechtigte Interesse des Gläubigers obenan steht. Zu diesem berechtigten Interesse zählt nicht nur ein ziffermäßiger, greifbarer Vermögensschaden; denn der Umstand, daß der Gläubiger bisher keinen unmittelbar feststellbaren Schaden durch die Verletzung gehabt hat (RG. 64, 291), daß der Schaden die Höhe der Strafe nicht erreicht (RG. in SeuffA. 63, 54), daß die Höhe der Strafe in einem Mißverhältnis zu dem zu schützenden Recht steht, reicht zu einer Ermäßigung nicht zu. Es kommt vielmehr darauf an, ob zwischen der Höhe der Strafe und den berechtigten Interessen des Gläubigers ein erhebliches Mißverhältnis nachweisbar ist. Dabei kommt es regelmäßig auf den Schaden an, der dem Gläubiger nach den zur Zeit des Vertragschlusses vorhandenen Umständen erwachsen konnte (RG. 47, 310; 12, 23; RG. in LZ. 08, 226²⁰). Die Verhältnisse der Folgezeit sind jedenfalls dann mit in Anschlag zu bringen, wenn sie sich aus dem Vertrag notwendig entwickeln

§ 348.

müssen, z. B. der entgangene Gewinn bei Fortdauer des Bierbezugs (RG. 64, 291; ZW. 07, 11¹²). Auch ein unwiderlegter Verdacht, daß der Schuldner sich voraussichtlich weiterer Vertragsverletzungen schuldig gemacht habe, ist ein Umstand, der gegen eine Strafermäßigung spricht. Auch ein Liebhaberinteresse, selbst ein ideales Interesse, kann in Betracht kommen; aber immer muß es ein verständiges Interesse sein; bloße Launen verdienen keine Beachtung. Auch der Umstand, daß die Vertragsstrafe ein Zwangsmittel sein und die Vertragstreue fördern soll, kommt in Betracht. Ob der Schuldner willkürlich, vorsätzlich, fahrlässig handelte, der Grad der Fahrlässigkeit, die Gründe des Vertragsbruchs (ZW. 07, 12¹³; DLG. Hamburg SeuffA. 66 Nr. 229), die Vermögenslage des Schuldners dürfen nicht außer Betracht bleiben, obwohl nicht zu vergessen ist, daß der Schuldner sich selbst durch seine Vertragsverletzung in eine seine Vermögensverhältnisse bedrückende Lage gebracht hat. Es muß also schon ein trasser Fall vorliegen, wenn sich der Richter entschließt, angesichts der Gefahr, der Vertragsuntreue Voranschub zu leisten, von seinem Ermäßigungsrecht Gebrauch zu machen.

Macht er Gebrauch, so darf dieses Recht nicht schematisch gehandhabt, also nicht, wenn die Verpflichtung zu einer Unterlassung zeitlich oder gegenständlich beschränkt ist, lediglich dieser Beschränkung wegen die Ermäßigung nach der abgelaufenen Zeit oder im Verhältnis zur gegenständlichen Beschränkung vorgenommen werden. Weil lediglich das richterliche Ermessen waltet, so können dem Strafverpflichteten, auch wenn er mit dem von der Strafe abgesetzten Betrage siegt, doch alle Kosten auferlegt werden (§ 92 Abs. 2 ZPO.). Von einer Ermäßigung ist nicht mehr die Rede, wenn das Strafversprechen durch seine übergroße Schärfe unsittlich wird (oben Anm. 25). Über die Grundsätze bei einer Ermäßigung s. auch § 75 Anm. 6.

Anm. 27.

β) Die Geltendmachung des Ermäßigungsrechts erfolgt durch Einrede gegen die Klage auf Vertragsstrafe (ZW. 03 Beil. 96²¹⁸), oder durch selbständige Klage auf Herabsetzung. Die letztere hat nicht den Charakter einer Feststellungsklage (Goldmann-Vilienthal I² 397; a. M. Hölder im „Recht“ 00, 162 u. Zeitschr. f. dtsh. Zivilproz. 29, 76). Von Amtes wegen darf die Herabsetzung nicht erfolgen; und wenn der Klagegrund gänzlich bestritten ist, bedarf es keines ausdrücklichen Antrags auf Herabsetzung (DLG. Hamburg HanfGZ. 03 Beibl. 286). Der Bürge kann mit Einrede die Herabsetzung begehren (§ 768 BGB., a. M. Pland § 768 Bem. 1). Die Beweislast für die Übermäßigkeit hat der Schuldner (DLG. Karlsruhe BadRpr. 04, 258).

Anm. 28.

γ) Nach Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Entrichtet ist die Strafe strenggenommen nur, wenn der Anspruch erfüllt ist (also, wenn die geschuldete Strafleistung bewirkt ist, oder der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsort angenommen hat, §§ 362, 364 BGB.). Aber es folgt weiter aus der Natur der Sache, daß das Ermäßigungsrecht ebenfalls nicht besteht, wenn das Schuldverhältnis sonst erloschen ist (z. B. durch berechtigte Hinterlegung oder durch Aufrechnungserklärung). Auch hier wird man davon sprechen können, daß die Strafe entrichtet sei. Die Strafe gilt nicht als entrichtet, wenn ein selbständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB. abgegeben wird, und nicht, wenn ein Wechsel über die Vertragsstrafe gegeben wird; denn im Zweifel gilt dies nicht als Erfüllung (§ 364 BGB.). Das gleiche gilt, wenn ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. und § 350 HGB. abgegeben wird; auch hier greift § 364 BGB. Platz, während § 812 Abs. 2 BGB. hieran nichts ändert. Nach diesem letzteren Paragraphen gilt allerdings der Anerkenntnisvertrag als Leistung, aber nur im Sinne der Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung. Es soll damit nicht gesagt werden, daß die Hauptverbindlichkeit durch Abschließung eines Anerkenntnisvertrages als erfüllt gilt; vielmehr wird diese Annahme ausgeschlossen durch § 364 BGB. Durch die Annahme einer Anweisung gilt die Vertragsstrafe nicht als entrichtet. Wohl aber ist die Strafe durch Einlösung des Wechsels oder der Anweisung entrichtet, sei es auch an den dritten gutgläubigen Besizer. Wenn hierbei, d. h. bei der Veräußerung der Urkunde seitens des Strafgläubigers, arglistig vorgegangen ist,

hat er dem Schuldner den Schaden zu ersetzen (§ 826 BGB.). Die Leistung muß in § 348. Anerkennung der Verpflichtung freiwillig gemacht sein; dies ist nicht der Fall, wenn dem Verkäufer im Falle seines Rücktritts vereinbarungsgemäß die Anzahlung als Strafe bleibt (Warneher Rspr. 08 Nr. 300 oder wenn die Leistung auf Grund vollstreckbaren Urteils erfolgt. Das ist keine Entrichtung.

Ist die Strafe teilweise entrichtet, so kann die Herabsetzung des noch rückständigen Teiles verlangt werden; dabei kann der noch rückständige Teil unter Umständen vom Richter ganz gestrichen werden.

Ist rechtskräftig auf Herabsetzung der Strafe mit der Begründung **Ann. 28a.** erkannt, daß die Strafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung gefordert werden darf, so kann nicht, wenn nun die Strafe für eine erneute Zuwiderhandlung eingeklagt wird, eine Auslegung des Vertrags dahin erfolgen, daß die Strafe nur einmal gefordert werden dürfe, und nun die Strafe auf den rechtskräftig festgesetzten Betrag des Vorprozesses ermäßigt, der Kläger also abgewiesen werden. Dem stände die Rechtskraft des früheren Urteils entgegen, das aus seinen Gründen zu erläutern ist (vgl. RG. 45, 331).

d) **Nach unserem § 348 BGB. fällt das Ermäßigungsrecht weg, wenn ein Kaufmann **Ann. 29.** im Betriebe seines Handelsgewerbes die Vertragsstrafe versprochen hat.**

cc) Ein Kaufmann muß die Vertragsstrafe versprochen haben, mag es nun ein Kaufmann nach § 1 oder nach § 2 oder nach § 3 Abs. 2 sein. Doch muß es ein Vollkaufmann sein (§ 351). Überall greift aber hier auch die Vorschrift des § 5 Platz: auch hier kann der, dessen Firma eingetragen ist, nicht geltend machen, daß sein Gewerbe kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe ist. Auch wer sonst als Kaufmann gilt, muß sich dies hier entgegenhalten lassen (Erf. zu § 5). Und zwar kommt es auf die Kaufmannseigenschaft im Augenblick des Strafversprechens an (JW. 08, 148²²), so daß die Möglichkeit einer Strafermäßigung Platz greift, wenn der Strafverpflichtete erst bei der Strafverwirkung Kaufmann war, und nicht Platz greift, wenn der Kaufmann die Kaufmannseigenschaft zur Zeit der Strafverwirkung wieder verloren hatte (JW. 00, 855; vgl. § 218 Ann. 7).

Gleichgültig ist es, ob der andere Teil Kaufmann ist. Ist er es nicht, so greift § 348 doch Platz, wenn der Versprechende Kaufmann ist; ist der andere Teil Kaufmann, so greift der § 348 doch nicht Platz, wenn der Versprechende nicht Kaufmann ist (s. § 218 Ann. 7). Tritt ein Kaufmann in einen von einem Nichtkaufmann abgeschlossenen Vertrag ein, so ist für ihn eine Ermäßigung ausgeschlossen; denn das Ermäßigungsrecht ist eine gesetzliche Vergünstigung, kein Vertragsrecht. Über Minderkaufleute § 351. Auch hier kommt es auf den Augenblick des Strafversprechens an. Es ist daher nicht von Bedeutung, ob das Geschäft eines Nichtkaufmanns sein Geschäft schon z. Bt. des Strafversprechens die Möglichkeit der Entwicklung zum Großbetrieb in sich trug und sich z. Bt. der Strafverwirkung zum Großbetrieb entwickelt hatte.

ββ) Im Betriebe seines Handelsgewerbes muß er die Vertragsstrafe versprochen **Ann. 30.** haben. Über die weite Ausdehnung des Begriffs „Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe“ Ann. 9 ff. § 343. Der Paragraph hätte nach dem System des BGB. überhaupt anstatt: „Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist“, dahin gefaßt werden können: „Eine Vertragsstrafe, deren Versprechen sich als ein Handelsgeschäft darstellt.“ Denn ein Handelsgeschäft ist ja nach § 343 nur das Geschäft, welches ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abschließt. Selbstverständlich greift hier auch die Vermutung des § 344 Abs. 1 und auch die verstärkte Vermutung des § 344 Abs. 2 Platz (eine von einem Kaufmann schriftlich versprochene Vertragsstrafe gehört faktisch und nicht nur im Zweifel zum Betriebe seines Handelsgewerbes; RG. 29, 12).

Ann. 31.

Die Frage, ob ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Strafe versprochen hat, wird besonders kritisch bei Strafgedingen, welche sich an die Konkurrenzklausele bei Kauf und Pacht eines ganzen Geschäfts knüpfen

§ 348. (denn ein solcher Erwerb ist ein Handelsgeschäft, § 343 Anm. 26), oder die bei Gesellschaftsaufeinandersetzungen getroffen sind (§ 343 Anm. 25).

Anm. 32. 77) Treffen die bezeichneten Voraussetzungen zu, so fällt nur das im § 343 BGB. festgesetzte richterliche Ermäßigungsrecht weg. Es fällt also nicht das Ermäßigungsrecht weg, das die Parteien selbst gewollt haben, z. B. wenn die Strafe in bestimmtem unveränderlichen Betrag für nicht gehörige Erfüllung festgesetzt ist, obgleich von vornherein ersichtlich war, daß das Interesse je nach der Art der Ungehörigkeit der Erfüllung ein sehr verschiedenes sein könne; hier sind Interesse und Strafe angemessen festzustellen (R.D.G. 8, 228; R.G. 12, 26). Auch fallen nicht Ermäßigungsrechte hinweg, welche in anderen Gesetzen gegeben sind, z. B. nicht das in § 4 AbzG. gegebene (anders Wolf D.Z. 6, 554); dies fällt nur weg, wenn der Versprechende ein eingetragener Kaufmann ist (§ 8 des Gesetzes); dabei behält es sein Bewenden, und unter dem eingetragenen Kaufmann ist nicht etwa jede Person zu verstehen, die eingetragen ist und nach § 5 HGB. als Kaufmann gilt. Denn dieser Paragraph gilt hier nicht (Art. 2 Abs. 2 E.G.HGB.), weil das HGB. die sonstigen Reichsgesetze unberührt läßt. Deshalb ist unter einem eingetragenen Kaufmann im Sinne dieser Gesetzesstelle ein wirklicher Kaufmann zu verstehen, der außerdem noch eingetragen ist. Das Verhältnis des § 343 BGB. in Verbindung mit §§ 348, 351 HGB. zu § 4 Abs. 1, § 8 AbzG. kann dahin ausgedrückt werden, daß immer das Recht zur Anwendung kommt, welches dem Schuldner günstiger ist (Wolf D.Z. 6, 555).

Das in Anm. 8 u. 25 über den Wegfall der Vertragsstrafe Gesagte gilt auch dann, wenn sie im Betriebe eines Handelsgewerbes zugesagt ist.

Anm. 33. 6. **Die Bestimmungen über die Vertragsstrafe sind zum Teil nachgiebigen, zum Teil zwingenden Charakters.** Nachgiebigen Rechts sind die Bestimmungen über die Voraussetzungen der Vertragsstrafe: Es kann entgegen dem Gesetze vereinbart werden, daß die Vertragsstrafe auch ohne Verzug und auch ohne Verschulden eintreten soll, und umgekehrt, daß bei Verletzung einer Unterlassungspflicht nur schuldhaftes Zuwiderhandeln die Vertragsstrafe zur Entstehung bringen soll. Nachgiebig sind ferner die Bestimmungen über die Folgen der Vertragsstrafe: Es kann vereinbart werden, daß der Schuldner sich durch Zahlung der Vertragsstrafe von der Erfüllung befreien kann. Aus der Höhe der Strafe kann auf einen solchen Vertragswillen zurückgeschlossen werden (oben Anm. 17). Dadurch wird die Vertragsstrafe nicht zu einem die Minderung ausschließenden Reuegeld (Erf. zu § 348), sondern sie erinnert nur in der Wirkung an ein Reuegeld (an eine Wandelpön), behält aber ihren Charakter als Vertragsstrafe bei, also auch die Ermäßigsmöglichkeit (R.G. 70, 442; 43, 281). Damit erledigt sich die Kritik von Düringer-Hachenburg § 348 Anm. 11. Gegen eine Wandelpön spricht es, wenn die Strafe ein Zwangsmittel zur Bewirkung der Erfüllung sein soll. Bei der Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung (oben Anm. 15) kann vereinbart werden, daß nur die Strafe und nicht die Erfüllung (Wolze 16 Nr. 385) sowie umgekehrt, daß neben der Erfüllung die Vertragsstrafe verlangt werden darf, oder auch neben vollem Schadenserfaß. Bei der Strafe für ungehörige Erfüllung (oben Anm. 19) kann vereinbart werden, daß der Gläubiger oder der Schuldner nur entweder die gehörige Erfüllung oder die Strafe zu wählen hat; es liegt dann nicht eine Wahlschuld nach § 262 BGB. vor; denn es handelt sich dann nicht um mehrere geschuldete Leistungen, unter denen die Wahl zu treffen ist, sondern um eine einzige Leistungspflicht (die Erfüllung), für deren Vollzug zwei Möglichkeiten gegeben sind; d. h. aus einem einheitlichen Schuldverhältnis ergeben sich zwei getrennte Ansprüche, unter denen zu wählen ist (anscheinend a. M. J.W. 04, 45¹⁵). Die Entscheidung über die Wahl ergibt sich dann aus den §§ 157, 242 BGB. Und zwar wird der Parteiwille regelmäßig dahin gehen, daß erst die Erfüllung oder die Zahlung der Strafe, nicht schon die bloße Wahlanzeige (vgl. § 263 BGB.) die Beschränkung auf einen Anspruch bewirkt. Gegen die Annahme einer solchen Alternativverpflichtung spricht eine geringfügige Strafe (R.D.G. 16, 163); für sie spricht das Verhältnis der Höhe der Strafe zum Erfüllungsinteresse (J.W. 04, 45¹⁵). Die Grundsätze über die Wahlschuld

können Fingerzeige für die Behandlung geben. — Es kann ferner vereinbart werden, § 348. daß ein Vorbehalt bei der Annahme für unnötig erklärt wird, wo ihn das Gesetz für nötig hält (R.D.S.G. 11, 442; Bolze 11 Nr. 287), und dort für nötig, wo das Gesetz ihn für unnötig erachtet. — Endlich ist eine Vereinbarung, daß die Strafe mehrfach, d. h. bei jeder einzelnen Vertragsverletzung nach § 341 B.G.B. verwirkt sein soll, dann nicht zu beanstanden, wenn der Zwang zur Unterlassung weiterer Vertragsverletzungen fortbestehen soll, z. B. wenn durch dauernde Fernhaltung des Wettbewerbs dem Geschäftsübernehmer eine Existenzmöglichkeit geschaffen werden sollte, oder wenn die Strafe nur das Interesse an der einzelnen Zuwiderhandlung zu decken bestimmt ist (oben 19); steht ein solcher Wille fest, so ändert es nichts, daß die Strafe hoch ist (vgl. R.G. 70, 442); zu beachten ist, daß eine Klageänderung vorliegt, wenn in diesem Falle nachträglich die Klage auf eine andere Zuwiderhandlung gestützt wird (R.G. 48, 372; J.W. 01, 750⁴).

Zwingend ist dagegen die Bestimmung über das richterliche Ermäßigungsrecht, so daß nicht im voraus, sondern nur nach Verwirkung der Strafe auf eine Ermäßigung verzichtet werden kann. Es kann wegen dieses zwingenden Charakters nicht etwa mit Hilfe von Treu und Glauben (§ 242 B.G.B.) ein außergewöhnliches Ermäßigungsrecht geschaffen werden. Es steht aber nichts entgegen, daß ein Parteiville dahin festgestellt wird, daß eine Ermäßigung da gewollt ist, wo unser § 348 sie nicht gestattet (oben Anm. 32). Eine besondere Art zwingenden Rechts zugunsten der Handlungsgehilfen i. Gz. zu § 62 u. § 75.

Weitere Einzelheiten über die Vertragsstrafe.

- a) Die Auslegung von Strafgebungen darf weder eine ausdehnende (R.G. 26, 165) noch eine einschränkende sein. Es ist vielmehr der wahre Wille nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln, wie dies oben Anm. 7 u. § 346 Anm. 3 dargestellt ist (J.W. 03 Beil. 43⁹²; R.G. in L.J. 1911, 783²). Anm. 35.
- b) Die Abtretbarkeit der Vertragsstrafe. Der Anspruch auf die noch nicht verfällene Strafe, mag sie statt der Erfüllung oder neben der Erfüllung zu fordern sein, geht mit dem Hauptanspruch über (vgl. § 401 B.G.B.); kann aber auch durch Vereinbarung beim ursprünglichen Gläubiger belassen werden (a. M. 8. Aufl.). Die verwirkte Strafe geht dagegen mit dem Hauptanspruch nicht über, weil sie ihren akzessorischen Charakter (oben Anm. 3) abgestreift hat, ausgenommen wenn die Strafe statt der Erfüllung zu fordern ist; sie ist zwar auch selbständig geworden; sie tritt aber an die Stelle des Hauptanspruchs (Pland § 401 Anm. 1; a. M. Enneccerus I Abt. II § 303 III 1d u. v. Staudinger § 401 Bem. 2). Standen Strafe und Erfüllung in alternativer Konkurrenz (§ 340 B.G.B.), so macht der Anspruch des Zessionars auf die Strafe den Erfüllungsanspruch hinfällig (Pland § 340 Ziff. 4). Dem Anspruch auf die noch nicht verwirkte Strafe hat man früher die selbständige Abtretungsfähigkeit abgesprochen (R.G. 15, 283). Da nach dem Recht des B.G.B. bedingte und selbst künftige Forderungen abgetreten werden können (§ 368 Anm. 102), wird man die Zulässigkeit einer selbständigen Abtretung des bedingten Anspruchs auf künftige Strafe hier nicht ablehnen können, und zwar auch wenn die Strafe statt der Erfüllung begehrt werden darf (Dernburg II 1 § 100 III 4; § 138 a. G.; v. Staudinger Vorbem. V vor § 339; a. M. Düringer-Hachenburg § 348 Anm. 20; Dertmann § 399 Bem. 2b). Die Verpflichtungen zur Strafzahlung und zur Einhaltung eines Konkurrenzverbots sind im Betriebe des Geschäfts begründet und gehen daher auf die nach § 28 Abs. 1 neu entstandene Gesellschaft über (§ 343 Anm. 26). Anm. 36.
- c) Erfüllungsort für Zahlung der Vertragsstrafe, als einer Nebenverbindlichkeit, ist der Erfüllungsort der Hauptverbindlichkeit, also regelmäßig der Wohnsitz des Schuldners z. Bt. der Begründung des Vertrags, nicht der Wohnsitz des Schuldners z. Bt. der Zuwiderhandlung (R.G. 57, 15; 15, 435; R.D.S.G. 16, 14), und zwar auch dann, wenn nur die Strafe und nicht die Erfüllung verlangt werden kann (R.G. 69, 12). Ist die Vertragsstrafe für Erfüllung mehrerer Verpflichtungen versprochen, die im Verhältnis von Haupt- und Nebenverpflichtungen stehen (R.G. 57, 15; 56, 138), so kommt es darauf an, Anm. 37.

§ 348. wo die Hauptverpflichtung zu erfüllen ist (FfB. 1910, 620¹⁵). Dort ist der gemeinsame Erfüllungsort. Nach diesen Grundsätzen bestimmt sich auch der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO.; RG. 69, 12). Über die Klage auf Unterlassung und über Fragen des internationalen Privatrechts siehe Erf. zu § 372 Anm. 8 u. 16.

Als Nebenverbindlichkeit bleibt der Anspruch auf Strafe bei Berechnung des Streitwerts nach § 4 ZPO. außer Ansatz, wenn sie neben der Erfüllung begehrt wird (RG. 66, 310; FfB. 07, 675¹⁴; 98, 353¹⁷). Über den Erfüllungsort s. Erf. zu § 372 Anm. 4, 19 u. 28 ff.

Anm. 38. d) **Der Verzicht** auf die Strafe bedarf der Annahme durch den Schuldner, weil nur ein Verzichtsvertrag Wirkungen äußert. Es genügt also das bloße Zugehen der Verzichtserklärung nicht (RG. 72, 171).

Anm. 39. e) **Die Verjährung der Vertragsstrafe** richtet sich nach der Verjährung des Hauptanspruchs; sie ist eine Nebenforderung (a. M. bei Strafe für Übertretung eines Wettbewerbsverbots DfG. Dresden SeuffA. 67, 105); verjährt also mit ihm (§ 224 BGB.). Ist die Strafe aber verwirkt, so ist sie keine Nebenforderung mehr und hat ihre eigene Verjährung. Dies ist erheblich, wenn man die Fälle, die oben Anm. 2 berührt sind, als Strafversprechen und nicht als Kaufpreisforderungen behandelt. Ist z. B. die Erhöhung des Kaufpreises für alles bezogene Gas für den Fall vertragswidriger Verwendung auch nur eines Teiles des bezogenen Gases zu Beleuchtungszwecken statt zu Betriebszwecken, die unter ermäßigtem Satz stehen, vereinbart, so hat die Erhöhung Strafcharakter. Die Verjährung ist die dreißigjährige, während Frachtzuschläge (RG. 64, 287) wie die Fracht selbst verjähren, obgleich sie für unrichtige Deklaration festgesetzt sein mögen.

Anm. 40. f) **Die Vertragsstrafe im Konkurs des Schuldners.** Wird der Vertrag von dem Konkursverwalter nicht erfüllt, weil er von seinem Eintrittsrechte nicht Gebrauch macht (§ 17 RD.), oder zwar eintritt, aber seinen Vertragspflichten nicht nachkommt, so ist die Vertragsstrafe verwirkt (RG. 21, 5; 26, 90); es wäre denn, daß der Verwalter den Pflichten des Gemeinschuldners, z. B. nicht unter einem gewissen Preis zu verkaufen, gar nicht nachkommen darf (RG. 35, 31). Die neben der Erfüllung geschuldete Vertragsstrafe hat den gleichen Rang wie die Hauptforderung (§ 62 Nr. 2 RD.; RG. 49, 191). Mit der statt der Erfüllung geschuldeten Strafe kann es sich nicht anders verhalten.

Der Anspruch auf die Strafe ist einfache Konkursforderung, wenn er seine Grundlage in dem Nichteintritt des KB. oder in vorzeitiger Kündigung der in §§ 19, 22 RD. bezeichneten Rechtsverhältnisse seitens des KB. hat (§ 26 RD.; RG. 21, 6; 26, 92; 59, 55). Der Anspruch wird dagegen zu einer Masse Schuld nach § 59 Nr. 1 u. 2 RD., wenn der KB. trotz seines Eintritts (§ 17 RD.) nicht erfüllt hat, oder auch ohne Eintritt kraft Gesetzes (§§ 21, 25, 27, 28 RD.) auch für die Zeit nach der Konkursöffnung zu erfüllen hatte (RG. 55, 267). Doch trifft dies nicht zu, wenn nach der Natur des Vertrags oder nach dem Parteinwillen die Strafklausel sich auf den Konkursfall nicht bezog (RG. 35, 31; Einhaltung bestimmter Preise).

Der Anspruch auf Vertragsstrafe ist aber überhaupt keine Konkursforderung und nimmt am Konkurs nicht teil, wenn die Fälligkeit durch eine Zuwiderhandlung des Gemeinschuldners herbeigeführt worden ist, die er nach Konkursöffnung vorgenommen hat (§ 7 RD.; RG. 59, 57). Über alle diese Fragen vgl. Jaeger RD. § 62 Anm. 2 u. 3.

Anm. 41. g) **Übergangsfragen.** Hierüber siehe 8. Aufl. § 348 Anm. 37.

Erf. zu
§ 348.

Erfurs zu § 348.

Die Draufgabe und das Kengeld.

Anm. 1. I. **Die Draufgabe** (arra, Handgeld, Angeld, Draufgeld, Mietstaler, Weinkauf).

1. **Die Vorschriften über die Draufgabe sind aus dem §OB. gestrichen.** An Stelle des Art. 285 des alten §OB. sind die §§ 336—338 BGB. getreten, die im wesentlichen mit der Vorschrift des alten §OB. übereinstimmen.

2. **Die Draufgabe gilt nach gesetzlicher Vorschrift als Zeichen des Abschlusses des Vertrags** **Grf. zu** (§ 336 BGB.). Das heißt: Die Hingabe eines Draufgeldes beweist den Vertragschluß. **§ 348.**
Der Gegenbeweis, daß trotz der Draufgabe die Einigung der Parteien nicht erfolgt ist, ist **Ann. 2.**
natürlich zulässig (§ 154 BGB.). Gelingt er, so kann die Draufgabe zurückgefordert werden
(§ 812 BGB.).
3. **Die Draufgabe hat im Zweifel nicht die Bedeutung eines Reugelbes** (§ 336 Abs. 2 BGB.). **Ann. 3.**
Die Vereinbarung der Parteien, auch die Verkehrssitte oder eine Rechtsitte, kann der Draufgabe einen anderen Charakter geben (§ 157 BGB.). Über das Reugeld unten Ann. 6.
4. **Die Draufgabe ist nicht eine Zugabe** (§ 337 BGB.). Sie muß im Zweifel auf die von **Ann. 4.**
dem Geber geschuldete Leistung angerechnet oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrags zurückgegeben werden. Desgleichen muß sie zurückgegeben werden, wenn der Vertrag wieder aufgehoben wird (§ 337 BGB.), und selbstverständlich, wenn der Vertrag nichtig war (RG. 53, 236). Wenn jedoch die von dem Geber geschuldete Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich wird, oder wenn der Geber die Wiederaufhebung des Vertrags verschuldet hat, so ist der Empfänger berechtigt, die Draufgabe zu behalten (§ 338 BGB.). Dadurch erhält sie eine weitere Bedeutung, als die des bloßen Zeichens des Vertragsabschlusses. Sie soll infolge dieser Vorschrift ein Druck zur Vertragserfüllung sein. Sie hat also eine ähnliche Aufgabe wie die Vertragsstrafe. Immerhin ist sie keine solche, und die Vorschriften über die Vertragsstrafe finden auf die Draufgabe keine Anwendung, insbesondere nicht das richterliche Ermäßigungsrecht.

Verlangt dagegen der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe im Zweifel anzurechnen bzw. zurückzugeben, auch dann, wenn der Geber die Nichterfüllung vertretbar verschuldet hat. **Ann. 5.**

II. Das Reugeld.

1. Für verschiedene Fälle kann ein Reugeld vereinbart werden. Den Charakter eines Reugelbes kann die Vertragsstrafe haben, wenn die Parteien ihr diesen Charakter geben (§ 348 Ann. 33), desgleichen die Draufgabe (oben Ann. 3); jedoch treten alsdann die Vertragsstrafe und die Draufgabe nur an die Stelle des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, während das Reugeld das Rücktrittsrecht gegen Erlegung des Betrags gewährt (vgl. Hamburg OLG. 16, 372). Es kann aber auch der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugelbes selbständig vereinbart werden (JW. 02 Beil. 196). **Ann. 6.**

Für alle Vereinbarungen eines Reugelbes bestimmt § 359 BGB., daß, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung des Rücktritts entrichtet wird, und der andere Teil die Erklärung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist, die Rücktrittserklärung unwirksam sei. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Verzug (§ 121 BGB.), über den Begriff „Entrichtung“ siehe Ann. 28 § 348.

2. **Von handelsrechtlicher Wichtigkeit ist eine besondere Art der Reugeldvereinbarung, die** **Ann. 7.**
Prämie. Sie erscheint als Vorprämie und als Rückprämie.

Die Vorprämie. Wer heute ein Wertpapier zu bestimmtem Kurse kauft, mit der Verpflichtung, es später (ultimo) abzunehmen, der wird dabei von der Hoffnung geleitet, daß der Kurs zur Zeit der Abnahme (am Stichtage) gestiegen sein wird, so daß er in der Lage sein wird, das abzunehmende Papier teurer loszuschlagen, als er es eingekauft hat. Er läuft aber Gefahr, daß der Kurs nicht steigen, sondern fallen werde. Alsdann würde er nicht Gewinn, sondern Verlust haben, weil er verpflichtet ist, die Ware abzunehmen, und sie nur zu geringerem Preise verkaufen könnte, als sie ihn kostet. Dieses Risiko zu begrenzen, dient die Prämie, d. h. die Abmachung, daß er gegen Zahlung einer bestimmten Summe (Prozentsatz) berechtigt ist, sich von dem Betrage, von der Abnahme- und Zahlungspflicht, loszumachen (sog. Kauf der Vorprämie). Der Käufer kann dann nicht mehr verlieren als die Wandelpön, die Vorprämie (RDStG. 15, 399; 19, 6). Vorauszahlung der Vorprämie ist weder Leistung nach § 762 BGB. noch war sie es nach § 66 Abs. 4 letz

§ 348. BörsG. (RG. 38, 238; JZB. 02, 101⁵⁰; LZ. 08, 304³⁵); sie ist auch nach dem neuen BörsG. § 55 keine Leistung auf Grund des Geschäfts (RG. in JZB. 1911, 729; dagegen BankN. Bd. 10, 384 u. RG. in BankN. Bd. 11, 124), unterliegt also der Rückforderung, wenn das Hauptgeschäft unwirksam ist. Die Vergütung bleibt dem Verkäufer, auch wenn der Käufer abnimmt, als Vergütung für Einräumung des Rücktrittsrechts (RG. in DJZ. 1910, 1301). Die Vorprämie ist in Wahrheit ein Teil des Kaufpreises. Dies zeigt auch die Berechnung im Schlußschein. Die Angabe des Schlußscheins: „Preis oder Kurs 112 dont 2“ heißt: Das Papier ist zum Kurs von 112 % verkauft, wovon (dont) 2 % auf die Vorprämie entfallen.

Ann. 8. **Die Rückprämie.** Wer heute zu einem bestimmten Kurse Papiere, die er nicht besitzt, verkauft, mit der Verpflichtung, sie später (ultimo) zu liefern, tut dies in der Hoffnung, daß die Papiere bis zum Lieferungsstage im Kurse sinken werden, so daß er in der Lage sein werde, sie am Stichtage billiger einzukaufen, sich billig zu decken. Er läuft dabei aber die Gefahr, daß die Papiere seiner Hoffnung entgegen im Kurse steigen werden. Alsdann müßte er, da er gezwungen ist, sie zum Zwecke der Erfüllung seiner Lieferungsspflicht einzukaufen, mehr dafür zahlen, als er selbst erzielt hat. Dieses Risiko zu begrenzen, dient die Rückprämie. Er erhält dadurch das Recht, gegen Zahlung einer bestimmten Summe (Prozentsatz) sich von der Lieferungsspflicht freizumachen. Er kann dann nicht mehr verlieren als die Wandelbön, die Rückprämie; es liegt ein Kauf mit Rücktrittsvereinbarung vor (a. M. Rufbaum, Komm. z. BörsG. 243).

§ 349.

§ 349. Dem Bürgen steht, wenn die Bürgschaft für ihn ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage nicht zu. Das Gleiche gilt unter der bezeichneten Voraussetzung für denjenigen, welcher aus einem Kreditauftrag als Bürge haftet.

Lit.: Koban, Der Regreß des Bürgen, Graz 04; Reichel, Die Schuldübernahme, Berlin 09; Schneider, Das Eintreten für die Schuld eines anderen, BayZ. 09, 2 u. 33; Strohal, Schuldübernahme, Jena 10; Tacke, Der Ausgleichsanspruch des Mitbürgen, Berlin 07; Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbetritt, Berlin 08.

Eintitlung. **Der vorliegende Paragraph gibt eine vereinzelte Vorschrift über die Bürgschaft.** Sie betrifft den Ausschluß der Einrede der Vorausklage für die Bürgschaft des Vollkaufmanns im Betriebe seines Handelsgewerbes. Im Handelsverkehr wird die Bürgschaft häufig Garantie genannt; allein der Garantievertrag hat einen anderen Inhalt (unten Ann. 65).

Ann. 1. 1. Die Bürgschaft ist immer ein kaufoles Rechtsgeschäft und kann als abstraktes Geschäft nach §§ 780, 781 BGB. nicht eingegangen werden; sie ist in den §§ 765—778 BGB. geregelt. Dazu tritt für das Handelsrecht noch der vorliegende Paragraph und hinsichtlich der Form die Vorschrift der §§ 350, 351 HGB. Aber es finden die Grundsätze über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff. BGB.) Anwendung, wenn sich der Gläubiger als Gegenleistung für die Verbürgung zu einer Hauptleistung (z. B. Krediteinräumung, unten Ann. 31) verpflichtet hat (RG. 66, 425; 65, 48; JZB. 09, 309). Dies muß die Wirkung haben, daß ein solcher Vertrag formlos gültig ist. Kein solches Verhältnis von Leistung und Gegenleistung sondern Bürgschaft liegt vor, wenn der Gläubiger sich gegen Verbürgung für ein bereits gegebenes Darlehn zur Gewährung weiteren Kredits verpflichtet, oder wenn der Gläubiger dem Bürgen nur eine Nebenleistung, z. B. die Zahlung der verbürgten Summe an Gläubiger des Hauptschuldners, zusagt.

Ann. 2. 2. **Begriff der Bürgschaft.** Die Bürgschaft besteht in der dem Gläubiger eines Dritten gegenüber übernommenen Verpflichtung, für die Verbindlichkeit des Dritten persönlich einzustehen (§ 765 BGB.). Ein Versprechen dem Schuldner gegenüber ist keine Verbürgung

sondern eine Schulübernahme nach § 415 BGB. oder eine Garantieleistung. Die Bürgschaft erfordert einen Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger, in dem zum Ausdruck kommen muß, daß nicht ein bloßes Zahlungsverprechen vorliegt, sondern daß für die Verbindlichkeit eines Dritten, im Gegensatz zur bloß dinglichen Haftung mit einem Pfand oder zur Kautionsstellung (Warneyer Rspr. 09 Nr. 207), die persönliche Haftung für den Fall übernommen ist, daß dieser Dritte, der Hauptschuldner, seine Leistung nicht ordnungsmäßig bewirkt (RG. 59, 382; 57, 261). Genauereres hierüber unten Anm. 10. Über kumulative Schulübernahme unten Anm. 54, über den Unterschied der Bürgschaft vom Eintritt in einen Vertrag unten Anm. 55 und vom abstrakten Schulverprechen § 350 Anm. 11.

- a) **Die Bürgschaft setzt die Verbindlichkeit eines Dritten voraus**, die eine abstrakte nach §§ 780, 781 BGB., eine bedingte (FZB. 1911, 940⁴), eine mit einer verzögerlichen Einrede behaftete (RG. 68, 302) und selbst eine derart künftige sein kann, daß sie aus einem erst noch zwischen dem Dritten und dem Gläubiger zu schließenden Vertrag entstehen soll (RG. 56, 130; Warneyer Rspr. 1911 Nr. 428; FZB. 1912, 35²²; 1911, 940⁵). Es ist somit eine Verbürgung für alle gegenwärtigen und künftigen, irgend bestimm- baren Schulden eines Dritten möglich, die aus einer Geschäftsverbindung entstehen sollen (LZ. 1912, 72²⁹; Gruch. 54, 407); nicht aber ganz allgemein und unbegrenzt für alle irgend mögliche Ansprüche eines Gläubigers. Keine Verbürgung sondern eine Garantieleistung oder die Übernahme einer eigenen Verbindlichkeit liegt vor, wenn für die Sicherheit einer abgetretenen Forderung Gewähr geleistet (RG. 60, 371; 69, 416; §§ 438, 365 BGB.) oder Garantie für den richtigen Eingang einer Forderung oder die Zahlungsfähigkeit eines Dritten zugesagt wird (unten Anm. 65). Weitere Beispiele selbständiger Verpflichtungsübernahme s. Warneyer 2, 81, u. RGBl. 09, 87. Die Bürgschaft ist eine akzessorische Verbindlichkeit. Sie kann für sich allein weder abgetreten noch verpfändet oder gepfändet werden (RG. 33, 269; 15, 278; SeuffA. 65, 44; FZB. 09, 685⁸); sie geht vielmehr mit der Forderungsabtretung über, wenn nicht der Übergang deshalb ausgeschlossen ist, weil die Verbürgung erkennbar nur mit Rücksicht auf die Person des Gläubigers im Sinne des Ausschlusses der Abtretbarkeit erfolgt ist (§ 399 BGB.). Unter Umständen liegt aber in Abtretung der Bürgschaftsforderung zugleich die Abtretung der Hauptforderung (RG. 41, 172; 15, 278). Erfolgt die Hauptverbindlichkeit (unten Anm. 11), oder besteht sie nicht, oder ist sie nichtig (RG. 63, 145), so besteht auch keine Bürgschaft; es verhält sich wie bei der Vertragsstrafe und kann dann nur noch eine Garantieleistung in Frage kommen. Deshalb sind die verschiedenen in § 348 Anm. 3 u. 4 aufgeführten Ungültigkeitsgründe hier ebenfalls wichtig.

Der Bürgschaftsvertrag kann auch aus selbständigen Gründen ungültig sein; z. B. wenn die Bürgschaft nur zu dem Zweck eingegangen wurde, um dem Hauptschuldner Stundung zu verschaffen, der Gläubiger aber ohnehin schon verpflichtet war, die Stundung zu gewähren (§ 812 BGB.; FZB. 03 Beil. 106²³⁷). Auf den Bestand der Hauptverbindlichkeit kann diese Ungültigkeit zurückwirken; und sie wirkt zurück, wenn der Gläubiger z. B. nur unter der Bedingung der Bürgschaftsleistung Kredit gegeben hat. Es ist ferner an Anfechtung (unten Anm. 21), an Verstöße gegen die guten Sitten (OLG. Dresden SeuffA. 67, 1) usw. zu denken, wobei zu bemerken ist, daß die Verbürgung für den Kaufpreis von Möbeln, die für ein Bordell bestimmt sind, an sich noch nicht unsittlich ist (OLG. Hamburg HansGZ. 09 Beibl. 283; Erf. zu § 346 Anm. 13).

- b) **Die Bürgschaft besteht in der Übernahme der Verpflichtung, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.**

a) Die Fähigkeit zur Übernahme einer bürgschaftlichen Verpflichtung bildet die erste Voraussetzung. Der Minderjährige, der unter Vormundschaft oder elterlicher Gewalt steht, kann sich nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verbürgen (§§ 1643, 1822 Nr. 10; 1829 BGB.; RG. 63, 76) und zwar selbst, wenn die Verbürgung im Betriebe eines Erwerbsgeschäfts erfolgt, zu dessen selbständigem Betrieb der Minderjährige von Vormund und Vormundschaftsgericht ermächtigt ist (§ 112

§ 349.

Abf. 1 Satz 2 BGB.; § 1 Anm. 21). Auch wenn sie für ihren Ehemann ihr gehörige Papiere verpfändet, bedarf die minderjährige Ehefrau der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (OLG. Hamburg SeuffA. 63, 22). Die Ehefrau kann sich zwar ohne Zustimmung des Ehemannes rechtswirksam verbürgen (§ 1399 Abf. 1 BGB.; Allg. Einl. Anm. 38); allein der Ehemann braucht die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau während der Ehe nicht zu dulden; dem Bürgschaftsgläubiger haftet nur das vorbehaltenen Vermögen der Frau (§§ 1399 Abf. 2; 1412 Abf. 1 BGB.; Hallbauer BankA. 08, 308). Betreibt die Frau ein Handelsgewerbe, ist sie also Handelsfrau, so ist es für den Bürgschaftsgläubiger von erheblicher Bedeutung, ob der Gewerbebetrieb mit oder ohne Zustimmung des Ehemannes erfolgt; hierüber gelten die in der Allg. Einl. Anm. 43 ff. dargestellten Grundsätze. — Eine erteilte Vertretungsmacht muß sich darauf erstrecken, die Bürgschaftserklärung in der gesetzlichen Form abzugeben. Ist eine Vollmacht in diesem Sinne vorhanden, so kann der Bevollmächtigte auch entgegen dem ihm erteilten Auftrag seinen Vollmachtgeber verpflichten und selbst für seine eigene Schuld namens seines Vollmachtgebers, also zu dessen Ungunsten, die Verbürgung aussprechen. Der Gläubiger braucht sich um das Auftragsverhältnis nicht zu kümmern und nicht zu prüfen, ob die Verbürgung im Interesse des Vollmachtgebers lag; nur arglistiges Zusammenwirken macht die Bürgschaft unwirksam nach § 826 BGB. (RG. 71, 219; 58, 356; vgl. Erf. zu § 58 Anm. 11 a. E. und § 126 Anm. 15). Und der Unwirksamkeit steht es gleich, wenn der Gläubiger erkannt hat, daß die Verbürgung der Absicht des Vollmachtgebers widersprach; hier greift die Einrede der Arglist durch (§ 346 Anm. 21). Selbstverständlich kann der Bevollmächtigte sich für seinen Vollmachtgeber verbürgen, und dies ist der Fall, wenn er die Haftung neben diesem übernimmt (Ff. 04, 407¹⁴).

Anm. 6.

β) Die schriftliche Erteilung der Übernahme ist zur weiteren Voraussetzung in § 766 BGB. gemacht. Es ist nicht ein zweiseitiger schriftlicher Vertrag sondern ein Vertrag in der Form erforderlich, daß der Bürge seine Verbürgung schriftlich (§ 350 Anm. 4 u. 54 ff.) festlegt und dieses Schriftstück dem Gläubiger „erteilt“, d. h. ihm, wenn er anwesend ist, überreicht oder dem Gläubiger, wenn dieser abwesend ist, nach § 130 BGB. zugehen läßt (Erf. zu § 361 Anm. 4 ff.). In diesem Augenblick wird der Bürgschaftsvertrag wirksam; denn in der stillschweigenden Empfangnahme der Bürgschaftsurkunde und in jedem eine Annahme ausdrückenden Verhalten liegt die Annahmeerklärung (Erf. zu § 361 Anm. 66 ff.; RG. 62, 381; 61, 414; 57, 66; Ff. 06, 558²⁸). Diese Annahmeerklärung jedoch ist formlos gültig (RG. 62, 379; Ff. 06, 187¹, 714¹¹). Es genügt bloßes Vorzeigen der Urkunde so wenig wie die bloße Anzeige des Bürgen, daß er die Urkunde unterzeichnet habe. Daher kann nicht der Gläubiger von einem Dritten, der sich im Besitz der Bürgschaftsurkunde befindet, deren Herausgabe verlangen, noch darf sie der Dritte ohne Zustimmung des Bürgen herausgeben. Bevor die Urkunde nicht mit dem Willen des Bürgen in die Hand des Gläubigers gelangt ist, ist der Bürge nicht gebunden. Solange der Bürge die Bürgschaftsurkunde nicht in die Verfügungsgewalt des Gläubigers gebracht hat, kann er widerrufen, und gibt es weder eine Klage gegen den Bürgen selbst auf Herausgabe der Urkunde noch auch gegen den Willen des Bürgen eine Klage gegen einen Dritten, in dessen Besitz die Urkunde vor Vollendung des Bürgschaftsvertrags gekommen ist (LJ. 09, 391¹⁴). Bei Anbahnung außergerichtlicher Akorde (Erf. zu § 350) wird häufig eine für alle zustimmenden Gläubiger bestimmte Bürgschaftsurkunde dem Hauptschuldner ausgehändigt und von diesem den Gläubigern zur Erlangung ihrer Zustimmung vorgezeigt. Diese Verbürgung ist nur dann wirksam, wenn keine Schriftform nötig ist (unten Anm. 9). Wohl aber genügt es, daß der Bürge bei seiner dem Gläubiger gegenüber abzugebenden Erklärung auf die Bürgschaftsurkunde lediglich Bezug nimmt, wenn der Gläubiger die Urkunde in Besitz hat. Gläubiger und Bürge können nicht vereinbaren, daß eine für eine erloschene Bürgschaft ausgestellte, im Besitz des Gläubigers befindliche Urkunde als neue

Urkunde für eine andere Bürgschaft gelten solle (RG. 59, 42; Warnerer Rspr. 1910 Nr. 114). Wo Schriftform nötig ist, muß die Urkunde, wenn mehreren Gläubigern in einer Urkunde gebürgt werden soll, einem gemeinsamen Bevollmächtigten der Gläubiger ausgehändigt werden. Daß der Schuldner namens des Bürgen die Urkunde ausfolgt, ist nicht zu beanstanden. Denn es genügt, selbst wenn einem Dritten vom Bürgen die Urkunde zur Ausfolgung an einen Gläubiger, der erst noch zu suchen ist, und der seinen Namen erst in die Urkunde einsetzen soll, überlassen wird (RG. 62, 383; 61, 347; 57, 66; JW. 09, 389*; 06, 187¹; § 350 Anm. 5). Nur die Verbürgung bei einem Zwangsvergleich macht eine Ausnahme; hier genügt die Beurkundung zu Protokoll des Konkursgerichts, wenn der Gläubiger, der im Vorschlag als Vergleichsbürge genannt ist, für den Vergleich stimmt (RG. 64, 82). Natürlich genügt auch Verbürgung in der höheren Form des § 126 Abs. 3 BGB. (hierüber § 350 Anm. 67), so daß eine Ausfertigung der notariellen Bürgschaftsurkunde erteilt wird. Ferner sind für die Verbürgung, die nach den für die Zwangsversteigerung maßgebenden Prozeßgesetzen vom Steigerer verlangt wird, die Vorschriften dieser Gesetze maßgebend.

In welcher Weise die Erklärung schriftlich festgestellt werden muß, ob ein Vertreter die Urkunde zeichnen kann, und wie dies zu geschehen hat, von welcher Beschaffenheit die Urkunde sein muß, wie es sich mit Bedingung, Zeitbestimmung, Nebenabreden und Auslegung verhält, siehe § 350 Anm. 5 ff., 54 ff. Anm. 7.

Der Mangel der Form kann nicht geltend gemacht werden, wenn die Bürgschaftsverpflichtung erfüllt und, bei teilweiser Erfüllung, soweit sie erfüllt ist (§ 766 Satz 2 BGB.). Wann Erfüllung vorliegt, s. § 348 Anm. 28. Über die Folgen des Formmangels s. § 350 Anm. 81. Der Mangel der Form der persönlichen Bürgschaft berührt eine formell wirksame Pfandbestellung für eine fremde Schuld nicht (RG. 60, 263). Anm. 8.

Für den Handelsverkehr ist von dieser Formvorschrift eine Ausnahme gemacht, die weit enger ist als die des früheren BGB. Während nach diesem jede Bürgschaft, die auf einer Seite ein Handelsgeschäft war, von der Form befreit war (Art. 317, 277 BGB.), kann sich nach dem jetzigen BGB. nur der, auf dessen Seite die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist, ohne Beobachtung der Form gültig verbürgen, und auch dieser nur dann, wenn er ein Vollkaufmann ist (§§ 350, 351 BGB.). Der Minderkaufmann (§ 4) kann sich also nur schriftlich verbürgen. Verbürgen sich ein Vollkaufmann und ein Nichtkaufmann mündlich, so ist die Bürgschaft des Kaufmanns gültig; die des Nichtkaufmanns ungültig. Zahlt der erstere dem Gläubiger, so hat er keinen Rückgriff gegen den Nichtkaufmann. Ein Handelsgeschäft ist die Bürgschaft seitens des Bürgen dann, wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes sie erklärt hat (§ 343 BGB.). Das Gesetz hätte vielleicht noch genauer im § 350 sagen können: Wenn ein Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Bürgschaft übernimmt. Dafür, wann auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft vorliegt, d. h. wann der Fall vorliegt, daß ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes die Bürgschaft übernimmt, sind die §§ 343 (insbes. Anm. 21) und 344 mit den dort gegebenen Erläuterungen maßgebend (vgl. über die Formfrage Näheres § 350 Anm. 9). Anm. 9.

Unter diesen Voraussetzungen ist auch die mündliche Bürgschaft gültig. Hierfür genügt es auch, wenn die Bürgschaft dem Schuldner gegenüber erklärt, für den Gläubiger bestimmt und diesem mit dem Willen des Bürgen ausgerichtet ist (RG. 31, 266; vgl. oben Anm. 5 u. 6); der Bürge kann dann nicht einwenden, er habe seine Erklärung nicht in Verbürgungsabsicht abgegeben (§ 346 Anm. 6).

2) **Inhaltlich** ist für die Bürgschaftserklärung nicht etwa Ausdrücklichkeit der Erklärung vorgeschrieben (RDStG. 16, 412); obgleich allerdings eine stillschweigende, durch schlüssige Handlung betätigte Willenserklärung nicht genügt (RG. 64, 82). Es gelten auch hier die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen (§ 350 Anm. 7). Nicht einmal in einem Akte braucht sich die Bürgschaftserklärung abzuspielen (RG. 64, 82). Nicht die Bestellung einer Sicherungshypothek für eine fremde Schuld (RG. in BayZ. 1911, 310), wohl aber die Erklärung, die Schuld eines Dritten zahlen zu wollen (RG. Anm. 10.

§ 349.

Anm. 10.

71, 115; 63, 143), die Erklärung des Bevollmächtigten, er wolle neben seinem Vollmachtgeber haften (ZB. 04, 407¹⁴), und die Erklärung: „Wenn S. nicht zahlt, zahle ich“ (ZB. 09, 459¹⁴), oder die Zusicherung: „Schweigen Sie über die Tat meines Sohnes, Sie sollen nichts verlieren“ (Dresden DLGR. 18, 38; Erf. zu § 346 Anm. 17), oder die Erklärung: „Sie sollen nichts verlieren, ich komme persönlich für die Schuld auf“ (ZB. 1911, 581²¹), sind deutliche Verbürgungen. Die Erklärung: „ich werde Sorge tragen, daß Sie Ihr Geld erhalten“ oder „beruhigen Sie sich, Sie bekommen Ihr Geld, ich werde dafür sorgen“ besagt zunächst nichts weiter, als daß der Erklärende seinen Einfluß beim Hauptschuldner einsetzen wird. Wenn aber durch eine solche Erklärung jemand erst zur Kreditierung (RG. 31, 266; MDStG. 16, 412) oder ein Gläubiger zu einer seine Forderung beeinträchtigenden Maßregel bestimmt werden soll und bestimmt wird (RG. 58, 200; Volze 8 Nr. 528), oder wenn der Zusatz gemacht wird: „Sie dürfen nichts einbüßen“ (Warnher Rspr. 1911 Nr. 471), so legen diese besonderen Umstände die Erklärung doch in ein solches Licht, daß der Dritte sie nach Treu und Glauben als eine Verbürgung verstehen sollte und verstehen durfte; und dies entscheidet. Darüber, wie in der Bürgschaftsurkunde der Verbürgungswille, die Person des Gläubigers und die Schuld selbst erkennbar zu machen sind, über Nebenberedungen und Abänderungen s. § 350 Anm. 4 ff. — Ist ein Wechsel zugunsten des Gläubigers für dessen Forderung an den Hauptschuldner ausgestellt, akzeptiert, indossiert, oder von jemandem als Wechselbürge unterzeichnet (Giro, Abal), so wird damit nicht die Bürgschaftsform des § 766 BGB. ersetzt, sondern lediglich ein selbständiges, wechselmäßiges Versprechen gegeben (Art. 81 WD.; RG. 51, 113; 40, 58; ZB. 03 Beil. 43⁹⁴; 02 Beil. 231⁹⁷). Ebenso verhält es sich bei Mitunterzeichnung eines Wechsels (RG. 48, 152; 74, 352). Hieran ändert es auch nichts, wenn ein Vollkaufmann den Wechsel mitunterzeichnet hat, für diesen somit der Bürgschaftsform an sich genügt wäre; der Nichtkaufmann ist deshalb immer noch keine Verbürgung nach § 766 BGB. eingegangen. Es kann auch die Herausgabe des Wechsels nicht etwa deshalb verlangt werden, weil er auf Grund einer nur mündlichen Bürgschaft oder zum Zweck der Verbürgung gegeben ist (RG. 51, 110). Alle diese Verhältnisse beurteilen sich allein nach Wechselrecht; wobei allerdings nicht ausgeschlossen ist, daß der Angegriffene sich damit verteidigen kann, daß der Angreifer ihm das, was er nach Wechselrecht zu fordern habe, als Bürge wieder erstatten müsse; nicht aber kann umgekehrt der als Wechselschuldner haftbare Bürge einwenden, er könne nach Wechselrecht den Rückgriff gegen den Angreifer als Aussteller nehmen (Art. 82 WD.; vgl. RG. 65, 408). Neben der wechselrechtlichen Bindung kann auch eine bürgschaftliche Verpflichtung nach § 765 BGB. gewollt sein. Wer eine solch' weitergehende Absicht behauptet, hat sie zu beweisen (RG. 4, 10). Diese weitergehende Absicht ergibt sich noch nicht daraus, daß im Wechsel der Beweggrund zur Wechselzeichnung (z. B. Darlehensgewährung) erwähnt ist (ZB. 92, 464¹⁶), wohl aber daraus, daß ein eigener Wechsel vom Aussteller ausdrücklich als Schuldner, von einem anderen ausdrücklich als Bürge unterzeichnet und vom Remittenten angenommen ist (ZB. 85, 282⁴). Über den Wechselvorvertrag im Verhältnis zur Verbürgung s. DLG. Karlsruhe BadRpr. 07, 74. Wird dem Bankier für alle einem Dritten zu diskontierenden Wechsel Bürgschaft geleistet, so bezieht sich diese Verbürgung nicht auf andere Personen, welche dem Bankier infolge der Diskontierung wechselmäßig verpflichtet werden (RG. 60, 191).

Anm. 11. 3. **Der Umfang der Haftung des Bürgen** ist von dem Bestande der Hauptverbindlichkeit abhängig (oben Anm. 3). Hieraus ergibt sich folgendes: Wird die Bürgschaft für mehrere Personen übernommen, die als Gesamtschuldner haften sollen, so ist die Bürgschaft hinsichtlich, wenn eine dieser Personen überhaupt nicht Schuldner geworden ist (Stuttgart DLGR. 18, 38). Haben sich Gläubiger und Hauptschuldner geeinigt, daß der Hauptvertrag nicht zum Vollzug kommen soll, so sind die beiderseitigen Leistungen nach § 812 BGB. zurückzugeben; für diese Rückgabepflicht haftet der Bürge nicht, da er nur für die Hauptverbindlichkeit haftet und diese nicht durch Verschulden oder Verzug des Haupt-

schuldners (unten Anm. 12) verändert wurde (§ 326 BGB. 02 Beil. 235¹¹⁹). Ist die Hauptverbindlichkeit durch Zahlung, Erlaß oder Aufrechnung erloschen — das ist für den Sicherungskauf wegen der dort zu konstruierenden Aufrechnung von Belang; Erg. vor § 373 Anm. 51 —, so ist auch die Bürgschaft erloschen; ein Vorbehalt des Rechts gegen den Bürgen ist wirkungslos. Denn wenn er Wirkung hätte, würde der Bürge seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen und damit dessen Befreiung aufheben; dieses Ergebnis soll durch die Befreiung des Hauptschuldners aber gerade vermieden werden. Dieser Grundsatz gilt auch für den Gesamtbürgen trotz § 423 BGB.; denn auf seinen Rückgriff hat der Gesamtbürge nicht verzichtet. Durch die private Schuldübernahme erlischt die Bürgschaft, wenn nicht entweder der Gläubiger seine Zustimmung von der Einwilligung des Bürgen abhängig macht oder der Bürge von vornherein seine Einwilligung in die Fortdauer der Bürgschaft gibt, und dazu bedarf es dann nicht der Schriftform (RG. 70, 411). Nach der Schuldübernahme kann der Bürge nicht etwa durch Erteilung seiner Genehmigung die Fortdauer seiner Verbürgung bewirken (a. M. Dertmann § 418 Anm. 2); denn die Verbürgung ist kraft Gesetzes (§ 418 BGB.) bereits mit der Schuldübernahme erloschen; es muß von da an eine neue Verbürgung erfolgen. Auch wenn der Schuldgrund durch einen anderen ersetzt wird, erlischt die Bürgschaft (§ 326 BGB. 03 Beil. 96²¹⁹). Eine Schuldumwandlung dieser Art liegt jedoch nicht vor, wenn der Darlehnsgeber das Darlehn zur Deckung einer anderen Forderung im Einvernehmen mit dem Schuldner verwendet; dem Darlehnsbürgen steht hier § 607 Abs. 2 BGB. entgegen; denn es ist die andere schon bestehende Schuld in Wahrheit lediglich in eine Darlehnsschuld umgewandelt worden; für ein Darlehn aber hat er die Bürgschaft übernommen. Übrigen ist es im Falle des § 607 Abs. 2 BGB. auch möglich, daß nach dem Parteivillen die alte Verbindlichkeit nicht völlig erlöschen, sondern nur nach Darlehnsgrundsätzen behandelt werden soll (LZ. 1911, 217²⁰; § 326 BGB. 03 Beil. 96²¹⁹). Der unselbständige Charakter der Bürgschaft drückt § 767 BGB. deutlich dahin aus, daß für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist. Verpflichtet sich der Bürge zu mehr oder unter härteren Bedingungen als der Hauptschuldner, so handelt es sich insoweit nicht mehr um eine Verbürgung. Die Ansicht (Fuchs „Recht“ 1912, 13 ff.), daß der Erwerber eines Mietgrundstücks in die dem Vermieter gestellte Bürgschaft kraft §§ 571, 572 Satz 1 BGB. eintrete, erscheint bedenklich, wenn die Verbürgung gerade mit Rücksicht auf die Person des Vermieters erfolgte, was wohl häufig zutrifft.

- a) **Die Haftung des Bürgen verändert sich, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Ver-** Anm. 12.
schulden oder Verzug des Hauptschuldners verändert wird. Ändert sich die Hauptverbindlichkeit durch eine vom Hauptschuldner zu vertretende Unmöglichkeit oder dadurch, daß dem Schuldner, der die Gefahr trägt, die Leistung ohne sein Verschulden unmöglich wird oder dadurch, daß die Hauptverbindlichkeit sich in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung infolge Verzuges umwandelt (§ 326 BGB.), oder der Gläubiger nach § 326 BGB. zurücktritt, oder ergeben sich aus der Hauptverbindlichkeit Gewährleistungsansprüche (z. B. wegen arglistigen Verschweigens; a. M. Dresden DLGR. 18, 42), oder gehen diese infolge gesetzlicher Vorschrift wieder verloren (z. B. weil der Hauptschuldner die Kaufsache in Kenntnis der Mängel angenommen hat), so muß der Bürge dafür nach dem Grundsatz einstehen, daß der Bürge für alle Erweiterungen und Änderungen der Hauptverbindlichkeit haften muß, die sich nach Rechtsgrundsätzen aus der Hauptverbindlichkeit entwickeln. Diese Haftung erstreckt sich auch auf die dem Gläubiger vom Schuldner zu erstattenden Kosten der Kündigung, sei es auch einer solchen nach § 19 R.D. (Karlsruhe BadRpr. 08, 91) und auf die Kosten der Rechtsverfolgung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner wegen der Hauptschuld, und dazu können sehr wohl auch die Kosten eines Interventionsprozesses gehören (a. M. LG. Hamburg HansGZ. 08 Beibl. 279). Diese von § 767 Abs. 2 BGB. umfaßten Kosten sind Nebenforderungen nach § 4 BPD. (RG. 56, 109). Ferner hat der Bürge die Verzugs- und Prozeßzinsen und die bis zur Zahlung laufenden Vertragszinsen zu tragen, wenn er die Verzinslichkeit gekannt und

§ 349.
Anm. 11.

§ 349. keinen Vorbehalt gemacht hat (R.D.G. 10, 52; O.G. Braunschweig Zeuffl. 67, 9). Kennenmüssen genügt schon, weil es sich um Auslegung des Verbürgungswillens handelt. Ebenso ist es Tatfrage, ob der Bürge die Haftung für rückständige Zinsen übernehmen wollte; daselbe gilt von Vertragsstrafen und Provisionsansprüchen (J.W. 1912, 343⁷). Durch den Konkurs des Hauptschuldners wird die Bürgschaft für eine befristete Forderung nicht fällig; sie wird nur wie eine fällige behandelt (Jaeger § 64 Anm. 4). Den Konkursverwalter kann der Bürge nach § 82 R.D. für Erfüllung seiner Pflichten verantwortlich machen (R.G. 74, 258).

Anm. 13. Die Verpflichtung des Bürgen darf nicht erweitert, d. h. lästiger werden durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Verbürgung vornimmt (§ 767 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). Vgl. die entsprechende Vorschrift bei der Pfandbestellung in Anm. 32 zu § 368. Eine solche Erweiterung liegt in der nachträglichen Vereinbarung der Verzinslichkeit, in einer Vertragsstrafe, in einem Anerkenntnis (jedoch unten Anm. 31), einer Schuldumwandlung, im Verzicht auf Einreden (unten Anm. 14). Sie liegt nicht in der Vereinbarung eines andern Leistungsortes, eines früheren Leistungstermins, wenn dies dem Bürgen günstig ist, und überhaupt nicht in einer dem Bürgen vorteilhaften Änderung der Hauptschuld, z. B. wenn der Verkäufer die gelieferte mangelhafte Maschine ohne Preiserhöhung durch eine bessere ersetzt (R.G. 53, 357), oder wenn der Hauptschuldner einen angemessenen Vergleich abschließt. Wohl aber wird durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner mit dem Gläubiger abschließt, die Verpflichtung des Bürgen verringert, wenn diejenige des Hauptschuldners verringert wird. Verzichtet z. B. der Gläubiger auf Zinsen oder Strafe, oder bewilligt er dem Hauptschuldner Stundung oder Erlass, so kommt dies alles auch dem Bürgen zugute, und zwar selbst dann, wenn die Verbürgung in Wechselform erfolgte (Erf. zu § 350 Anm. 8; vgl. R.G. 45, 70). Darüber, wie es sich verhält, wenn die Verhältnisse des Hauptschuldners sich während der Stundung verschlechtern, siehe unten Anm. 33 ff. Der Bürge kann nicht einmal von der Stundung ausgeschlossen werden (R.G. 56, 310); wäre ohne seinen Ausschluß von der Stundung diese nicht bewilligt worden, so ist die ganze Stundung als auf rechtlich Unmögliches gerichtet hinfällig. Der Bürge braucht sich aber die Stundung nicht gefallen zu lassen, wenn er schlechter gestellt würde (R.G. 59, 229). Die im Stundungsfall weiterlaufenden Zinsen treffen auch den Bürgen, soweit sie die Höhe der Verzugszinsen nicht übersteigen; denn in dieser Höhe würden sie den Bürgen auch ohne die Stundung treffen (vgl. unten Anm. 33); beim Bürgen auf Zeit liegt die Sache anders (unten Anm. 26 ff.).

Alles dies gilt auch für den selbstschuldnerischen Bürgen. Insbesondere haftet er auch für die Kosten der Rechtsverfolgung; denn der Gläubiger hat nur ein Recht, keine Pflicht, von der Vorausverfolgung des Hauptschuldners Abstand zu nehmen.

Anm. 14. b) Der Bürge kann **alle Einreden** erheben, die dem Hauptschuldner zustehen, auch wenn sie erst nach der Verbürgung entstanden sind (§ 768 Abs. 1 B.G.B.), obgleich der Bürge den Vorbehalt einer dem Schuldner zustehenden Vertragsstrafe nicht wirksam erklären kann (§ 348 Anm. 22). Auf alle Arten der Erlöschung der Hauptschuld kann sich der Bürge berufen, selbst auf Zufall, wenn er nicht den Umstand, der für den Schuldner ein Zufall ist, schuldhaft herbeigeführt hat. Dies ergibt sich daraus, daß der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit auch das Maß der Haftung des Bürgen bestimmt, wobei zu beachten ist, daß das schriftliche Schuldbekenntnis des Hauptschuldners auch gegen den Bürgen wirkt (Warneher Mpr. 1912 Nr. 161). Der Bürge kann also die Einrede des nichterfüllten Vertrags, der Stundung (oben Anm. 13) usw., geltend machen und auch die Fälligkeit im Wege der Einrede bestreiten, selbst wenn der Gläubiger vom Hauptschuldner eine vollstreckbare notarielle Urkunde nach §§ 794 Nr. 5, 797 Abs. 4 Z.P.D. besitzt (J.W. 1911, 277⁴). Es schadet ihm ein Verzicht des Hauptschuldners auf diese Rechte nicht (§ 768 Abs. 2 B.G.B.), soweit nicht auf ein Recht des Hauptschuldners verzichtet wird, das der Bürge überhaupt nicht geltend machen kann. Man kann diese letzteren, dem Hauptschuldner ausschließlich zustehenden Rechte zwar nicht Rechte nennen, die dem Haupt-

schuldner nur für seine Person gebühren; denn das BGB. hat diesen Unterschied aufgegeben (Mot. II, 662). Man muß sich daher dahin ausdrücken: Der Bürge kann nicht an Stelle des Hauptschuldners diejenigen Verfügungen treffen, die von einer einseitigen Erklärung des Schuldners abhängen (Mot. II, 663); hieher gehört die Ausübung des Wahlrechts bei einer Wahlschuld (§ 262 BGB.), bei Anrechnung von Zahlungen des Hauptschuldners (§ 366 Abs. 1 BGB.; a. M. Pringsheim bei Gruch. 53, 13) und in den Fällen, in denen der Hauptschuldner von §§ 325, 326 BGB. Gebrauch machen darf (unten Anm. 18). Hinsichtlich der Aufrechnung, der Anfechtung und der Gewährleistung gilt Besonderes (unten Anm. 16, 17, 19). Der Grundsatz, daß der Bürge sich aller Einreden des Hauptschuldners bedienen kann, ist nach Mot. II, 662 so wesentlich, daß ein Verzicht des Bürgen auf irgendeine Einrede das Zahlungsversprechen des Bürgen zu einem einfachen Schuldversprechen machen soll; es soll dann keine Bürgschaft mehr sein. Allein ein Verzicht auf eine bloß verzögerliche Einrede kann doch wohl diese Wirkung nicht haben (Dernburg II 2 § 287 III). Selbst nach rechtskräftiger Verurteilung des Hauptschuldners kann der Bürge dem Gläubiger den Bestand der Hauptschuld bestreiten und eine Einrede (z. B. die Einrede der Zahlung) vorbringen, mit der der Hauptschuldner unterlegen ist; der Bürge hat zum Nachweis einer erfolgten Zahlung das Recht auf Vorlegung der Bücher des Gläubigers nach § 810 BGB. (RG. 56, 109; 66, 332; JW. 09, 419²³). Sind Hauptschuldner und Bürge zusammen verklagt, oder klagen sie gemeinsam, so sind sie Streitgenossen nicht nach § 62 ZPO., sondern nach §§ 59f. ZPO. (JW. 03, 149¹; 91, 118²; Gruch. 38, 1203). Daher steht dem Bürgen auch die Einrede der Rechtshängigkeit aus dem Prozeß zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nicht zu; denn das gegen den Hauptschuldner ergangene Urteil wirkt nach § 325 ZPO. nicht gegen den Bürgen. Dasselbe gilt vom Prozeßvergleich (v. Staudinger § 767 Nr. 6). Wohl aber wirkt die Abweisung der Klage, die gegen den Hauptschuldner erhoben war, auch zu Gunsten des Bürgen, während das obliegende Urteil des Bürgen dem Hauptschuldner nichts nützt. Auch die Einrede der Verjährung steht dem Bürgen zu, und zwar dem Bürgen eines offenen Handelsgesellschafters die kurze Verjährung des § 159 HGB. (Völke II Nr. 453). Ein Verzicht des Hauptschuldners auf die Verjährung schadet dem Bürgen nicht (RG. 34, 158; 8, 264). Haben Gläubiger und Schuldner durch nachträgliche Vereinbarung den Zahlungstermin hinausgeschoben, so wird dadurch wohl die Verjährung gegen den Hauptschuldner hinausgeschoben, nicht aber gegenüber dem Bürgen (vgl. RG. 59, 229). Ist die Verjährung durch Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger nachträglich verkürzt, so kann sich der Bürge, wenn die Hauptschuld verjährt ist, darauf wegen der Unselbständigkeit der Bürgschaft berufen. Die gegenüber dem Hauptschuldner erfolgte Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung wirkt nicht gegen den Bürgen und noch weniger die dem Bürgen gegenüber erfolgte Hemmung oder Unterbrechung gegen den Hauptschuldner (Mot. I, 312; II, 663; RG. in Ceuffl. 62, 135; vgl. § 425 Abs. 2 BGB.; Dertmann § 768 Anm. 2); der Bürge kann sich also der Verjährungseinrede des Hauptschuldners bedienen, obgleich ihm selbst gegenüber die Verjährung unterbrochen worden sein mag. Ein gegen den Hauptschuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil erstreckt die Verjährung gegen den Bürgen selbst dann nicht nach § 218 BGB. auf 30 Jahre, wenn aus besonderen Gründen etwa die gegen den Hauptschuldner festgestellte Forderung auch dem Bürgen gegenüber als festgestellt anzusehen ist, der Bürge aber nicht Partei war; Satz 1 des § 767 BGB. steht nicht entgegen. Dies alles gilt auch vom selbstschuldnerischen Bürgen (unten Anm. 23). Diese Regeln haben jedoch Ausnahmen.

- α) Stirbt der Hauptschuldner, so kann der Bürge nicht einwenden, daß der Erbe nur beschränkt haftet (§ 768 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Das könnte er nur, wenn er die Bürgschaft für eine Schuld übernommen hatte, die zur Zeit der Verbürgung bereits Nachlassschuld war. Wird der Hauptschuldner vom Bürgen oder dieser vom Hauptschuldner geerbt, so geht die Bürgschaft nicht unter; der als Bürge in Anspruch genommene Erbe des Hauptschuldners kann von der beschränkten Erbenhaftung keinen Gebrauch machen Anm. 15.

§ 349.

(RG. 76, 57); die bestellte Sicherheit und eine Nachbürgschaft bleiben bestehen (Mot. II, 678; Prot. 480). Beerben Bürge und Gläubiger den Hauptschuldner, so muß auch hier der Bürge als solcher zahlen; da er aber dann in die Rechte des Gläubigers eintritt (unten Anm. 43 ff.), muß ihm der Gläubiger als Erbe des Schuldners in Höhe des Erbteils, jedoch mit den Kräften des Nachlasses, Ersatz leisten (RG. 76, 57). Beerbt der Bürge den Gläubiger oder der Gläubiger den Bürgen, so erlischt die Bürgschaft. Stirbt der Bürge, so haften seine Erben bei der Kreditbürgschaft auch für die später vom Hauptschuldner aufgenommenen Gelder (RDStG. 11, 4).

Anm. 16.

β) Aufrechnen kann der Bürge nur mit eigenen Gegenforderungen; und zwar kann er dies, mit der Wirkung des Rechtsübergangs nach § 774 BGB., noch ehe ihn der Gläubiger in Anspruch genommen hat, und selbst wenn der Gläubiger in Konkurs geraten ist (RG. 53, 403; Jaeger § 53 Anm. 10). Klagt der Gläubiger gegen den Bürgen eine Teilforderung ein, so kann er den aufrechnenden Bürgen nicht auf den nicht eingeklagten Teil verweisen (RG. 66, 269). Gegenforderungen des Hauptschuldners darf der Bürge nicht zur Aufrechnung verwenden. Hat aber zwischen Gläubiger und Hauptschuldner eine Aufrechnung stattgefunden, so nützt sie auch dem Bürgen, weil insoweit die Hauptschuld erfüllt ist (RG. 59, 210). Hat noch keine Aufrechnung seitens des Hauptschuldners stattgefunden, so darf der Bürge die Befriedigung verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann (§ 770 Abs. 2 BGB., vgl. § 129 Anm. 10). Nach dem Wortlaut des § 770 Abs. 2 BGB. wäre dieses Weigerungsrecht nicht zu gewähren, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt ist, die Aufrechnung aber noch nicht erklärt hat; allein die daraus sich ergebende Unbilligkeit liegt nicht im Geist des Gesetzes (Prot. II 471); deshalb ist das Weigerungsrecht dem Bürgen auch dann zuzusprechen, wenn der Hauptschuldner eine aufrechnungsfähige Gegenforderung hat (vgl. RG. 59, 207; a. M. v. Staubinger § 770 1b). Dieses Weigerungsrecht fällt weg, sobald eine Aufrechnung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nicht möglich ist; also wenn der Hauptschuldner von vornherein Barzahlung trotz seiner Gegenforderung versprochen, auf die Aufrechnung verzichtet hat, mit seiner Aufrechnungseinrede rechtskräftig unterlegen ist (RG. 66, 333), oder wegen Ungleichartigkeit nicht aufrechnen kann (RG. 52, 303), oder infolge eines nachträglichen Rechtsgeschäfts mit dem Gläubiger seine Gegenforderung verloren hat. Ein solcher Verlust fällt auch nicht unter den Begriff der Erweiterung der Hauptverbindlichkeit (RG. 62, 54; JW. 09, 460¹⁷); handelt es sich um die Aufrechnung aus demselben Rechtsgeschäft, so können die Grundsätze von Treu und Glauben zu einem anderen Ergebnis führen (vgl. RG. 62, 55).

Anm. 17.

γ) Ein Anfechtungsrecht des Hauptschuldners aus §§ 119, 123 BGB. gewährt dem Bürgen gleichfalls nur ein Recht, die Befriedigung zu verweigern, solange der Hauptschuldner nicht etwa durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gläubiger seinen Anfechtungsanspruch verloren hat (§ 770 BGB.; RG. 62, 54; JW. 09, 460¹⁷; vgl. § 129 Anm. 9). Der Bürge muß sogar auf Verlangen des Hauptschuldners mit der Erfüllung einhalten, wenn er verständigertweise annehmen muß, er werde sonst dem Hauptschuldner Einwendungen entziehen (RG. 59, 210). Dieses Weigerungsrecht fällt weg, wenn das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners durch Zeitablauf erloschen oder rechtskräftig verneint ist. Selbständige Anfechtung auf Grund eines in der Person des Hauptschuldners entstandenen Anfechtungsanspruchs ist dem Bürgen verweigert. Handelt es sich nicht um Anfechtung, sondern um eine dem Gläubiger vorzuwerfende unerlaubte Handlung (§§ 823, 826 BGB.), so findet die Beschränkung des § 770 BGB. keine Anwendung; der Bürge hat die Einrede des Hauptschuldners.

Anm. 18.

δ) Die Rechte aus einem Leistungsverzug des Gegners des Hauptschuldners kann der Bürge nicht geltend machen; er muß sich die vom Hauptschuldner nach § 326 BGB. getroffene Wahl gefallen lassen, kann auch nicht einwenden, daß der Hauptschuldner von § 326 BGB. Gebrauch machen könne; denn solche einseitige Erklärungen

stehen dem Hauptschuldner allein zu (oben Anm. 14; Crome III, § 296 2 c a). Hat der Hauptschuldner aber den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung beansprucht, so kommt dies dem Bürgen zugute; von diesem Gesichtspunkt aus kann er dem Gläubiger auch den Verfall einer Vertragsstrafe entgegenhalten (RG. 53, 357). Daß der Bürge nicht aufrechnen kann (oben Anm. 16), kommt hier nicht in Betracht (a. M. Planck § 768 Bem. 1). Es hat sich vielmehr, wenn der Hauptschuldner nach § 326 BGB. Schadensersatz mit Recht begehrt, das ganze Rechtsverhältnis umgewandelt. Auch die Einrede des nichterfüllten Vertrags und das sich hieraus ergebende Zurückbehaltungsrecht kann dem Bürgen nicht ver sagt werden.

- e) Bei den Gewährleistungsansprüchen, die dem Hauptschuldner zustehen, ist zu **Anm. 19.** unterscheiden: Der Wandelungseinrede kann sich der Bürge in demselben Umfang bedienen wie der Anfechtungseinrede des Hauptschuldners (oben Anm. 17). Er kann also die Befriedigung verweigern, solange der Hauptschuldner das Recht der Wandelung nicht verloren hat. Aber der Bürge kann nicht selbständig über den Inhalt der Hauptverbindlichkeit verfügen, um diese zu Fall zu bringen (RG. 66, 334). Will also der Hauptschuldner die Sache behalten und nicht wandeln, so kann auch der Bürge nicht wandeln; es wäre denn, daß zwischen Gläubiger und Schuldner ein arglistiges Zusammenwirken stattfindet, um den Bürgen zahlen zu lassen; dann hat der Bürge die Einrede der Arglist gegen den Einwand, daß der Hauptschuldner nicht wandeln wolle. Siegt der Bürge mit seiner Einrede, so wird der Vertrag nur ihm gegenüber gewandelt, nicht gegenüber dem Hauptschuldner. Hat der Hauptschuldner die Wandelung oder die Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Lieferung mangelfreier Sache gewählt, so muß sich der Bürge dabei beruhigen. Hat sich der Gläubiger mit dem Hauptschuldner geeinigt, daß Minderung stattfinden soll, so kann der Bürge den Kaufpreis insoweit verweigern, als der Käufer bei gemäß § 472 BGB. vorgenommener Minderung von der Zahlung des Preises befreit würde; denn zu seinem Nachteil kann nicht verfügt werden (Hamburg OLG. 18, 43; oben Anm. 13). Hinsichtlich der Minderung besteht eine Besonderheit. Ist die Kaufpreisforderung verjährt, hat sich aber der Hauptschuldner oder der Bürge, der dazu gleichfalls als berechtigt anzusehen ist, die Einrede der Kaufpreisminderung nach § 478 Abs. 1 BGB. gewahrt, so kann er dieses Recht auch dann für seine Person geltend machen, wenn es der Hauptschuldner nicht geltend machen will oder nicht geltend machen kann (RG. 66, 335). Dasselbe gilt, wenn der Hauptschuldner aus einem anderen Grunde als infolge Verjährung, z. B. infolge rechtskräftiger Abkennung der Wandelungsklage, das Recht auf Wandelung verloren hat (oben Anm. 14); der Bürge hat immer noch die Minderungseinrede als selbständige Einrede und nur diese (Dernburg II 2 § 287 IV). Dagegen wollen auch die Wandelungseinrede dem Bürgen als selbständige Einrede geben: v. Staudinger § 770 Ziff. 3, Düringer-Sachsenburg § 349 Anm. 25 und Friedental ZB. 08, 132.
- ζ) Auf einen Zwangsvergleich kann sich der Bürge nicht berufen (§ 193 R.D.). **Anm. 20.** Nach rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsvergleichs kann der Bürge seine im Zwangsvergleichstermine abgegebene vorbehaltlose Bürgschaftserklärung nicht wegen Irrtums oder deshalb anfechten, weil der Zwangsvergleich mangels der gesetzlichen Voraussetzungen nicht hätte bestätigt werden sollen (ZB. 04, 298²⁸); er hat nur die Restitutionsklage gegen die Feststellung der Konkursforderung in entsprechender Anwendung des § 580 ZPO. (RG. 37, 386). Über die Verkürzung bei einem außergerichtlichen Arrangement s. Ergf. zu § 350 Anm. 8, 22 u. 23.
- η) Der Bürge **hat auch noch die Einwendungen**, welche ihm persönlich gegen den **Anm. 21.** Gläubiger zustehen, z. B. den Einwand der Aufrechnung mit einer eigenen Gegenforderung (oben Anm. 16), den Einwand des Erlasses, der Stundung der Bürgschaftsverbindlichkeit, der privaten Schulübernahme (oben Anm. 11 f.), das Recht der Verweisung auf ein Pfand oder Zurückbehaltungsrecht (§ 777 ZPO.; s. § 368 Anm. 86). Der Bürge kann den

§ 349. Bürgschaftsvertrag wegen Irrtums anfechten, wenn er irrtümlich angenommen hat, es sei dem Gläubiger vom Hauptschuldner ein Pfandrecht bestellt (RG. 75, 271); nicht aber kann er anfechten, weil er sich über die Rückbarkeit der Hauptschuld geirrt hat (ZB. 03 Beil. 106²³⁷). Auch andere Einwendungen sind denkbar (hierüber oben Anm. 4). Über die Einreden des Verpfänders s. unten Anm. 50 und § 368 Anm. 33. Sehr häufig wird die Bürgschaft inhaltlich begrenzt, insbesondere dahin, daß man nur bis zu einem bestimmten Betrage haften will (unten Anm. 32). Der Bürge haftet in solchem Falle für die ganze Schuld, jedoch nur bis zu einem bestimmten Betrage. Er wird von seiner Bürgschaftsschuld befreit, wenn er diesen Betrag zahlt, aber nicht dadurch, daß der Schuldner ihn zahlt; denn dann haftet der Bürge immer noch für den unbezahlten Rest der Hauptschuld, da er ja, wenn auch nur bis zu einem bestimmten Betrage, für die ganze Schuld haftet. Zahlt ein solcher Bürge den ganzen Betrag, für welchen er haftet, erst nach der Konkursöffnung, so kann der Gläubiger gleichwohl die ganze Hauptforderung im Konkurs des Gemeinschuldners anmelden (§ 68 R.D.; RG. 9, 27 u. 77; 14, 172; Volze 11 Nr. 938), und neben ihm kann der Bürge seine Rückgriffsforderung nicht anmelden (RG. 42, 35; ZB. 00, 184¹¹; 03, 245²⁸; unten Anm. 45, 47, 48). Anders, wenn der Bürge vor der Konkursöffnung zahlt; für den gezahlten Betrag ist der Gläubiger vom Konkurs ausgeschlossen, da er nur den bei der Konkursöffnung noch ausstehenden Betrag anmelden kann (§§ 3, 68 R.D.; ZB. 97, 400⁵). Will sich der Gläubiger trotz der Zahlung des Bürgen volle Teilnahme am Konkurs sichern, so muß er dies in der Weise vereinbaren, daß er berechtigt sein soll, etwaige vom Bürgen bezahlte Beträge als Abtretung zu behandeln und nicht als Zahlung anzurechnen. Derartige Vereinbarungen finden sich in Bankkreditverträgen häufig; § 64 R.D. steht nicht entgegen, da dieser eine vom Gemeinschuldner gestellte Sicherheit voraussetzt.

Anm. 22. d) Außerdem aber hat der Bürge regelmäßig noch den Einwand der Vorausklage, deren Zulässigkeit sich nach dem für die Bürgschaftsübernahme, nicht nach dem für die Hauptverbindlichkeit maßgebenden Recht beurteilt (RG. 9, 188). Der Bürge haftet regelmäßig nur an zweiter Stelle (§§ 771—773 BGB.).

a) Der Gläubiger hat hiernach regelmäßig die Verpflichtung, zunächst gegen den Hauptschuldner vorzugehen. Dies muß durch Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Hauptschuldners an dessen Wohnsitz oder am Ort der gewerblichen Niederlassung geschehen (und zwar wegen der verbürgten Forderung; LZ. 1910, 396¹⁶), außerdem aber auch durch Geltendmachung der ihm an den beweglichen Sachen des Hauptschuldners zustehenden Pfand- und Sicherungsrechte. Zwangsvollstreckung in Forderungen (OLGR. 18, 41), in das unbewegliche Vermögen und Geltendmachung von Sicherungsrechten, die dem Gläubiger an unbeweglichen Sachen zustehen, ist nicht nötig. (Der Einwand, der Hauptschuldner habe an anderen Orten bewegliches Vermögen, oder er sei nach vergeblicher Pfändung wieder zu Vermögen gekommen, ist unbeachtlich). Erst dann, wenn diese Vollstreckung ohne Erfolg geblieben ist, kann der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nehmen. Doch gewährt ihm das Gesetz hierbei einige Erleichterungen. Ganz frei stellt das Gesetz den Gläubiger, wenn die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist (unten Anm. 24) oder die Erfolglosigkeit der Vollstreckung anzunehmen ist. Die hierher gehörigen §§ 772, 773 BGB. lauten:

§ 772. Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte versucht werden.

Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden.

§ 773. Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen:

§ 349.

1. wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als **Selbstschuldner** verbürgt hat;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist;
4. wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.

In den Fällen der Nr. 3, 4 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat; die Vorschrift des § 772 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung.

Dazu ist zu bemerken: Im Falle des § 773 Nr. 3 BGB. muß sich der Gläubiger den Einwand gefallen lassen, daß das Konkursverfahren aufgehoben und der Schuldner wieder zu Vermögen gekommen ist. Geht im Falle des § 772 Abs. 2 BGB. das Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht verloren, weil der Gläubiger die Sachen schlecht aufbewahrt hat, so muß der Bürge beweisen, welche Kontrollmaßnahmen der Gläubiger veräußert hat, ob diese ihm anzunehmen waren, und daß diese Nachlässigkeit mit dem Abhandenkommen in ursächlichem Zusammenhange steht.

- b) Der Gläubiger hat nicht die Verpflichtung, zunächst gegen den **Selbstschuldner** vorzugehen oder die Nutzlosigkeit dieses Versuchs zu beweisen, wenn der Bürge sich als **Selbstschuldner** verbürgt hat. Die selbstschuldnerische Übernahme der Bürgschaft bedeutet eben den Verzicht auf die Vorausklage, so daß nicht eingewendet werden kann, eine alsbald nach der Fälligkeit vorgenommene Rechtsverfolgung hätte zur Befriedigung geführt. Im übrigen bleibt sie eine Bürgschaft, so daß sie ebenso wie der Verzicht auf die Vorausklage der Formvorschrift des § 766 BGB. unterliegt (§ 350 Anm. 4); sie behält insbesondere den unselbständigen Charakter, so daß eine Abtretung der Forderung gegen den selbstschuldnerischen Bürgen ohne Abtretung der Hauptforderung nicht möglich ist (RG. 15, 281; es steht RG. 32, 314 nicht entgegen). Der selbstschuldnerische Bürge haftet in demselben Maße, wie der Hauptschuldner (insbesondere auch für die Kosten der gegen den Hauptschuldner gerichteten Rechtsverfolgung, oben Anm. 12), und kann er sich derselben Einwendungen bedienen, wie dieser (oben Anm. 11 ff.), mit Ausnahme der Einrede der Vorausklage. Doch kann auch er die Zahlung von Herausgabe der Hauptschuldurkunde abhängig machen (JW. 86, 170²⁸) und eine Mitteilung des Gläubigers verlangen, daß der Hauptschuldner nicht zahlt, und daß er als Bürge daher in Anspruch genommen werde; andernfalls hat der Bürge zur Klage keine Veranlassung gegeben (§ 93 BPD.). Der Bürge kann aber keine Nachricht von dem Versteigerungstermin verlangen, um etwa mitbieten zu können (unten Anm. 33). Der Wechselschuldner kann sich der Einrede der Vorausklage nur bedienen, wenn er nachweist, daß die Wechselform vereinbarungsgemäß keine Bedeutung haben sollte (RG. 48, 156).

Hier setzt unser § 349 BGB. ein. Er bestimmt, daß, wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist, die Einrede der Vorausklage ihm nicht zusteht; es sei denn, daß der Bürge nur Minderkaufmann wäre (§ 351; vgl. JW. 06, 691¹⁵). Anders ausgedrückt: Der Vollkaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes eine Bürgschaft übernimmt, ist selbstschuldnerischer Bürge. Dafür, wann die Bürgschaft auf seiten des Bürgen ein Handelsgeschäft ist, d. h. wann die Übernahme einer Bürgschaft durch einen Vollkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorliegt, ist maßgebend § 343 mit den dort auseinandergelegten Anschauungen über die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe, ferner § 344 mit den dort aufgestellten beiden Vermutungen, auch § 5, und zwar hier in doppelter Hinsicht, einmal nach der Richtung, daß der Eingetragene nicht einwenden kann, sein Gewerbe sei kein Handelsgewerbe, und zweitens nach der Richtung, daß der Eingetragene nicht einwenden kann, sein Gewerbe sei kein Vollhandelsgewerbe. Dem Einwande gegenüber, der Eingetragene betreibe überhaupt

§ 349.

kein Gewerbe, greift wiederum auch hier § 15 Plaß. Wenn z. B. jemand, der überhaupt kein Gewerbe betreibt, dessen Firma aber noch eingetragen ist, sich verbürgt, so hat er den Einwand der Vorausklage nicht. Denn gegen ihn greift § 15 Plaß, und seine Geschäfte gelten als Handelsgeschäfte; es sei denn, daß der Dritte wußte, daß der Bürge weder Kaufmann sei, noch als solcher gelten wolle. Oder: Wenn ein ins Handelsregister eingetragener Minderkaufmann sich schriftlich verbürgt, so ist er selbstschuldnerischer Bürge; denn daß er nur Minderkaufmann ist, kann er wegen § 5 nicht einwenden, und wegen § 344 Abs. 2 wird die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe kraft Gesetzes angenommen. Auch wer sonst im Rechtsverkehr als Vollkaufmann auftritt, muß sich als Kaufmann behandeln lassen und kann, wenn er hierbei sich verbürgt, den Einwand der Vorausklage nicht erheben (Erf. zu § 5).

Anm. 25.

Selbstverständlich ist, daß auch der Vollkaufmann sich die Einrede der Vorausklage ausbedingen und nur mit dieser Maßgabe die Bürgschaft übernehmen kann. Das muß dann aber besonders geschehen. Die Einrede geht auf dieselbe Weise verloren wie die dem Nichtkaufmann zustehende Einrede (oben Anm. 22); denn es ist Parteiwille, daß alle aussichtslosen Schritte gegen den Hauptschuldner unterbleiben. Wird dem Gläubiger nur für den Fall Zahlung versprochen, daß er den Schuldner vergeblich ausgeklagt hat, oder nur für den Fall des Unvermögens des Hauptschuldners, oder nur für den Ausfall, den er erleidet (z. B. durch die Erklärung: „ich garantiere Ihnen, daß Sie an X. nichts verlieren, ich kenne ihn zu genau“), so wird durch eine solche Schadlos- oder Ausfallbürgschaft das Schuldverhältnis von vornherein dadurch bedingt, daß die Ausklagung des Hauptschuldners keine volle Befriedigung bringt. Die Ausfallbürgschaft ist daher kein Garantievertrag sondern eine besondere Bürgschaftsart (RG. 69, 416; a. M. Cosack BGB. I § 158 VII 2). Sie läßt einen aufschiebend bedingten, im Konkurs des Bürgen zu berücksichtigenden und auch vom Vermögensübernehmer des Ausfallbürgen (RG. 69, 416) zu deckenden Anspruch entstehen (§ 158 Abs. 1 BGB.), der von dem ziffermäßig nachzuweisenden Verlust des Gläubigers abhängig ist; der Gläubiger muß also bei der Kontokorrentausfallbürgschaft die Zeit der Saldoziehung herankommen lassen, den Hauptschuldner ausklagen und die Erledigung des Konkurses des Hauptschuldners abwarten (RDStG. 13, 175; RG. in SeuffA. 51 Nr. 178); es sei denn, daß der Gläubiger seinen Mindestausfall schon vorher außer Zweifel setzen kann (RG. 75, 186). Hat der Gläubiger bei der Vollstreckung gegen den Hauptschuldner einen Gegenstand ersteigert und mit Gewinn weiterverkauft, so braucht er sich diesen Gewinn nicht abziehen zu lassen (s. § 347 Anm. 25). Bei alledem ist zu beachten, daß das Versprechen der Schadloshaltung allein nicht entscheidet; es kann in dem Versprechen liegen: eine Verbürgung, eine kumulative Schuldübernahme, eine Garantie (z. B. beim Versprechen für eine etwaige Vertragsverletzung eines Dritten einzustehen), oder auch eine private Schuldübernahme (z. B. wenn der Hauptschuldner als zahlungsfähig angesehen wurde, so daß der Dritte an seine Stelle treten sollte).

Anm. 26.

γ) **Besonderes gilt für die Bürgschaft auf bestimmte Zeit** (§ 777 BGB.). Diese Befristung kann sich auch aus den Umständen und aus Handelsgebräuchen ergeben, wenn die Bürgschaftsurkunde danach so auszulegen ist (§ 350 Anm. 7). Hier hat der Gläubiger die Verpflichtung, die Einziehung der Forderung unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung, gemäß § 772 BGB. zu betreiben (oben Anm. 22; wozu, wenn die Forderung zurzeit noch nicht fällig ist, die Pflicht zur Herbeiführung der Fälligkeit gehört), das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortzusetzen und unverzüglich nach Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme; die Feststellung einer Zurücknahme dieser Anzeige hat nur Bedeutung, wenn zugleich ein Erlaßvertrag nach § 397 BGB. festgestellt werden kann; denn die Unterlassung der Anzeige bedeutet einen Verzicht auf Inanspruchnahme des Bürgen (Komm. v. RG. § 777 Ziff. 2). Verfümmt der Gläubiger eine dieser Verpflichtungen, so wird der Bürge frei. Erfüllt

er sie, so bleibt der Bürge verhaftet und zwar in dem Umfange, den die Verbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens hatte. § 349.

Hat der Bürge die Haftung auf bestimmte Zeit selbstschuldnerisch übernommen, **Ann. 27.** so hat der Gläubiger die Verpflichtung, dem Bürgen unverzüglich nach Ablauf der bestimmten Zeit (diese letzteren Worte stehen zwar nicht in § 777 Abs. 1 Satz 2 BGB., aber dies ist gemeint; Prot. II 485) die Anzeige zu machen, daß er ihn in Anspruch nehme. Unterläßt der Gläubiger diese Anzeige, so wird der Bürge frei. Macht er die Anzeige, so haftet der Bürge, und zwar in dem Umfange, den die Verbindlichkeit beim Ablauf der Bürgschaftszeit hatte. Eine Verpflichtung, den Hauptschuldner nummehr in Anspruch zu nehmen, besteht auch jetzt nicht. Diese Sachlage wird keine andere dadurch, daß der Gläubiger vor Ablauf der Zeit die Anzeige macht; denn die Verbindlichkeit des Hauptschuldners kann bis zum letzten Augenblick sich durch Zahlung, Erlass usw. ändern. Die Anzeige soll dem Bürgen nur bekannt geben, daß der Gläubiger von seinem Recht Gebrauch machen werde, also dem Bürgen die Kontrolle ermöglichen.

Hat ein Dritter nur ein Pfand auf bestimmte Zeit gestellt, ohne die selbst- **Ann. 28.** schuldnerische Haftung zu übernehmen, so wird die Frist gewahrt durch eine dem Verpfänder innerhalb der Frist zu machende Anzeige des Pfandgläubigers, daß er das Pfand in Anspruch nehme; der § 777 BGB. ist also entsprechend anzuwenden. Der Pfandgläubiger braucht nicht innerhalb der Frist das Pfand anzugreifen (RG. 68, 145), wenn nicht ein besonderes Interesse des Pfandbestellers vorhanden ist. Die Frist läuft im Zweifel vom Augenblick der Wirksamkeit der Verpfändung.

In allen drei Fällen (Ann. 26—28) besteht keine Verpflichtung des **Ann. 29.** Gläubigers, den Bürgen auch nummehr wirklich sofort gerichtlich in Anspruch zu nehmen. Vielmehr haftet der Bürge; er hat es ja in der Hand, seiner Haftung durch Erfüllung ein Ziel zu setzen, und durch Zahlung in die Rechte des Pfandgläubigers nach §§ 1273, 1223 Abs. 1, 1225 BGB. einzutreten. Gibt der Bürge seine Zustimmung, daß der Gläubiger noch einige Zeit stunde, so gibt der Bürge seine Rechte aus der zeitlichen Begrenzung überhaupt auf, wenn er nicht gleich oder später einen Endtermin setzt (ZB. 03 Beil. 115²⁵²); einen anderen Fall s. LZ. 09, 312¹⁹.

Diese Regeln gelten nicht, wenn die Bürgschaft für eine erst **Ann. 30.** in Zukunft zu begründende Hauptschuld auf bestimmte Zeit übernommen ist (oben Ann. 3). Vielmehr ist hier durch freie Auslegung zu ermitteln, in welcher Absicht der Bürge seine Haftung zeitlich begrenzt hat (Mot. II 681). Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Bürge nur für die innerhalb dieser Zeit begründeten Verbindlichkeiten haften wollte (RG. 63, 11); dagegen ist die Verbürgung für einen innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu eröffnenden Mehrkredit nicht auf die vom Gläubiger bereits diskontierten, später im Regreßweg zurückkommenden Wechsel des Hauptschuldners zu beziehen, sondern auf einen weiteren neuen Kredit (RG. 9, 179). Die Regel des § 777 BGB. gilt ferner nicht bei der Interzession durch Aval oder bei der Interzession durch prinzipale Mitunterschrift einer Wechselerklärung (RG. 74, 352).

d) Die Kreditbürgschaft bindet den Bürgen schon bei der Übernahme, obgleich eine **Ann. 31.** Leistungspflicht für ihn erst entsteht, wenn der Gläubiger eine Forderung gegen Hauptschuldner erlangt hat. Deshalb kann der Kreditbürge seine Verbürgung nicht widerrufen, wenn der Gläubiger seinerseits dem Hauptschuldner noch keinen Kredit gegeben hat. Es gehören auch die Ansprüche aus einer Kreditbürgschaft des Erblassers zu den Schulden nach § 1967 Abs. 1 BGB. (ZB. 1911, 447¹²). Bei der Kreditbürgschaft — mag sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit oder zudem auch für eine bestimmte Summe übernommen sein — treten zwei Eigentümlichkeiten mehr in den Vordergrund, als dies bei anderen Bürgschaften der Fall ist. Einmal erlangt der Widerruf wegen geänderter Umstände hier besondere Bedeutung (hierüber unten Ann. 40). Sodann nimmt hier besonders häufig die Verbürgung den Charakter eines gegenseitigen Vertrages

§ 349.

an (oben Anm. 1). Gewährt nämlich der Gläubiger dem Hauptschuldner den Kredit nicht in dem zugesagten Umfang, so kann sich der Kreditbürge der Einrede des nichterfüllten Vertrags aus dem Recht des Hauptschuldners bedienen (oben Anm. 14); aber der Kreditbürge kann sich dieser Einrede auch aus eigenem Rechte bedienen, wenn die Bürgschaft Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags geworden ist, z. B. wenn der Gläubiger sich dem Bürgen verpflichtet hat, dem Hauptschuldner den zu einem Akkord (Erf. zu § 350 Anm. 22) erforderlichen Kredit oder überhaupt einen erweiterten Kredit zu gewähren; oder wenn der Bürge bei der Übernahme des Geschäfts des Hauptschuldners sich für die Geschäftsschulden verbürgt und sich bei dieser Verbürgung ausbedungen hat, daß der Gläubiger die zur Fortführung des Geschäfts erforderlichen Waren auf Kredit liefern muß; der Gläubiger ist hier vorleistungspflichtig nach §§ 320 Abs. 1; 322 BGB. Ebenso ist ein gegenseitiger Vertrag gegeben, wenn der Bürge sich auf Einhaltung der Bedingungen einer Kreditanstalt verlassen durfte, und die Kreditanstalt ihre Sorgfalt, die sie danach dem Bürgen schuldet, verletzt hat (R.D.S.G. 9, 184; R.G. 3, 350). Erfüllt der Gläubiger seine aus einem solchen gegenseitigen Vertrag sich ergebenden Pflichten gegenüber dem Hauptschuldner nicht, so kann der Bürge sogar auf Befreiung von der Bürgschaft klagen, wenn der Gesichtspunkt, daß der beiderseits gewollte Erfolg nicht eingetreten sei, zum entscheidenden gemacht werden kann (§ 812 BGB.; J.W. 1911, 540¹⁵; vgl. J.W. 1912, 464¹⁰).

Ist die Kreditbürgschaft auf unbestimmte Zeit übernommen, so haftet der Bürge nach dem Inhalt des Vertrags für den jeweilig dem Gläubiger geschuldeten Betrag nebst den gesetzlichen Verzugszinsen (R.D.S.G. 24, 151). Die Bürgschaft erlischt nicht, wenn zeitweilig die Schuld des Hauptschuldners getilgt sein sollte; insbesondere kann der Kontokorrentbürge nicht einwenden, er habe durch eine Zahlung seinerseits seine Schuld entrichtet; denn in der Verbürgung für einen Kontokorrentkredit liegt die Verbürgung für den Schlussaldo; dieser muß bezahlt sein (R.G. 3, 351; J.W. 1911, 447¹²). Aus demselben Grund wirkt nach dem Wesen der Kontokorrentbürgschaft das Anerkenntnis des Schlussaldos seitens des Hauptschuldners gegen den Kontokorrentbürgen, der jedoch die Zahlung weigern kann, wenn der Hauptschuldner sein Anerkenntnis anzufechten vermag (§ 355 Anm. 29 u. oben Anm. 17). Die Bürgschaft deckt nicht ein neu eröffnetes Kreditkonto (J.W. 03 Beil. 96²¹). Der Gläubiger beendet die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit durch Geltendmachung seines Guthabens. Der Bürge seinerseits kann die Bürgschaft nach Ablauf einer angemessenen Zeit kündigen (R.D.S.G. 19, 110; 11, 4; 9, 184; vgl. R.G. 4, 85; J.W. 1911, 447¹²).

Anm. 32.

Eine Verbürgung auf eine bestimmte Summe (oben Anm. 21) ergibt sich, wie andere Beschränkungen der Bürgschaft nach Zeit und Umfang, meist bei verständiger Auslegung des Vertrags (§ 350 Anm. 7). Soll die Höhe eines Kredits begrenzt werden, so bedarf diese Begrenzung der Aufnahme in die Bürgschaftsurkunde (§ 350 Anm. 5). Ist eine derartig beschränkte Bürgschaft für zukünftige wechselnde Verbindlichkeiten aus geschäftlichen Beziehungen des Hauptschuldners zu dem kreditierenden Gläubiger übernommen (Kontokorrentbürgschaft), so haftet der Bürge für den vertragsmäßig zu ziehenden Schlussaldo bis zu dem Betrage, für den er die Haftung übernommen hat; für eine Überschreitung, mag sie auch unerheblich sein, haftet er nicht. Ergibt sich im Augenblick der Saldoziehung ein die übernommene Summe übersteigender Saldo, so haftet der Bürge auch dafür; denn der Kontokorrentbürge haftet für alle Verbindlichkeiten des Hauptschuldners bis zu dem übernommenen Betrage, und die Saldoziehung ist nur das ziffernmäßige Ergebnis aller Verpflichtungsgründe; der Bürge kann sich jedoch durch Zahlung der übernommenen Summe befreien (R.G. 8, 292). Maßgebend ist der Saldo, der sich im Augenblick der Inanspruchnahme des Bürgen ergibt (R.G. in Warnerer Rspr. 1910 Nr. 115). Hat der Bürge mit dem Gläubiger einen Höchstbetrag des dem Hauptschuldner zu gewährenden Kredits vereinbart, so ist der diese Summe überschreitende Teil des Saldos nicht verbürgt. Wieder etwas anderes ist

es, wenn nicht die Bürgschaft, sondern das Kreditverhältnis, bis zu einem Höchstbetrage beschränkt wurde; dann sind die Forderungen des Gläubigers in der zeitlichen Reihenfolge ihres Entstehens, bis sie die limitierte Höhe erreichen, verbürgt; nur wenn er diese zahlt, tritt der Bürge nach Anm. 42 ff. in die Rechte des Gläubigers ein; nur insoweit kann der zahlende Bürge mit dem Gläubiger nicht konkurrieren (unten Anm. 45). Vgl. *ZB.* 1912, 455¹ über Garantie für eine bestimmte Summe. § 349.

4. Der Gläubiger hat dem Bürgen gegenüber keine Verpflichtung zur Beobachtung einer Anm. 33.

Sorgfalt hinsichtlich der Rechtsverfolgung des Hauptschuldners; und zwar auch dann nicht, wenn der Bürge den Gläubiger zur Heranziehung des Hauptschuldners aufgefordert hat. Dies gilt auch gegenüber dem selbstschuldnerischen Bürgen. Nur gegenüber dem Ausfallbürgen und gegenüber dem Bürgen auf Zeit besteht eine Verpflichtung zur Vertreibung (oben Anm. 25, 26 ff.). Der gewöhnliche Bürge hat zwar die Einrede der Vorausklage, aber eine Verpflichtung, gegen den Hauptschuldner in bestimmter Zeit vorzugehen, hat der Gläubiger nicht. Der Bürge kann lediglich seiner Haftung ein Ziel setzen, indem er erfüllt. Diese Grundsätze ergeben sich aus § 777 BGB. Auch aus § 242 BGB. (so Reumann § 776 Anm. 1; Marcus im „Recht“ 02, 456) läßt sich eine Verantwortlichkeit des Gläubigers für Lässigkeit in Verfolgung des Hauptschuldners nicht herleiten (anders das gemeine Recht; RG. 65, 398; 18, 239; vgl. jedoch Senffl. 42 Nr. 208). Aus dem Fehlen einer Sorgfaltspflicht folgt, daß der Gläubiger den Bürgen von Einflagung des Hauptschuldners und von einer bevorstehenden Zwangsversteigerung nur, wenn kraft besonderer Umstände Treu und Glauben es erfordern, zu benachrichtigen braucht (RG. 65, 138; LZ. 1912, 229²⁸), sowie, daß der Gläubiger das Kapital nicht zu kündigen braucht, wenn der Hauptschuldner mit der Zinszahlung in Verzug gerät. Der Gläubiger braucht Rechtshandlungen des Hauptschuldners nicht im Interesse des Bürgen anzufechten. Der Gläubiger kann auch bei Verbürgung auf unbestimmte Zeit dem Hauptschuldner Nachsicht gewähren, ohne dem Einwand ausgesetzt zu sein, daß sich die Verhältnisse des Hauptschuldners inzwischen verschlimmert haben; muß der Bürge zufolge der ohne seine Zustimmung bewilligten Stundung höhere Leistungen machen, so werden diese von der Bürgschaft nicht gedeckt, soweit sie nicht Folgen des Verzugs sind (oben Anm. 13). Hat der Hauptschuldner mit dem Gläubiger eine Stundung hinsichtlich der erhöhten Leistungen, die Folgen des Verzugs oder eines Verschuldens des Hauptschuldners sind, vereinbart, so kann der Bürge die Haftung nur ablehnen, wenn er beweist, daß er bei rechtzeitigem Benachrichtigung die Stundung durch gehörige Leistung überflüssig gemacht hätte (RG. 59, 223; *ZB.* 02, 151¹⁰¹). Und es findet § 826 BGB. Anwendung, wenn der Gläubiger den Bürgen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise an der Wahrnehmung seiner Interessen hindert.

Ausnahmsweise hat der Gläubiger allerdings Sorgfalt in der Verfolgung des Hauptschuldners zu vertreten, und zwar nicht nur bei zeitlich beschränkter Bürgschaft (oben Anm. 26), sondern überhaupt, wenn die Aufwendung von Sorgfalt ausdrücklich oder stillschweigend zum Vertragsinhalt gemacht worden ist. Letzteres ist z. B. anzunehmen bei der Ausfallbürgschaft; hier hat der Gläubiger zu beweisen, daß er seine Rechte gegen den Hauptschuldner gehörig gewahrt hat. Ferner kann sich aus der Art einer Geschäftsverbindung eine Sorgfaltspflicht ergeben. Im weiteren hat der Bürge, wenn der Gläubiger nicht nur lässig ist, sondern mit dem Hauptschuldner arglistig zusammenwirkt, z. B. vereinbart, daß, um den Bürgen zu fassen, Zahlungen nicht auf die verbürgte Schuld zu verrechnen seien, die Einrede der Arglist (§ 346 Anm. 21; vgl. RG. 8, 261 u. 291). Selbstverständlich darf der Gläubiger überhaupt nicht vertragswidrig den Fall herbeiführen, für den der Bürge Zahlung versprochen hat; hier würde ebenfalls die Einrede der Arglist gegeben sein; ebenso wie in dem Falle, wenn der Gläubiger, der durch Bürgschaft und Pfand gesichert ist, entgegen jeder Verkehrsgepflogenheit jede Vorsichtsmaßregel zur Erhaltung des Pfandes unterläßt, und dadurch das Pfand verloren geht (*ZB.* 05, 720¹¹; vgl. RG. im „Recht“ 07, 698¹⁴³⁴).

§ 349.**Ann. 35.**

Gibt der Gläubiger ein Vorzugs- oder Sicherungsrecht (also Hypothek, Pfandrecht, Mitbürgschaft, Rechte aus einer Sicherungsübereignung; anscheinend a. M. DLGR. 20, 242) auf, so wird der Bürge frei, insoweit er aus dem aufgegebenen Recht hätte Ersatz verlangen können; mag auch das aufgebene Recht erst nach Übernahme der Bürgschaft entstanden sein (§ 776 BGB.; vgl. § 1165 BGB.). Denn der Bürge wäre durch Zahlung auch in diese Rechte eingetreten (unten Ann. 43). Hat also der Bürge in Unkenntnis davon, daß der Gläubiger ein vom Hauptschuldner bestelltes Pfandrecht aufgegeben hat, bezahlt, so hat der Bürge einen Bereicherungsanspruch in Höhe des Wertes des Pfandes gegen den Gläubiger oder dessen Konkursmasse nach § 812 BGB. (Komm. v. RG. § 776 Bem. 3); er kann aber auch das dem Gläubiger Geleistete zurückfordern (DLG. Hamburg HansGz. 09 Weibl. 106). Unter dem Aufgeben von Vorzugs- oder Sicherungsrechten ist ein Verzicht zu verstehen, nicht aber ein lediglich passives Verhalten des Gläubigers (RG. 65, 397); also nicht eine Stundung; nicht das Geschehenlassen der Verschlechterung der Sicherheiten durch den Schuldner, das Unterlassen eines Widerspruchs des Hypothekengläubigers gegen die Versteigerung von Inventarstücken (RG. in Zeuffl. 63, 191), der Verkauf übereigneten Inventars durch den Gläubiger ohne Benachrichtigung des Bürgen (Hamburg HansGz. 07 Weibl. 292); oder die mangelhafte Befolgung der Gläubigerrechte (ZB. 07, 237¹). Der Bürge muß sich in allen diesen Fällen durch Zahlung und Eintritt in die Rechte des Gläubigers schützen. Dagegen wird der Bürge in entsprechender Anwendung des § 776 BGB. frei, wenn der Gläubiger sich vertraglich dem Bürgen verpflichtet hat, bestimmte zu seiner Sicherstellung dienende Handlungen vorzunehmen, und er diese Handlungen unterläßt, oder wenn der Gläubiger sich dem Bürgen verpflichtet hat, seine Befriedigung zunächst aus einem Pfand zu suchen, und er dieses Pfandrecht aufgibt. Nicht aber ist § 776 BGB. entsprechend auf den Fall anzuwenden, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gerät und gegen den Hauptschuldner nachher der Konkurs eröffnet wird (Pland § 776 Bem. 2b; a. M. Dernburg II 2 § 290 III), sondern unter Umständen erwächst dem Bürgen nur die Einrede der Arglist (Prot. II 483), wie sie ihm auch zusteht, wenn der Gläubiger zum Zweck der Schädigung des Bürgen verfährt (vgl. RG. 58, 428).

Ann. 36.

Soweit der Bürge Ersatz hätte erlangen können, wird er frei. Also wird er nicht frei, wenn der Gläubiger einwilligt, daß eine Mitbürgschaft in eine Ausfallbürgschaft umgewandelt wird (Hamburg DLGR. 21, 209). Ob die noch übrig gebliebenen Sicherheiten zur Befriedigung des Bürgen ausreichen, wenn er zahlt, ist nicht erheblich. Denn der Bürgschaftsvertrag ist nur mit Rücksicht auf die vorhandenen und späteren Sicherheiten sowohl im Falle des § 776 BGB. wie in dem übereinstimmenden Fall des § 1165 BGB. abgeschlossen; daher verletzt der Gläubiger diese Grundlage der Verbürgung durch Aufgeben von Sicherheiten und lassen die §§ 776, 1165 BGB. aus diesem Grund den Bürgen frei werden, nicht aber lassen sie den Gläubiger für eine Verletzung einer Sorgfaltspflicht oder für Schadenserfaz haften. Hieraus folgt, daß der Bürge nur das Aufgeben der Sicherheit, nicht aber noch weiter zu beweisen hat, inwieweit der Gläubiger aus dem Aufgegebenen Befriedigung hätte erlangen können; dem Gläubiger steht der Beweis frei, daß das Aufgebene keinen Wert hatte (Crome § 298 Ann. 23; vgl. RG. 3, 346). Der Wortlaut des § 776 steht nicht entgegen (a. M. v. Staudinger § 776 Ann. 2c). Aus dem Gesagten ergibt sich weiter, daß der Wert des Aufgegebenen zur Zeit des Verzichts maßgebend ist.

Ann. 37.

Auf anderem Gebiete liegt die Frage, ob der Bürge haftet, wenn die Entstehung der Hauptverbindlichkeit auf Vorsatz oder Versehen des Gläubigers zurückzuführen ist. Hier hat das RG. (29, 143) z. B. angenommen, daß, wer sich für einen Kassenbeamten verbürgt hat, nicht haftet, wenn dessen Kontrollierung, obgleich sie durch besondere Umstände geboten war, vom Gläubiger unterlassen ist; denn nur insoweit will der Bürge und der, welcher eine Sicherheit für einen Kassenbeamten gestellt hat, einstehen, als der Kassenherr trotz gehöriger Aufsicht geschädigt wird (RG. 29, 141; ZB. 93, 81²⁵; 90, 302¹⁶). Dasselbe muß auch für das Recht des BGB. gelten. Hier wird die Entscheidung noch

durch entsprechende Anwendung des § 254 BGB. unterstützt. Ferner wird der Bürge § 349. frei, wenn der Geschäftsherr seinen Reisenden, dessen finanzielle Unzuverlässigkeit ihm bekannt war, trotzdem wieder mit Inkassovollmacht auf Reisen schickt, und der Reisende wiederum Kassenmanko hat (RdFG. 20, 48).

5. Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner.

Ann. 38.

- a) Der Bürge hat gegen den Hauptschuldner keinen allgemeinen Befreiungsanspruch. Er kann nicht vom Hauptschuldner ohne Weiteres verlangen, daß dieser ihn befreie. Doch kann sich ein Befreiungsanspruch aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner, auf Grund dessen er die Bürgschaft übernommen hat, ergeben, und das Gesetz gibt aus wichtigen Gründen dieses Recht dem Bürgen, wenn er zum Hauptschuldner im Verhältnis eines Beauftragten steht; sei es, daß er von vornherein beauftragt war, die Bürgschaft zu übernehmen, oder daß er die Bürgschaft als Geschäftsführer ohne Auftrag übernommen, aber wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner erlangt hat (wie dies z. B. der Fall sein kann, wenn der Bürge sich dem Schuldner zur Beschaffung der zu einem Akkord erforderlichen Gelder verpflichtet und sich den Gläubigern für die Akkordsumme verbürgt). Als solche wichtige Gründe gelten die Gefährdung des Rückgriffs durch wesentliche Verschlechterung der Verhältnisse des Schuldners außerhalb des Konkurses (§ 775 Nr. 1 BGB.; im Konkurse unten Ann. 47), die wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge seiner Wohnsitzverlegung und des dadurch bedingten Verlusts der Einrede der Vorausklage (§§ 775 Nr. 2; 773 Nr. 2 BGB.; oben Ann. 22); ferner der Verzug des Hauptschuldners (§ 775 Nr. 3 BGB.; aber nicht der Annahmeverzug des Gläubigers: oben Ann. 35), sowie des Bürgen vollstreckbare Verurteilung auf Klage des Gläubigers (§ 775 Nr. 4 BGB.). Der § 775 BGB. lautet:

§ 775. Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;
2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;
4. wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.

Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Nicht fällig ist die Hauptverbindlichkeit in den Fällen des Abs. 1 Nr. 1 u. 2; hier kann der Hauptschuldner den Befreiungsanspruch des Bürgen abwenden, indem er Sicherheit nach § 232 BGB. dafür leistet, daß seine Befreiung bei Fälligkeit der Hauptschuld stattfindet (§ 775 Abs. 2; nicht etwa für Ersatzansprüche, welche sich für den Bürgen aus der Erfüllung seiner Bürgschaftsverpflichtung ergeben). Darüber, ob sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners nach § 775 Abs. 1 Nr. 1 wesentlich verschlechtert haben, entscheidet nicht nur das Verhältnis von Aktiven und Passiven, sondern auch der Kredit des Hauptschuldners und die Deckung des Bürgen. Wie der Hauptschuldner die Befreiung des Bürgen bewirken will, steht im übrigen in seinem Ermessen. Der Befreiungsanspruch des Bürgen geht nicht durch Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verloren, die ja nur den Gläubiger berührt (RG. 8, 263), noch durch eine vom Gläubiger dem Schuldner gewährte Stundung (oben Ann. 13); auch nicht durch eine vor Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit vom Hauptschuldner gestellte Sicherheit (RG. 59, 13) oder sonstige Deckung, wenn sich nicht aus besonderen Umständen ein Verzichtswille ergibt; denn der Verzicht auf den Befreiungsanspruch bedarf keiner Form (Komm. v. RG. § 775 Bem. 2). Die Bürgschaft wird durch eine solche Deckung auch nicht zu einem entgeltlichen Vertrag (oben

§ 349. Anm. 1). Jedoch kann sich aus dem Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger ergeben, daß der Bürge gegen Treu und Glauben verstoßt, wenn er sich vom Hauptschuldner Sicherheit geben läßt, weil dadurch das Vermögen des Hauptschuldners verringert wird. Hat der Bürge die Vermögensverschlechterung des Hauptschuldners selbst vertragswidrig, z. B. dadurch herbeigeführt, daß er entgegen dem mit den Gläubigern getroffenen Abkommen gegen den Schuldner vorgeht, oder dem Hauptschuldner die zu seiner Arrangierung nötigen zugesagten Mittel vorenthält, so stößt sein Befreiungsanspruch auf die Einrede der Arglist (Komm. v. RGR. § 775 Bem. 3). Ein Anspruch auf Vorschußleistung (§ 669 BGB.) steht dem Bürgen schon begrifflich nicht zu und ist auch nach § 775 BGB. ausgeschlossen (Komm. v. RGR. § 775 Bem. 1; Prot. VI, 385; a. M. v. Staudinger § 775 Bem. 4).

Alle vorgedachten Rechte hat auch der selbstschuldnerische Bürge (RG. 8, 262).

Anm. 39. Was hier vom Auftrage gesagt ist, muß auf die übrigen Geschäftsbesorgungsverträge (Werkvertrag und Dienstvertrag, wenn sie auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind) ausgedehnt werden, obgleich § 675 BGB. diese Ausdehnung nicht ausdrücklich ausspricht. Denn nicht die Unentgeltlichkeit ist der Grund der Bestimmung, sondern die Übernahme der Bürgschaft als Besorgung eines fremden Geschäfts. Die Vorschrift bezog sich auch ursprünglich (im ersten Entwurfe des BGB.) auf das Auftragsverhältnis, wie es damals konstruiert war, bei welchem nicht die Unentgeltlichkeit, sondern die Tatsache der Geschäftsbesorgung für Fremde, das wesentliche Merkmal des Auftrags war (v. Staudinger § 775 Bem. 1; a. M. Düringer-Hachenburg § 349 Anm. 56).

Anm. 40. b) Im kaufmännischen Verkehr steht aber auch dem Bürgen ein Widerrufsrecht zu, wenn eine künftige Forderung (z. B. Kreditgewährung) Gegenstand der Verbürgung ist und vor Begründung der Forderung (z. B. vor Ausführung der Kreditzufuge) eine wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen des Versprechensempfängers eintritt; wenn nicht auch diese Gefahr vom Bürgen übernommen ist (RDStG. 23, 137). Dieser Grundsatz ergibt sich daraus, daß der Bürge die Kreditverbürgung nicht zugesagt haben würde und nach dem Willen der Parteien, wie er in den kaufmännischen Anschauungen zum Ausdruck gelangt, für den Fall bestimmter Gefährdung vor der Forderungsbegründung auch nicht zuzufügen sollte (§§ 157, 242 BGB.). Man stellt dieses Widerrufsrecht wohl am richtigsten auf denselben Boden wie das Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände, auf Grund deren der Verbürgungswille verneint wird. So wird der Rücktritt dem Bürgen zu bewilligen sein, wenn die Verbürgung für ein Darlehn oder für einen Kredit von bestimmter Höhe im eigenen Interesse erfolgt ist, damit der Hauptschuldner sich damit halten kann, und der Gläubiger nur eine erheblich geringere Leistung — sei es auch im Einvernehmen mit dem Hauptschuldner — zu machen braucht. Dagegen ist das Rücktrittsrecht regelmäßig zu verneinen, wenn das Geschäft des Gläubigers mit Aktiven und Passiven auf eine andere Firma übergeht. Der Bürge bleibt auch dem neuen Erwerber verhaftet. Tatfrage ist es, ob der Verbürgungswille sich auch auf die nach dem Übergang oder nach einer Umwandlung der Gläubigerfirma entstehenden, künftigen Forderungen erstrecken soll. Dem Kreditbürgen muß man jedenfalls eine Erklärung zumuten, wenn er nicht weiter bürgen will und die Sachlage kennt (Bolze 5 Nr. 714, 12 Nr. 494). Ist die Bürgschaft für einen Angestellten (Kassierer) geleistet, der in die neue Firma übergeht, so ist das Dienstverhältnis ein neues, für dessen Ergebnis der Bürge nicht einsteht; er darf schweigen (Bolze 13 Nr. 482). Erleidet die Firma des Hauptschuldners, die einen laufenden Kredit hat, eine wesentliche Änderung, so kommt es darauf an, ob diese Änderung in den Verbürgungswillen aufgenommen war. Dieses Rücktrittsrecht ist anderer Art als das Rücktrittsrecht, das sich ergibt, wenn die Bürgschaft als gegenseitiger Vertrag erscheint (oben Anm. 1 u. 31).

Anm. 41. c) **Nach Befriedigung des Gläubigers** kann der Bürge den Rückgriff gegen den Hauptschuldner nehmen, und zwar nach seiner Wahl α) entweder durch Zurückgehen auf das der Verbürgung zugrunde liegende Vertragsverhältnis oder β) auf Grund des gesetzlichen Übergangs des Forderungsrechts. Der Bürge kann beide Arten des Rück-

griffs auch gleichzeitig geltend machen (RG. 59, 208). Die vertragliche Änderung dieser Rückgriffsgrundsätze unterliegt freier, formloser Vereinbarung (ZB. 06, 305¹⁰).

- α) Sein Rückgriff richtet sich zunächst nach dem **Verhältnisse, welcher zwischen ihm und dem Hauptschuldner besteht**. Hat er hiernach (z. B. weil er dem Hauptschuldner eine Schenkung machen wollte, oder dem Hauptschuldner aus besonderem Grund zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war, oder weil die Hauptschuld im Interesse des Bürgen eingegangen worden ist) keinen Rückgriffsanspruch, so hat er auch keinen Rückgriff auf den Hauptschuldner (RG. 42, 38). Umgekehrt verleiht die infolge eines unentgeltlichen Auftragsverhältnisses übernommene Bürgschaft selbständige Erfaßansprüche gegen den Hauptschuldner als den Auftraggeber (§§ 662, 670 BGB.; ZB. 07, 831⁶), und ebenso im Falle der Verbürgung aus auftragsloser Geschäftsführung (§ 677 BGB.; R.D.H.G. 11, 4; RG. 1, 345). Da der Bürge hier nicht auf Grund eines Eintritts in die Rechte des Gläubigers (§ 774 BGB.) Erfaß verlangt, kann ihm der Hauptschuldner auch nicht solche Einwendungen entgegenhalten, die den Übergang der Forderung des Gläubigers auf den Bürgen (wie z. B. die Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger) zur Voraussetzung haben, sondern nur die Einreden, die sich aus dem besonderen Rechtsverhältnis ergeben, z. B. die Einrede der Verjährung. Und es ist auch hier von der Form des § 766 BGB. keine Rede. Jedoch muß der Bürge hier wie auch sonst sein Verschulden vertreten, wenn er den Gläubiger befriedigte, obgleich er die Gegenforderung des Hauptschuldners kannte, oder als Beauftragter hätte kennen müssen (§ 276 BGB.; vgl. RG. 59, 211), oder wußte, daß es sich um einen nicht erzwingbaren Anspruch handelte (RG. 52, 364). Hat nicht der Hauptschuldner, sondern ein Dritter Auftrag zur Verbürgung erteilt, so haftet dieser aus §§ 662, 670 BGB. (unten Anm. 53).
- β) Anstatt auf das **der Verbürgung zugrunde liegende Vertragsverhältnis** Ann. 42. zurückzugehen, kann der Bürge die **Forderung des bezahlten Gläubigers** gegen den Hauptschuldner geltend machen, so daß der Bürge vollstreckbare Ausfertigung des für den Gläubiger ergangenen Urteils nach § 727 Z.P.O. verlangen kann (Hamburg OLG.R. 18, 44; a. M. Remeló-Anger Z.P.O. § 727 Bem. 4c). Denn die Forderung geht samt allen mit ihr zusammenhängenden Rechten (unten Anm. 44) kraft Gesetzes auf den zahlenden Bürgen über (§§ 774, 401 BGB.); allerdings unter der Voraussetzung, daß die Befriedigung des Gläubigers den Eintritt in dessen Rechte bezweckte (RG. 3, 47). Dieser Rechtsübergang kommt auch dem Bürgen, der sich ohne Wissen des Hauptschuldners verbürgte, und dem selbstschuldnerischen Bürgen (SeuffA. 30 Nr. 30), und dem Bürgen zustatten, der sich durch Pfandbestellung verbürgt hat und den Gläubiger sich aus dem Pfande befriedigen läßt (§§ 1225, 1247 BGB.; RG. 59, 208). Über Mitbürgen s. unten Anm. 49. Auch der Bürge des Ausstellers, der gegen Zahlung das Akzept vom Wechselgläubiger einlöst, tritt in dessen Rechte durch stillschweigende Abtretung, also ohne Nachindossament, auch gegen den Akzeptanten ein (RG. 60, 193, a. M. OLG. Hamburg LZ. 07, 359⁴); dasselbe gilt für den Übergang der Rechte aus dem protestierten Wechsel auf den zahlenden Bürgen; der Übergang der Rückgriffsforderung auf den zahlenden Wechselbürgen ist nicht davon abhängig, daß auch die der Wechsellausstellung zugrunde liegende Forderung gegen den Akzeptanten auf den zahlenden Bürgen übergegangen ist (ZB. 07, 745¹⁰). Über die Stellung des Bürgen bei einem Akford s. Erl. zu § 350 Anm. 8, 22 u. 23.
- αα) Mit der Forderung gehen auf den zahlenden Bürgen deren Nebenrechte Ann. 43. über, wenn solche auch erst nach der Verbürgung hinzugetreten sind (§§ 401 Abs. 1, 412; 776 Satz 3 BGB.). Vorausgesetzt ist, daß es sich nicht um Rechte handelt, die unter Ausschließung der Abtretbarkeit, also nur dem bestimmten Gläubiger (§ 399 BGB.), gewährt worden sind; die Ausschließung der Abtretbarkeit muß sich mit Gewißheit aus dem Bürgschaftsvertrag ergeben; sie ergibt sich noch nicht durch die Bezeichnung der Person des Gläubigers, weil diese Bezeichnung in allen Fällen nötig ist (§ 350 Anm. 5).

§ 349.

Das Gesetz hat nicht allgemein den Übergang aller verbundenen Rechte ausgesprochen, weil man Bedenken vor der Tragweite eines solchen Grundsatzes mit Rücksicht namentlich auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht hegte (Prot. I 386). Es bedarf daher immer der Prüfung, ob andere Rechte als die in § 401 BGB. bezeichneten Nebenrechte (Hypotheken, Pfandrechte, Bürgschaften und die mit der Hauptforderung verbundenen für den Zwangsvollstreckungs- oder Konkursfall wirksamen Vorzugsrechte der §§ 61, 62 R.D. u. § 10 Z.B.G.; R.G. 55, 161) zufolge ihres rechtlichen oder tatsächlichen Zusammenhanges mit der Hauptforderung auf den zahlenden Bürgen übergehen.

So gehen die gesetzlichen Pfandrechte (z. B. das Pfandrecht des Fiskus für Zoll; R.G. 67, 220) und die Ansprüche aus einer Sicherungsübereignung (§ 368 Anm. 94 ff.) auf den zahlenden Bürgen über. Es kommt ihm der Anspruch des Gläubigers aus einer Sicherheitshypothek (Z.B. 07, 305⁷) auf den Erlös zu, wenn die Hypothek des Gläubigers durch den Zuschlag nach §§ 52 Abs. 1, 91 Abs. 1 Z.B.G. erlischt (R.G. 65, 419; 60, 371); auch tritt er in die Ansprüche des Gläubigers aus einer Erfüllungsübernahme ein (R.G. 65, 170). Die aus einem gegenseitigen Vertrag begründeten beiderseitigen Rechte und Pflichten (vgl. R.G. 51, 170), Anfechtungsansprüche (vgl. R.G. 39, 14), Ansprüche gegen Mitverpflichtete (über Mitbürgen s. unten Anm. 49), der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, selbst wenn er seinen Grund in der Erfüllungsweigerung des Konkursverwalters hat (vgl. R.G. 58, 11), kommen dem zahlenden Bürgen zu, nicht aber Ansprüche des Gläubigers aus vertraglicher Gewährleistung für die Sicherheit einer Forderung (R.G. 60, 371); denn sie sind nicht Zubehör der Forderung, sondern als Ansprüche aus Garantieleistung selbständiger Natur; sie bedürfen daher besonderer Abtretung, die übrigens nicht in der Erklärung liegt, daß die Forderung mit allen Rechten und Vorzügen abgetreten werde; letztere Erklärung besagt nur, was nach § 401 BGB. ohnehin rechtens ist (BayObL.G. SeuffA. 63, 223). Zinsansprüche folgen dem Übergang der Hauptforderung; hat der Gläubiger 6% zu beanspruchen, so hat der Bürge der zahlt, diesen Anspruch nur bis zum Zeitpunkt der Zahlung; über die Höhe der von da an laufenden Zinsen entscheidet sein Verhältnis zum Hauptschuldner oder Rückbürgen (R.G. 61, 347). Ansprüche auf Vertragsstrafen, die zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers noch nicht verwirkt sind, gehen auf den Bürgen über. Dasselbe gilt, wenn die Vertragsstrafe statt der Erfüllung zu leisten war (§ 341 BGB.) und zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers bereits verfallen ist. Ist die zur Zeit der Zahlung verfallene Strafe neben der Erfüllung zu leisten (§ 340 BGB.), so geht sie nicht kraft Gesetzes über (hierüber § 348 Anm. 36).

Ob ein Zurückbehaltungsrecht, insbesondere das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, übergeht, hängt davon ab, ob bei dem Bürgen die zur Ausübung dieser Rechte erforderlichen Voraussetzungen ebenfalls vorhanden sind und der Übergang durch den rechtlichen Zusammenhang notwendigerweise gewollt sein mußte (vgl. § 369 Anm. 8; R.D.S.G. 10, 162; 5, 306; Prot. I 386).

Anm. 44. *ββ)* Nur soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, findet dieser gesetzliche Übergang statt. Auch ein Dritter kann für den Bürgen zahlen (§ 267 BGB.). Dieser Dritte kann auch der Hauptschuldner sein, wenn er aus Mitteln des Bürgen leistet. Ob der Gläubiger sich in der Person des Zahlenden irrt, ist unerheblich. Es muß nur feststehen, daß der Bürge den Gläubiger tatsächlich befriedigt hat (OLG. Hamburg SeuffA. 62 Nr. 252). Steht dies fest, so ist der Gläubiger nicht mehr aktiv legitimiert (R.G. 53, 403; a. M. Sievers im „Recht“ 03, 249). Als Befriedigung gilt nicht nur Zahlung, sondern jede Art der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, also ebensowohl Hingabe an Erfüllungsstatt (§ 364 BGB.) wie eine begründete Hinterlegung nach §§ 268, 372, 376 BGB. (vgl. § 353·Anm. 10) und Aufrechnung (oben Anm. 16). Bei teilweiser Befriedigung geht die Forderung nur zu diesem Teil über. Hatte der Bürge sich nur in bestimmter Höhe verbürgt, und zahlt er mehr, so bedarf es für den überschießenden Betrag der Abtretung, wenn nicht der Fall des § 268 BGB. vorliegt (oben Anm. 32).

Daß der Ausfallbürge (oben Anm. 25) vor Feststellung des Ausfalls nicht mit der Wirkung des Übergangs der Nebenrechte soll zahlen dürfen (Roth LZ. 1910, 366), ist nicht zuzugeben; er kann diese Rechte nur nicht gegen das Interesse des Gläubigers geltend machen (unten Anm. 45). Dem Bürgen, der für mehrere Verbindlichkeiten haftet, kann für seine Zahlungen auch nicht der Schutz des § 366 BGB. verlag werden (a. M. LZG. Stuttgart im „Recht“ 08 Nr. 1355); seine Zahlungen gelten sogar ohne weiteres als auf die verbürgte Schuld geleistet, sollte der Bürge auch gewußt haben, daß ältere, nicht verbürgte Schulden vorhanden waren (RG. im „Recht“ 1911 Nr. 697). Hat eine Befriedigung nicht stattgefunden, so bedarf es der förmlichen Abtretung der Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner (so z. B. bei Abfindung, Erlaß). Sind dem Gläubiger bei seiner Befriedigung Nebenrechte vorbehalten worden, die, wie z. B. das Pfandrecht, keine selbständige Existenz haben (§§ 1250, 1273 BGB.), so erlöschen sie (vgl. FZ. 05, 428⁶; anscheinend noch weitergehend FZay FheringsZ. 48, 205). Die Hypothek kann, wenn sie nicht Höchstbetragshypothek ist, überhaupt nicht zurückbehalten werden (§§ 1153 Abs. 2; 1190 Abs. 4 BGB.).

77) Weder dem Hauptschuldner noch dem Gläubiger darf diese Art des Rückgriffs **Anm. 45.** zum Nachteil gereichen (§ 774 Abs. 1 Satz 2 u. 3 BGB.).

Dem Schuldner nicht: deshalb hat der Hauptschuldner alle Einwendungen, die ihm aus dem Rechtsverhältnis mit dem Bürgen zustehen, sowie die, welche er zur Zeit des Übergangs der Forderung auf den Bürgen hatte (§ 404 BGB.). Wenn nun auch § 406 BGB. dem Hauptschuldner die Aufrechnung einer ihm gegen den früheren Gläubiger zustehenden Gegenforderung gegen dessen Rechtsnachfolger gestattet, so ist diese Aufrechnung als dem Wesen der Bürgschaft widersprechend doch nicht gegenüber dem in die Rechte des Gläubigers eingetretenen Bürgen statthaft; RG. 59, 209 trägt dem Rechnung durch Heranziehung der Grundsätze über auftragslose Geschäftsführung (oben Anm. 41). Der Hauptschuldner kann dem Bürgen aber entgegenhalten, daß er nach Treu und Glauben den Gläubiger nicht befriedigen durfte, wenn ihm ein durchschlagender Einwand des Hauptschuldners gegen die Forderung des Gläubigers, z. B. die Aufrechnungs- oder Anfechtungsmöglichkeit (oben Anm. 16 u. 17), bekannt war (RG. 59, 209). Auch kann der Bürge sich ersatzpflichtig machen, wenn der Hauptschuldner deshalb, weil er von der Zahlung des Bürgen keine Nachricht erhielt, nochmals zahlte. Der Hauptschuldner kann sich auch auf einen Vergleich oder auf einen Erlaßvertrag zwischen Bürgen und Gläubiger berufen, wenn nicht etwa der Gläubiger die betreffenden Vorteile lediglich dem Bürgen persönlich zuwenden wollte (RG. 9, 299). Dem Wechselbürgen gegenüber (oben Anm. 42) bleiben dem Akzeptanten die wechselrechtlichen Einwendungen gegenüber dem Aussteller, z. B. die Einrede aus einem Gefälligkeitsakzept, erhalten (RG. SeuffW. 62 Nr. 84). Hat nach dem Eintritt des Bürgen in die Rechte des Gläubigers der Hauptschuldner sein Geschäft nach § 25 BGB. veräußert, so wirkt die in Abs. 2 des § 25 dem Bürgen gemachte Mitteilungs von der Nichtübernahme der Schuld zugunsten des Erwerbers (RG. 67, 9).

Auch dem Gläubiger darf der Übergang nicht zum Nachteil gereichen: Deshalb darf der Bürge durch Geltendmachung der auf ihn übergegangenen Rechte den zum Teil befriedigten Gläubiger wegen seines Restes nicht weiter zurückdrängen, als es der Fall wäre, wenn sich sämtliche Rechte noch in der Hand des Gläubigers vereinigt befänden. Die Wirkung dieses Grundsatzes zeigt sich nicht nur im Konkurs (unten Anm. 47) und bei der Zwangsvollstreckung, sondern auch bei der Verbürgung für eine bestimmte Summe und Vollzahlung (LZ. 1911, 458²¹; oben Anm. 21 u. 32), beim Vorhandensein mehrerer selbstschuldnerischer Bürgen (unten Anm. 49) und dann, wenn der Gläubiger für eine verbürgte Forderung auch noch ein Pfandrecht hat, oder wenn für seine durch Pfandrecht gesicherte Forderung auch eine Teilbürgschaft besteht, oder wenn bei einer durch Pfand und Bürgschaft gesicherten Forderung der Bürge nur eine Teilzahlung leistet (§ 1225 BGB.). Eine Hypothek geht allerdings zum Betrag der

§ 349. Teilzahlung auf den Bürgen über (§§ 1164, 1174 BGB.); er muß aber bei Befriedigung aus dem belasteten Grundstück hinter die restliche Teilhypothek des Gläubigers zurücktreten. In allen diesen Fällen würde der Gläubiger benachteiligt, wenn der Bürge mit dem Gläubiger in Konkurrenz zu treten vermöchte (s. RG. 76, 198; 3, 183; 27, 188). Der Bürge müßte das durch Konkurrenz Erlangte sogar dem Gläubiger zufolge der Verbürgung ersetzen. Auf andere Forderungen desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner, für die der Bürge nicht einstehen muß, bezieht sich dieses Vorrecht des Gläubigers nicht (RG. 76, 198).

Ann. 46. *dd)* Der Gläubiger ist auf Grund dieses gesetzlichen Überganges der Rechte verpflichtet, dem Bürgen eine öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunde und alle zur Verfolgung nötigen Aufschlüsse zu erteilen, Beweismittel und Urkunden zu verschaffen (§§ 402, 410 BGB.).

Ann. 47. **6. Weitere Einzelfragen.**

a) **Über den Erfüllungsort bei der Bürgschaft und den Gerichtsstand** s. Erf. zu § 372 Ann. 10 und 17.

b) **Im Konkurs** des Hauptschuldners hat der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, insoweit er dadurch den Gläubiger nicht benachteiligt, die Rechte eines Konkursgläubigers und kann daher seine Rückgriffsforderung zum Konkurs des Hauptschuldners anmelden. Er kann es dann nicht, wenn er nur bis zu einem bestimmten Betrage haftet; denn in solchem Falle hat der Gläubiger trotz der Zahlung durch den Bürgen das Recht der Anmeldung der vollen Forderung, und neben ihm kann der Bürge im Konkurs des Hauptschuldners als Gläubiger nicht auftreten (RG. 14, 172; 31, 84; 8, 292; oben Ann. 21 u. 32; vgl. Ann. 45). Das gilt auch dann, wenn ein Vollbürge einen Teil (RG. in *Bankf. Bd.* 10, 380), oder wenn ein Teilbürge seinen Teil dem Gläubiger zahlt (RG. im „*Recht*“ 05, 312 Nr. 1445), oder wenn der Gläubiger vom Ausfallbürgen Zahlung unter Vorbehalt seiner Rechte angenommen hat, oder wenn der Rückgriff auf einem selbständigen Rechtsgrund beruht, z. B. auf Wechsel, Schuldversprechen (RG. 32, 84; 37, 3; vgl. Voethke in *Gruch.* 48, 169). Dasselbe gilt, wenn der Bürge im Konkurs seinen Rückgriffsanspruch anmeldet, ehe er den Gläubiger befriedigt hat (RG. 14, 172; RG. in *LJ.* 08, 942³). Haften dem Gläubiger mehrere Personen persönlich für das Ganze, und wird gegen den Hauptschuldner der Konkurs eröffnet, so kann der Gläubiger seine ganze Forderung bis zu seiner vollen Befriedigung anmelden, und zwar nach dem Stand im Augenblick der Konkursöffnung. Zahlungen, die der Bürge oder ein sonst Mitverpflichteter nach der Konkursöffnung leistet, braucht der Gläubiger nicht abzurechnen (§ 68 R.D.; RG. 52, 171; 8, 290). Melbet der Bürge, der nach der Konkursöffnung gezahlt hat, trotzdem an, so kann der Gläubiger nach § 774 Abs. 1 BGB. (oben Ann. 45) und auch der Konkursverwalter widersprechen, weil es dem Bürgen an der Voraussetzung eines Rückgriffs fehlt. Der Bürge kann den Gläubiger, der in der Folge im Konkurs mehr als den Betrag seiner Forderung erhalten hat, nur auf Rückgabe des grundlos Empfangenen belangen (§ 812 BGB.). Für dieses Mehr kann der Bürge daher als für einen bedingten Rückgriffsanspruch (§ 67 R.D.) Sicherung beanspruchen (vgl. wegen derselben Lage, die für den Verpfänder entstehen kann s. *Warneher Nspr.* 08 Nr. 480). Hat ein Dritter, ohne eine persönliche Haftung zu übernehmen, nur ein Pfand bestellt (unten Ann. 50), so finden diese Grundsätze entsprechende Anwendung (RG. in *LJ.* 08, 458⁶; RG. 16, 70 steht nicht entgegen, weil dort nicht ein Dritter das Pfand gestellt hatte; a. M. *Zaeger* § 64 Ann. 2 u. 9, § 68 Ann. 9); es geht zwar auf den Verpfänder, der nicht persönlicher Schuldner ist, die Forderung über, soweit er den Pfandgläubiger befriedigt; aber auch hier darf der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden (oben Ann. 45); auch hier können Gläubiger und Konkursverwalter der Anmeldung des Pfandschuldners widersprechen; auch hier greift der Grundsatz durch, daß die Masse nur einmal zu zahlen braucht, und daß der Zahlende an Ausübung seines Rückgriffs, wenn der Gläubiger nicht voll befriedigt wird, gehindert ist. Hat der Gläubiger ungeachtet voller Befriedigung doch

angemeldet und mangels Widerspruchs Feststellung erwirkt (§ 145 Abs. 2 R.D.), so kann § 349. der Bürge nun die Feststellung seines Rückgriffsanspruchs zur Tabelle betreiben; nur muß er sich die Beteiligung des Gläubigers an der Masse auf seine Rechnung gefallen lassen (R.G. 58, 374). In den Fällen, in denen hiernach der Bürge seine Rückgriffsforderung nicht anmelden darf, geht er durch einen Zwangsvergleich seines Rückgriffsanspruchs gegen den Hauptschuldner für den Betrag verlustig, den er über die Affordquote hinaus an den Gläubiger zahlen muß (R.G. 14, 172). Der Bürge hat den Rückgriff auch dann nur für die Zwangsvergleichsquote, wenn der Gläubiger nicht angemeldet hatte, und wenn der Bürge seinen Anspruch darauf stützt, daß der Hauptschuldner ihn durch Betrug zur Verbürgung bestimmt habe und daher schadensersatzpflichtig geworden sei (Z.B. 06, 36⁴⁷; vgl. R.G. 9, 75 u. SeuffA. 41, 125). Der Umstand, daß der zahlende Bürge seine Rückgriffsforderung nicht neben dem Gläubiger anmelden kann, hindert ihn aber nicht daran, seine Forderung trotz Anmeldung des Gläubigers gegenüber Ansprüchen der Masse zur Aufrechnung zu verwenden (R.G. 58, 11; 37, 137; Z.B. 07, 275³⁹; Jaeger § 53 Anm. 8 u. 11). Das heißt: Zahlt er nach der Konkursöffnung den Gläubiger, so hat er den Rückgriff und kann aufrechnen (Z.B. 96, 374²⁶; R.G. in D.Z. 03, 249⁴⁷); solange er noch nicht gezahlt hat, steht ihm nur eine durch die Befriedigung des Gläubigers aufschiebend bedingte Forderung zu, für die er im Konkurs des Hauptschuldners Sicherung nach § 232 B.G.B. verlangen kann (§ 67 R.D.); zahlt er später, so gewährt ihm diese Sicherung die Möglichkeit der Aufrechnung nach § 54 Abs. 3 R.D., wenn die Voraussetzungen einer Aufrechnung nach § 55 R.D. vorliegen (Jaeger § 67 Anm. 5; § 54 Anm. 6 u. 10).

Im Konkurs des Bürgen kann der Gläubiger seine volle Forderung anmelden, wie Anm. 48. sie zur Zeit der Konkursöffnung bestand, also unter Abzug der bis zu diesem Augenblick erlangten Befriedigung. Die nach Konkursöffnung seitens des Hauptschuldners oder Mitverpflichteter erfolgten Zahlungen berühren Anmeldung und Feststellung seiner Forderung und die hiernach zu berechnende Konkursdividende nicht. Diese Zahlungen sind nur insofern von Bedeutung, als der Gläubiger im ganzen nicht mehr erhalten darf, als den Betrag seiner Forderung (R.G. 2, 181). Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn dem Gläubiger für seine Forderung Pfänder bestellt worden sind; er kann nicht auf die Anmeldung des Ausfalls beschränkt werden (§ 68 R.D.; R.G. 59, 372). Über die Verbürgung bis zu einer bestimmten Summe s. oben Anm. 21 u. 32. Ist auch über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet, so hat der Bürge nach § 773 Nr. 3 B.G.B. die Einrede der Vorausklage ebenso verloren, wie wenn er sich als Samschuldner verbürgt hätte, oder wenn die Bürgschaft ein Handelsgeschäft wäre. Dem Gläubiger haften nun zwei Schuldner nebeneinander. In beiden Konkursen kann er seine volle Forderung anmelden. Ist der Gläubiger in einem Verfahren absonderungsberichtig, also nur für den Ausfall Konkursgläubiger (§ 64 R.D.), so muß er trotzdem in dem anderen Verfahren mit dem ganzen Betrag seiner Forderung zugelassen werden. Nur die Befriedigung seiner Gesamtforderung oder ein aus sonstigen Umständen sich ergebender Untergang seiner Forderung setzt die Grenze (R.G. 52, 171). Andernfalls würde ein Gläubiger, der auf seine Forderung von 1000 nach der Konkursöffnung von dritter Seite 500 erhalten hat, nur noch die Dividende auf den Rest von 500 bekommen; bei einer Dividende von 50% würde der Gläubiger danach 250 verlieren; so dagegen erhält er 50% von 1000 = 500 und wird unter Hinzunahme der Zahlung von 500 voll befriedigt. Keine der beiden Massen kann die von ihr auszahlende Dividende bei der anderen als Konkursforderung anmelden (R.G. 14, 172; 42, 35; Z.B. 00, 184¹¹); es kann nur die Einrede der Arglist dem Gläubiger entgegengehalten werden, der mehr verlangt, als ihm gebührt (Z.B. 03, 245²⁸). Vgl. überhaupt Jaeger § 68 Anm. 3.

- c) **Mehrere Mitbürgen** haften dem Gläubiger als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürg- Anm. 49. schaft nicht durch einen gemeinschaftlichen Akt, zu verschiedenen Zeiten und ohne Kenntnis von der Verbürgung eines Vorgängers, übernommen haben (§ 769 B.G.B.). Eine

§ 349.
Ann. 49.

Einrede der Teilung findet also nicht statt. Untereinander haften sie sich auf Ersatz des Bezahlten nur gemäß §§ 774 Abs. 2, 426 BGB. (im Gegensatz zu Abs. 1 des § 774 BGB.; Sternberg Gruch. 52, 545) nach dem unter ihnen und nach dem zwischen ihnen und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnis. Es verliert der zahlende Bürge seinen Ausgleichungsanspruch nicht dadurch, daß er eine ihm vom Schuldner besonders bestellte Sicherheit aufgegeben hat (RG. bei Gruch. 50, 657). Dieser Ausgleichungsanspruch verjährt mit dem Rückgriff gegen den Hauptschuldner; denn die Verjährungseinrede ist eine Einrede aus der Person des Hauptschuldners (Tadon 46).

Das Eintreten mehrerer Mitbürgen ist in doppelter Weise möglich:

- a) Bei **persönlicher** Verbürgung für dieselbe Schuld in ihrer vollen Höhe haftet jeder Mitbürge für das Ganze als Samtschuldner, und tritt der das Ganze zahlende Mitbürge in alle Rechte des Gläubigers von selbst ein (oben Ann. 43 ff.). Zahlt er nur einen Teil, so gehen die Rechte des Gläubigers gegenüber den übrigen selbstschuldnerischen Bürgen auf ihn nur über, soweit er von diesen Ausgleichung verlangen kann; er kann aber nicht mit dem Gläubiger bei diesem Rückgriff konkurrieren; er muß dem Gläubiger bei dessen Angriff auf die Mitbürgen den Vorrang lassen (oben Ann. 45 u. 47). Der Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen beschränkt sich, auch wenn ihm der Gläubiger ausdrücklich alle seine Rechte abgetreten hat, nur auf einen Kopfteil, wenn er nicht einen Rechtsgrund für eine andere Ausgleichung nachweisen kann (RG. 61, 56). Denn die Mitbürgen haften unter sich im Zweifel zu gleichen Anteilen, und es kann der danach rückgriffsberechtigte Mitbürge seinen Ausgleichungsanspruch gegen den Zessionar eines aus irgendwelchen Gründen forderungsberechtigten Mitbürgen schon dann zur Aufrechnung verwenden, wenn seine und des abtretenden Mitbürgen Verbürgung zeitlich vor der Abtretung liegt; § 406 BGB. steht nicht entgegen (RG. 73, 140). — Ebenso wie bei einer Verbürgung für den vollen Betrag derselben Schuld gestaltet sich die Sachlage, wenn mehrere Bürgen sich bis zu demselben beschränkten Teilbetrag derselben Schuld verbürgen. Ist die Schuld eine Kontokorrentschuld, so treten hinzu die oben Ann. 21 u. 32 erörterten Grundsätze mit der Maßgabe, daß sich an dem Ausgleichungsanspruch nichts ändert, wenn der verbürgte Kredit auch vom Hauptschuldner nicht erschöpft worden ist. Haben sich mehrere Kontokorrentbürgen nicht in derselben Höhe verbürgt, jedoch ihre Haftung derart beschränkt, daß die Gesamtsumme der einzelnen Bürgschaftsbeträge gerade die Kreditsumme ergibt, so sind sie Teilbürgen; die Zahlung eines dieser Teilbürgen berührt die anderen Teilbürgen nicht; eine Ausgleichung findet daher nicht statt. — Mehrere Kontokorrentbürgen können sich aber auch derart verbürgen, daß ein Bürge für die ganze Kreditsumme, ein anderer nur bis zu einem bestimmten Betrag haftet, oder so, daß jeder Bürge nur bis zu einem bestimmten Betrag haftet, die Gesamtsumme dieser Beträge aber die Kreditsumme übersteigt, und überhaupt so, daß die verschiedenen Bürgschaften sich gegenseitig teilweise decken. Hier kann eine Ausgleichung zu gleichen Anteilen nicht stattfinden, wenn einer der Bürgen zahlt. In diesem Falle sind die Bürgen, was ihre Ausgleichung angeht, Samtschuldner nur hinsichtlich des Betrags, den sie alle verbürgt haben, also hinsichtlich des geringsten, von einem der Bürgen verbürgten Betrags. Eine Zahlung, die der mit der geringsten Haftsumme beteiligte Bürge an den Gläubiger leistet, befreit zugleich alle anderen Bürgen für diese geringste Haftsumme; insoweit ist er zu einem Ausgleichungsanspruch berechtigt. Dieser Anspruch bemißt sich nach seinem Kopfteil in der Weise, daß seine Haftsumme durch die Zahl der Bürgen geteilt wird; denn für seine Haftsumme haften sämtliche Bürgen in der gleichen Weise. Eine Zahlung des Bürgen, der mit der nächst höheren Summe beteiligt ist, befreit alle Bürgen, die für eine noch höhere Summe die Haftung übernommen haben, für diese nächst höhere Summe; zahlt er, so hat er gegen alle diese Bürgen einen Ausgleichungsanspruch. Dieser Ausgleichungsanspruch berechnet sich jedoch verschieden, je nachdem nämlich seine Zahlung auch den Bürgen befreit hat, der nur für eine geringere

Summe einzustehen hat; so muß z. B. der Bürge B, der für den vollen Kredit von 150 000 Mark gebürgt hat, über 100 000 Mark bezahlen, ehe er einen Bürgen A, der nur für 50 000 Mark bürgte, befreit; nur für den 100 000 Mark übersteigenden Teil kann B den A in Anspruch nehmen, während der Bürge A durch jede Zahlung den Bürgen B mit der Wirkung befreit, daß er gegen B einen Ausgleichungsanspruch erlangt (Schneider, Goldheim 15, 1). Beträgt die Kreditsumme 100 000 Mark und haben gebürgt: A für 100 000 Mark, B für 50 000 Mark, C für 21 000 Mark, so sind für den Betrag von 21 000 Mark drei Bürgen vorhanden. Der Kopfteil des C beträgt also 7000 Mark (21 000:3). Zieht man diesen Kopfteil des C von der nächsthöheren Summe von 50 000 Mark ab, für die B und A gebürgt haben, so treffen den B 43 000 Mark; sein Kopfteil beträgt 21 500 Mark (43 000:2). Der Kopfteil des A beträgt 100 000 Mark — 28 500 Mark (21 500 Mark + 7000 Mark) = 71 500 Mark. Nach diesem Verhältnis vollzieht sich die Ausgleichung unter A, B und C (Toden 44). Nach denselben Grundsätzen ist zu verfahren, wenn ein Bürge zahlt, der für eine noch höhere Summe als C haftet. Man kann also nicht einfach so rechnen, daß man jedem Mitbürgen einen Ausgleichungsanspruch im Verhältnis seiner Pfandsumme zu der Gesamthaftsumme aller Bürgen und der von allen Bürgen verbürgten Schuld gewährt (vgl. auch Bolze 20 Nr. 563 u. Düringer-Sachenburg § 349 Anm. 15, 42 f.). Darüber, wie es sich verhält, wenn keiner der mehreren Bürgen für die ganze Kreditsumme gebürgt hat, siehe Adler LZ. 1912, 504.

- β) Haftet von mehreren Personen die eine persönlich, eine andere nur mit einem Pfand, so erhält der Gläubiger einen zweiten außerhalb des ursprünglichen Schuldverhältnisses stehenden Schuldner mit nur dinglicher Verpflichtung, ohne daß der Gläubiger verpflichtet wäre, zunächst das Pfand in Anspruch zu nehmen, soweit nicht § 777 ZPO. Platz greift (hierüber § 368 Anm. 86 u. oben Anm. 19). Umgekehrt kann auch der Verpfänder mangels besonderer Vereinbarung den Pfandgläubiger nicht auf einen Angriff gegen den Bürgen verweisen; er kann nur einwenden, daß der Gläubiger bereits vom Schuldner oder Bürgen Zahlung erhalten hat; das muß er aber beweisen; der Gläubiger hat keine Verpflichtung zur Rechnungslegung. Hat der Bürge nur mit Rücksicht auf eine anderweit schon als bestehend angenommene Pfandsicherung die Bürgschaft übernommen, so kann er seine Verbürgung wegen Irrtums anfechten, wenn diese Sicherheit nicht zu Recht bestanden hat (ZB. 1911, 274¹). Zahlt der nicht persönlich haftende Verpfänder, so gehen auf ihn alle Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner über, also auch die Rechte gegen den Bürgen (oben Anm. 43, §§ 1225, 774 Abs. 1 BGB.; das Pfandrecht jedoch erlischt, wenn der Verpfänder der Eigentümer war). Ebenso geht auf den zahlenden persönlich haftenden Bürgen das Recht des Gläubigers gegen den Pfandbesitzer über (oben Anm. 43; §§ 1250, 1273 BGB.). Hieraus entsteht ein Interessenwiderstreit zwischen Verpfänder und Bürgen. Dieser schon im preuß. Recht vorhandene Widerstreit ist in RG. 22, 331 dahin gelöst, daß ein Übergang der Gläubigerrechte nur insoweit stattfindet, als zwischen Verpfänder und Bürgen eine Ausgleichungspflicht besteht. Diese Lösung ist die natürliche; sie entspricht dem § 1225 BGB., der sich ausdrücklich auf § 774 BGB. beruft, dessen zweiter Absatz die Haftung der Mitbürgen unter sich auf das Maß ihrer Ausgleichungspflicht beschränkt; der Wert des Pfandes ist auf diese Ausgleichungspflicht ohne Einfluß. So nun auch die herrschende Meinung (Planck § 1225 Anm. 2 c; v. Staudinger § 1225 Bem. 2 b; Düringer-Sachenburg § 349 Anm. 45; a. M. Strohal DJZ. 03, 373; Martinus DJZ. 04, 543). Über die Einreden des Verpfänders im übrigen s. § 368 Anm. 33. Die Übernahme der Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandes für den Gläubiger ist keine Bürgschaft; sie bedarf daher nicht der Schriftform (Warneher Mpr. 09 Nr. 207).

Der Verzicht eines Mitbürgen auf ihm bestellte Sicherheiten befreit die anderen Mitbürgen insoweit, als sie bei Zahlung ihres Anteils in die aufgegebenen Rechte gegen den Hauptschuldner hätten eintreten können; es wäre denn, daß der Mitbürge nur ihm

Anm. 50.

Anm. 51.

§ 349. persönlich gewährte Sicherheiten aufgegeben hätte (JW. 05, 466³). Hat der Gläubiger auf die Inanspruchnahme eines Mitbürgen verzichtet, so kommen die oben Anm. 35 dargestellten Grundsätze zur Anwendung.

Anm. 52. d) Leistet ein zweiter Bürge (**Nachbürge**, **Asterbürge**, **Überbürge**) dem Gläubiger für den Fall Bürgschaft, daß weder der Schuldner noch der erste Bürge (Hauptbürge) zahle, so hat der Gläubiger gegen den Nachbürgen dieselben Rechte, wie gegen den Hauptbürgen. Zahlt der Nachbürge, so tritt er in die Rechte des Gläubigers ein, sowohl gegen Schuldner als gegen Hauptbürgen; nicht aber tritt der Hauptbürge in die Rechte des Gläubigers gegen den Nachbürgen ein. Die Entlassung des Nachbürgen hat für den Hauptbürgen kein Interesse. Der Nachbürge hat die dem Hauptschuldner und die dem Hauptbürgen zustehenden Einreden (also auch die Einrede der Vorausklage), dies jedoch nur, soweit sie dem Hauptbürgen zustanden. Eine Nachbürgschaft ist aber auch in der Form möglich, daß der Nachbürge sich nicht für den Hauptschuldner, sondern nur für den Hauptbürgen verbürgt; alsdann hat der Gläubiger einen Hauptschuldner und zwei Bürgen; dann hat der Nachbürge zu seinem Hauptschuldner lediglich den Hauptbürgen (R.D.F. 4, 330); befriedigt in diesem Falle der Nachbürge den Gläubiger, so erlangt er damit nicht Rechte gegen den Hauptschuldner, weil er sich für diesen nicht verbürgen wollte und nicht verbürgt hat; er kann sich die Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner aber abtreten lassen. Die Nachbürgschaft bedarf der Schriftform des § 766 BGB., soweit nicht § 350 formbefreiend wirkt (§ 350 Anm. 4).

Anm. 53. e) Die **Rückbürgschaft** ist eine selbständige, der Form des § 766 BGB. unterliegende Bürgschaft. Sie wird vom Rückbürgen dem Bürgen (nicht also dem Gläubiger) und zwar für dessen Rückgriffsansprüche geleistet, die er gegen den Hauptschuldner zu machen hat. Gläubiger ist danach der erste Bürge. Der Rückbürge nimmt ihm gegenüber die Stellung eines Bürgen ein. Der Hauptschuldner behält seine Stellung als Hauptschuldner auch für die Rückbürgschaft. Die Rückverbürgung kann, wenn der Rückbürge zugleich Mitbürge ist, schon in der Hauptbürgschaftsurkunde erklärt werden, wenn diese Urkunde dann dem Bürgen überlassen wird (oben Anm. 6) — sei es auch mit dem Auftrag, die Urkunde dem Hauptgläubiger zu überbringen (R.G. 61, 347). Hat der Rückbürge, weil er an der Rückverbürgung ein eigenes Interesse hatte, dem Bürgen den Auftrag zur Rückverbürgung gegeben und der Bürge diesen Auftrag angenommen und ausgeführt, so hat der Bürge seinen Rückgriff gegen den Rückbürgen, auch ohne die Beobachtung der Schriftform, auf Grund des formlos gültigen Auftrags (§§ 662, 670 BGB.; oben Anm. 41; R.G. in „Recht“ 09 Nr. 3341). Bestimmt ein Dritter den Bürgen durch das Versprechen, innerhalb einer gewissen Zeit für die Befreiung von der Bürgschaft einzustehen, zur Übernahme der Bürgschaft, so liegt ein Auftragsverhältnis und zugleich ein Garantievertrag vor, aber keine Rückbürgschaft.

Anm. 54. 7. Eine **kumulative Schuldübernahme** (Reichel, Die Schuldmitübernahme, München 1909; Schneider BayJ. 09, 2 u. 33; Strohal, Schuldübernahme JheringsJ. 57, 213) liegt vor, wenn ein Dritter neben den ursprünglichen Schuldner als weiterer samtverbindlicher Schuldner tritt, also die fremde Schuld als eine eigene übernimmt (z. B. bei der Zusage, eine fremde Schuld zu zahlen, d. i. beim gemeinrechtl. const. deb. alieni; R.G. 10, 187). Hier handelt es sich weder um einen Auftrag zur Gewährung einer künftigen Leistung (Kreditauftrag unten Anm. 56) noch um ein Schuldanerkennnis, noch um ein Schuldversprechen (vgl. R.G. 71, 118; a. M. Hamburg D.Z.M. 14, 21), sondern um eine Schuldübernahme, die auf derselben Stufe steht, wie die selbstschuldnerische Bürgschaft, und die der Schriftform wie die Bürgschaft bedarf (R.G. 71, 117; 59, 232; a. M. Staub D.Z.J. 03, 19; David im „Recht“ 03, 356). Denn das BGB. kennt, wenn nicht ein nachträglicher Eintritt in ein Rechtsverhältnis als Samtschuldner stattgefunden hat (hierüber unten Anm. 55), keine andere Form als die der Rückverbürgung, in der ein Dritter in einen bestehenden Vertrag eintreten könnte. Daher hat R.G. 51, 120 mit Recht (a. M. Martinus Gruch. 49, 181) angenommen, daß ein Vater, der, um die Bloßstellung seines

Sohnes zu verhüten, für dessen Schuld aufzukommen versprochen hat, sich als Selbstschuldner verbürgt habe (vgl. BayObLG. SeuffA. 60, 269). Ebenso liegt die Sache, wenn eine Witwe verspricht, das Konto ihres Mannes nach und nach zu begleichen (RG. 59, 232), oder wenn für die vertragsmäßig feststehenden, künftig erst zu erfüllenden Leistungen eines Dritten, z. B. bei einem Bau, lediglich gutgesagt (RG. 56, 130), oder für weitere Kreditierung persönlich eingetreten wird; dasselbe gilt überhaupt in allen Fällen, in denen das Einstehen für die Verbindlichkeit eines Schuldners eben von dieser Verbindlichkeit abhängig sein soll, wie z. B. bei Ausstellung eines Schuldscheins, worin sich der Aussteller verpflichtet, die Schuld eines anderen zu bezahlen, und in der Erklärung, die Schuld eines anderen auf sich nehmen zu wollen (LJ. 1911, 298²¹). Im Zweifel ist eine solche Abhängigkeit von der Hauptverbindlichkeit als gewollt anzunehmen (RG. 71, 118; 68, 126; 64, 318; 62, 172; 57, 260; JW. 09, 459¹⁴). Die Übernahme einer Kaufpreisschuld des Verkäufers in Anrechnung auf den geschuldeten Kaufpreis des neuen Abkäufers bedeutet jedoch im Zweifel eine private Schuldübernahme nach § 415 BGB. (RG. 56, 202; JW. 1911, 442⁵). Weil die kumulative Schuldübernahme lediglich Bürgerschaftscharakter hat, müssen alle Grundsätze über die Bürgerschaft zur Anwendung kommen, auch § 775 BGB. (Schneider S. 2; a. M. Reichel).

8. **Das Eintreten in einen Vertrag als gewöhnlicher Gesamtschuldner** (§ 421 BGB.) ist formlos gültig. Ein solcher Eintritt wird häufig auch als kumulative Schuldübernahme bezeichnet. Dieser Eintritt unterscheidet sich jedoch von der kumulativen Schuldübernahme (oben Anm. 54) dadurch, daß der Eintretende eine eigene selbständige Verbindlichkeit übernimmt, die von dem Fortbestand der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängig sein soll. Ein solcher Übernahmewille bildet die Ausnahme. Ob ein solcher Wille im einzelnen Falle vorhanden war, ist Tatfrage. Es müssen besondere Umstände zwingend auf das Vorhandensein eines solchen Willens hinweisen, z. B. Erfüllung einer Ehrenpflicht. Namentlich ist das eigene Interesse an Tilgung einer Schuld ein darauf hinweisendes Kennzeichen (JW. 1911, 581²¹; 09, 389⁶). Dieses Interesse darf nicht etwa ein persönliches sein, das der Schuldner einflößt. Es muß vielmehr das Interesse an der dem Gläubiger zu machenden Leistung ein unmittelbares, sachliches, wirtschaftliches sein, so daß die Vorteile der Leistung dem Eintretenden ganz oder teilweise zugute kommen sollen, oder daß die Erfüllung des Hauptvertrags dem Eintretenden irgendwie nützt, der Eintretende somit dem Gläubiger selbst dann den Eintritt erklärt haben würde, wenn eine Verbindlichkeit des Schuldners nicht oder nicht mehr bestehen sollte (RG. 71, 118; 68, 126; 64, 318; 59, 232; JW. 09, 459¹⁴; 08, 31⁶; 07, 47⁷); alsdann schadet es nichts, daß der Eintretende seinen Eintritt an die Bedingung geknüpft hat, daß der ursprüngliche Schuldner nicht zahle (JW. 08, 137⁵). Eine solche selbständige, vom Fortbestand des ursprünglichen Schuldverhältnisses unabhängige Verbindlichkeitsübernahme, d. h. ein Eintritt in den Vertrag, ist gegeben, wenn ein Dritter dem Gläubiger erklärt, das Geschäft des zweifelhaft gewordenen Schuldners zur Weiterführung und zugleich die Forderung des Gläubigers als Schuld zu übernehmen, falls der Gläubiger ihm zu den Bedingungen des dem Schuldner günstigen Abschlusses weiter liefere; oder wenn ein Hypothekengläubiger den Lieferanten oder Handwerkern, die wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu dessen Neubau nicht mehr liefern wollen, für die zur Fertigstellung des Baus nötigen Lieferungen und Arbeiten aufzukommen verspricht (JW. 08, 676⁷). Letzteres Versprechen ist wohl zu unterscheiden von demselben Versprechen eines Nichtinteressenten, der dem Schuldner lediglich beispringen will (oben Anm. 54), und von dem Versprechen, dafür zu sorgen, daß die Leute ihr Geld bekommen, sie sollten nur weiterliefern (oben Anm. 10). Fehlt es an den besonderen, hier hervorgehobenen Umständen, so liegt im Zweifel eine Bürgerschaft vor. Daher hat kein Eintritt in obigem Sinne stattgefunden, wenn ein am Vertrag nicht Teiliger lediglich die Urkunde über einen unter andern geschlossenen Vertrag unterzeichnet; das wäre nicht einmal eine Verbürgung (RG. 78, 37; vgl. § 350 Anm. 5 u. 9).

§ 349. 9. Ein bürgschaftsähnliches Verhältnis ist der Kreditauftrag (Lit.: Eccius Gruch. 46, 55; 48, 679; Lippmann JheringsZ. 48, 315; Weidemann JHR. 53, 429; Martinus Gruch. 49, 181; Foerster Kreditauftrag 03). Unter Kreditauftrag versteht § 778 BGB. den einem anderen erteilten, von diesem angenommenen Auftrag, einem Dritten unter eventueller Haftung des Auftraggebers in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Kredit zu geben; er ist formlos gültig (RG. 51, 122; 50, 160). Der Kreditauftrag ist ein aus Auftrag und Bürgschaft zusammengesetztes Rechtsverhältnis in dem Sinn, daß der Auftraggeber, sobald der in verpflichtender Weise angenommene Auftrag (§§ 662ff. BGB.) durch Kreditgewährung ausgeführt ist, dem beauftragten Kreditgeber wie ein Bürge haftet. Wegen verwandter Rechtsinstitute, wie Kreditbürgschaft und Schadloßbürgschaft, s. oben Anm. 25; Kreditempfehlung Ergl. zu § 349 Anm. 22; Akkreditierung § 363 Anm. 10.

Anm. 56. a) Ein vom Beauftragten angenommenes, auf Kreditgewährung gerichtetes Auftragsverhältnis muß begründet worden sein (§ 662 BGB.; RG. 56, 135). Die Aufforderung, einen Vertrag mit einem anderen abzuschließen (RG. im „Recht“ 09 Nr. 3342), das Ersuchen oder Zureden, einem Anderen Kredit zu geben oder weiterzuliefern (OLG. Hamburg HansGZ. 08 Beibl. 27), die Ermächtigung zur Kreditgewährung (RG. 56, 135), die Erklärung, es könne dem X ruhig weitergeliefert werden, stellt keinen Auftrag dar; es können hier nur die Grundsätze von Rat oder Empfehlung oder vom Garantievertrag zur Anwendung kommen. Ebenso fehlt es an einem Auftrag, wenn zum Zweck der Kreditverschaffung ein Schuldschein in blanco so ausgestellt wird, daß der Kredit-suchende den Namen des von ihm erst noch aufzufindenden Darlehnsgebers einsetzen soll; der Aussteller ist zwar der Kreditgeber, er haftet dem Darlehnsgläubiger aber lediglich aus dem Schuldschein. Hat sich der Aussteller in einem Schuldschein als Schuldner eines Darlehns bekannt, das er nicht empfangen hat, und soll der im Schuldschein benannte Gläubiger die Forderung versilbern, um so zu Geld zu kommen, so ist der Darlehnsgläubiger der Kreditnehmer, der Darlehnschuldner der Kreditgeber, der dem Geldgeber aus dem Schuldschein, nicht aus einem Auftrag, haftet (RG. 60, 21). An einem Auftrag fehlt es ferner, wenn jemand ein Darlehn gewährt, damit der Darlehnsempfänger das Geld — sei es selbst, sei es durch den Darlehnsgläubiger — einem Dritten gibt, dem der Darlehnsgläubiger vielleicht nicht kreditiert hätte (LZ. 1910, 773²⁴). Eigenes Interesse des Auftraggebers ist kein Erfordernis. Eigenes Interesse ist aber ein Hinweis für die Auslegung der Erklärung im Sinne eines Auftrags, wie es auch ein Anzeichen für den Eintrittswillen in ein Schuldverhältnis bildet (oben Anm. 55). Daher liegt ein Kreditauftrag vor, wenn auf die Anfrage, ob die Befestigung eines Dritten auf Kredit ausgeführt werden könne, der Angefragte antwortet, das Geschäft gehöre ihm, er komme für alles auf (RG. 50, 160), oder wenn der Angefragte, der ein anders geartetes eigenes Interesse an der Erfüllung hat, auf dieselbe Anfrage antwortet, für die Bezahlung sei er da (LZ. 1910, 899²⁴), oder wenn ein Vater, um den Verkäufer zur Lieferung an den Sohn geneigter zu machen, erklärt, er stehe für die Schuld seines Sohnes ein (Warnher Apr. 1912 Nr. 106). Die Bürgschaft kann in einen Kreditauftrag übergehen: Wenn z. B. der Lieferant von Baustoffen dem Bürgen des Bauunternehmers erklärt, er liefere dem Bauunternehmer nicht mehr weiter, und nun der Bürge erklärt, er werde zahlen, der Lieferant solle nur weiterliefern, so ist ein neuer Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen zustande gekommen, der ein Kreditauftrag, wenn nicht gar ein Werk- oder Kaufvertrag ist; dies ist wichtig, wenn die Verbürgung mangels Schriftform unwirksam ist.

Anm. 58. b) Auf Kreditgewährung für einen Dritten muß der Auftrag gerichtet sein — also auf eine künftige Leistung, die weder der Höhe noch der Zeitdauer nach begrenzt zu sein braucht. Die Grenze kann der Auftraggeber jederzeit durch Widerruf des Auftrags ziehen. Die Kreditgewährung kann auch so erfolgen, daß für Leistungen gutgesagt wird, die aus erst noch einzugehenden Verträgen zu machen sind (vgl. oben Anm. 3), oder daß ein bereits gewährter Kredit weitergewährt, ein Darlehn weiter gestundet oder weitere Darlehen gegeben werden sollen. Häufig kommt ein Kreditauftrag in der Weise vor, daß Lieferant

seine Leistung mit Recht verweigert und nun ein interessierter Dritter zugunsten des § 349. Lieferungsempfängers interveniert (vgl. oben Anm. 57). Keine Kreditgewährung liegt vor bei Übernahme einer Verpflichtung, Kredit durch Ausstellung eines Kreditbriefes zu verschaffen, oder wenn Jemand über eine von ihm bei einem Bankier eingezahlte Summe zugunsten eines Dritten verfügt; im ersteren Fall handelt es sich um die Verpflichtung zur Erteilung einer Zahlungsanweisung (§ 363 Anm. 10), im zweiten Fall um einen Zahlungsauftrag, der unwiderruflich ist, sobald der Dritte dem Bankier die Annahme erklärt hat (RG. 45, 239).

- c) Im eigenen Namen und aus eigenen Mitteln (d. h. für eigene Rechnung) soll der **Anm. 59.** Beauftragte Kredit geben. Soll der Kredit von dem Beauftragten in eigenem Namen aber für Rechnung des Auftraggebers gewährt werden, so liegt ein gewöhnlicher Auftrag, kein Kreditauftrag, vor. Soll der Beauftragte den Kredit oder ein Darlehn im Namen und für Rechnung des Auftraggebers gewähren, so ist der Kredit dem Auftraggeber selbst gewährt und bezüglich des Darlehns ein Vorvertrag über ein dem Auftraggeber selbst zu gebendes Darlehn in Frage; nicht aber ist der Auftraggeber der Kreditgeber (wie Goldmann = Lilienthal § 778 Anm. 13 u. v. Staudinger § 778 Bem. 1c auf Grund des § 164 BGB. annehmen), vielmehr ist der Auftraggeber der Kreditnehmer und Darlehnsempfänger (§ 362 Abs. 2 BGB.).
- d) Eine eventuelle Haftung des Auftraggebers muß gewollt sein. Lautet der Auf- **Anm. 60.** trag dahin, einen dem Auftraggeber zu kreditierenden Betrag zur Verfügung eines Dritten zu halten, so will der Auftraggeber allein haften; er hat eine Anweisung erteilt; der Dritte soll nicht in Anspruch genommen werden (RDfG. 3, 13). Der Kreditauftrag muß vielmehr dahin gehen, daß der Dritte Hauptschuldner sein und der Auftraggeber Bürgenstellung einnehmen soll, wenn der Auftrag angenommen und ausgeführt ist.
- e) Der Auftrag muß angenommen sein, d. h. es muß ein Auftragsvertrag zustande **Anm. 61.** gekommen sein (RG. 56, 135; Warnerer Rspr. 1910 Nr. 114; 1911 Nr. 429; § 662 BGB.). Unentgeltlichkeit ist nicht wesentlich, sondern es sind Provisionsforderungen für gewährten Kredit sogar das Gewöhnliche (vgl. RDfG. 22, 409); alsdann findet § 675 BGB. Anwendung. Über die Annahme des Auftrags, die auch stillschweigend durch Ausführung des Auftrags erklärt werden kann, gelten die allgemeinen Grundsätze (Erf. zu § 361 Anm. 2ff.). Bis zur Kreditgewährung beurteilt sich das Verhältnis nach den vom Auftragsvertrag geltenden Grundsätzen (RG. 56, 130; 50, 162), so daß der Auftraggeber bis dahin widerrufen, der Beauftragte bis dahin kündigen kann (§ 671 BGB.), und der Beauftragte, wenn ihm Zweifel an der Kreditwürdigkeit des Dritten entstehen oder entstehen müssen, die Weisungen des Auftraggebers einholen und insolange einhalten muß (vgl. § 665 BGB.); keinesfalls darf der Beauftragte weiteren Kredit geben, wenn sich die Verhältnisse des Kreditnehmers wesentlich verschlechtert haben (f. RDfG. 23, 139; 1, 70). Es liegt hierin sogar ein wichtiger Grund zur Kündigung nach § 671 BGB. für den Beauftragten. Für seine Aufwendungen kann der Beauftragte vollen Ersatz beanspruchen (§§ 670, 257 BGB.). Für die aus der Kreditgewährung entstandenen Verbindlichkeiten haftet der Auftraggeber nur als Bürge (unten Anm. 62). Im übrigen lassen sich die gesetzlichen Vorschriften über den Auftragsvertrag nicht in allen Stücken anwenden, soweit die kaufmännischen Anschauungen dem widersprechen; so kann der Beauftragte keinen Vorstoß verlangen (§ 669 BGB.); er kann den Auftrag durch einen anderen ausführen lassen (§ 664 BGB.); es erlischt der Kreditauftrag nicht durch den Tod des Beauftragten (§ 673; Dernburg II 2 § 291 IIa; a. M. Pland § 778 4b) oder des Auftraggebers (a. M. Pland cit.; v. Staudinger § 778 Bem. 2aγ).
- f) Die bürgschaftliche Haftung des Auftraggebers für den Kreditnehmer ist die Folge **Anm. 62.** des durch Kreditgewährung vollzogenen Auftrags, wie § 778 BGB. ausdrücklich bestimmt. Diese Haftung läßt sich als eine Garantieleistung mit Bürgschaftscharakter bezeichnen, so daß dem Auftraggeber die Einrede der Vorausklage zusteht, wenn der Kreditauftrag für ihn kein Handelsgeschäft ist (oben Anm. 22ff.; § 349 Satz 2), und daß sie ihm ebenso

§ 349. wie dem Bürgen verloren geht. Ihm den Befreiungsanspruch (oben Anm. 38) gegenüber dem Dritten (dem die Stelle des Hauptschuldners einnehmenden Kreditnehmer) zu vertragen, besteht kein Anlaß; dieser Anspruch ist ein Ausfluß der Bürgenhaftung. Dem Auftraggeber stehen überhaupt alle Einreden zu, wie sie der Bürge hat (oben Anm. 14), und es tritt der Auftraggeber durch Zahlung ebenso wie der Bürge in die Rechte des beauftragten Kreditgebers ein (oben Anm. 42). Ist der Kreditauftrag nicht zum Vollzug gekommen, weil das zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditnehmer abgeschlossene Geschäft nichtig ist (z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Kreditnehmers), so hat der Kreditgeber zwar keine Ansprüche gegen seinen Auftraggeber aus dem Kreditauftrag, d. h. der Auftraggeber haftet nicht als Bürge, wohl aber haftet er zufolge des Auftrags nach §§ 670, 675 BGB. (v. Staudinger § 778 Ziff. 4).

Anm. 63. 10. Der **Kreditvertrag** oder **Krediteröffnungsvertrag** (Buff, Das Kontokorrentgeschäft in Münchener Volkswirtsch. Studien 61, 1; Lübbert JheringsZ. 52, 313) besteht in der formlos gültigen Vereinbarung, nach welcher der Kreditgeber dem Kreditnehmer sich verpflichtet, Kredit durch Gewährung von Darlehen, Vorschüssen, Zahlungsleistungen, Akzeptierung von Tratten oder Anweisungen zu gewähren oder seinen Kredit in anderer Weise zum Abschluß von Rechtsgeschäften zur Verfügung zu stellen. Beschränkt sich der Kreditvertrag auf die Gewährung von Darlehen, so kommen die §§ 609, 610 BGB. zur Anwendung. Im Bankverkehr findet sich diese Beschränkung nicht häufig. Es steht aber nichts der Vereinbarung entgegen, daß die aus dem Kreditvertrag entstehenden Forderungen als Darlehensforderungen behandelt werden sollen; jedoch verliert durch diese Umwandlung der Kreditnehmer seine Einwendungen aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis nicht (ZB. 06, 550). Der Kredit wird meist dahin gegeben, daß der Kreditnehmer den Kredit in jeder ihm beliebigen Weise nach den Geschäftsbedingungen des Kreditnehmers (regelmäßig einer Bank, eines sonstigen Geldinstituts oder eines Bankiers) in Anspruch nehmen darf. Der Kreditgeber muß den Kredit in der vorgesehenen Weise gewähren; er kann darauf vom Kreditnehmer zwar verklagt werden, aber die Gläubiger des Kreditnehmers können, da der Kreditvertrag persönlichen Charakter hat, nicht den Anspruch ihres Schuldners auf fernere Ausnützung des Kredits, sondern nur bestimmte Ansprüche aus ganz bestimmten einzelnen Kreditgeschäften, pfänden (RG. 51, 119). Weil hier alles auf persönliche Vertrauenswürdigkeit abgestellt ist, hat der Kreditgeber bei wesentlicher Verschlechterung der Verhältnisse des Kreditnehmers (RDStG. 23, 137), wie überhaupt im Falle ernstlicher Kreditgefährdung (z. B. wenn der Kreditnehmer bei gedecktem Kredit die vereinbarte Sicherheit nicht stellt) ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände (vgl. RG. 60, 60). Dieses Rücktrittsrecht erhält seine Schranke wiederum durch die Grundsätze von Treu und Glauben, so daß bei einem Akzeptkredit bereits vertragsentsprechend in Umlauf gesetzte Tratten noch akzeptiert werden müssen, und daß der Kreditgeber seine Stellungnahme kundgeben muß, sobald ihm die ungünstige Lage seines Kreditnehmers bekannt geworden ist (RG. 65, 185; vgl. Erf. vor § 373 Anm. 38ff.). Von demselben Gesichtspunkt persönlichen Vertrauens aus muß dem Kreditgeber in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 2 BGB. und des § 723 BGB., wenn ein langdauernder, auf verständnisvolles Zusammenwirken berechneter Kreditvertrag eingegangen ist, ein Recht auf sofortige Lösung des Vertrags zugestanden werden, wenn die Voraussetzungen gedeihlichen Zusammenwirkens weggefallen sind; z. B. wenn der Kreditnehmer Neigung zu unübersehbaren Spekulationen ohne kaufmännische Überlegung zeigt (vgl. ZB. 07, 112¹⁵). Der Kreditgeber darf als Vergütung für seine Leistungen den Lombardzinsfuß der Reichsbank, wenn nichts anderes vereinbart ist, zugrunde legen und dazu einen angemessenen Zuschlag machen (Sontag im „Recht“ 02, 175; § 352 Anm. 8); dieser Zuschlag erscheint häufig als Provision, hat aber Zinscharakter (RDStG. 22, 408). Der Kreditnehmer ist, wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen, zur Ausnützung des Kredits nach Maßgabe seines geschäftlichen Umsatzes verpflichtet; denn der Kreditgeber muß, sobald er sich gebunden hat, mit einem solchen Umsatz rechnen und

die erforderlichen Mittel bereit halten. Zwar gibt es keine Leistungsklage gegen den Kreditnehmer und auch kein sonstiges Zwangsmittel, sondern nur eine Feststellungsklage; allein der Kreditgeber kann, wenn der Kreditnehmer, der mit der Krediteröffnung sein Kredit-schuldner (nicht nur Forderungsberechtigter) geworden ist, den Kredit vertragswidrig nicht benutzt, vom Vertrag zurücktreten oder, wenn er beim Vertrag beharrt, auch ohne Vereinbarung angemessene Provision beanspruchen (Endemann III 933; a. M. Dernburg II 2 § 236 III). Meist ist dieser Punkt in den Kreditverträgen der Banken dahin geregelt, daß der Kreditnehmer halbjährlich einen Mindestbetrag an Provision zu entrichten hat. Der Kreditnehmer hat ferner die vertragsmäßige Sicherheit zu stellen. Als vereinbarter Erfüllungsort kann sich aus den Umständen, z. B. wenn einem nicht festhaften Ausländer Wechselkredit gewährt ist, das Geschäftslokal des Bankiers ergeben (R.D.S.G. 21, 290; vgl. § 355 Anm. 28). Geht der Kreditvertrag in einem Kontoforrentvertrag über, so kommen die zu § 355 f. dargestellten Grundsätze zur Anwendung. Über Kreditbürgschaft s. oben Anm. 21 u. 31. Über die Kredithypothek s. § 1190 BGB.

11. Als **Kreditbrief** wird manchmal der schriftlich abgeschlossene Kreditvertrag (oben Anm. 63), **Anm. 64.** oder die einseitige Erklärung des Kreditgebers bezeichnet (oben Anm. 63). Unter Kreditbrief versteht man mitunter aber auch den Kreditauftrag (oben Anm. 57) und die Zahlungsanweisung (§ 363 Anm. 10), die in der eigenartigen Gestalt der Erteilung eines Kreditbriefs nun hier zu betrachten ist. Den Charakter einer Anweisung hat der Kreditbrief (Akkreditiv), wenn der Aussteller (Adressant) auf seine Rechnung einen Dritten (den Adressaten, Assignaten) anweist (ermächtigt), der im Brief bezeichneten Person (dem Assignatar, Akkreditierten, Anweisungsempfänger) oder dem Überbringer oder dem Inhaber des Kreditbriefs auf Vorzeigen Kredit durch Auszahlung einer bestimmten Summe (limitierter Kreditbrief) zu gewähren, die der Akkreditierte nach Belieben innerhalb eines gewissen Zeitraums abheben kann; fehlt eine Summenangabe (offener Kreditbrief), so erfolgt darüber besondere Mitteilung. Es gibt wohl auch noch einen Zirkularkreditbrief, in dem die Anweisung an mehrere, an verschiedenen Orten wohnhafte Firmen (Korrespondenten) gerichtet wird. Ob es aber einen Generalkreditbrief (Weltkreditbrief) gibt (so Endemann III 1128; Düringer-Hachenburg Anh. III zu §§ 363—365 Anm. 5), in dem Jeder-mann angewiesen wird, dem Akkreditierten Kredit zu geben, muß bezweifelt werden, weil der Anweisende doch nicht jede beliebige Person auf seine Kosten Kredit geben lassen will, und nicht weiß, wem gegenüber er sein Widerrufsrecht ausüben soll.

Durch Aushändigung des Kreditbriefs erhält der Akkreditierte nur die Ermächtigung zu entsprechendem Gebrauch. Eine Verpflichtung zum Gebrauchmachen besteht für ihn nicht (Prot. II 387); wohl aber muß er den Anweisenden jeweils benachrichtigen, daß er keinen Gebrauch zu machen sich entschlossen hat, oder daß er keinen Gebrauch machen kann, sowie daß der Angewiesene der Anweisung nicht nachkommt (§ 363 Anm. 14). Verweigert der Angewiesene die Honorierung des Kreditbriefs, so haftet der Anweisende nicht unbedingt (wie Gareis Lehrb. § 67 annimmt) sondern nur, wenn die Honorierung willkürlich oder aus einem in der Person des Anweisenden liegenden Grund unterbleibt; denn zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger besteht ein entgeltlicher Vertrag, der nicht auf Krediterteilung, sondern auf Erteilung einer Zahlungsanweisung und deren Honorierung durch Zahlung lautet. Weiterhin haftet der Anweisende nur für gehörige Sorgfalt, also für sorgfältige Auswahl des Angewiesenen; er steht also nicht ein, wenn der Angewiesene unvorhergesehen Konkurs macht. Nimmt der Angewiesene die im Brief enthaltene Anweisung (z. B. mittels Bestätigungsbriefs) an, so wird er dem Anweisungsempfänger wie bei Annahme einer Anweisung verpflichtet (§ 363 Anm. 10). Eine Teilzahlung bedeutet im Zweifel bereits eine Annahme. Ist der Kreditbrief nicht limitiert, so kann nicht eine unbeschränkte Annahme erfolgen (a. M. Cohn bei Endemann § 188), sondern die Annahme muß auf einen bestimmten Betrag lauten (Düringer-Hachenburg Anh. III Anm. 6 zu §§ 363—365 halten eine Annahme überhaupt für ausgeschlossen). Allein die Annahme kann auch mit einem Vorbehalt (R.G.

§ 349.

Ann. 64.

34, 36), also auch beschränkt, erfolgen. Ist die Annahme erfolgt, so muß der Angewiesene zahlen; er darf nach dem Wesen des Kreditbriefs nicht aufrechnen. Er muß die Zahlungen auf dem Brief vermerken; aus diesem Grund braucht der Akkreditierte den Anweisenden nicht zu benachrichtigen, in welchem Umfang er von dem Kredit Gebrauch gemacht hat. Bei bedenklichen Umständen (und dazu gehören beim nicht limitierten Kreditbrief ungewöhnlich hohe Anforderungen des Akkreditierten) muß der Angewiesene nach den Grundsätzen von Treu und Glauben den Anweisenden vor der Auszahlung in Kenntnis setzen und dessen Weisung einholen. Über die Einwendungen des Angewiesenen s. § 363 Anm. 11 und RG. 34, 35. Der Angewiesene erlangt durch die Zahlung auf den Kreditbrief hin keinen Anspruch gegen den Akkreditierten, sondern nur einen Anspruch gegen Anweisenden als alleinigen Schuldner. Der Anweisende kann nach Erteilung des Kreditbriefs aus wichtigen Gründen widerrufen. Dieser Widerruf rechtfertigt sich damit, daß die Parteien wesentlich veränderte Umstände in der Vermögenslage des Akkreditierten nicht in ihren Willen aufgenommen haben (vgl. RG. 65, 185; 60, 69). Hat der Akkreditierte Deckung gegeben und die Deckung erweist sich infolge Kurssturzes als unzulänglich, so wird ein Widerruf (anders als in dem Fall, wenn der Anweisende sich in der Bewertung geirrt hat) zuzulassen sein; denn das Verlangen nach Deckung, d. h. nach genügender Deckung, deutet ihnlänglich auf diesen Parteiwillen hin (a. M. allerdings RG. 64, 111; dagegen Danz BankW. 6, 97 u. Düringer-Sachenburg a. a. O. Anm. 10). Anders gestaltet sich die Lage, wenn ein Bankier, der seinem Kunden einen Kreditbrief von einer befreundeten Bank auf eine andere Bank ausstellen ließ und deshalb dem Aussteller Deckung gegeben hat, in Konkurs geraten ist oder, wie sich nachträglich herausstellte, keine ausreichende Deckung gegeben hatte; in diesem Fall hatte der Bankier mit der ausstellenden Bank einen Vertrag zugunsten seines Kunden nach § 328 BGB. geschlossen, der dem Kunden ein unmittelbares Recht gegen den Aussteller des Briefs auf Aufrechterhaltung der Akkreditierung gab; widerruft hier die ausstellende Bank, so macht sie sich schadenersatzpflichtig (RG. 64, 112).

Endlich kommt der Kreditbrief auch dergestalt vor, daß der Aussteller sich zur Akzeptation auf ihn gezogener Tratten gegen den Adressaten (den Akkreditierten) und jeden gutgläubigen Wechselinhaber bis zu einer gewissen Summe verpflichtet. Überschreitet der Akkreditierte dieses Limit, ohne daß die Überziehung im Kreditbrief ersichtlich gemacht war, so haftet der Aussteller des Kreditbriefs dem Wechselinhaber, der den Wechsel auf Vorzeigen des Kreditbriefs gutgläubig erworben hat (RDStG. 22, 149). Der Widerruf dieses Akzeptkredits richtet sich auch hier nach der Regel von den veränderten Umständen, die in den Grenzen von Treu und Glauben zur Geltung kommt (vgl. RG. 65, 185).

Ann. 65. 12.

Der **Garantievertrag** (Stammler ArchZivPr. 69, 1; Wienstein ArchBürgR. 31, 1) gleichfalls ein bürgschaftsähnliches Verhältnis, unterscheidet sich von der Bürgschaft dadurch, daß die Haftung aus dem Garantieversprechen nicht vom Bestand einer Hauptverbindlichkeit abhängt, sondern ihre selbständige Bedeutung gerade darin zeigt, wenn eine Hauptverbindlichkeit nicht zur Entstehung gelangt oder nachher wieder weggefallen ist; er ist formlos gültig (RG. 72, 138; 61, 157; 60, 371). Eine Garantieübernahme kann sich auch stillschweigend aus den Umständen ergeben (ZB. 03 Weil. 43⁹³). Wesentlich ist dem Garantievertrag das Eintreten für einen Erfolg, die Übernahme des Risikos einer geschäftlichen Unternehmung schlechthin, so daß nicht vor auszusehendes Mißlingen oder Zufälle auf Gefahr des Garanten gehen. Beispiele: Dividendengarantie (§ 215 Anm. 4; § 381 Anm. 31); Lantienmengargarantie (§ 237 Anm. 8); garantierter Gewinn, Zeichnung eines Garantiefonds zu Ausstellungsziwecken (ZB. 99, 211); Versprechen eines Agenten, daß der Verkäufer die Ware wieder zurücknehme (RG. in PucheltZ. 25, 431), Zusicherung des Bauhandwerkers gegenüber dem Baugeldgeber, er mache den Bau fertig, das Geld könne gegeben werden; das Eingehen einer Bierbezugspflicht für eine auf einem Grundstück zu errichtende Wirtschaft, zu dessen Kauf die Brauerei die Mittel gibt; Auftrag zur Ausführung einer unmöglichen Leistung gehört hierher (dem gutgläubigen Beauftragten

ist dann das volle Erfüllungsinteresse garantiert; Prot. I 499), und das Versprechen, dafür § 349. sorgen zu wollen, daß ein Dritter zahlt (oben Anm. 10), wenn es den Sinn hat, daß für Ann. 65. den Erfolg eingestanden werden soll. Unter den Garantievertrag fällt die Zusicherung, daß eine im Augenblick des Gefahrübergangs vorhandene Eigenschaft der Kaufsache auch künftig fortdaure (Warneher Mpr. 09 Nr. 201; Gruch. 47, 1009), oder eine nicht vorhandene Eigenschaft erst künftig verschafft werde (RG. 52, 431; JW. 06, 712³; 1911, 322¹³; Gruch. 51, 935: Baureise); meist wird beim Kauf der Parteiliebe dahin gehen, daß wegen Verletzung der Garantiepflicht nur Schadensersatz nach § 249 BGB. zu leisten ist, und nicht die Rücknahme der Kaufsache verlangt werden kann; im übrigen kommen die Grundsätze über nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung zur Anwendung (§§ 325, 323 BGB.) u. § 326 BGB. (hierüber § 377 Anm. 45); unter Umständen kann in einer solchen Garantieleistung beim Kauf aber auch das Recht der Nachbesserung enthalten sein. Dagegen gelten Gewährleistungsgrundsätze, wenn eine zur Zeit des Gefahrübergangs angeblich vorhandene, aber nicht zu beschaffende Eigenschaft der Kaufsache zugesichert wird. Über Garantiefrist beim Kauf s. § 377 Anm. 193. — Bürgschaft und Garantievertrag zu unterscheiden, fällt mitunter schwer. Insbesondere stellt sich oft eine Schadlosbürgschaft in Wahrheit als ein Garantievertrag dar (oben Anm. 25). Garantievertrag liegt vor, wenn nicht für den Bestand einer fremden Schuld, sondern für eine Schadensgefahr eingestanden werden soll, die dem Gläubiger oder dem Schuldner aus einem vertragswidrigen Verhalten des Gegners, z. B. aus Bruch des Versprechens, die Akzept des Schuldners selbst einzulösen, entstanden ist (RG. 61, 157; RG. bei Gruch. 51, 595). Wird bei einem Forderungskauf für die Güte der Forderung oder der abgetretenen Hypothek oder des Pfandgegenstandes garantiert, so bezieht sich diese Garantie nur auf die Zeit der Abtretung oder der Pfandbestellung; es handelt ungeachtet des Ausdrucks nur um eine formlos gültige Nebenabrede des Forderungskaufs, die sich nach dessen Grundsätzen beurteilt; wird jedoch über die Zeit der Abtretung oder Pfandbestellung hinaus für die Güte Gewähr geleistet, so liegt ein Garantievertrag vor (JW. 07, 105⁹); ist noch weiter die Gefahr des Ausfalls bei der Zwangsversteigerung übernommen, so handelt es sich um eine Ausfallsbürgschaft (oben Anm. 25). Wird der Eingang einer Hypothek zugesichert, so ist damit nur zugesichert, daß das Grundstück Sicherheit bietet; es ist keine Schuld und keine Zahlungsverbindlichkeit übernommen. Wird jedoch beim Forderungskauf oder bei der Abtretung an Zahlungsstatt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zugesichert (§ 438 BGB.), so kann eine Verbürgung oder eine Garantie darin enthalten sein (Mot. II 127; RG. 4, 277; a. M. Düringer-Hachenburg § 349 Anm. 37: nur Garantievertrag). Regelmäßig enthält ein solches Versprechen nichts weiter, als was ohnehin in § 438 BGB. gesagt ist, d. h. ein Einstehen für die Zahlungsfähigkeit z. Zt. der Abtretung (RG. 60, 371; Gruch. 47, 639). Ist aber über die Zeit der Abtretung hinaus (§§ 438, 365 BGB.) auch die künftige Zahlungsfähigkeit zugesichert, oder für das pünktliche oder vollständige Eingehen der abgetretenen Forderung Gewähr geleistet, so ist für einen Erfolg eingestanden; es liegt Garantievertrag vor (RG. 72, 138; RG. 37, 390; JW. 1910, 231⁸; 1912, 239⁶), d. h. es wird Sicherheit für den Augenblick der Fälligkeit gewährleistet, wenn nicht der Ausfall durch Sorglosigkeit des Versprechensempfängers verursacht worden ist (JW. 1912, 237⁵). Mitunter garantiert der Verkäufer eines Geschäfts dem Käufer die Bezugsmöglichkeit der Waren von einem Dritten; darin kann die Abtretung der Rechte des Verkäufers gegen den Dritten enthalten sein; aber es kann auch eine Garantie dahin gemeint sein, daß der Dritte liefern werde; es kann aber unter Umständen auch die Zusicherung einer Eigenschaft des verkauften Geschäfts in Frage kommen (hierüber § 377 Anm. 42). Über den Unterschied von der Bürgschaft s. oben Anm. 25 u. 32.

Die Einwendung des Garanten kann so wenig wie die des Bürgen (oben Ann. 33) dahin gehen, daß der Versprechensempfänger nicht sorgfältig bei Verfolgung seiner Ansprüche gegen einen Dritten verfahren sei (JW. 07, 176¹⁶ u. 237¹). Nach Ann. 66.

§ 349. den Grundsätzen von Treu und Glauben kann sich jedoch eine solche Sorgfaltspflicht ergeben, insbesondere eine Pflicht zur Anmeldung im Konkurs (FZB. 1910, 231⁶; RG. bei Gruch. 51, 595); jedenfalls muß der Versprechensempfänger das Unternehmen, für dessen Ausgang ihm garantiert ist, mit der erforderlichen Sorgfalt auszuführen. Ergibt sich auf diese Weise eine Sorgfaltspflicht, so führt deren Vernachlässigung zum Einwand des Mitverschuldens (Gruch. 51, 596; § 347 Anm. 12ff.). Einen Befreiungsanspruch (oben Anm. 38) hat der Garant nicht; es kann aber die Garantie gerade darin bestehen, daß ein Bürge sich die Befreiung von seiner Bürgschaft garantieren läßt.

Anm. 67. Wird eine Forderung abgetreten, so gehen zwar die Nebenrechte (Bürgschaft, Pfandrecht) auf den Erwerber über (§ 401 BGB.; RG. 65, 418). Es gehen aber nicht kraft Gesetzes die Ansprüche aus einer für den Eingang der Forderung erfolgten Garantieleistung über; sie bedürfen besonderer Übertragung (RG. 72, 141; 60, 369; FZB. 1912, 239⁶; 96, 43⁶⁶); diese Übertragung kann bis zur Tilgung der Forderung erfolgen (RG. 72, 141; 39, 250). Der Versprechensempfänger darf Sicherungsrechte, die ihm von Dritten bestellt wurden, aufgeben (anders bei der Bürgschaft; oben Anm. 35); nur darf dadurch der Garant nicht arglistig oder gegen Treu und Glauben geschädigt werden. Der Versprechensempfänger, dem für den Eingang einer ihm abgetretenen Forderung Garantie geleistet ist, kann von seinem Sonderrechtsnachfolger nicht deshalb angegriffen werden, weil er vor der Weiterabtretung auf eine ihm gestellte Bürgschaft verzichtet hat (RG. 72, 141).

Anm. 68. 13. Ein anderes bürgschaftsähnliches Verhältnis ist die **Deltrederehaftung** (§ 394).

Anm. 69. 14. Die **Kreditversicherung** (Forderungsverficherung, Hypothekenversicherung) untersteht den Vorschriften des BGB. und des PrivWUntG.

Grf. zu § 349.

Grkurs zu § 349.

Rat, Empfehlung und Auskunft.

Lit.: v. Dassel, Auskunft über Angestellte, „Recht“ 09, 734; Königsberger, Die berufliche Auskunftserteilung und die Stellung der Auskunftsanwalt, Stuttgart 07; Ruffbaum, Über Geschäfte in Ruhen, LZ. 1910, 497; v. Ziegler, Haftung des Bankiers aus Raterteilung, Goldheime 21, 1 u. 29.

Anm. 1. 1. Eine gesetzliche Vorschrift über Rat und Empfehlung gibt nur § 676 BGB., und zwar negativen Inhalts. Er lautet:

§ 676. Wer einem Anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Erlaße des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.

Für Auskunftserteilung gelten ferner die in §§ 823, 824, 826 BGB. und in §§ 1, 14, 15, 20ff. UnlW.G. gegebenen Vorschriften (hierüber unten Anm. 8 u. 32ff.).

Anm. 2. 2. **Rat, Empfehlung und Auskunft als Handelsgeschäfte.** Rat, Empfehlung und Auskunft interessieren hier nur, wenn und soweit sie Handelsgeschäfte sind, so daß die Haftung für eine in fahrlässiger Verletzung einer Amtspflicht erteilten Auskunft (RG. 68, 232; FZB. 05, 222³³; 1910, 294; 09, 27), die Raterteilung durch einen Anwalt (RG. 52, 366; SeuffA. 60, 274; FZB. 05, 138¹⁶; 09, 11) oder dessen Bureauvorsteher (FZB. 06, 129; 332⁷) und ärztliche Raterteilung (FZB. 03, 79²²) außer Betracht bleiben. Ferner bleiben außer Betracht die Empfehlungen von Emissionshäusern; für sie gilt das BörG. (§§ 45 ff.; § 203 HGB.). Hiernach ergibt sich:

a) **Handelsgrundgeschäfte** nach § 1 Abs. 2 sind Rat, Empfehlung und Auskunft nicht. Keine der dort aufgeführten Geschäftsarten, deren regelmäßiger Betrieb ein Handelsgewerbe bildet, liegt vor. Die Inhaber der Auskunftsbureaus sind daher nicht Kaufleute kraft Gewerbes.

Anm. 3. b) **Handelsgrundgeschäfte** nach § 2 können Rat und Empfehlung natürlich sein. Sie sind dies, wenn sie den Gegenstand eines gewerblichen Unternehmens bilden, welches nach

Art und Umfang einen kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In diesem **Grf. zu § 349.** Falle muß der Inhaber des gewerblichen Unternehmens seine Firma eintragen lassen und ist dann Kaufmann. In dieser Lage befinden sich die größeren Auskunftsbureaus seit 1. Januar 1900.

c) Ist nun der Inhaber eines Gewerbes auf Grund des § 2 Kaufmann geworden, so sind **Ann. 4.** die zu seinem Betriebe gehörigen Geschäfte Handelsgeschäfte (§ 343 Anm. 29), und diese Zugehörigkeit wird nach § 344 sogar vermutet, bei seinen Schuldscheinen sogar fingiert. Die von einem solchen Gewerbeinhaber erteilten Auskünfte fallen ganz besonders unter die Vermutung des § 344 Abs. 1, nicht aber unter die Fiktion des § 344 Abs. 2; denn sie sind, auch wenn sie schriftlich erteilt werden, keine Schuldscheine.

d) Außerdem aber sind die von jedem anderen Kaufmann (er mag es kraft Gewerbes nach **Ann. 5.** § 1 sein oder kraft des Betriebes irgendeines Gewerbes und Eintragung nach § 2, gleichviel, welchen Gegenstand das Unternehmen hat) erteilten Ratschläge und Empfehlungen auf Grund des § 343 Handelsgeschäfte, wenn sie zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, und präsumtiv gehören sie zufolge des § 344 dazu. Das bezieht sich sowohl auf den entgeltlichen Rat (ZB. 94, 591), als auch auf den unentgeltlichen Rat (RG. 20, 194). Denn auch dieser wird erfahrungsgemäß Geschäftsfreunden erteilt, um sich die Anwartschaft auf gleichartige Gegendienste zu sichern und dadurch das eigene Handelsgewerbe zu fördern. Aber es greift auch hier die Vorschrift des § 5 Platz: bei einem Gewerbetreibenden, dessen Firma eingetragen ist, kann von keiner Seite eingewendet werden, sein Gewerbe sei kein Handelsgewerbe. Er gilt also als Kaufmann, seine Geschäfte gelten als Handelsgeschäfte (§ 343 Anm. 7). Die von einem solchen Gewerbetreibenden erteilten Ratschläge und Empfehlungen sind also Handelsgeschäfte. Nur dann sind sie es nicht, wenn bei der Erteilung die Nichtzugehörigkeit zum Gewerbebetriebe erkennbar war (§ 344 Anm. 3). Endlich aber gilt auch der Kaufmann, der als Kaufmann im Rechtsverkehr auftritt (Grf. zu § 5), und auch von dessen Ratschlägen, Empfehlungen und Auskünften gilt das oben Gesagte.

3. **Unter welcher Voraussetzung wird für Rat, Empfehlung und Auskunft gehaftet?** Hier **Ann. 6.** müssen zwei Fälle unterschieden werden; der Fall, in dem Rat, Empfehlung oder Auskunft ohne Vertragsverhältnis, und der Fall, in dem Rat, Empfehlung oder Auskunft innerhalb eines Vertragsverhältnisses erteilt wird:

a) Der Fall, in dem der Rat, die Empfehlung, die Auskunft **ohne Vertragsverhältnis** erteilt wird. Die Erteilung eines Rats oder einer Empfehlung ist an sich kein Vertragsverhältnis. Auch wenn die Erteilung auf Grund einer Anfrage erfolgt, liegt kein Vertrag vor. Denn Frage und Antwort sind an sich noch kein Vertrag. Das war schon früher angenommen worden (RDStG. 19, 196), und wird durch den § 676 BGB. (oben Anm. 1) bestätigt. Denn aus diesem geht hervor, daß die Ratserteilung allein noch kein Vertragsverhältnis begründen soll. Rat und Empfehlung enthalten nur die Aufforderung eines anderen, etwas in seinem eigenen Interesse freiwillig zu tun; daher liegt noch keine unerlaubte Handlung vor, wenn der Ratende oder Empfehlende grob fahrlässig handelt. Der § 676 BGB. hatte (M. II, 534) gerade den Zweck, die „in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts noch nicht verschwundene Ansicht, es müsse auch für culpa, mindestens für culpa lata eingestanden werden, zurückzuweisen“; und eine allgemeine Schadensersatzpflicht für Fahrlässigkeit gibt es nicht (§ 347 Anm. 11). Es wird daher nicht allgemein für fahrlässige Rats- oder Auskunftserteilung oder Empfehlung auf Schadensersatz gehaftet. Damit sind auch die im preussischen Recht bestehenden Haftungen für grobfahrlässige Empfehlung (Haftung des Sachverständigen § 219 I 13) und Haftung für ein schriftliches Zeugnis über die Zahlungsfähigkeit eines Kreditfuchenden (§ 212 I 14 ALR.) gefallen, auch haftet der Angestellte, der bei einem Abschluß für sein Haus sich einer Fahrlässigkeit in einer Empfehlung schuldig macht, nicht persönlich (RG. in DZB. 02, 581).

Für außervertraglichen Rat wird nur gehaftet, wenn die Voraussetzungen **Ann. 7.** einer unerlaubten Handlung vorliegen. Ein arglistiger Rat enthält diese stets und

**Erk. zu
§ 349.**

begründet daher stets die Haftung auf Schadensersatz (Mot. II 554). Denn es kann dann § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 263 StGB. Anwendung finden. Aber auch wenn der Rat nicht die widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechts (§ 823 Abs. 1 BGB.) und auch nicht die Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB.) enthält, so kann doch eine vorsätzliche Schadenszufügung durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung (RG. 67, 395; JW. 02 Beil. 276²¹⁹), d. h. der Tatbestand des § 826 BGB. vorliegen, zu dessen Anwendbarkeit die Verletzung des Anstandsgefühls jedes rechtlich Denkenden und das Bewußtsein genügt, daß dem Beratenen durch die Empfehlung oder den Rat ein Schaden entstehen kann. Es braucht die Auskunft nicht gerade bewußt falsch zu sein (Erk. zu § 346 Anm. 10; JW. 1911, 584²⁷; unten Anm. 9).

Anm. 8.

Für außervertragliche Auskunft wird ebenfalls nur gehaftet, wenn ein arglistiges Verhalten vorliegt, wenn also der die Auskunft Erteilende wußte, daß die Auskunft unrichtig ist oder unrichtig sein konnte, und daß dem Empfänger der Auskunft durch sein Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der Auskunft Schaden erwachsen könne (vgl. RG. 67, 395; JW. 03, 184⁴¹; LZ. 09, 143²⁸; 1910, 808). Die Haftung ergibt sich dann aus § 826 BGB., und, wenn Wettbewerbszwecke verfolgt wurden, auch aus § 1 UnlWG. Soll § 823 Abs. 1 BGB. anwendbar sein, so müßte die vorsätzliche Verletzung eines eingerichteten Gewerbebetriebs konstruiert werden. Der Abs. 2 des § 823 BGB. fordert die Verletzung eines Schutzgesetzes, als welches dem Empfänger gegenüber § 263 StGB. und Dritten gegenüber die §§ 185 ff. StGB. erscheinen. In einer solchen Auskunft liegt eine üble Nachrede nach § 824 BGB. (RG. 60, 1) und, wenn Wettbewerbszwecke verfolgt wurden, eine üble Nachrede nach §§ 14, 15 UnlWG., so daß der Belegte zugleich den § 824 BGB. und § 14 UnlWG. anrufen kann. Böswillige, kreditgefährdende und widerrechtliche Auskünfte begründen aber zugleich die Anwendung des § 826 BGB. (Warneher Mpr. 08 Nr. 49, 214 u. 518; RG. in Ceuffl. 59, 183) und ev. den § 1 UnlWG. Näheres unten Anm. 32 ff.

Anm. 9.

Arglistig, dolos, handelt, wer etwas als seine Überzeugung hinstellt, von dessen Wahrheit er nicht überzeugt ist, auch wenn ihm nicht gerade die Unwahrheit bekannt war (Bolze 20 Nr. 402). Arglistig handelt insolgedessen auch der, der eine Tatsache aus der Luft greift; denn von dieser kann er nicht überzeugt sein (Bolze 12 Nr. 384; Hölzheim 21, 52). Wer ein Papier auf Grund seiner angeblichen Erfundigungen als chancenreich empfiehlt, ohne irgendeine Unterlage zu haben, hat frei erfunden; er handelt arglistig. Wenn auch zur Arglist weder grobe Fahrlässigkeit (RG. 27, 119; JW. 03, 184⁴¹) noch auch ein Verhalten hinreicht, welches wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben die Einrede der Arglist begründen würde, so ist doch auch andererseits die Absicht, zu schädigen, nicht erforderlich (RG. 9, 152), noch auch braucht der Zweck gerade auf eine Täuschung des Anfragenden gerichtet zu sein. Man ratet, man beauskunftet vielmehr schon dann arglistig falsch, wenn man sich zwar nicht bewußt ist, daß der Rat, die Auskunft die schädigenden Folgen, z. B. Kreditgewährung, haben werde, der Ratende oder Auskunfterteilende aber sich bewußt ist, daß Rat oder Auskunft unrichtig sein und daß dadurch dem anderen Schaden erwachsen könne (oben Anm. 8; JW. 02 Beil. 276²¹⁹; BankN. Vb. 9, 11); daher entlastet die Absicht, einen anderen durch Kreditverschaffung vor dem Zusammenbruch zu retten, nicht. In das Gebiet dieses eventuellen Dolus fällt es, wenn Jemand vom Wechselinhaber, der sich danach einrichten will, ein Akzept zur Anerkennung seiner Unterschrift vorgelegt wird, die Echtheit bestätigt, obwohl er die Echtheit bezweifelt, und seine Bestätigung nicht rechtzeitig berichtigt (§ 346 Anm. 1; § 350 Anm. 56 a. E.). Die erteilte Auskunft muß auch auf zuverlässiger Unterlage beruhen; der Auskunfterteilende darf also keine wesentlichen Umstände verschweigen, z. B. daß der Angefragte Kredit nur gegen Sicherheitsübereignung des Vermögens gegeben (JW. 1911, 43²⁹), oder daß er die Unterlagen seiner Auskunft lediglich von dem Zubeauskunftenden selbst hat. Wer es als seine Überzeugung versichert, daß der Beauskunftete gut stehe, ohne dies zu wissen, und ohne die Überzeugung zu haben, handelt arglistig. Zu einer Arglist gehört, daß die Auskunft der Überzeugung des Auskunfterteilenden nicht entprochen hat, sonst würde man eine Fahrlässigkeit unter § 826

BGB. bringen, die darin bestanden hätte, daß der die Auskunft Erteilende bei Anwendung **Erf. zu § 349.** gehöriger Sorgfalt zu der Überzeugung von der Unrichtigkeit seiner Auskunft hätte gelangen müssen, zu der er aber nun einmal nicht gelangt ist. Es müssen also besondere Umstände vorhanden sein, die auf eine Arglist hinweisen (vgl. RG. 76, 319 u. Warneyer Rspr. 1911 Nr. 376). Besondere Vorsicht ist bei Annahme eines eventuellen Dolus nötig, wenn es sich um die Abgabe eines Urteils über die Kreditwürdigkeit auf Grund nicht mitgeteilter Tatsachen handelt. Das Verschweigen unwesentlicher Umstände (z. B. daß der Zubeauskunftende vor längerer Zeit eine unbedeutende Strafe erhalten hat, oder daß eine ältere, jetzt nicht mehr in Betracht kommende, ungünstige Auskunft sich nachträglich als unrichtig herausgestellt hat) kann nicht zur Begründung einer Arglist herangezogen werden (vgl. Warneyer Rspr. 1912 Nr. 24: Empfehlung des leichtfertigen Sohnes durch den Vater). Über mitwirkendes Verschulden s. unten Anm. 29 u. § 347 Anm. 12.

Auf einem ganz anderen Gebiete liegt es, wenn der Anfragende durch eine arglistige **Anm. 10.** Auskunft, also durch absichtliche Firtumserregung, seitens des die Auskunft Erteilenden zur Eingehung eines Geschäfts mit diesem bestimmt wurde. Alsdann war die Rats- oder Auskunftserteilung ursächlich für den Geschäftsabschluß; sie macht dieses Geschäft anfechtbar nach §§ 119, 123 BGB. und kann Folgen nach §§ 826, 823 BGB. nach sich ziehen (RG. 67, 395 will nur § 826 BGB. anwenden; vgl. Erf. zu § 58 Anm. 26). Handelt es sich dagegen um eine Verpflichtung zur Auskunft- oder Ratserteilung innerhalb eines bestehenden Vertrags, z. B. anlässlich eines Dienst- oder Auftragsverhältnisses, so greift die Vertragsklage Platz (vgl. RG. 42, 129). Es richtet sich in solchem Falle die Verantwortlichkeit überhaupt nach den Regeln des Hauptgeschäfts, also, wenn ein Kaufvertrag gegeben ist, nach den hierfür maßgebenden Grundsätzen über Sorgfaltspflicht (Bolze 9 Nr. 216; unten Anm. 17). Dabei ist auch neben Wandelung die Schadensersatzklage wegen schuldhafter Vertragsverletzung zulässig (§ 276 BGB.).

Tatort der unerlaubten Handlung (§§ 823, 824, 826 BGB.) ist sowohl der Ort der **Anm. 11.** Abfassung und Absendung des Rats, der Empfehlung und der Auskunft als auch der Wohnort des Empfängers der Mitteilung (RG. 72, 41; 54, 205; JW. 03, 63; 1912, 301²⁰). Nach dem Recht dieser Orte beurteilt sich das ganze Rechtsverhältnis, so daß dem Verletzten die Wahl zusteht (Art. 12 u. 30 GG. BGB.; RG. 46, 112; 27, 418; RGSt. 11, 246; JW. 04, 217³⁷). Ebenso bestimmt sich die Gerichtszuständigkeit (ZPO. § 32; RG. 72, 41), und hat das Gericht, um seine Zuständigkeit festzustellen, zunächst die Lagebehauptungen auf ihre Schlüssigkeit, d. h. darauf zu prüfen, ob die behaupteten Tatsachen ihrer Art nach eine unerlaubte Handlung darstellen können, und die Beweise über den Tatort zu erheben (RG. 4, 383; JW. 92, 204; Gruch. 37, 25; LZ. 1912, 686²⁰). Wird auf Grund des UnlWG. geklagt, so stellt dessen § 24 vier ausschließliche Gerichtsstände auf, von denen derjenige der begangenen Handlung erst Platz greift, wenn keiner der andern drei Gerichtsstände vorhanden ist.

Wegen der Haftung für Arglist von Vertretern, Gehilfen, Agenten s. unten Anm. 37 bis 39. **Anm. 12.**

b) Der Fall, in dem der Rat, die Empfehlung oder die Auskunft **auf Grund** **Anm. 13.** **eines Vertragsverhältnisses** erteilt wird. Das kann in verschiedener Weise geschehen, so daß bei Zusammentreffen mehrerer Haftungsgründe eine Verschärfung der Sorgfaltspflicht die Folge sein kann.

a) Einen **selbständigen Vertrag** stellt Rat, Empfehlung oder Auskunft nur dar, wenn zu Rat, Empfehlung oder Auskunft noch besondere Umstände hinzutreten, die als Grundlage eines Vertrags angesehen werden können (RG. 67, 394; 52, 365; JW. 06, 332⁷; 05, 138¹⁶; 502²⁵). Solche vertragsmäßige Beziehungen der hier geforderten, besonderen Art sind nicht vorhanden, wenn der Rat usw. aus Gefälligkeit unentgeltlich oder außerhalb einer Geschäftsverbindung gegeben wird (a. M. Breit in Rießer-Mehm BorsG. S. 356 Anm. 101), mag es auch der Gläubiger sein, der seinen Schuldner, der ihm als Referenz aufgegeben ist, um Auskunft über einen Dritten angeht und Auskunft erhalten hat. Es ist nicht gerade erforderlich, daß ausdrücklich ein Vertrag auf Rat usw. abgeschlossen

**Erz. zu
§ 349.**

wird; ein solcher Vertrag kommt ohne weiteres zustande, wenn sich jemand berufs- oder gewerbmäßig, wie Auskunftsbureaus, manche Bankinstitute und Anwälte zu Rat oder Auskunft gegen Entgelt erboten und der Rat, die Auskunft erteilt ist (vgl. RG. 52, 365). Ein solcher Vertrag ist ein Werkvertrag (§ 631 BGB.). Denn Gegenstand des Werkvertrags kann jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg sein. In Frage könnte noch der Dienstvertrag kommen. Allein es wird von den Auskunftsbureaus nicht die Ermittlungstätigkeit als solche verlangt, sondern das Ergebnis der Ermittlung (Komm. v. RGK. § 676 Ziff. 2; Planck Vorbem. II² zu § 631 BGB.; RG. in RGBl. 01, 96). Hellwig (Verträge auf Leistung an Dritte 517) leugnet die Natur des Werkvertrags, weil die Tätigkeit der Auskunfteien nur in conditione, nicht in obligatione sei. Allein die Auskunftei, welche die Erteilung von Auskünften gegen Entgelt übernimmt, ist verpflichtet, Auskünfte zu erteilen. Man abonniert und verläßt sich darauf, daß Auskünfte nach eingeholter sorgfältiger Erkundigung erteilt werden (vgl. JW. 05, 502²⁵). Ausnahmsweise kann allerdings auch einmal ein Dienstvertrag vorliegen; nämlich dann, wenn eine einzelne Dienstleistung, z. B. Auskunft über die Tatsache verlangt wird, ob eine Firma einer anderen den Kredit gekündigt hat (Brückner im „Recht“ 03, 246).

Anm. 14.

Hat der Ratende oder Empfehlende oder Beauskunftende die Unrichtigkeit des Rats usw. zu vertreten, so haftet er auf Schadensersatz (§§ 635, 276, 278 BGB.). Der Beratene kann allerdings statt dessen auch Wandelung (Rückgängigmachung des Vertrags, z. B. bei Verzögerung) oder Minderung (Herabsetzung der Vergütung) verlangen. Aber meist werden diese beiden Rechte nicht in Frage kommen, sondern nur der Anspruch auf Schadensersatz. Dabei wird die im § 634 BGB. vorgesehene Fristbestimmung zur Beseitigung des Mangels gemäß Abs. 2 dieses Paragraphen nicht erforderlich sein, weil, wenn durch die Befolgung des falschen Rats oder der falschen Empfehlung bereits ein Schaden entstanden ist, ein besonderes Interesse des Bestellers an der sofortigen Geltendmachung des Anspruchs vorliegt, auch der Mangel nicht mehr beseitigt werden kann. Bei wiederholt unrichtigen Auskünften wird eine positive Vertragsverletzung vorliegen, die zur sofortigen Lösung des Abonnements berechtigt. Einzelheiten unten Anm. 23 ff.

Anm. 15.

Zu vertreten hat der Ratende oder Empfehlende seinen Rat oder seine Empfehlung, wenn Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt (§ 276 BGB.). Zur Fahrlässigkeit gehört, wenn der Ratende Kaufmann ist, die Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 246 BGB.), wobei die Anforderungen nach den Umständen (z. B., ob der Bankier den Kunden vom Ankauf mündelsicherer Papiere abzubringen suchte, ob er seinen Rat aufdrängte) und nach der Höhe der Vergütung zu bemessen sind. Außerdem hat der Ratende oder Empfehlende auch die Versehen seiner Gehilfen zu vertreten (Anm. 38). Diese Sorgfalt ist verletzt, wenn bei Erteilung günstiger Auskunft verschwiegen wird, daß der Auskunfterteilende durch Sicherungsübereignung gedeckt ist („Recht“ 09, 442). Im Fall der Arglist liegt aber auch unerlaubte Handlung vor, und der Geschädigte kann sich darauf stützen. Soll Auskunft in Rechtsangelegenheiten erteilt werden, so genügt der die Auskunft Erteilende seiner Pflicht, wenn er die ihm von einem Anwalt erteilte Auskunft gutgläubig weitergibt (JW. 97, 176). Der die Auskunft Erteilende muß seine Quellen, aus denen er schöpft, auf ihre Zuverlässigkeit prüfen, auch seine Berichte in Übereinstimmung mit seinen Erkundigungen halten (SeuffA. 45 Nr. 85; 50 Nr. 189; Brückner im „Recht“ 03, 248); er kann sich nicht damit entschuldigen, er habe zur Zeit der Auskunftserteilung sein Material verlegt gehabt (JW. 08, 241¹⁴). Weitere Einzelheiten unten Anm. 23 ff.

Anm. 16.

- β) Der Rat, die Empfehlung, die Auskunft kann auch in **untrennbarem Zusammenhang mit einem anderen Vertrage** stehen.
- αα) Dies ist zunächst der Fall, wenn der Kommissionär dem Kommittenten hinsichtlich der Geschäfte, deren Ausführung dem Kommissionär aufgetragen werden soll, mit seinem Räte zur Seite steht, z. B. wenn ein Bankier seinem Kunden bestimmte spekulative Opera-

tionen anrät. Er ist hierbei als Kommissionär tätig und haftet für den erteilten Rat nach **Erl. zu § 349.** den Regeln des Kommissionsgeschäfts (RG. 19, 100). Wie aus der Erl. zu § 384 hervor- geht, haftet der Kommissionär dem Kommittenten für den hierbei erwachsenden Schaden.

ββ) Stellt sich Rat, Empfehlung oder Auskunft als eine Nebenleistung zum Hauptvertrag **Ann. 17.** dar, so besteht ebenfalls dieser Zusammenhang. Der Verkäufer oder Kommissionär ist nicht ohne weiteres für seinen Rat verantwortlich; denn es ist zu beachten, daß der Bankier, auf den es hier hauptsächlich ankommt, auf schleunigen Umsatz in Ausnützung der Chancen angewiesen ist und diese Chancen einem Kunden, der ihn in Anspruch nimmt, nicht offenzulegen braucht (vgl. JW. 1910, 808²²), und daß ein Verkäufer nicht aus Rat oder Empfehlung haftbar gemacht werden kann, wenn er seine eigene Ware empfiehlt; es ist der Käufer hier lediglich auf die Gewährleistungsansprüche oder auf Garantielleistungsansprüche angewiesen. Nur dann liegt die Sache anders, wenn der Käufer sich an den Verkäufer infolge eines besonderen Vertrauensverhältnisses, z. B. an einen Wandagisten um Rat über Anschaffung des zweckmäßigsten Apparates wendet; dann würde wohl § 276 BGB. zur Anwendung zu bringen sein, wenn der Verkäufer nicht sorgfältig verfahren ist, weil der Rat ein Teil des Kaufvertrags geworden wäre. Im allgemeinen gilt also als Regel, daß der Verkäufer nicht für Empfehlung seiner Ware haftet. Ähnlich verhält es sich mit Auskünften. Wenn daher eine Bank aus Gefälligkeit Auskunft über einen Dritten gibt und die dann vom Ausfall dieser Auskunft abhängigen Geschäfte vermittelt, so war die Auskunft keine Nebenleistung; sie macht nicht haftbar (RG. in BankN. Bd. 9, 11¹). Der Rat wird erst dann zu einer vertraglichen Nebenleistung, wenn der den Kauf veranlassende Rat und der Kaufabschluß ein einheitliches zusammenhängendes Geschäft bilden. Zu dieser Einheitlichkeit gehört, daß der Verkäufer aus seiner Rolle als Verkäufer heraustritt, zur Vertrauensperson sich selbst erhebt, und als solcher Berater und Sachmann vom Kunden auch angesehen wird (RG. 42, 130; RG. in LZ. 08, 604 u. 1910, 293¹⁹; JW. 03, 1517; 1911, 809¹⁴; RG. in BankN. Bd. 11, 62). Dieses Heraustrreten findet statt, wenn der Verkäufer für seinen Rat eine besondere Vergütung beansprucht. Diese Vergütung kann aber auch schon im Kaufpreis selbst enthalten sein, und sie ist es, wenn der Beratene demnachst im Vertrauen auf den Rat des Bankiers die Wertpapiere von diesem selbst bezogen hat (RG. in LZ. 09, 543⁶; Warnerer Nspr. 08 Nr. 463; 09 Nr. 85 u. 1910 Nr. 110). So liegt die Sache auch, wenn sich jemand zur Ratserteilung und Mitwirkung zu guten Kapitalanlagen erbieht und nun den Kunden durch Empfehlung zum Ankauf der eigenen Hypothek veranlaßt (JW. 1910, 183⁹), oder wenn eine Fabrik den nicht fachkundigen Besteller einer industriellen, von ihr zu errichtenden Anlage auf Grund eines von ihr erforderten Gutachtens zum dementsprechenden Abschluß bestimmt. Für die Frage, ob ein solches Heraustrreten aus der Rolle eines Verkaufslustigen stattgefunden hat, ist es erheblich, ob der Kunde Privatmann, Nichtfachmann, oder unerfahren ist, ob er mit dem Verkäufer, einem Sachmann, persönlich oder nur durch den Agenten verhandelt hat; in letzterem Falle ist zu beachten, daß die Äußerungen von Vermittlern oder Agenten wegen ihres Provisionsinteresses meist den Charakter bloßer Anpreisungen, nicht aber von entscheidenden Empfehlungen, haben (vgl. RG. in LZ. 08, 604¹). Liegt ein solch' einheitlicher Vertrag vor, so tritt auch Haftung für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ein (§ 276 BGB.; § 347 Ann. 3), d. h. das ganze Rechtsverhältnis beurteilt sich nach den für den Hauptvertrag geltenden Rechtsgrundsätzen. Hieraus folgt hinwiederum, daß, wenn ein Bankier die Beteiligung an seinen eigenen Spekulationen in Form einer Unterpfandbeteiligung durch seinen Rat veranlaßt, seine Haftung sich auf Anwendung von Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten beschränkt, weil ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt (§ 708 BGB.; RG. 67, 394). Handelt der Verkäufer arglistig, so bedarf es zur Haftung nicht noch des Nachweises des Heraustretens aus der Rolle des Verkäufers; denn dann kommen die §§ 119, 123, 823, 826 BGB. zur Anwendung (oben Ann. 10); und eine solche Arglist ist vom RG.

Grf. zu § 349.

selbst dann in einem Falle nicht abgelehnt, in dem ein Bankier ein Papier um das Dreifache des Erwerbspreises, ohne daß die Umstände sich günstiger gestaltet haben, als „billig“ empfohlen hatte (BankV. Bd. 11, 61). Weiteres unten Anm. 23 ff.

Anm. 18.

77) Rat, Empfehlung und Auskunft, die innerhalb einer bestehenden Geschäftsverbindung erteilt werden, stellen gleichfalls einen inneren Zusammenhang her, der für Fahrlässigkeit haftbar macht.

Dies gilt insbesondere für den Bankier im Geschäftsverkehr mit seinen Kunden. Der Bankier hat im allgemeinen zwar nicht die Pflicht, ohne weiteres seinen Rat zu erteilen und die tatsächlichen Unterlagen zum Zweck der Beurteilung des Wertpapiers seinem Vertragsgegner anzugeben; es muß vielmehr der Käufer oder Verkäufer, wenn er den Bankier verantwortlich für Rat oder Empfehlung machen will, diesen Rat verlangen und erkennen lassen, daß die alsdann zu erwartende Aufklärung für seine Entschließung von Bedeutung sein wird (ZB. 03, 151⁷; 05, 502³⁵). Bei einer bestehenden Geschäftsverbindung verhält es sich jedoch anders. Die Geschäftsverbindung geht nicht nur auf den Abschluß von Spekulationsgeschäften, sondern auch auf Erteilung von Ratsschlägen. Ein im Verfolg einer solchen Geschäftsverbindung erteilter Rat ist als ein vertragsmäßiger aufzufassen (RG. 65, 141; 27, 124), woraus insbesondere die Haftung für Versehen folgt (RG. 67, 395; ZB. 05, 502³⁵; Warnerer Nspr. 1910 Nr. 110; 09 Nr. 85, RG. in BankV. Bd. 11, 61). Man kann diesen Vertrag mit Staub 6./7. Aufl. als einen Werkvertrag ansehen, bei welchem Wandelung und Minderung wegfällt (Anm. 14). Das Wesen der Sache wird aber wohl besser getroffen, wenn man diesen Vertrag als einen zusammengesetzten Vertrag betrachtet, so daß sich mit dem Kauf- oder Kommissionsgeschäft die Leistung von Diensten vermischt; der unfundierte Laie nimmt zur Vorbereitung des Geschäfts mit dem sachkundigen Bankier dessen Rat als Nebendienst in Anspruch. Der Rat bildet so einen Teil des abzuschließenden Geschäfts. Das Entgelt für diese Dienstleistung kommt in den Vorteilen zum Ausdruck, welche der Bankier aus den einzelnen, von ihm beratenen Abschlüssen zieht; wesentlich durch seine Beratung schafft sich der Bankier einen Kundenkreis, der ihm wiederum den Betrieb seines Handelsgewerbes ermöglicht. Aus diesem Zusammenhang folgt, daß der Bankier die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nach § 276 BGB. bei Rat und Empfehlung zu vertreten hat (RG. 19, 100; 42, 131; ZB. 03, 151⁷; RG. in DZB. 05, 169). Besonders scharf tritt diese Verantwortlichkeit in den Vordergrund, wenn der Bankkunde ein Privatmann ist, der eine sichere Kapitalanlage sucht, wozu auch Aktien gehören können (RG. 42, 131; ZB. 03, 151⁷), oder, wenn die mit der Unergiebigkeit eines Unternehmens vertraute Bank einen Privaten oder Kaufmann, bei dem sie eine Kenntnis der Sachlage nicht voraussetzen hatte, durch unrichtige Anpreisungen der günstigen Ausichten zum Ankauf von Aktien oder Aktien des Unternehmens bestimmt. Alle diese Erwägungen treffen aber nicht zu, wenn der Bankier seinem Kunden von einem Ankauf oder Verkauf abrät und nun dem Kunden ein Gewinn entgeht oder ein Schaden erwächst (Arglistiges Verhalten beim Abraten macht natürlich haftbar).

Anm. 19.

Voraussetzung ist also eine Geschäftsverbindung, d. h. ein Vertragsverhältnis, das auf den Abschluß einer Reihe noch unbestimmter Geschäfte gerichtet ist, und eine solche Dauer haben soll, daß daraus ein verpflichtendes Vertrauensverhältnis entsteht (vgl. RG. 28, 322). Der Abschluß vereinzelter Geschäfte in früheren Jahren und die bloße Anbahnung neuer Geschäftsbeziehungen genügt nicht (RG. 67, 394). So ist auch die Empfehlung zum Eintritt in eine offene Handelsgesellschaft, die mit dem empfehlenden Bankier bereits in Geschäftsverbindung steht, nicht während einer Geschäftsverbindung erteilt (sofern eine solche dem Eintretenden gegenüber nicht schon seit früher besteht), obgleich auch schon das erste Geschäft den Anfang einer Geschäftsverbindung darstellen kann. Dasselbe gilt von einer Ratserteilung mit dem Zusatz, es werde der Beratene daraus die Veranlassung nehmen, den Ratenden anderweit recht häufig in Anspruch zu nehmen. Es begründet auch eine Auskunft des Bankiers bei häufiger

Wechselbistkontierung über die Verhältnisse des Ausstellers keine Haftung für Fahr- **Erk. zu**
läufigkeit; denn das regelmäßige Wechselbistkontieren ist noch keine Geschäftsverbindung **§ 349.**
(RG. in SeuffA. 66, 8). Gleichartig brauchen die Abschlüsse einer Geschäftsverbindung
nicht zu sein. Wohl aber müssen Rat, Empfehlung oder Auskunft in einem inneren
Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung stehen, so daß sie als durch das Vertrauens-
verhältnis getragen und als Ausfluß einer Beratungspflicht erscheinen; daraus ergibt
sich die Notwendigkeit, daß Rat, Empfehlung oder Auskunft nicht nur gelegentlich und
nicht hinsichtlich solcher Geschäfte erteilt sein dürfen, die mit der Art der Geschäftsverbin-
dung nichts zu tun haben, wie dies bei einer gelegentlichen Auskunft über die Ver-
hältnisse eines Dritten der Fall ist, der an den bisherigen Abschlüssen nicht beteiligt
war (vgl. JW. 07, 363¹¹; Hamburg DLW. 13, 432).

Ein selbständiger Vertrag auf Raterteilung ist Werkvertrag, wenn lediglich **Ann. 20.**
objektiv richtiger Rat versprochen wurde (oben Ann. 13), und Garantievertrag
(§ 349 Ann. 65), wenn darüber hinaus auch noch für den Erfolg eingestanden wird
(Brunswig ZN. 56, 87; Ortmann § 676 Ann. 1aα). Andernfalls liegt Dienstvertrag
vor; regelmäßig wird ein solcher angenommen v. Düringer-Hachenburg § 347 Ann. 19.

Ferner gehört hierher der Fall, bei dem periodische Zeitschriften in ihrem Programm **Ann. 21.**
ankündigen, sie wollen den Abonnenten Rat schläge über Börsentrans-
aktionen oder medizinischen oder juristischen Inhalts erteilen. Der einzelne
Rat ist dann ein auf Grund eines Werkvertrages erteilter Dienst. Die Vergütung liegt
in dem Abonnementsbetrage; die Rechtsfolgen sind entsprechende, wie oben Ann. 14.

Die Empfehlung kann sich ferner eng anschließen an einen Kredit- **Ann. 22.**
auftrag nach § 778 BGB. (vgl. RDSt. 19, 198). Wer nicht nur auf Anfrage oder
ohne Anfrage einen Kredit suchenden als kreditwürdig empfiehlt, sondern darüber hinaus
auch noch den Auftrag erteilt, den Kredit zu gewähren, haftet aus dem Auftrage nach § 778
BGB. (§ 349 Ann. 56 ff.). Zum Kreditauftrage gehört der Wille, sich zu verpflichten;
es muß ersichtlich sein, daß der Kreditgebende ein fremdes Geschäft, das des Empfehlen-
den, besorgen, in dessen Interesse handeln sollte, indem er Kredit gab. Ist dies der Fall,
dann liegt ein Kreditauftrag vor; ein eigenes Interesse des Kreditgebers oder eine Pro-
visionszusage benimmt dem Geschäft den Auftragscharakter nicht (RG. 56, 130); die
Empfehlung ist ein Bestandteil des Auftrages, nur die Art oder Form, in welcher
der Kreditauftrag erteilt wurde. Der Empfehlende haftet in diesem Falle, wie ein Bürge,
weil er einen Kreditauftrag erteilt hat. Ob die Empfehlung an sich richtig oder, wenn
sie unrichtig war, der Mangel von ihm zu vertreten ist, ist hierbei gleichgültig; er haftet
aus dem Kreditauftrage, wie ein Bürge, aber auch nur wie ein Bürge, also mit dem
Einwande der Vorausklage, soweit nicht auf Grund des bürgerlichen Rechts oder des
§ 349 BGB. eine selbstschuldnereische Haftung eintritt (§ 349 Ann. 22 ff.).

War der Rat ein arglistiger, so haftet auch der Kreditauftraggeber auf Grund der
unerlaubten Handlung, nicht nur als Bürge. Denn die beim Vertragsabschlusse be-
gangene Arglist stellt den Tatbestand einer unerlaubten Handlung dar (oben Ann. 10 f.;
Erk. zu § 58 Ann. 26). Die Haftung ist dann nicht eine bürgschaftliche (unten Ann. 30).

4. Die Einzelheiten der Schadensersatzpflicht. Sowohl bei Rat, Empfehlung und Auskunft **Ann. 23.**
auf Grund unerlaubten Handelns, als auch auf Grund der Verletzung eines Vertrags-
verhältnisses ist regelmäßige Rechtsfolge die Pflicht zum Erfatze des dem Beratenen er-
wachsenen Schadens, wie dies die Ausführungen in Ann. 14 ergeben. Über diesen
Erfatz gilt folgendes:

- a) Über den ursächlichen Zusammenhang zwischen **Empfehlung und Schaden**
gilt, wie schon zu § 347 Ann. 27 ff. betont wurde, daß sie zwar bestimmend gewesen sein
muß, aber nicht die einzige und notwendige Ursache des Schadens zu sein braucht, wobei
zu berücksichtigen ist, daß bei demselben Abschluß die unrichtige Empfehlung für An- oder
Verkauf eines Papiers ursächlich sein kann, ein anderes Papier aber nicht berührt; der Schaden
beschränkt sich dann auf An- oder Verkauf des ersteren. Erweist sich nur ein Rat von mehreren

Grf. zu § 349.

Ratserteilungen, nur eine Empfehlung, nur eine Auskunft als Ursache des Schadens, so tritt doch Haftung für den Gesamtschaden ein, weil es genügt, wenn auch nur eine der die Haftung begründenden Handlungen für den Gesamtschaden ursächlich war; ebenso tritt Haftung für den gesamten Schaden ein, wenn von mehreren ratenden, empfehlenden, auskunftgebenden Personen nur eine dieser Personen verantwortlich gemacht werden kann; diese eine Person hat für den ganzen Schaden aufzukommen (vgl. R.G. 73, 289).

Ann. 24.

Im Verkehr zwischen Bankier und Kunden wird besonders die Frage wichtig: inwieweit ist der Kurs, sein Stand und sein Rückgang für die Berechnung des Schadens maßgebend?

Hier greift zunächst die Erwägung Platz, die in R.G.St. 23, 435 angestellt ist. Danach ist der Kursstand dann nicht maßgebend, wenn der Kunde das Papier zur dauernden Anlage, wegen der zu erwartenden Rentabilität, gekauft hat. Sein Schaden besteht dann in der gegen seine berechtigten Erwartungen geringeren Ertragsfähigkeit. Wohl aber ist der Kursstand maßgebend, wenn der Kunde das Papier als Spekulationspapier, als Handelsware, zum Zwecke der Weiterveräußerung erwerben wollte: es ist durch den Rat zum Ankauf kein Schaden verursacht, wenn das erworbene Spekulationspapier zum Einkaufspreis oder gar mit Gewinn wiederverkäuflich war, selbst wenn in der Folgezeit der Kurs fiel. Wann Spekulationsabsicht, wann Anlageabsicht vorliegt, kann im Einzelfalle zweifelhaft sein. Anlageabsicht liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Kunde den Kredit des Bankiers in Anspruch genommen hat. Wer sein Geld anlegt, legt so viel an, als er bezahlen kann. Wer mehr Papiere kauft, als er bezahlen kann, spekuliert. Wenigstens ist dies die Regel. Ausnahmen sind denkbar. Beispiel: Jemand kauft als dauernde Anlage Wertpapiere, die sich zu 6 % verzinsen (gute Aktien oder dgl.). Das Geld dazu beschafft er sich, indem er auf sein Grundstück eine Hypothek zu 4 % aufnimmt; er macht also 2 % Gewinn; er spekuliert aber nicht, sondern er macht eine Anlage. So erzielen manche Institute durch den Unterschied zwischen Debet- und Kreditzinsen ihre Gewinne.

Ann. 25.

Für den Kursverlust haftet der Bankier insbesondere, wenn er einen unerfahrenen Kunden vor sich hat und sein schuldhafter Rat geeignet war, für die Richtung, in welcher sich die Spekulation bewegen sollte, bestimmend zu sein und in der Tat bestimmend gewesen ist (J.W. 03, 151⁷). Der in der Folgezeit eingetretene Kursverlust ist dann zwar eine Folge der eigenen Entschliessungen des Kunden, jedoch solcher Entschliessungen, die durch den Rat des Bankiers beeinflusst waren; der Kursverlust stellt sich alsdann als ein widriger Erfolg des Rates dar, und soweit dies der Fall ist, haftet der Bankier. J. B. der Bankier rät nicht nur zum Kauf, sondern er rät gleichzeitig, oder in der Folgezeit, das Papier so lange zu behalten, bis es einen bestimmten Kurs erreichen oder wieder erreichen werde. Ein Bankier, welcher einem Kunden Aktien einer Neugründung als eine dauernde, unbedingt sichere Anlage in vielfacher Umschreibung empfohlen hatte, wurde in J.W. 00, 567⁸ für haftbar erklärt, weil ein Bankier in Zeiten steigender Entwicklung um so vorsichtiger zu Werke gehen muß, da das Publikum in solchen Zeiten geneigt ist, bei seinen Anlagen die erforderliche Überlegung nicht obwalten zu lassen; ebenso haftet der Bankier, wenn ein Erfolg von der angerathenen Spekulation nur beim Vorhandensein genügender Betriebsmittel zu erwarten war, der die Kurse haltende Bankier aber deren Fehlen hätte erkennen müssen (R.G. in D.J.Z. 04, 650); oder wenn er beim Anbieten von Rügen das Unternehmen als ein ausnahmsweise gutes empfiehlt unter Verschweigung der ungünstigen Gutachten oder bedenkllicher Gründungsvorgänge oder, ohne sich zu vergewissern, ob schon Zinsen bezahlt werden mußten (R.G. 42, 131; BankN. 9, 125; L.J. 09, 154⁵). Selbst die unwahre Empfehlung eines Papiers als billig kann eine schuldhafte sein. Weitere Einzelheiten siehe oben Ann. 7 ff. u. 17.

Ann. 26. b) Darüber, daß der Schaden nicht voraussehbar zu sein braucht, siehe Ann. 26 § 347.

Ann. 27. c) Der Beweis des ursächlichen Zusammenhangs liegt dem Geschädigten ob. Er muß beweisen, daß und welche bestimmten Angaben (im Gegensatz zu beschönigenden, unverbindlichen Redensarten, J.W. 06, 60¹²; 09, 360) gemacht, welche Tatsachen ver-

schwiegen worden sind, auch wodurch der für den ursächlichen Zusammenhang nötige bestimmende Charakter dargetan wird, und welche schädigenden Folgen sich daraus ergeben haben (ZB. 03, 151⁷; § 347 Anm. 27). Hier kommt dann das Maß der zu fordernden Sorgfalt (oben Anm. 13 und 15) in Betracht, das für den Bankier kein anderes ist, als bei jeder anderen Art von Ratserteilung (RG. in BankN. Bd. 9, 125). Der ungünstige Erfolg eines Rates ist natürlich nicht entscheidend.

- d) Über die Art, wie der Schaden zu ersetzen ist, gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 249, 250. Danach hat der Erbschädigte ein Recht auf Wiederherstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der falsche Rat nicht erteilt worden wäre. Ist z. B. infolge des falschen Rates ein Wertpapier angeschafft, welches den erwarteten Kurs nicht erreicht hat, so kann der Beratene den Erbschädigten neben Zinsen verlangen, muß aber das Wertpapier zurückgeben. Ist auf Grund des Rates ein Kredit gewährt, so ist der kreditierte Betrag zu ersetzen (unten Anm. 30). Dem Geschädigten kann nicht entgegengehalten werden, daß der Schaden kein dauernder sei, daß er sich anderweitig, z. B. durch Versicherung gedeckt oder nur für fremde Rechnung abgeschlossen habe (RG. 27, 126; vgl. § 383 Anm. 20, 21; § 392 Anm. 1 u. 11). Daß zum Ersatz des Schadens auch der entgangene Gewinn gehört, und was darunter zu verstehen ist, darüber s. Anm. 17 ff. zu § 347, und über die Schadensschätzung s. § 347 Anm. 24. Eine Ausgleichung des Schadens mit dem Gewinn findet statt, wenn der Auftrag zum Verkauf von Wertpapieren gegeben wurde, um aus deren Erlös die empfohlenen Papiere anzuschaffen (§ 347 Anm. 24). Eine Ausgleichung ist nicht möglich, wenn der Vertrag infolge Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig ist, weil dann der Kaufpreis zurückzugewährt ist, und zusammenhängende Käufe nichts ändern (oben Anm. 10).
- e) Für die Frage nach mitwirkendem Verschulden (§ 254 BGB.; § 347 Anm. 12) kommt es darauf an, ob dem Bankier ein Fachmann, oder eine unerfahrene Person gegenüberstand, die etwaige Überschwinglichkeiten nicht zu würdigen wußten (ZB. 09, 360⁴), ob die Empfehlung mehr oder weniger bestimmt lautete, ob die empfohlenen Papiere (wie alle Industriepapiere, insbesondere Aktien eines erst aufzuschließenden Bergwerks und Aktien neuer Unternehmungen: RG. 67, 394; LZ. 08, 225¹⁶; 539²⁰; Goldheim 14, 107 u. 17, 239) Papiere waren, die ohnehin schon ein Wagnis mit sich bringen, oder ob eine mündelsichere Anlage verlangt war, ob der Kunde spekulieren wollte oder nicht, ob der Bankier den Kunden zur Spekulation anreizte (Goldheim 17, 18; LZ. 08, 539²¹), wie weit dem Kunden die Gefahr bekannt sein mußte, und endlich, ob der Bankier besondere Vorteile erreichen wollte (Warneher Rspr. 08 Nr. 463). Der Begriff einer sicheren oder guten Kapitalanlage, der hierbei meist eine Rolle spielt, ist ein relativer und nur nach den Umständen zu beurteilen. Es werden, wenn nicht ausdrücklich auf Mündelsicherheit der Nachdruck liegt, diesem Begriff Papiere eines gesicherten, in sich selbst rentablen Unternehmens entsprechen, und dies können auch Industriepapiere, Bankaktien sein (über Aktien DLG. Braunschweig LZ. 09, 485¹). Ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten liegt namentlich vor, wenn er den Auskunfterteilenden ungenügend unterrichtete (RG. 76, 322), oder wenn er nicht alsbald, nachdem er seine Beschädigung erkannt hat, dem Erbschädigten Anzeige machte; denn dieser kann vielleicht das Papier noch unterbringen, den Schaden mindern; erhebliches Sinken des Kurses gebietet Beschleunigung (RG. 46, 89). Keinesfalls darf der Beschädigte jahrelang stillschweigend Zinsen zahlen; das wäre ein Spekulieren auf Kosten des Gegners. Mitwirkendes Verschulden liegt in Gewährung allzu hohen oder eines höheren als des angefragten Kredits (RG. SächsRN. 08, 426), in Benützung einer Auskunft nach längerer Zeit, in unvorsichtigem Verfahren bei Eingehen des ersten Geschäfts im Ausland; in letzterem Falle erfordert selbst günstige Auskunft noch Vorsicht. Bei Würdigung aller dieser Umstände muß der Begriff der Zuficherung völlig auscheiden, da es sich nicht um Gewährleistung, sondern um Rat, Empfehlung oder Auskunft handelt.

Erst. zu § 349.

Anm. 28.

Anm. 29.

Erk. zu § 349. 5. **Eine Vorausklage** ist nur erforderlich, wenn der Empfehler wie ein Bürge haftet, nämlich beim Kreditauftrage, und auch hier fällt die Vorausklage weg, wenn gemäß § 349 oder aus sonstigem Grunde die Bürgschaft eine selbstschuldnerische ist. Es braucht jedoch der Erfasspflichtige Schadenersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche zu leisten, welche dem Beratenen gegen den Kreditfuchenden zustehen (§ 255 BGB.). Indessen ist damit dem Berechtigten nicht verwehrt, einen Vergleich mit dem Schuldner zu schließen. Wenn dieser der Sachlage nicht widerspricht und dadurch nicht etwa ein mitwirkendes Verschulden begründet wird, welches die Schadenersatzpflicht beeinflusst (Anm. 12 § 347), so besteht letztere trotz des Vergleichs ungeschmälert fort (RDSt. 19, 116). Nur bei der Bürgschaft, also auch beim Kreditauftrag, ist dies anders; hier kommt jeder Verzicht des Gläubigers dem Bürgen zugute.

Anm. 31. 6. **Wem wird gehaftet?**

a) Jedenfalls dem, welchem der Rat oder die Empfehlung unmittelbar erteilt ist. Die Frage ist aber die, ob die Firma A, welche von der Firma B im Auftrag der Firma C, ohne daß dieses Auftragsverhältnis der Firma A mitgeteilt worden wäre, um Rat angegangen worden ist, der Firma C aus Ratserteilung haftet, mit welcher die Firma A in keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen getreten war. Das OLG. Hamburg (HansG. 04 Hauptbl. 53) lehnt die Berücksichtigung des Dritten bei Auskünften über die Kreditwürdigkeit grundsätzlich ab; bei Empfehlungen und Ratschlägen möge es sich anders verhalten. Man wird jedoch davon auszugehen haben, daß, um den Fall arglistigen Handelns zunächst zu betrachten, auch dem Dritten gegenüber die Schadenzufügung eine vorsätzliche sein muß, wenn der Dritte Rechte geltend machen will; ob es sich um Auskunft, Rat oder Empfehlung handelt, kann keinen Unterschied machen. Wußte die Firma A, daß die Firma C die unrichtige Empfehlung benutzen und danach handeln werde, so findet ein unmittelbarer Eingriff in die Rechtsphäre des Dritten, das ist der Firma C, statt. Dieser Eingriff bedingt die Haftung der Firma A wegen Verstoßes gegen die guten Sitten dem Dritten gegenüber nach § 826 BGB. Seine entgegengesetzte Ansicht hat Staub in seinen hinterlassenen Papieren aufgegeben. Daß der Empfehler sich hat sagen müssen, der Empfänger werde die Empfehlung oder Auskunft auch zur Kenntnis anderer bringen, genügt allerdings zur Anwendung des § 826 BGB. nicht (JW. 1912, 293¹²; 03 Beil. 142³¹³; RDSt. 19, 196). War die Empfehlung jedoch dazu bestimmt, anderen mitgeteilt zu werden, und war der arglistig Handelnde sich der Möglichkeit bewußt, d. h. rechnete er damit, daß er durch sein Verhalten Dritten Schaden zufügen werde, den sie ohne seine Arglist nicht erleiden würden, so ist wiederum der Fall des § 826 BGB. gegeben; die bevorstehende Täuschung war eine wenigstens bedingt gewollte (RG. 23, 137; RG. bei Goldheim 05, 166; RGSt. 24, 255; 36, 64). Zur Haftung aus fahrlässiger Empfehlung einem Dritten gegenüber bedarf es eines Verstoßes gegen vertraglich übernommene Pflichten; mit der Firma C steht in obigem Beispiel die Firma A in keiner Rechtsbeziehung und haftet dieser nicht bei fahrlässig unrichtiger Empfehlung, wenn die Firma B nicht namens der Firma C aufgetreten ist oder die Umstände die Feststellung rechtfertigen, daß die Empfehlung an B auch dem C gegenüber gelten sollte. Die Entscheidungen RG. 52, 365 (dagegen mit Unrecht Laband DZ. 03, 262 und Vertmann § 676) und RG. SchPolstAnz. 04, 305 betreffen nur anwaltschaftliche Verhältnisse. Es gibt eine Haftung aber auch noch aus dem Gesichtspunkt, daß gegen die Abrede eine Auskunft weitergegeben wurde; für diesen Schaden haftet der Weitergebende in vollem Umfang dem, der die Auskunft erteilt hat; die Unrichtigkeit der Auskunft kann ein mitwirkendes Verschulden begründen (RG. in DZ. 07, 1085; Jena DLGR. 2, 2).

Anm. 32. b) Eine weitere Frage ist es, ob auch der „Angefragte“, d. h. der Dritte, über dessen Verhältnisse die Erfundigung und die Empfehlung oder Auskunft lautet, einen **Schadenersatzanspruch** und einen **Unterlassungsanspruch** hat, wenn die Auskunft über ihn falsch war. Diese zwei Fragen sind dahinzugehen beantwortet:

a) Einen **Schadenersatzanspruch** hat der Angefragte auf Grund des § 823 Abs. 1 BGB., wenn die Auskunft eine wissentlich falsche war und sein Gewerbebetrieb in dem in

Cxf. zu § 346 Anm. 50 erörterten Sinn widerrechtlich geschädigt worden ist. Ferner **Cxf. zu § 349.** gibt ihm der § 823 Abs. 2 BGB. einen Schadenersatzanspruch, wenn eine Ehrver- **§ 349.**
 legung nach §§ 185 ff. StGB. vorliegt (Cxf. zu § 346 Anm. 51). Ferner gibt ihm § 824 BGB. **Anm. 32.**
 einen Schadenersatzanspruch, wenn sein Kredit, sein Erwerb oder Fortkommen durch
 üble Nachrede gefährdet ist (Cxf. zu § 346 Anm. 52). Hier hat, wer der Wahrheit zu-
 wider eine Tatsache (im Gegensatz zur Abgabe eines bloßen Urteils; RG. 60, 5) be-
 hauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit des Angefragten zu gefährden
 oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, dem An-
 gefragten den daraus entstandenen Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Un-
 wahrheit nicht kennt aber kennen mußte, d. h. wenn seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit
 beruhte. Diese Schadenersatzpflicht fällt jedoch weg, wenn die Tatsache nicht wider
 besseres Wissen behauptet und außerdem der Behauptende oder der Empfänger der
 Auskunft daran nicht nur ein vermeintliches, sondern ein wirklich berechtigtes Interesse
 hatte (§ 824 Abs. 2 BGB.; JW. 08, 241¹⁴; unten Anm. 34 ff.). Damit sind die Auskunfts-
 teien durch § 824 Abs. 2 BGB. gegen Inanspruchnahme für fahrlässig unrichtige Aus-
 kunfteien geschützt; denn der Empfänger einer Auskunft hat an der Auskunft immer ein
 berechtigtes Interesse; jedenfalls darf ein solches vorausgesetzt werden, und dies genügt
 (OLG. Hamburg Zeuffl. 64, 64). Sodann verleiht der § 14 UnlWG. dem Angefragten
 einen Schadenersatzanspruch, wenn über ihn, sein Geschäft, seine Waren, seine ge-
 werblichen Leistungen zu Wettbewerbszwecken nicht erweislich wahre Tatsachen be-
 hauptet oder verbreitet werden, die geeignet sind, seinen Geschäftsbetrieb oder seinen
 Kredit zu schädigen; der Beklagte muß hier den Wahrheitsbeweis erbringen. Von
 diesem Grundsatz macht § 14 Abs. 2 Satz 1 verb. mit Satz 2 UnlWG. eine Ausnahme,
 die bei den Auskunftsteien immer zutrifft: wenn nämlich die Mitteilung eine vertrauliche
 war (unten Anm. 44) und dazu noch der Empfänger oder der Mitteilende ein berechtigtes
 Interesse an der Mitteilung hatte (unten Anm. 34 ff.), so braucht nicht der Beklagte den
 Wahrheitsbeweis zu führen, sondern es muß umgekehrt der Kläger die Unwahrheit
 der behaupteten Tatsachen und außerdem beweisen, daß der Mitteilende die Unwahrheit
 kannte oder kennen mußte, d. h. daß der etwaige gute Glaube des Mitteilenden auf
 Fahrlässigkeit beruhte. Somit steht der, welcher kaufmännische Auskunft erteilt,
 für Schadenersatz nur im Falle eines Verschuldens ein, während die Unterlassungs-
 klage auch bei kaufmännischer Auskunfterteilung schon bei objektiver Unrichtigkeit des
 Mitgeteilten stattfindet (unten Anm. 33). Bei böswilliger unrichtiger Auskunft tritt
 sogar Strafe ein (§ 15 UnlWG.). Sodann haftet der Auskunfterteilende für Schaden,
 wenn die Auskunfterteilung eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung dar-
 stellt, wobei aber berechnigte Interessen das Tatbestandsmerkmal des Vorsatzes und
 damit den Schadenersatzanspruch beseitigen können (Cxf. zu § 346 Anm. 1); verknüpfen
 sich mit einer solchen gegen die guten Sitten verstoßenden Handlung Wettbewerbs-
 zwecke, so gibt auch § 1 UnlWG. einen Schadenersatzanspruch. Und zwar soll bei
 einer Schadenersatzklage aus § 1 UnlWG. nicht einmal Fahrlässigkeit, also keinerlei
 Verschulden, gefordert werden; es genüge an dem Bewußtsein der Sittenwidrigkeit (Finger
 UnlWG. § 1 Anm. 34; Pinner-Cyff § 1 Anm. B I 1). Dagegen wird aber von den
 Gegnern der Einwand erhoben, daß eine Schadenersatzpflicht ohne Verschulden nicht
 nur dem Rechtsgefühl, sondern auch dem allgemeingültigen Satz, daß nur ein schuld-
 haftes Handeln zu Schadenersatz verbindet, widerstrebe. Über das Zusammentreffen
 der verschiedenen Schadenersatzansprüche s. oben Anm. 8 und Cxf. zu § 346 Anm. 9.
 Über die örtliche und sachliche Zuständigkeit bei Klagen aus dem UnlWG. s. §§ 24 u.
 27 UnlWG.

β) **Unterlassung** der ferneren Erteilung einer falschen Auskunft kann der Angefragte in **Anm. 33.**
 Anwendung des aus §§ 12, 862, 1004 BGB. sich ergebenden allgemeinen Rechts-
 satzes erzwingen, wonach jeder objektiv rechtswidrige Eingriff in ein fremdes Rechtsgut
 vom Verletzten zurückgewiesen werden kann. Dieser Satz ist durch die Rechtsprechung

**Grf. zu
§ 349.
Anm. 33.**

des Reichsgerichts geschaffen und erweist sich ungeachtet der vom formellen Rechtsstandpunkt dagegen erhobenen Bedenken (hierüber v. Staudinger Vorbem. VII 4 vor § 823) als unentbehrlich und als dem Rechtsgefühl entsprechend (RG. 70, 200; 61, 369; 60, 6; 57, 242; JW. 09, 75¹⁰; 05, 140⁹; LZ. 08, 454²). Die Klage ist eine quasi negatoria und hat weder ein vorfälliges noch ein fahrlässiges Handeln zur Voraussetzung; es kommt bei ihr nicht auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen, sondern allein darauf an, ob der Eingriff objektiv widerrechtlich war, und ob ein fernerer Eingriff zu befürchten steht. Der Begriff der Widerrechtlichkeit wird von den Umständen des einzelnen Falles (Art und Form des Angriffs und der Abwehr) beeinflusst (RG. 78, 215). Die Wiederholungsgefahr ist wesentliche Voraussetzung dieser Unterlassungsklage. Diese Gefahr kann sich aus dem Verhalten des Auskunfterteilenden (z. B. aus seinem Erbieten des Wahrheitsbeweises) ergeben oder auch schon im Wesen der Auskunft selbst liegen; z. B. weil die Folgen dortwirken oder die Auskunft eine weite Verbreitung gefunden hat. Auf diesem Wege läßt sich, obgleich der Widerruf beleidigender Äußerungen regelmäßig nicht im Zivilrechtsweg durchgesetzt werden kann (RG. 60, 19; JW. 05, 135⁹), die Zurücknahme eines Zirkulars, das krediterschädigende Behauptungen aufstellt, erreichen (RG. 56, 286; 53, 171; vgl. RG. 60, 19) und der Verbreitung unwahrer Gerüchte entgegenzutreten (JW. 05, 140¹⁹). Ist noch gar kein Eingriff erfolgt, so findet die Klage nicht statt. Man wird aber auch hier eine Einschränkung wie bei einer aus § 826 BGB. hergeleiteten Unterlassungsklage (hierüber Grf. zu § 346 Anm. 13) zu machen haben. Eine Feststellungsklage dahin, daß eine Äußerung unrechtmäßig sei, gibt es nicht, weil damit nur die Feststellung einer Tatsache bezweckt ist (JW. 07, 47⁸). — Eine andere Art der Unterlassungsklage ergibt sich, wenn der Tatbestand des § 823 Abs. 1 oder 2 BGB. (oben Anm. 32) gegeben ist, wobei jedoch ebenfalls eine Wiederholungsgefahr vorhanden sein muß (RG. 48, 114; 60, 2 u. 7); der Anspruch stützt sich hier auf § 249 BGB., wie bei der aus § 826 BGB. hergeleiteten Unterlassungsklage (hierüber Grf. zu § 346 Anm. 13). Wurden durch eine gegen die gute Sitte verstoßende Handlung zugleich Wettbewerbszwecke verfolgt, so gewährt § 1 UnlWG. eine Unterlassungsklage; der Kreis der Klageberechtigten ist durch § 13 UnlWG. besonders ausgedehnt. Die Unterlassungsklage aus § 1 UnlWG. soll sich von der Unterlassungsklage aus § 826 BGB. auch dadurch unterscheiden, daß nur bei der letzteren ein Vorfall, bei der ersteren aber nicht einmal Fahrlässigkeit zu fordern sei (Finger UnlWG. § 1 Anm. 33f.; vgl. oben Anm. 32). Man führt für diese Ansicht an, daß in § 1 UnlWG. das Wort vorfälligkeit abichtlich weggelassen ist und daher nur die Absicht, eine Wettbewerbshandlung vorzunehmen, nötig sei; die Gegner sagen, ein Verschulden liege schon darin, daß die Vornahme einer sittenwidrigen Handlung gefordert werde. Eine andere Art der Unterlassungsklage gewährt § 824 BGB., wenn dessen Voraussetzungen vorhanden sind (oben Anm. 32); auch hier wird eine Wiederholungsgefahr und ein Verschulden im Sinne des § 824 BGB. (oben Anm. 32) gefordert; es schließt das Vorhandensein eines berechtigten Interesses zwar den Schadensersatzanspruch aus, wie oben Anm. 32 bereits bemerkt ist, nicht aber den Anspruch auf Nichtwiederholung nicht erweislich wahrer, tatsächlicher, krediterschädigender Behauptungen (RG. 61, 371; 60, 6; § 824 Abs. 2 BGB.; a. M. Kohler GoldtA. 47, 151). Ist dagegen der Tatbestand des § 14 UnlWG. gegeben (oben Anm. 32), so bedarf es weder einer Wiederholungsgefahr, ja nicht einmal einer Schädigung oder eines Verschuldens, weil schon das Geeignetheit der Behauptungen von nicht erweislich wahren Tatsachen genügt, d. h. die Gefahr einer Wiederholung in sich birgt und die Möglichkeit einer Schädigung enthält (vgl. LZ. 1911, 702²¹ u. RG. 55, 200); dieser Unterlassungsanspruch fällt jedoch weg, wenn eine Beforgnis der Schädigung und einer Wiederholung für die Zukunft ausgeschlossen ist, oder wenn der Auskunfterteilende den Wahrheitsbeweis erbringt; diese Beweislast kehrt sich um, wenn die Mitteilung eine vertrauliche war (unten Anm. 44) und außerdem entweder der Auskunfterteilende oder der Empfänger ein berechtigtes Interesse an der Mitteilung hatte; alsdann kann der Angefragte mit seiner Unterlassungs-

klage nur durchbringen, wenn er den Beweis führt, daß die behaupteten oder verbreiteten **Grf. zu** Tatsachen objektiv unwahr sind. Auf einen Verschuldungsbeweis kommt es nicht an. **§ 349.** Die Schadenersatzklage (oben Anm. 32) dagegen erfordert noch weiter in diesem Falle den Nachweis eines Verschuldens. Über einen Unterlassungsanspruch bei Handlungen Angestellter s. unten Anm. 38.

- 7) Der Begriff berechtigter Interessen, der in § 193 StGB., § 824 BGB., § 14 **Anm. 34.** UnlWG. (oben Anm. 32f.) wiederkehrt, läßt sich in eine für alle Fälle passende Formel nicht fassen. Ist die Auskunft wider besseres Wissen, also in schlimmer Absicht oder gedankenlos oder unter Entstellung des Sachverhalts, erteilt, so will das Gesetz den Schutz berechtigter Interessen nicht gewähren; denn an solchen Mitteilungen besteht kein zu billigendes Interesse (RG. 50, 109; JW. 04, 156³⁵; Warnerher Rspr. 08 Nr. 214 u. 518). Es muß vielmehr bei verständiger Beurteilung der Umstände ein der Billigung würdiger Zweck in geeigneter Weise verfolgt worden (RG. 64, 158; RGSt. 30, 41; 29, 147; JW. 1910, 197²) und dem Mitteilenden die Unwahrheit seiner Mitteilung unbekannt gewesen sein (JW. 04, 203¹⁴). Es ist somit das berechnete Interesse verschieden von dem Begriff eines rechtlichen Interesses. Das berechnete Interesse braucht nicht in Beziehung zu irgendwelchen Rechtsansprüchen zu stehen; es genügen rein tatsächliche, wirtschaftliche Interessen, geschäftliche, verwandtschaftliche oder freundschaftliche Beziehungen. Das Konkurrenzinteresse, das Interesse, Provision zu verdienen oder einem anderen Kunden abspenstig zu machen (JW. 04, 185³⁶; 99, 66³³), die Hervorhebung der Nachteile des fremden Fabrikats, um den eigenen Absatz zu fördern (JW. 1910, 43⁹⁹) oder einen Konkurrenten durch abfällige Kritik zu schädigen (JW. 02, 594²¹), heben den Begriff berechtigten Interesses auf, wobei jedoch zu beachten ist, daß nicht schon Feindschaft oder das Mitwirken rachsüchtiger Motive die Annahme berechtigter Interessen verhindern, wenn ein wirkliches wirtschaftliches Interesse und ein sachlicher Anlaß zu deren Wahrnehmung in der gewählten Form besteht (RG. 71, 171; JW. 1911, 402¹⁵); z. B. wenn es sich um Erhaltung des Kundenstandes handelt (RG. 59, 2; JW. 01, 214¹⁹). Daß neben dem Konkurrenzinteresse berechnete Interessen untergeordneter Art nebenher laufen, erfüllt den Begriff berechtigter Interessen nicht. Vornehmlich den Schutzverbänden sind berechnete Interessen zuzubilligen. Deshalb genießen Veröffentlichungen eines Vereinsorgans, das sich die Vertretung eines Handels- oder Industriezweigs zur Aufgabe gemacht hat, für Fachartikel den Schutz berechtigter Interessen (RG. in „Recht“ 04, 227¹¹¹; Warnung vor einem Auslandtruff); dasselbe gilt von Rundschreiben, in denen ein Verband ungerechtfertigten Preisunterbietungen (Schleuderpreisen) entgegentritt (RG. 58, 277 u. 285). Die Presse an sich dagegen genießt keinen weitergehenden Schutz, als er Privatpersonen zusteht (RG. 50, 108; RGSt. 24, 233 u. 304; 23, 422; Olshausen, StGB. § 193 Anm. 3). In weitestem Umfange kommen den Auskunfteien berechnete Interessen zuzustatten. Denn sowohl der eine Auskunftei nachsuchende, weil er seine geschäftlichen Beziehungen nach der Auskunft regelt, wie der, welcher die Auskunft nach bestem Wissen erteilt, mag auch die Auskunft nicht erweislich wahr sein und dem Dritten (Angefragten) Schaden zufügen, verfolgt berechnete Interessen. Bei der Auskunfterteilung ist insbesondere noch zu beachten, daß die Auskünfte innerhalb von Vertragsverhältnissen (Geschäftsverbindung, Abonnement oder sonstige Vertragspflicht) erteilt werden (RGSt. 25, 363; RG. 27, 119; JW. 98, 121²³). Danach kann selbst die Mitteilung von bloßen Gerüchten eine vertragliche Pflicht sein. Berechnete Interessen werden aber nicht mehr wahrgenommen, wenn die Auskunft wissentlich unwahr ist, oder böswillig oder leichtsinnig erteilt wird. Und leichtsinnig sind auch Übertreibungen, Weglassung erheblicher Nebenumstände und Entstellungen; hier können sogar § 826 BGB. und § 1 UnlWG. eingreifen, trotzdem ein Vertragsverhältnis den Grund zur Auskunfterteilung abgegeben hat (oben Anm. 8). Darüber, ob eine Auskunftei oder ein Schuldeneinziehungsbureau einen Schuldner auf die schwarze Liste setzen, d. h. in die Liste der säumigen, faulen oder böswilligen Schuldner eintragen, und ob

Grf. zu § 349.

eine solche Aufnahme in die schwarze Liste angedroht werden darf, entscheidet der Umstand, ob damit ein berechtigtes Interesse in dem oben erörterten Sinne wahrgenommen worden ist, ob also Anlaß zur Annahme, daß die Zahlung böswillig unterbleibe, vorhanden war, ob eine vertragliche Pflicht zur Namhaftmachung schlechter Zahler bestand, und ob die Überzeugung von der Rechtsbeständigkeit der Forderung eine genügende Grundlage hatte (RGSt. 37, 104; JW. 07, 405³²⁻³⁴). Berechtigtes Interesse sind auch dann vorhanden, wenn die Interessen nicht eigene, sondern fremde Interessen waren; jedoch muß in diesem Falle der die Auskunft Erteilende auch zu deren Wahrnehmung berufen sein; oder es muß ihn die Angelegenheit näher angehen, als das bloße Wettbewerbsinteresse reicht (RG. 51, 378; RGSt. 26, 76); dieser Gesichtspunkt trifft bei den Auskunften zu, weil sie die Interessen ihrer Abonnenten wahrnehmen. Die Sache kann auch so liegen, daß der Empfänger der Auskunft die berechtigten Interessen eines Dritten wahrnimmt, dem er die Auskunft weiter gibt. Was die Verantwortlichkeit des Gläubigers anlangt, der die Aufnahme seines Schuldners in die schwarze Liste veranlaßt, so kommt es darauf an, ob er in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise seinem Schuldner dadurch Schaden zugefügt hat (Grf. zu § 346 Anm. 9 ff.).

Anm. 35.

Ein vermeintlich berechtigtes Interesse, d. h. der irrige Glaube an das Vorhandensein eines in Wahrheit nicht vorhandenen berechtigten Interesses verhindert nach § 193 StGB. wohl die Strafbarkeit wegen Beleidigung und schützt auch gegen einen Angriff aus § 823 Abs. 2 BGB.; der gute Glaube schützt aber nicht gegen eine Inanspruchnahme wegen Kreditshädigung infolge übler Nachrede aus § 824 BGB. (RG. 56, 271; 51, 379), oder aus § 826 BGB., oder aus § 1 UnlWG. und auch nicht gegen § 14 UnlWG. (vgl. oben Anm. 32 f.). Auch wer in gutem Glauben handelt, kann doch gegen die guten Sitten verstoßen (Grf. zu § 346 Anm. 10).

Anm. 36.

Zur Wahrnehmung fremder Interessen ist jeder Angestellte des Geschäftsherrn berufen. Der Reisende, der in berechtigtem guten Glauben die Mitteilung, eine Konkurrenzfirma sei „pleite“, weitergibt, ist zu entschuldigen, wenn der Empfänger der Mitteilung dadurch vor ernstlichem Nachteil geschützt werden sollte, mag auch zugleich für den Geschäftsherrn des Mitteilenden ein Vorteil erstrebt worden sein (JW. 98, 579²⁷; RG. „Recht“ 02, 593²⁷⁵³). Bestand das Motiv einer der Konkurrenz nachteiligen Mitteilung vornehmlich darin, einen Kunden abwendig zu machen, so kann ein berechtigtes Interesse nicht daraus hergeleitet werden, daß durch die nicht erweislich wahre Mitteilung, die Konkurrenzfirma habe die Patente des Geschäftsherrn verleßt, zugleich die eigenen Patente vor Ausbeutung geschützt und der Empfänger der Mitteilung vor Unannehmlichkeiten bewahrt werden sollte; es wäre denn, daß zu der letzteren Warnung ein besonderer Grund, z. B. Geschäftsverbindung, Angehen um Auskunft, ein berechtigtes Interesse des Empfängers dazutun vermöchte.

Anm. 37.

7. Für wessen Handlungen wird gehaftet? Es mag hierbei daran erinnert werden, daß die Vereine oder juristischen Personen (auch die AG., die KGaA. und die GmbH.; RG. 68, 429; 57, 93) für die Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter haften, also auch für falschen Rat und falsche Empfehlungen, die diese in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter (z. B. Filialleiter eines großen Bankinstituts mit selbständigem Geschäftskreis; vgl. aber § 13 Anm. 15) erteilen, und zwar sowohl bei vertraglichem Rate, als bei außervertraglichem (Anm. 34 Grf. zu § 58; Anm. 29 ff. § 232; Anm. 75 § 320; Grf. zu § 346 Anm. 55; RG. 27, 118). Diese Haftung tritt auch für fahrlässiges Verhalten der Vertreter in Vertragsverhältnissen ein; insbesondere jedoch bei arglistigem Verhalten nach §§ 30, 31, 823 Abs. 2, 826 BGB. (RG. 67, 153; 57, 93; Warnerher Rspr. 08 Nr. 515). Dürfen nach dem Gesellschaftsvertrag Willenserklärungen nur von zwei Vorstandsmitgliedern abgegeben werden, so haftet die Gesellschaft doch für falsche Auskünfte, die nur von einem Vorstandsmitglied erteilt worden sind; denn die Gesamtvertretung gilt nur für die Abgabe von Willenserklärungen; bei der Auskunftserteilung handelt es sich dagegen um die Kenntnis von Tatsachen und um innere Zustände (Fahrlässigkeit, Vorfaß). Das

gleiches gilt betreffs Haftung der o. H.G. und der einfachen Kommanditgesellschaft für die **Exf. zu § 349.** Rechtshandlungen ihrer vertretungsbefugten offenen Gesellschafter, also auch von den durch diese namens der Gesellschaft erteilten Ratschlägen und Empfehlungen, sowohl vertraglichen wie außervertraglichen (Anm. 4 § 126; Anm. 2 § 170; RG. 20, 190). Darüber, daß Rat und Empfehlung zum Handelsbetriebe gehören, siehe oben Anm. 5.

Ausnahmsweise haftet die Aktiengesellschaft nach der herrschenden Meinung nicht, wenn jemand durch wißentlich falsche Empfehlungen oder sonstiges schuldhaftes Verhalten des Vorstandes oder eines anderen Gesellschaftsorgans veranlaßt worden ist, Aktien zu zeichnen, oder nicht zu verkaufen oder von einem anderen zu erwerben, weil sonst der Bestand der Gesellschaft in Frage gestellt würde (hierüber siehe § 232 Anm. 43 und § 213 Anm. 4). Es ist dies derselbe Grund, der die Zeichnungserklärung anlässlich der Gründung (RG. 19, 126; 9, 36), bei einer Kapitalserhöhung (RG. in DZ. 02 Weil. 435) und bei Ausübung des Bezugsrechts (RG. 54, 128) der Anfechtung wegen Irrtums und Betrugs entzieht (§ 232 Anm. 43). Dieselben Grundsätze sind angewendet auf die durch falsche Vorpiegelung von Gesellschaftsorganen oder Beamten bewirkte Verleitung zum Eintritt in eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH. (RG. 68, 310; 19, 124; 9, 37; MDSt. 20, 270) oder in eine Genossenschaft (RG. 68, 344; 57, 292 u. 300; 45, 106; anders RG. 41, 56; 36, 105). Dagegen wird eine Anfechtung zugelassen, wenn die Beteiligung an der Aktiengesellschaft in anderer Weise als durch Zeichnung oder Übernahme des ursprünglichen oder des erhöhten Grundkapitals bewirkt wurde (RG. 71, 99; 77, 13); und so ist auch die Anfechtung eines Vertrags zugelassen, durch welchen die GmbH. einen vollbezahlten oder nichtvollbezahlten Geschäftsanteil verkauft (RG. 68, 311; DZ. 97, 385); hier ist der getäuschte Käufer als Dritter angesehen.

Soweit hiernach die AG., die AGaA., die GmbH. und die Genossenschaft nicht verantwortlich gemacht werden kann, ist dadurch die persönliche Haftbarkeit der Vertreter nicht berührt, denen eine unerlaubte Handlung zuzurechnen ist (Exf. zu § 58 Anm. 33; § 232 Anm. 46); denn über die Haftung der Gesellschaftsorgane aus unerlaubter Handlung entscheidet mangels von Sonderbestimmungen lediglich das BGB., also § 826 BGB. (RG. 63, 328; LZ. 08, 449²⁴). Und es kann in solchem Falle von dem Erschuldigten nicht ein Zurückbehaltungsrecht deshalb geltend gemacht werden, weil der Beschädigte seine Aktien bereits weiterverkauft hat, sie also nicht mehr zurückgeben kann (RG. in LZ. 08, 448²³). Das Vorstandsmittelglied eines Vereins, das in dieser Eigenschaft nach § 31 BGB. gehandelt hat, haftet für seine unerlaubte Handlung neben dem Verein (JW. 1911, 939²).

Haben Bevollmächtigte, Hilfspersonen, Angestellte (also nicht gesetzliche **Anm. 38.** Vertreter) Rat, Empfehlung, Auskunft erteilt, so haftet der Geschäftsherr innerhalb Vertragsverhältnissen für diese Personen, wenn sie seine Erfüllungsgehilfen waren, nach § 278 BGB. (RG. in BankN. Bd. 11, 60 u. 63; Exf. zu § 58 Anm. 26 ff.; § 347 Anm. 4 u. 13). Wird nun das Geschäft auf Grund des Rats oder der Empfehlung einer Person abgeschlossen, die wohl Angestellter, aber nicht Erfüllungsgehilfe des Bankiers ist (z. B. durch den Buchhalter, das Schreibfräulein), so kommt es auf die Umstände an, ob dieser Angestellte nicht doch von seinem Geschäftsherrn den Auftrag zum Abschluß hatte. Hatte er Auftrag, dann wird er Erfüllungsgehilfe (vgl. RG. in LZ. 08, 541³⁰ u. 539²¹). War Rat, Empfehlung, Auskunft außerhalb von Vertragsverhältnissen erteilt, so muß der Geschäftsherr den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. führen (JW. 1911, 584²⁷; SeuffN. 67 Nr. 79; § 347 Anm. 13; Exf. zu § 58 Anm. 32); hierzu gehört bei einer Auskunft der Beweis, daß sie alles getan hat, um dem Angestellten ein Übersehen durch Einführung gehöriger Ordnung unmöglich zu machen (JW. 08, 241¹⁴); aus der in § 831 BGB. zum Merkmal gemachten Leitung der Ausführung der Berrichtung kann sich nach vernünftiger Auffassung des Verkehrs im einzelnen Fall eine Überwachungsspflicht des Geschäftsherrn ergeben. Es läßt sich gegen den Geschäftsherrn sogar die unbedingte Verantwortlichkeit aus § 826 BGB. ableiten, wenn er unerlaubte Handlungen seiner Angestellten fortgesetzt derart duldet, daß sie als seine eigenen von ihm gewollten Handlungen angesehen werden

Grf. zu § 349.

können. Handelt es sich um Krediterschädigung durch üble Nachrede nach §§ 1 u. 14 UnlWG. (oben Anm. 32), so gibt § 13 Abs. 3 UnlWG. eine Unterlassungsklage gegen den Geschäftsherrn, die nur den Beweis erfordert, daß ein Betriebsangestellter (Kommiss, Reisender) oder ein vom Prinzipal oder dessen Vertreter Beauftragter die unter § 1 oder § 14 UnlWG. fallenden Handlungen vorgenommen hat. Auf irgendein Verschulden oder auf eine Wiederholungsgefahr kommt es nicht an; jedoch ist der Unterlassungsanspruch ausgeschlossen, wenn der Gegner beweist, daß die Gefahr fernerer Störung dauernd ausgeschlossen ist. Der Geschäftsherr kann sich gegen die Unterlassungsklage nicht einmal damit verteidigen, daß er die Handlungen nicht habe verhüten können. Über den Gerichtsstand § 24 UnlWG. Über Bekanntmachung des Urteils § 23 UnlWG. Der Schadenersatzanspruch untersteht dagegen den gewöhnlichen Regeln (oben Anm. 32).

Anm. 39.

Agenten gelten ihres Interesses nicht als Berater oder Vertrauensperson; sie sind auch nicht Angestellte. Trotzdem läßt man den Bankier für das Verhalten seiner Vermittlungsagenten in weitem Umfange haften (hierüber Grf. zu § 376 Anm. 203), wenn es sich um Börsenspekulationen handelt. Ähnliche Grundsätze gelten hier. Es kann die Sache so liegen, daß der Agent den Umständen nach als beauftragt und bevollmächtigt gilt, einen bestimmten Rat zu erteilen, damit der Abschluß mit dem Geschäftsherrn zustande kommt; dann ist der Rat in Vollzug eines Auftrags erteilt; es tritt der Agent in die Rolle eines Erfüllungsgehilfen, für den der Bankier nach § 278 BGB. haftet (vgl. RG. in LZ. 08, 539²⁰ u. 604¹; *BantM.* Bd. 9, 173⁷).

Anm. 40.

8. Bei der **Verjährung** ist ebenfalls entscheidend, ob vertraglose oder vertragsmäßige Empfehlung oder Auskunft vorliegt. In ersterem Fall kommt es dann darauf an, ob der Anspruch auf das UnlWG., oder ob er auf das BGB. gestützt wird. Wird der Anspruch aus dem UnlWG. abgeleitet (oben Anm. 32f.), so verjährt sowohl der Unterlassungs- als der Schadenersatzanspruch in 6 Monaten von dem Augenblick an, in dem der Anspruchsberechtigte von der Handlung und der Person des Verpflichteten Kenntnis erlangt hat; ohne diese Kenntnis in 3 Jahren von der Begehung an; bei Schadenersatzansprüchen beginnt die Verjährung ihren Lauf erst mit Entstehung des Schadens (§ 21 UnlWG.). Wird der Anspruch aber auf Vorschriften des BGB. gestützt (oben Anm. 32f.), so findet die Verjährungsfrist für unerlaubte Handlungen Anwendung (RG. 27, 124), d. h. die Frist von 3 Jahren seit Kenntnis des Schadens und des Schadensstifters, von 30 Jahren ohne diese Kenntnis (§ 852 BGB.). Diese Kenntnis ist bei dem, der infolge arglistiger Empfehlung einem Dritten Kredit gewährt hat, im Augenblick vorhanden, in dem er von der Konkursöffnung über das Vermögen des Dritten Kenntnis erlangt (DVG. Dresden *SeuffM.* 63, 21). Stehen wiederholte Zuwiderhandlungen in Frage, so hat jede einzelne ihre Verjährung; es wäre denn, daß nur eine einzelne selbständige, fortgesetzte Handlung gegeben ist; in diesem Falle beginnt die Verjährung mit dem letzten abschließenden Akt (vgl. RG. 49, 20). Die Konstruktion ist also nicht die, daß die Verjährung mit dem ersten Akt beginne, aber immer wieder unterbrochen werde.

Anm. 41.

Bei vertragsmäßiger Empfehlung entscheidet die Verjährung, die für das Hauptgeschäft in Frage kommt, von dem die Empfehlung, der Rat, die Auskunft einen Teil bildet (RG. 19, 100; *Bolz* 9 Nr. 216 u. 4 Nr. 646). Hat ein Bankier unter Verletzung einer Vertragspflicht (oben Anm. 13 ff., 17) ein Wertpapier zum Ankauf empfohlen, so handelt es sich weder um eine schuldhaft fehlerhafte Sachleistung noch um einen Gewährleistungsanspruch aus Zusicherung von Eigenschaften einer Sache noch um eine culpa in contrahendo, sondern um einen Schadenersatzanspruch aus leichtsinniger Dienstleistung als einer Nebenverpflichtung des Kaufvertrags. Die Ansprüche aus einem Dienstvertrag verjähren aber in 30 Jahren (RG. 59, 240; *Holtzheim* 05, 261; *JW.* 05, 502²⁵, RG. im „*Recht*“ 08, 466). Ist der Hauptvertrag ein Gesellschaftsvertrag (oben Anm. 17), so richtet sich die Verjährung nach Gesellschaftsrecht. Liegt ein Wertvertrag vor (oben Anm. 13 u. 20), so gilt die sechsmonatliche Verjährung des § 638 BGB., die ihren Lauf mit Empfang der Mitteilung nimmt. Diese kurze Verjährung gilt nicht,