

Staub's Kommentar

zum

Handelsgesetzbuch.

12. und 13. Auflage.

Bearbeitet von

Dr. h. c. Heinrich Koenige, Albert Pinner, Dr. Felix Bondi,
Senatspräsident am Reichsgericht i. R., Justizrat, Geheimer Justizrat.

Dritter Band.

§§ 343—375.

(Zitiermethode: Staub-Koenige.)



Berlin und Leipzig 1926.

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung —
Georg Reimer — Karl J. Trübner — Weitz & Comp.



Kossberg'sche Buchdruckerei, Leipzig

Inhaltsverzeichnis des dritten Bandes.

(§§ 343—375.)

	Seite		Seite
Drittes Buch. Handelsgeschäfte.			
Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.			
§ 343. Die Handelsgeschäfte	1	§ 357. Pfändung der Ansprüche eines Kontorrentbeteiligten	354
§ 344. Vermutungen für die Zugehörigkeit der Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns zum Handelsbetriebe	8	Anhang zu § 357. Die offene oder uneigentliche laufende Rechnung	356
§ 345. Einseitige Handelsgeschäfte	12	§ 358. Die Erfüllungszeit bei Handelsgeschäften	361
§ 346. Handelsgewohnheiten und Gebräuche, Auslegung von Willenserklärungen, Geschäftsbedingungen. Einrede der Arglist	14	§ 359. Besondere Zeitbestimmungen; Frühjahr — Herbst — Messezeit usw.	363
Anhang zu § 346.		Anhang zu § 359. Die Erfüllungszeit	364
I. Unethische Geschäfte: Bierabnahmevertrag; Warenbezugsverträge, Knebelungsverträge, Schweigevertrag, Schmiergelber, Abhalten vom Bieten, Ausschreibungen. Scheingeschäfte. Ehrenwort. Ein- und Ausfuhrverbote. Handelsbeschränkungen. Streif. Bohrott. Aussperrungen. Tarifvertrag. Kartelle	40	§ 360. Begriff der Gattungsware. Kaufeln „tel quel“ und „wie befehen“	378
II. Erzwingung des Vertragschlusses und von Freizeichnungen	85	§ 361. Raß, Gewicht, Mährung, Zeitrechnung, Entfernungen	382
§ 347. Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Culpa in contrahendo. Folgen einer Verletzung dieser Sorgfaltpflicht. Mitwirkendes Verschulden	89	Anhang zu § 361. Das Zustandekommen des Vertrages. Antrag; Annahme. Offertvertrag. Vorvertrag, Punktion, Traktate	393
§ 348. Vertragsstrafe	114	§ 362. Schweigen als Annahme des Vertragsantrags	467
Anhang zu § 348. Draufgabe, Reuegeld, Stelagegeschäft. Nachgeschäft. Die Prämiengeschäfte	136	§ 363. Die kaufmännische Anweisung. Der kaufmännische Verpflichtungsschein. Schuldverschreibungen. Bierschein. Freigabeschein. Bezugsschein	473
§ 349. Bürgschaft	140	Anhang zu § 363. Der Girovertrag. Das Dokumentenakkreditiv	497
Schuldmitübernahme	184	§ 364. Das Indossament	533
Eintritt in ein Schuldverhältnis	186	§ 365. Form des Indossaments und Legitimation des Besitzers. Abhanden gekommen und vernichtete Orderpapiere	545
Kreditauftrag	187	Anhang zu § 365. Von den Rest- und Inhaberpapieren u. ähnlichen Papieren	553
Kreditvertrag	190	§ 366. Der gutgläubige Eigentums- und Pfanderwerb an beweglichen Sachen und Inhaberpapieren	566
Kreditbrief	191	§ 367. Der gutgläubige Eigentums- und Pfanderwerb an gestohlenen und abhanden gekommenen Inhaberpapieren insbesondere	623
Garantievertrag	193	§ 368. Die Verwertung des Pfandes durch Pfandverkauf	627
Kreditversicherung	197	I. Gegenstand des Pfandrechts	627
Anhang zu § 349. Rat, Empfehlung und Auskunft	197	II. Art der Bestellung des Pfandrechts	630
§ 350. Form der Handelsgeschäfte und die Folgen der Beobachtung sowie der Nichtbeobachtung der Form	227	III. Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbs	640
§ 351. Geschäfte des Minderkaufmanns	305	IV. Wirkung des Pfanderwerbs	641
§ 352. Höhe der gesetzlichen und vertragsmäßigen Zinsen im Handelsrecht	306	V. Irreguläres Pfandrecht	674
§ 353. Recht auf Zinsen. Hinterlegung	312	VI. Die gesetzlichen Pfandrechte	675
§ 354. Anspruch des Kaufmanns auf Provision und Lagergeld sowie Entgelt für Mühewaltung, Darlehen, Vorstüsse und Auslagen	318	VII. Sicherheitsuübereignung. Diskontierung von Buchforderungen	677
§ 355. Das Kontorrentverhältnis	325	VIII. Abtretung zur Eingiehung. Inlasso	703
§ 356. Fortbestand von Sicherheiten für Einzelforderungen	351	Vorb. vor § 369. Das Zurückbehaltungsrecht des BGB	709
		§ 369. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht	724
		§ 370. Das kaufmännische Notzurückbehaltungsrecht	748

	Seite		Seite
§ 371. Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache	749	säumigen Teils; Kauf des Kontrahats; Vertragsanschluß; das vertragmäßige Rücktrittsrecht; die Kassatorische Klausel; die Fingergeschäfte des täglichen Lebens	1024
§ 372. Befriedigung beim Eigentumswechsel	756	1. Voraussetzungen und Inhalt des Wahlrechts des Verkäufers bei Verzug des Käufers	1032
Anhang zu § 372:		a) Voraussetzung: schuldhafter Zahlungsverzug des Käufers, Vorbehaltszahlung, Mahnung und Ausbleiben der Leistung des Verkäufers	1032
I. Der Erfüllungsort. Faktura, Kommissionskopie, Bestellschein, Kataloge, Preislisten, Bestätigungsschreiben, Schlußscheine	757	b) Inhalt: das Recht auf Erfüllung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung; Schadenersatz wegen Nichterfüllung in abstrakter und in konkreter Berechnung; Rücktritt; Zurückbehaltungsrecht; Einrede des nichterfüllten Vertrages	1051
II. Die Zeit der Erfüllung. Nachnahme. Netto Kasse	810	2. Voraussetzungen und Inhalt des Wahlrechts des Käufers bei Verzug des Verkäufers	1069
III. Der Bestimmungsort der Leistung, insbesondere bei Gelbzahlung. Die Lehre von der Geldüberweisungspflicht. Banküberweisung. Kauf einer Auszahlung. Quittung. Schuldschein	821	a) Voraussetzung: schuldhafte Unterlassung der Übergabe; Mahnung	1091
		b) Inhalt: Recht auf Lieferung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung; Schadenersatz wegen Nichterfüllung in abstrakter und in konkreter Form; Rücktritt; Zurückbehaltungsrecht; Einrede des nichterfüllten Vertrages	1111
Zweiter Abschnitt. Handelskauf.		3. Ausübung des Wahlrechts bei Verzug des Käufers und des Verkäufers. Ziel des Wahlrechts. Fristbestimmung nach Form und Inhalt (Erfüllungsabweigerung). Androhung der Ablehnung der Leistungsannahme. Ablauf der Frist. Ausnahme von Fristsetzung und Androhung	1135
Vorb. vor § 373. Allgemeines über den Handelskauf.		4. Wirkungen des ausgeübten Wahlrechts. Endgültige Wahl. Stellung des Verzugs	1144
I. 1. Vorbemerkung. 2. Kauf	849	B. Der Verzug, wenn der Nichtsäumige ganz oder teilweise erfüllt hat	1147
II. 1. Wesen des Handelskaufs. Conta - a - meta - Geschäft. Paratogeschäft. Verkauf der Praxis, Geschäftskauf. 2. Kauf von Devisen. 3. Das Zeitschriftenabonnement. 4. Der Restkaufvertrag. 5. Der Infratenvertrag. 6. Der Fernsprechananschluß. 7. Lieferungsvertrag. 8. Der Werklieferungsvertrag. 9. Der Elektrizitätslieferungsvertrag. 10. Gas-, Wasser- und Dampflieferungsverträge. 11. Gemischte Verträge	851	C. Die Subjektivlieferungsgehalte und ähnliche Rechtsformen	1160
III. Abschluß des Handelskaufs. 1. Form. 2. Personen. 3. Willenserklärung. 4. Bestimmung von Preis und Ware. Arbitrage, Markt- und Börsenpreis in normalen und in anormalen Zeiten. Preistreiberi, Höchstpreise, Preiswucher, unlautere Machenschaften, Kettenhandel	867	D. Der Verzug im Falle des Todes des Verpflichteten	1168
IV. Arten des Kaufs. 1. Barkauf. 2. Kreditkauf. 3. Siderungskauf. 4. Hoffnungskauf	895	G. Verzug in Erfüllung anderer Verpflichtungen außer der Übergabe der Ware und der Zahlung des Kaufpreises. Abnahmeverzug	1176
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 und Schecks. Wechselremboursengeschäft. Antikulationsgeschäft. 3. Die Abnahmepflicht des Käufers	910	H. Der Verzug im Kontrakte	1176
VI. Der Verzug	956	II. Positive Vertragsverletzungen	1199
VII. Prozessuale Fragen. Klageantrag. Gerichtsstand. Urteil	956	III. Einwirkung der Geldentwertung auf schwebende Verträge	1200
VIII. Beweislast	975	A. Einleitung	1204
§ 373. Selbsthilfeverkauf bei Annahmeverzug des Käufers	978	B. Die Aufwertung im allgemeinen	1209
§ 374. Die weiteren Befugnisse des Verkäufers nach dem BGB. beim Annahmeverzug des Käufers	1021	C. Die Aufwertung bei gegenseitigen Verträgen	1221
Anhang zu § 374. Verzug. Positive Vertragsverletzung. Geldentwertung	1024	D. Die Aufwertung bei einseitigen Schuldverhältnissen	1226
I. Erfüllungsverzug des Käufers und des Verkäufers	1024	E. Die Einwirkung der Geldentwertung auf Schadenersatzansprüche	1231
A. Der Verzug, ehe ein Teil erfüllt hat: Einleitung: Die Gesetzesvorschriften; das dreifache Wahlrecht des nicht-		F. Die Einwirkung der Geldentwertung auf Bereicherungsansprüche	1234
		§ 375. Spezifikationskauf	1234

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 343.

§ 343.

Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe 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 Ge- Ann. 2.
schäfte 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.

Absolute Handelsgeschäfte, wie im früheren Recht, gibt es nicht mehr; kein Ge- Ann. 3.
schäft 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. 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 Ann. 11), dann sind (das bestimmt der vorliegende Para-
Staub, § 28., 12. u. 13. Aufl. Bd. III. (Koenige.)

§ 343. graph) 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 sog. 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. o) Selbstverständlich greifen auch die Ausnahmen des § 3 Platz (die landwirtschaftlichen Hauptgewerbe sind keine Handelsgewerbe, auch wenn ihr Gegenstand in reinen Handelsgeschäften 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 jetzigen 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. G. 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 (Anhang 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. 10f.; RG. 65, 413). Hat sich also der Inhaber einer kleinen Leihbibliothek in das Handelsregister eintragen lassen und schafft neue Bücher an oder leiht 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 (RDStG. 15, 237; Volze 8 Nr. 314). Betreiben aber mehrere gesellschaftlich eine Ziegelei oder Tiefbohrungen, und haben sie ihre Firma eintragen lassen, so ist ihr Gewerbe dadurch zum Handelsgewerbe geworden. Ihre Geschäfte sind Handelsgeschäfte (RG. 60, 80; 50, 158; vgl. § 1 Anm. 37).

Anm. 8. e) Der Begriff der Handelsgeschäfte wird dadurch erweitert, daß der, welcher als Kaufmann im Rechtsverkehr auftritt, gegen sich gelten lassen muß, daß er ein Handelsgewerbe betreibt. Dieser vielfach angefochtene Satz (Anh. zu § 5) ist hier ganz an seinem Platze; das erheischt der redliche Verkehr. Seine Geschäfte gelten also als Handelsgeschäfte (RG. 89, 163; LZ. 1913, 550²; ausführlich Anh. z. § 5, § 123 Anm. 9). Fehlende Geschäftsfähigkeit bedt der Satz nicht (RG. 93, 228).

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 Gegensatz 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, Kuratormäkler, als Handelsrichter, als Geschworener, als Zeuge, als Angestellter eines anderen Kaufmanns für diesen (RG. 96, 57).

Wenn demgemäß die gewerbsmäßige Tätigkeit eines Kaufmanns Anm. 11. auf einen bestimmten Geschäftszweig gerichtet ist, so folgt daraus noch nicht, daß Geschäfte, die außerhalb dieses Geschäftszweiges liegen, als zu seinem Handelsgewerbe gehörig nicht angesehen werden. Ausdrücklich ausgesprochen ist dies im Abs. 2 unseres Paragraphen für die Handelsgrundgeschäfte des § 1: wenn diese von einem Kaufmann auch nicht derart 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, Miete eines Ladens usw.

Für alle diese Geschäfte gilt der Grundsatz: Solange ein, wenn auch ent- Anm. 12. fernter Zusammenhang mit dem Gewerbebetriebe 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; 58, 23; 28, 315; Folge 15 Nr. 215, 216; 19 Nr. 319). Wenn z. B. ein Glaswarenhändler einmal in Aktien spekuliert (JW. 04, 496²⁶), ein Pfandleiher ein einzelnes Rückkaufsgeschäft abschließt (RG. 79, 363), ein Holzhändler durch Ausstellung von Wechseln und deren Einlösung einem andern kaufmännische Dienste leistet (RG. 1914, 581), 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 ausgedehnt hat, beweisen Anm. 13. RG. 38, 240; 30, 191; 19, 123, nach denen die Annahme der Stelle als Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft, Lotteriespiel und klaglose Differenzgeschäfte, und RG. 87, 331: der Fall, daß ein Bauunternehmer Wertpapiere in Depot nahm, als zum Handelsbetriebe gehörig betrachtet werden; daselbe muß vom Vergleich eines Kaufmanns gelten.

- b) Auch die sog. Vorbereitungsgeschäfte gehören dazu, und die zu diesem Zwecke Anm. 14. eingegangenen Verbindlichkeiten, z. B. die Vorbereitungsgeschäfte zum Erwerb eines Handelsgeschäfts (vgl. unten Anm. 26). Denn auch sie gehören 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, das der Verwirklichung dieser Absicht dient. Wer z. B. einen Kleiderwarenhandel betreiben

§ 343. will, betreibt ihn, wenn er in dieser Absicht den ersten Posten Ware einkauft, ja sogar schon dann, wenn er das erste dazu erforderliche Hilfsgeschäft vornimmt, z. B. einen Handlungsgehilfen anstellt oder einen Laden 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; LZ. 08, 224⁷: Versprechen einer Vertragsstrafe zur Sicherung der Bierbezugspflicht für ein später in Betrieb gesetztes Hotel; aber nicht die Vergabung von Vorarbeiten zu einer nie ins Leben getretenen Personenbeförderungsanstalt, ZB. 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 Privatzwecken 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 verlag diese Entscheidung, wenn genau die Hälfte für jeden Zweck bestimmt ist. Es ist das ganze Geschäft in solchem Falle als Handelsgeschäft zu betrachten, weil das Geschäft als Ganzes zu beurteilen ist, und, weil § 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 Vermutung. Hierüber zu § 344.

Anm. 18. 3. **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 (ZB. 00, 273⁶), z. B. Sparkassen (Anh. zu § 424 Anm. 24; § 1 Anm. 7, 10 u. 69). Über die Kaufmannseigenschaft und deren Verlust s. § 1, oben Anm. 8 und § 344 Anm. 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. G. gehören, also nicht die Geschäfte, die ihn persönlich angehen (RGSt. 29, 348; ZB. 09, 625²⁹).

Anm. 19. 4. **Geschäfte** müssen es sein, und zwar Rechtsgeschäfte (unten Anm. 29; § 344 Anm. 1 und 2). Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist (Mot. I; RG. 68, 322). Dazu gehören nicht nur Verträge und Vorverträge (ZB. 00, 59³²), nachträgliche Vereinbarung einer Vertragsstrafe (RG. 85, 102), Ansprüche auf Befreiung von Schuldverbindlichkeiten (ZB. 1910, 758³⁰), Ansprüche aus Wettbewerbsverboten, sondern auch einseitige Rechtsgeschäfte (Vertragsangebote, Annahme solcher, Rückbügungen, 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. 5. 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 gesetzlich unterstellt (§ 344). Zur Vermeidung von Mißverständnissen

ist zu bemerken, daß durch die Anerkennung der Erkennbarkeit kein Widerspruch mit den Ausf. § 343. führungen in Anm. 12 u. 30 zu § 1 besteht. Dort ist gesagt, daß der Begriff „Gewerbe“ und der Begriff „Kaufmann“ nicht voraussetzt, daß der Inhaber des Gewerbes als solcher der Öffentlichkeit 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 der Öffentlichkeit 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, Berliner Festgabe für Gierke, 1910, S. 40).

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

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

- a) Zunächst ist zu erwähnen, daß nunmehr auch Grundstücksgeschäfte Handelsgeschäfte sein können (Anm. 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 Miete eines Ladens oder Hotels, der Kauf eines Fabrikgrundstückes 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^a), die Geschäfte einer eingetragenen Ziegelei, einer eingetragenen Tiefbohrunternehmung (oben Anm. 7), Handelsgeschäfte. Hinzuzufügen ist, daß der Kauf einer unbeweglichen Sache zwar ein Handelsgeschäft sein kann, aber nicht ein Handelskauf nach §§ 373ff. Ferner ist zu bemerken, daß schwerere Formvorschriften für die Veräußerung unbeweglicher Sachen auch dann gelten, wenn der Veräußerungsvertrag ein Handelsgeschäft ist (hierüber § 2 Anm. 3 und § 350 Anm. 22ff. u. 29). Über die Vermittlung von Hypotheken und Grundstückskäufen siehe Vorbem. vor § 93 Anm. 1.

- b) Sodann ist das Beispiel hervorzuheben, welches der frühere Art. 273 Abs. 2 erwähnte: Anm. 23. Handelsgeschäfte sind insbesondere die Anschaffungen, welche im Handelsbetriebe 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 Anm. 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

§ 343. erzielen. Die Anschaffung kann auch durch Miete oder Leihe erfolgen, da Entgeltlichkeit nicht Voraussetzung des einzelnen Geschäfts ist (RDStG. 19, 354).

Ann. 24. c) Was die Eingehung von **Gesellschaftsverträgen** betrifft, so besteht Einigkeit, daß die Aufnahme eines stillen Gesellschafters, eines Kommanditisten, die Aktienzeichnung (§ 189 Ann. 24), die Beteiligung als Gründer einer Aktiengesellschaft Nebenhandelsgeschäfte sein können, mögen auch unbewegliche Sachen eingebracht werden (Ann. 22), und daß es auch bei der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (Anhang zu § 342), darauf ankommt, ob die Bergesellschaftung 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, ob auch die Eingehung einer o.H.G. als solches betrachtet werden kann. Schließen zwei Personen, die bereits Kaufleute sind, eine o.H.G., so ist dies ebensowohl ein akzessorisches Handelsgeschäft, wie wenn ein Kaufmann einen Nichtkaufmann in sein Geschäft als Gesellschafter aufnimmt, oder wenn zwei Kaufleute eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts schließen (Volze 5 Nr. 726). Die Meinungsverschiedenheit gilt sonach 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.

Ann. 25. Dagegen ist die Auseinandersetzung 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. RDStG. 16, 308); die Auseinandersetzung gehört eben zu den letzten Betriebsakten (WarneherNpr. 1914 Nr. 206; RDStG. 12, 368; Volze 5 Nr. 424; vgl. § 1 Ann. 25). — 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 (LJ. 09, 466⁴).

Ann. 26. d) Der Erwerb und die Veräußerung eines ganzen Handelsgeschäfts (§ 22 Ann. 4ff.; Vorb. vor § 373 Ann. 3a) ist ein beiderseitiges Handelsgeschäft, auf beiden des Veräußerers regelmäßig der letzte Akt seiner gewerblichen Tätigkeit (JW. 03, 63²; 99, 494³²; § 1 Ann. 25), auf beiden des Erwerbers das erste Handelsgeschäft, das seinen Handelsbetrieb ermöglichen soll und daher zum Handelsbetrieb als Vorbereitungs- geschäft gehört (RG. 89, 98; 72, 434; RDStG. 11, 149); z. B. der Vertrag auf Lieferung von Waren für ein erst aufzutretendes Unternehmen (JW. 08, 148²²). Gleichgültig ist es, ob der Erwerber des Unternehmens zur Zeit des Erwerbes Nichtkaufmann war, er wird dadurch Kaufmann; es ist sein erstes Geschäft als Kaufmann (JW. 08, 206²⁷). Es macht auch nichts aus, ob der Erwerb im Wege einer Erbauseinandersetzung oder im Wege einer Auseinandersetzung zwischen offenen Handelsgesellschaften erfolgt (JW. 08, 206²⁷; WarneherNpr. 1914 Nr. 206). Daß zugleich auch Grundstücke, Rechte oder Gerechtsame, das Mietrecht an Geschäftsräumen, Dienstverträge mit übernommen werden, macht nichts aus; denn einmal greift § 344 Abs. 1 Platz (§ 344 Ann. 7), und andererseits kann man nicht aus dem Kauf einzelne Verpflichtungen herausgreifen und sie einer besonderen Beurteilung unterwerfen (vgl. RDStG. 11, 150; 15, 102; 20, 200; RG. bei Gruch. 28, 1035). Für die Übertragung der einzelnen Gegenstände sind allerdings die dafür gegebenen Formvorschriften zu beobachten, z. B. bei Grundstücken der § 313 BGB. Auch die Vorbereitungsgeschäfte zum Erwerb eines bestimmten Handelsgeschäfts, z. B. die Aufnahme eines Darlehns (LJ.

1912, 1911¹; „Recht“ 09 Nr. 2516), sind Handelsgeschäfte. Wird ein Handelsgeschäft § 343. erworben, oder tritt jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein (§ 28), so sind die Ansprüche aus einem Wettbewerbsverbot, 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 Wettbewerbsverbot 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. RG. 72, 436 u. § 22 Anm. 24, 29 u. 38). Veräußerung durch den Konkursverwalter f. § 25 Anm. 1c.

- e) **Weitere Beispiele sind:** Die in § 1 abgehandelten Handelsgrundgeschäfte, Anm. 27. wenn sie einzeln vorgenommen werden (vgl. § 343 Abs. 2) — die Anstellungsverträge mit Handlungsgehilfen (RDStG. 11, 57), mit Lehrlingen (RDStG. 14, 19), mit technischen Gewerbegehilfen (RDStG. 11, 387; 17, 30; Folge 19 Nr. 317; RG. 1, 268); Anstellung eines Zeitungsredakteurs (BuschA. 13, 40 Nürnberg), einer Sängerin für ein Café chantant (Nürnberg BuschA. 21, 361) — Betrieb eines Theaterunternehmens (ZB. 07, 504¹) — Darlehen und sonstige Kreditgeschäfte: Darlehenshingabe (RDStG. 1, 217; 7, 226); Darlehensempfang (RDStG. 3, 367; 14, 282); Gewährung oder Verlängerung eines kaufmännischen Kredits (RDStG. 5, 110); Geben und Nehmen von Wechseln (RG. 9, 50); das Verschaffen ausländischen Geldes oder von Devisen — 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. (Koenige PrivBlutG. § 16 Anm. 2 u. 6; RG. „Recht“ 1923 Nr. 1363) — die Verstärkung von Verträgen: durch Anerkennung, auch wenn die anerkannte Schuld kein Handelsgeschäft ist (RDStG. 17, 170; Folge 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 Seiten des Bürgen 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; ZB. 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 (ZB. 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; Stuttgart ZBR. 40, 485). — Die Abrechnung (RDStG. 7, 57) und Übernahme von Verpflichtungen aus einer Auseinandersetzung (ZB. 93, 140²³); Forderungsabtretung (ZB. 97, 88), auch von Hypotheken (RDStG. 3, 432), Erwerb von Patentrechten, Annahme von Anweisungen, Auftrag und Vollmacht (vgl. RG. 26, 108; ZB. 88, 170¹⁶); ein Erbschafts Kauf (ZB. 01, 261²³); Übernahme einer Agentur (RDStG. 23, 148; Theateragentur und Gesindevermietung § 1 Anm. 77; § 93 Anm. 4); Insertionsverträge; Patentlizenzverträge; Schießverträge (RDStG. 23, 259); die sog. Möbelleihverträge; auch Gesellschaftsverträge (Anm. 24), selbst wenn

§ 343. es sich um solche bürgerlichen Rechts handelt; Lotteriespiel (RG. 30, 191); Differenzgeschäfte (RG. 38, 240); auch die Prozeßführung (vgl. § 17 Anm. 24 ff.); auch Zahlung und Annahme von Zahlungen (Ansprüche aus Zahlungen, Zahlung einer Nichtschuld unterliegen daher der Verzinsungsvorschrift der §§ 352 Satz 1, 353 HGB.); Verkauf eines Hotelinventars (JW. 99, 676¹⁶); Verkauf eines Geschäfts- oder Fabrikgeheimnisses (Vorb. vor § 373 Anm. 3); einer Kundschaft (Vorb. vor § 373 Anm. 3); Inkassogeschäfte § 2 Anm. 3; § 368 Anm. 113.

Anm. 28. Auch **freigebige Verfügungen** können Handelsgeschäfte sein: Annahme der Stellung als unbesoldetes Aufsichtsratsmitglied (RG. 19, 123); selbst Schenkungen (vgl. § 132 Anm. 12), z. B. Versprechen der Nachzahlung nach abgeschlossenem Ausgleich (MDStG. 16, 184; RG. 6, 228; Volze 6 Nr. 458; Goldheim 04, 128) oder nach abgelaufener Verjährung (Volze 4 Nr. 463); Verzichte (RG. 29, 11); belohnende Schenkungen (Volze 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 Dienstboten der Kunden und andere Geschenke an die Handlungsgehilfen, z. B. Erlass einer Darlehnsforderung an den Prokuristen (Volze 12 Nr. 270); auch die Annahme von Schenkungen (Volze 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 beiden Seiten des Beschenkten ein Handelsgeschäft vor.

Anm. 29. Endlich gehören dazu nicht nur Verträge, sondern auch vertragsähnliche Rechtsgeschäfte, z. B. Geschäftsbesorgung ohne Auftrag, Willenserklärungen, z. B. Mahnungen, Fristsetzungen; das Angebot mit seinen Wirkungen (MDStG. 10, 236) und dessen Annahme; Zusendungen, An- und Abnahme (MDStG. 10, 236); Vorbehalte (Volze 9 Nr. 198); Rat, Empfehlung und Auskunftserteilung (RG. 20, 194); Bereicherungsansprüche (RG. 93, 229; MDStG. 23, 144; nur für § 352 gilt eine Beschränkung; § 362 Anm. 10).

Anm. 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. Anm. 3 § 344), der Detektivbureaus (JW. 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.

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

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

Anm. 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 (MDStG. 15, 27; § 345 Anm. 5). Für diese Feststellung sind die §§ 1, 2, 3 u. 5 in derselben Weise maßgebend wie in § 343 (§ 343 Anm. 4—8). Auch für Winderkaufleute gilt die Vermutung des vorliegenden Paragraphen (§ 4 Anm. 28) und für den Kaufmann nach § 5

(R.G. 65, 412), sowie für den, der als Kaufmann im Rechtsverkehr auftritt (§ 343 Anm. 8; § 344. Anh. zu § 5), und für die Geschäfte einer o. H.G. in Liquidation, soweit der Liquidator neue Geschäfte zur Abwicklung schwebender Geschäfte abschließen darf (§ 149 Anm. 16 ff.). 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.H.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 Anm. 17), besteht nicht (R.D.H.G. 13, 288; 18, 227; WarneherMspr. 1916 Nr. 174; J.W. 1913, 436¹³); es hat auch ein Gesellschafter gegen den andern eine solche Vermutung nicht (L.J. 1910, 393⁵). Wenn der Name eines Gesellschafters und die Gesellschaftsfirma gleichlauten, so hat man aus der Gesamtheit der Umstände zu beurteilen, in welcher Eigenschaft der Gesellschafter gehandelt hat (WarneherMspr. 1914 Nr. 210; J.W. 1913, 436¹³; Hamburg HansG.Z. 1915 S. 103; R.D.H.G. 22, 62).

- b) Auf die Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns bezieht sich die Vermutung, einerlei ob der Anm. 2. Kaufmann neben seinem Handelsgewerbe noch ein Handwerk betreibt oder nicht (J.W. 87, 275¹⁹). Die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe wird also z. B. vermutet, wenn ein Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft das ganze Geschäft übernimmt und sich von dem ausscheidenden Gesellschafter die Unterlassung eines Wettbewerbes versprechen läßt; die Vermutung geht dann dahin, daß das Versprechen im Zweifel als zum Betriebe des nunmehr eigenen Handelsgewerbes des Verbliebenen zu gelten hat, und nicht bloß für seine Person. Daher geht das Wettbewerbsverbot bei einem Weiterverkauf des Geschäfts mit Aktiven und Passiven auf den neuen Erwerber über; es bedarf nicht des Nachweises, daß der Wille auch auf Übertragung der Rechte aus dem Wettbewerbsverbot gerichtet war (R.G. 72, 434; 37, 176; J.W. 07, 136¹⁵). Über den Begriff des Rechtsgeschäfts s. § 343 Anm. 19; insbesondere, ob auch einseitige Handlungen, Unterlassungen, unerlaubte Handlungen usw. dazu gehören, siehe dort Anm. 22 ff.
- c) Im Zweifel gilt die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe. Damit ist eine durch Gegen-Anm. 3. beweis widerlegbare Vermutung, eine praesumptio juris, aufgestellt, die auch durch § 292 B.P.D. bestätigt ist. Das Geschäft ist so lange als zum Handelsbetriebe gehörig zu betrachten, bis der Gegenbeweis geführt wird (Volge 8 Nr. 310). Es gibt aber keine Vermutung, daß der Teilhaber einer o.H.G., dessen Name mit der Firma gleichlautet, ein Geschäft in den Handelszweigen der Gesellschaft für sie und nicht in eigenem Namen abgeschlossen habe; es bedarf immer der Auslegung (WarneherMspr. 1914 Nr. 210; R.D.H.G. 22, 62; 18, 226). 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), wie dies der Fall ist, wenn der Liquidator einer o.H.G. dem Gegner erkennbar beim Abschluß neuer Geschäfte seine Befugnisse überschreitet (§ 149 Anm. 16 ff.). 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; J.W. 01, 261²⁰); 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; J.W. 02, 188²⁰). Daß ein unentgeltliches Geschäft vorliegt, ist kein geeigneter Gegenbeweis; denn auch Schenkungen können zum Handelsbetriebe gehören (§ 343 Anm. 28). Auch daß ein im Handelsbetriebe ungewöhnliches Geschäft vorliegt oder nicht in die zum Betrieb gehörige Gewerbeart fällt, beseitigt die Vermutung nicht (Gruch. 33, 1042; J.W. 01, 261²⁰; 89, 289²⁰). Daß die Ware für einen Nichtkaufmann bestimmt oder von einem solchen zu bezahlen ist, oder daß der Kauf Erbkauf ist, ist vollends unerheblich; ebenso daß ein Rechtsvorgänger des jetzigen Gläubigers nach der Urkunde das Darlehen

§ 344. gegeben hat (RG. 77, 57). Beispiele für den Wegfall der Vermutung: offensichtlicher 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 (§ 343 Anm. 27 u. 30), Schulübernahme, 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, 398²²), und nicht die Lieferung von Einrichtungsgegenständen für einen Neubau, mögen sie auch dazu bestimmt sein, Bestandteile oder Zubehör des Grundstückes zu werden. Lebensversicherungsverträge werden sehr häufig auch im Betriebe des Handelsgewerbes geschlossen; ein gemischter WAG. hat die Vermutung für sich, daß seine Versicherungsverträge seinem auf Versicherung gegen Prämie gerichteten Betriebe dienen (RG. „Recht“ 1923 Nr. 1363); 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. Feuer-, Transport- und Haftpflichtversicherungen eines Kaufmanns hängen mit dem Betriebe des Handelsgewerbes regelmäßig eng zusammen, sind also betriebszugehörige Rechtsgeschäfte. 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, sei es auch bei Anschaffungen für einen Nebenbetrieb (OLGR. 27, 415), entstanden ist, z. B. Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots bei der Auseinanderlegung zwischen persönlich haftenden Gesellschaftern, von denen einer das Geschäft übernimmt (WarneherRspr. 1914 Nr. 206; § 343 Anm. 25f.). Für Ansprüche andern Ursprungs wird diese Beziehung offenbar durch Eintragung in die Bücher oder sonst schlüssige Umstände (RDStG. 8, 42). Zweifelhaft wird die Beziehung zum Handelsgewerbe, wenn ein Kaufmann zusammen mit einem Nichtkaufmann ein Geschäft abschließt, mag auch auf der andern Seite ein Kaufmann stehen.

Anm. 4. Der erforderliche Gegenbeweis kann durch jedes zulässige Beweismittel geführt werden, auch durch Eideszuschreibung 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, 163²²). Der Gebrauch des von der Firma abweichenden Namens ist nicht ausschlaggebend (unten Anm. 12). Beweispflichtig ist, wer die Vermutung zerstören will (JW. 02, 188²⁸).

Anm. 5. d) Die Zugehörigkeit zum Handelsbetriebe ist ein in Anm. 9ff. § 343 erörterter Begriff. Soweit nach § 343 die Zugehörigkeit möglich, wird sie nach § 344 vermutet, wenn der Sachverhalt nicht entgegensteht (JW. 1900, 444¹⁹; 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 Kassenführung 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 (WarneherRspr. 1920 Nr. 99). Näheres § 343 Anm. 9ff., 12ff.

Anm. 6. 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, 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 Erkundigungs-

pflicht besteht für den Vertragsgegner nicht. Aber ein Rechtsgeschäft, das gemäß § 344 S. 344. als zum Betriebe eines Handelsgewerbes geschlossen gilt, gehört darum noch nicht zum Betriebe des Handelsgewerbes im Sinne des § 335 (RG. 92, 294).

Auch bei Anwendung anderer gesetzlicher Bestimmungen ist die Ver-Ann. 7. mutung von Bedeutung, so z. B. bei der Verjährungsbestimmung des § 196 Nr. 1 BGB. (RGSt. 12, 233; 14, 256; 15, 38; RG. 5, 274). Das ist auch steuerrechtlich bedeutsam (RGSt. 12, 139); auch für § 1405 BGB. (Zugehörigkeit zum Handelsbetrieb einer Ehefrau, Allg. Einl. Anm. 44), auch für Anwendung des § 25 und für die Frage nach dem Umfange der Veräußerung eines Geschäftes (RG. 59, 215; § 343 Anm. 26; § 25 Anm. 11; § 22 Anm. 24 u. 29); auch für den Erfüllungsort. Gegen den Scheinkaufmann gilt die Verjährung des § 196 Nr. 1 jedoch nicht (Anh. zu § 5).

2. (Abs. 2.) **Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe Ann. 8. des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus ihnen selbst das Gegenteil ergibt.**

a) **Eines Kaufmanns** Schuldscheine müssen es sein (oben Anm. 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 Abs. 2 keine Anwendung (unten Anm. 12).

b) **Gezeichnet** müssen sie von ihm sein, aber nicht gerade handschriftlich, auch Faksimilierung und Unterstempelung können genügen, soweit dies nach dem Gesetze überhaupt zur Gültigkeit genügt (§ 363 Anm. 22, § 350 Anm. 56, 57 u. 68a, § 181, § 233 Anm. 6). Auch die von einem berechtigten Vertreter gezeichneten Schuldscheine fallen darunter. Die §§ 126, 127, 793 Abs. 2 und 164 BGB. sind maßgebend (§ 350 Anm. 54 ff.).

c) **Die Schuldscheine.** Dieser Begriff ist hier in der weitesten Bedeutung zu nehmen. Er Ann. 9. umfaßt alle Urkunden, die ein Verpflichtungsbekenntnis enthalten, gleichviel, ob darin der Schuldgrund angegeben ist oder nicht, ob sie einen Schuldgrund schaffen oder ob sie nur Beweisurkunden sind (JW. 01, 576¹⁴), 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 vertraglichen Rechts lauten — Schuld- und Pfandscheine (vgl. Wolff JStR. 47, 249 mit Literaturangaben), ebenso die Urkunde, durch welche eine Hypothek bestellt wird.

Im einzelnen gehören hierher: Schuldurkunden mit Schuldgrund (RGSt. Ann. 10. 2, 429; 3, 367; 12, 111); Wechsel (RGSt. 4, 35; 9, 174), und zwar Akzeptierungen, Ausstellungen und das Giro; Verpflichtungsscheine (RG. 77, 57; RGSt. 8, 431); Bürgschaftsscheine (JW. 06, 877; RGSt. 9, 174), selbst solche, die eine künftige Forderung sicherstellen sollen (a. M. RGSt. 20, 400); Konnossemente, Lager- und Ladescheine (RGSt. 8, 410); Darlehns- und Hinterlegungsscheine (RG. 59, 213); Schlußzettel; Abrechnungen; Auerkenntnisse von Abrechnungen, z. B. das schriftliche Auerkenntnis eines Kontokorrents durch einen Restaurateur (RGSt. bei Buchelt Anm. 10 zu Art. 274); Provisionscheine; Anstellungsbriefe; auch Briefe, welche außerdem einen andern Inhalt haben (§§ 386 ff. BGB.).

Nicht hierher gehören: Vermerke in den Handelsbüchern; Quittungen, da diese Ann. 11. den Gegensatz zu den Schuldscheinen bilden (§§ 368 ff. BGB.); doch sind Quittungen wohl zu unterscheiden von den Empfangsbekenntnissen, welche, wie der Darlehnschuldschein oder Hinterlegungsschein, die Übernahme einer Verpflichtung begründen oder beweisen (auch zu § 372 Anm. 69 ff.).

d) **Sie gelten als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig, wenn sich nicht aus ihnen Ann. 12. 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 Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe ergeben muß (JW. 01, 576¹⁴). 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 An-

§ 344. Schaffung für den Haushalt, für den Betrieb der Landwirtschaft, zur Mitgiftbestellung, und dies im Schuldschein zum Ausdruck gebracht ist (R.D.S.G. 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, oder nicht in den Kreis der bisherigen Geschäfte des Verpflichteten fällt (WarnherRspr. 1920 Nr. 99); vielmehr sind die Schuldscheine des Kaufmanns ohne Schuldgrund infolge dieser Vorschrift stets als zum Handelsgewerbe gehörig zu betrachten, da sich aus ihnen niemals das Gegenteil ergeben kann. 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 (R.G. 56, 197; R.D.S.G. 12, 111), oder gar, daß der angegebene Schuldgrund Zweifel übrig läßt, wie z. B. Darlehn. Denn auch das Darlehn kann Handelsgeschäft sein (R.D.S.G. 3, 367; vgl. Rostock MedlZ. 35, 180). Ist kein Schuldschein über das Darlehn ausgestellt, so kommt es auf den Zweck der Darlehnsaufnahme an (J.W. 93, 310¹⁰). 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 (R.G. 56, 197; J.W. 01, 576¹⁴); daher läßt sich die Vermutung des Abs. 2 § 344 nicht durch den Nachweis entkräften, daß dem Schuldschein oder dem Wechsel klaglose Differenzgeschäfte oder andere Geschäfte, die dem Handelsgewerbe des Schuldners nicht angehören, zugrunde liegen (R.G. 56, 196; L.J. 1913, 698⁷). Anders liegt die Sache, wenn dem Gläubiger bekannt war, daß durch die Zeichnung des Scheins 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 (R.D.S.G. 2, 430; 14, 12 u. 210; Volze 4 Nr. 466; 14 Nr. 492a; R.G. 59, 214), kann jedoch ein Umstand sein, um in Verbindung mit anderen — aus der Urkunde sich ergebenden — Tatsachen den Gegenbeweis zu begründen (R.D.S.G. 14, 286; J.W. 93, 203; 98, 15¹³; a. M. Wolff J.S.R. 47, 250). Daß mit der Firma gezeichnet wurde, ist umgekehrt das gewöhnliche Merkmal dafür, daß für das Geschäft gehandelt wurde (R.D.S.G. 14, 211; R.G. 56, 197).

Anm. 13. e) Auch diese Vermutung gilt gegen und für den Kaufmann, gegen und für den Nehmer und den Dritten, auch für den Erwerber der Forderung. — Auszudehnen ist die Anwendbarkeit der Vermutung 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 J.S.R. 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 (R.G. 59, 216). Will sich der Übernehmer im Sinne des § 25 dagegen schützen, so muß er den Abs. 2 des Paragraphen beobachten.

Anm. 14. f) Mit Recht wird aber die Zulässigkeit der Einrede der Arglist (§§ 157, 242 BGB.) dann 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 (R.G. 56, 197); 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 J.S.R. 47, 252).

§ 345.

§ 345.

Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile

gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein § 345. anderes ergibt.

1. **Inhalt und Bedeutung des vorliegenden Paragraphen.** Ist das Geschäft auf beiden Anm. 1. Seiten 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).
3. Die Regel des Paragraphen greift auch Platz, wenn das Geschäft zufolge Anm. 3. der Vermutung des § 344 auf der einen Seite als Handelsgeschäft gilt. Auch dann finden regelmäßig die Vorschriften über Handelsgeschäfte auf beide Teile Anwendung.
4. Und endlich ist hervorzuheben, daß der Grundsatz des Paragraphen auf die ganze Anm. 4. Rechtssphäre der Handelsgeschäfte nach Entstehung, Wirkung und Auflösung Anwendung findet, so insbesondere auf Vollmachten, welche zu Handelsgeschäften erteilt werden, Genehmigungen, Anerkenntnisse (Vgl. 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 (RGSt. 2, 43; 20, 400; JW. 93, 23⁴³; § 343 Anm. 27).
5. Die Folge dieser Vorschrift ist, daß, wenn ein Teil Kaufmann ist, die Anm. 5. Vorschriften über Handelsgeschäfte regelmäßig auf beide Teile Anwendung finden. Denn Handelsgeschäfte sind die Geschäfte eines Kaufmanns. Die Kaufmannseigenschaft muß zur Zeit der Vornahme des Geschäfts, bei Willenserklärungen zur Zeit der Abgabe der Erklärung vorhanden sein (RG. 60, 78; WarnerherMpr. 1920 Nr. 99). Wenn daher ein unter § 2 fallender Gewerbetreibender vor seiner Eintragung (§ 2) einem Kaufmann ein zu seinem Gewerbe gehöriges Geschäft angetragen und dieser 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, Berliner Festgabe 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).
6. Der Hauptanwendungsfall dieses Paragraphen und der mit ihm in Ver- Anm. 6. bindung stehenden Vorschrift des früheren Art. 277 war die durch Art. 317 ausgesprochene Formfreiheit aller Handelsgeschäfte. Er ist im jetzigen 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. (§ 350 Anm. 1 ff.).
7. **Ausnahmevorschriften,** d. h. solche, bei denen das Gesetz sagt, daß die Vorschriften über Anm. 7. 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.

Lit.: Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr I 1904, II 1905. Neue Sammlung I 1907, II 1910, III 1914; Benzig, Verkehrssitte und Handelsbräuche, ZW. 1921, 226; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte in ZHR. 17, 466; Dove-Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin 1900; Dove-Meyerstein, Gutachten über Handelsbräuche, erst von der Industrie- und Handelskammer Berlin, I 1907, II 1912, III 1926; Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, 1912; Kahane, Gutachten und Gebräuche im Königsberger Handel; Klaußing, zu § 346; Laband, Handelsusancen, ZHR. 1917, 466; Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918; Riefenfeld, Breslauer Handelsgebräuche, 1900, neue Folge, 1900—1906, zweite Folge, 1911; Vertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914; Schreiber, Handelsbräuche 1922; Tige, Richtermacht und Vertragsinhalt 1921; Die Lehre vom Mißverständnis, 1910; Weilbauer, Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben, 1922; Wertheimer, Handelsbräuche in der Textilbranche, 1923.

Einleitung. 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. Eine andere Frage ist es, ob die Verkehrssitte neben Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anzuerkennen ist (Allg. Einl. Anm. 30). Unser Paragraph beschränkt sich auf die Auslegung von Willenserklärungen. Nur in dieser Beschränkung sollen sich die nachfolgenden Erörterungen bewegen. Über die Bedeutung von Handlungen, die nicht Willenserklärungen sind: Zusendung unbestellter Ware (unten Anm. 16, Anh. zu § 361 Anm. 68; § 377 Anm. 119; § 378 Anm. 8; § 379 Anm. 30), Zusendung des Frachtgutes ohne Frachtbrief f. § 436. Hier gilt der Grundsatz, daß jeder seine eigenen Handlungen gegen sich gelten lassen muß, wie sie sich nach der Verkehrsanschauung der Beteiligten darstellen — nicht so, wie der Handelnde sie sich dargestellt hat.

Als oberster Grundsatz wird in § 133 BGB. eine Pflicht des Richters zur Auslegung 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 (ZW. 1910, 801⁷; 1911, 87⁵); dann berührt sich die Auslegung mit dem mit Vorsicht anzuwendenden Grundsatz, daß das Gericht aus dem Vorbringen beider Teile Schlüsse ziehen kann, die kein Teil gezogen hat (RG. 80, 363). Ergeben sich Bedenken gegen die eine oder andere Art der Auslegung, so ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (Anm. 2). Wenn sich auf diesem Wege 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 Vertrages aus den §§ 157, 242 BGB. hergeleitet werden; hier versagen Treu und Glauben und die Verkehrssitte regelmäßig (unten Anm. 21;

§ 350 Anm. 81). Über den Einfluß der Verkehrssitte auf die Auslegung von Gesetzen s. Allg. § 346. Einl. Anm. 31.

I. Die §§ 133, 157 BGB. sind maßgebend für die Auslegung von Willenserklärungen, Anm. 1.

auch für das Handelsrecht. Der § 346 HGB. tritt für diese Frage völlig in den Hintergrund. Der frühere Art. 279, an dessen Stelle § 346 HGB. 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 im § 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. 31 ff.). 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 berechnet und auch auf lehtwillige Verfügungen, hier jedoch mit der naturgemäßen Einschränkung, daß selbst der ungereimte Wille des Erblassers Achtung heischt (ZB. 1912, 344⁹); 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 entgegentreten 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, 761¹⁰; Dresden SächsOLG. 1912, 187; § 350 Anm. 56 a. E.; Anh. zu § 58 Anm. 82).

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

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 HGB. angeordnet war. Diese Bestimmung verlangt völlig freie Handhabung, namentlich im Gebiet des Versicherungsrechts (RG. 10, 160; RDSG. 2, 34; ZB. 01, 849¹¹), 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); noch auch, der oder jener gebrauchte juristische Ausdruck müsse als richtig hingenommen werden (Hamburg Geuffh. 77, 37). 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, wie er unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben zu verstehen ist, maßgebend sein darf; was der Erklärende innerlich bezweckt und gewollt hat, ohne diesen Willen dem Gegner erkennbar zu machen, darf nicht beachtet werden (RG. 95, 124). Hat sich der Erklärende in einem Irrtum befunden und etwas erklärt,

§ 346.

was er in Wirklichkeit nicht erklären wollte, so ist für Auslegung kein Raum; es ist nur Anfechtung wegen Irrtums gegeben (RG. 70, 391; 68, 126; 54, 182; 21, 180; *Warneher-Mspr.* 1914 Nr. 36; *MDStG.* 1, 22; Anh. zu § 361 Anm. 91 ff.). Jedermann muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärungen von den andern an einem Rechtsgeschäft Beteiligten so verstanden werden, wie sie nach Treu und Glauben objektiv zu verstehen waren; es gibt insofern keinen Dissens (*Warneher-Mspr.* 1913 Nr. 395; 1912 Nr. 3; *JW.* 1918, 765; 1915, 571; 1912, 132³). Die Auslegung von Klauseln muß sich jedermann so gefallen lassen, wie sie der Verkehr versteht (Anh. zu § 361 Anm. 91 ff.). 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 (RG. 79, 438). 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 irgendeinen verständigen Sinn gibt (Volge 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 (Volge 4 Nr. 480; 5 Nr. 443); d. h. es müssen die Parteien erkennbar etwas anderes gewollt haben (*JW.* 1910, 60³; 07, 269³⁴; 05, 682²; 93, 429; *Gruch.* 38, 1135; *Warneher-Mspr.* 1912 Nr. 330; *LJ.* 1912, 842⁵); 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 (SeuffA. 64, 137). Bei der Auslegung von Urkunden insbesondere müssen die begleitenden und die der Niederschrift zugrunde liegenden Besprechungen zur Ermittlung des Sinnes herangezogen werden; über den Sinn einer solchen mündlichen Vereinbarung ist sogar Eideszuschreibung (§ 445 *RPD.*) nicht abzulehnen (RG. in *LJ.* 1920, 229¹; *JW.* 06, 458¹ u. 11⁷). Dagegen ist die Auslegung urkundlicher, klarer und zweifelsfreier Urkunden selbst dann unstatthaft, wenn die Bestimmungen an und für sich gegen Treu und Glauben verstoßen (RG. 82, 316). Der Ausdruck soll also, wenn er auch das vornehmste Wahrheitsforschungsmittel 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 (*JW.* 1916, 650; 1914, 32¹). 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; Volge 9 Nr. 24; *Warneher-Mspr.* 1915 Nr. 7), sofern nicht der Formzwang entgegensteht (§ 350 Anm. 7 u. 79). Die stillschweigende Voraussetzung, von der die Parteien bei Abgabe ihrer Willenserklärungen ausgegangen sind, ist als solche nicht von rechtlicher Bedeutung, soweit nicht damit etwa die Anfechtung wegen Irrtums eröffnet wird (§ 377 Anm. 39). Die stillschweigende Voraussetzung ist aber selbst gegenüber der urkundlichen Festlegung von Parteienerklärungen (§ 350 Anm. 71 Abs. 1) insofern von ausschlaggebender Bedeutung, als damit zum Ausdruck kommen sollte, daß die Parteien nach Treu und Glauben das oder jenes nur in einem bestimmten Sinne gemeint haben. Dann ist die so geschaffene Auslegung maßgebend (RG. 94, 68; 75, 274; *LJ.* 1921, 299¹); es gibt dann keinen versteckten Dissens (Anh. zu § 361 Anm. 91 ff.). Die Auslegung muß endlich den Gesamtinhalt der ganzen Willenserklärung, also den ganzen Vertragsinhalt im Zusammenhang würdigen. Es dürfen nicht einzelne Bestimmungen eines Vertrages 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; 1915, 87¹; *LJ.* 1920, 643). 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; *LJ.*

1917, 919; 1915, 423; 1912, 694; DMZ. 1926 Beil. 98²⁴³). Der letztere Grundsatz bedarf, § 346. 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. Wer behauptet, daß die Parteien den aus dem Wortlaut sich ergebenden Sinn nicht gewollt haben, muß dafür den Beweis übernehmen (JW. 1914, 321). 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 (SeuffA. 62, 133), oder wenn der Sinn, den die Parteien in ihre Erklärungen gelegt wissen wollen, darin unmöglich gefunden werden kann (JW. 1912, 683⁴; oben Einl.). Ein besonderer Fall letzterer Art ist es, wenn die Parteien ihren Erklärungen absichtlich eine den wahren Willen verbedende 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, 60⁵). 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 daran nicht dachten, so hat der Richter den Parteivillen 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. 4ff.). Läßt dagegen der eigentümliche Inhalt des Vertrages, 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 die 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. 1915, 500 u. 571; 1911, 90⁶ und 179²). So kann gefolgert werden, daß ein Bierabnahmevertrag, der keine Zeitdauer angibt, als auf ein Subjahr 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 Anh. zu § 346 Anm. 2 und 16 a. E.); daß bei auf längere Dauer abgeschlossenen Bezugsverträgen, auch wenn kein Alleinverkaufsrecht ausgemacht ist, bei bedeutungsvoller Betriebs Einschränkung des Verkäufers ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände gegeben sein kann (Anh. zu § 346 Anm. 16a; Hamm OLGR. 28, 82; über veränderte Umstände s. Anh. zu § 374 Anm. 3, 49, 49d; § 377 Anm. 39), wie überhaupt, wenn nach der Natur der Verträge beide Teile nur unter sich gleichbleibenden Verhältnissen den Vertrag abgeschlossen haben wollten; auch, daß eine vierwöchige Kündigungsfrist eine einmonatige sein sollte; 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

Staub, BGB., 12. u. 13. Aufl. Bb. III. (Roeninge.)

§ 346.

nicht (RG. bei Goldheim 08, 14). Auch hier würde sich, wie bei der ergänzungsweisen Anwendung der Verkehrssitte, kein Teil darauf berufen können, daß er etwas anderes gewollt habe, als sich nach der Verkehrssitte ergibt (JW. 97, 92⁴⁴; 1911, 90⁶), auch nicht darauf, daß er die Verkehrssitte nicht gekannt hat und darum guten Glaubens war (Allg. Einl. Anm. 31 ff. 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.

Anm. 3.

Auch wo die Natur des Vertrages zu einschränkender Auslegung zu drängen scheint, wie bei Bürgschaft, Schiedsvertrag, Wettbewerbsverboten (JW. 06, 736⁴; 03 Beil. 43⁹² u. 121; WarnerherMspr. 08 Nr. 457; LZ. 09, 311¹⁵ u. 318²; RG. in BantM. 21, 385⁴), Strafgebungen (JW. 1921, 1528; 1920, 137¹; 1910, 934², gegen die der verlassenen Rechtspredung angehörigen RG. 46, 126; 26, 164; 20, 111), Verwirkungsklauseln (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. Derselbe Grundsatz gilt auch gegenüber den Auslegungsregeln, 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; Folge 9 Nr. 240; RDStG. 14, 437); daß bei gleichstehenden Wagschalen zugunsten des Verpflichteten (RG. in DJZ. 05, 71; RDStG. 14, 268) oder zum Nachteil desselben auszulegen sei, dem ein Recht eingeräumt worden ist; daß von mehreren Auslegungen der Vorzug, der einzuräumen ist, bei der das Geschäft Bestand hat (RDStG. 16, 430); daß Verzicht nicht vermutet werden (LZ. 1910, 769⁷); daß das Geschäftsebene, insbesondere handschriftliche Zusätze, dem Gedruckten, insbesondere bei formularmäßigen Vordrucken, vorgehe, oder daß die besonderen Bedingungen stets den Zweck haben müßten, die Partei günstiger zu stellen, die diese besonderen den allgemeinen vorgehenden Bedingungen durchgelehrt hat. 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, Unklarheiten in Freizeichnungsklauseln (RG. 110, 227) und Zweifel darüber, ob der Wille dieses Vertragsteils im Vertrag zum Ausdruck gebracht ist, zu dessen Nachteil wirken (RG. 72, 395; JW. 03, 293⁰; 90, 403⁸); der Verfasser einer zweifelhaften Bestimmung mit verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten muß sie also gegen sich auslegen lassen (RG. 91, 328; 86, 165; 10, 160; JW. 02 Beil. 209⁴⁵; RG. „Recht“ 1923 Nr. 913); namentlich gilt dies von Unklarheiten in typischen Verträgen (WarnerherMspr. 1923/24 Nr. 2) und von Versicherungsbedingungen. Diese muß der Versicherer gegen sich auslegen lassen (RG. 94, 29; 91, 328), und zwar nach dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens, nicht nach wissenschaftlicher Terminologie (RG. 97, 209 u. 190; 98, 233 Unfallv.; RG. 100, 29 Vorforgv.; 93, 84 Lebensv.; 95, 274 Kriegsv.; 96, 150; 95, 80; 93, 84; 92, 99 Kriegsklausel; 92, 61 Feuerb.; 93, 210 u. 214; 91, 324 Haftpflichtv.; alles mit Rücksicht auf den Wortlaut des Versicherungsscheins; RG. 94, 291. Verzicht sind nicht nur in sich strenge, sondern auch zuungunsten desjenigen auszulegen, dem der Verzicht zugute kommen soll (JW. 1911, 1014⁶); auch die Frage, ob es zu einem Verzicht gekommen ist, bedarf strenger Auslegung; bei Würdigung eines Verfalls als Verzicht ist Voraussetzung, daß keine andere Auslegung möglich ist (WarnerherMspr. 1919 Nr. 2); vgl. über Zweifelsfragen 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), oder wenn Gewerbetreibende mit Hilfe ihrer tatsächlichen Monopolstellung dem Publikum ihre Bedingungen

aufzwingen wollen (unten Anm. 17 ff. u. Anh. zu § 346 Anm. 31 u. 36; § 347 Anm. 29 f.), § 346. oder wenn es sich um die zahlreichen Freizeichnungsklauseln handelt, welche letztere an ihrer Stelle behandelt sind (unten Anm. 17 ff.; § 347 Anm. 29; auch zu § 361 Anm. 17 f.; Anh. zu § 374 Anm. 48 a).

2. Ist der Wille des Erklärenden nicht zu ermitteln, oder ist eine Willenserklärung über Anm. 4. den betreffenden Punkt überhaupt nicht abgegeben, so kommt § 157 BGB. zur Anwendung, welcher, wie bereits in der Allg. Einleitung Anm. 31 und 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. Während § 133 BGB. vom Standpunkt des Erklärenden aus der Sinn seiner Erklärung und danach zu ermitteln ist, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist, will § 157 BGB. eine zusammenfassende Beurteilung der beiderseitigen Erklärungen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eintreten lassen. Diese Auslegung gipfelt in der rechtsgestaltenden Macht des Richters, wenn die sonstigen Auslegungsgrundsätze versagen; folgende Anm.
- a) Das ist allerdings keine Auslegung mehr. Denn es wird nicht mehr festgestellt, Anm. 5. was die Parteien als ihren wahren Willen erklärt haben, es wird auch nicht etwa festgestellt, welche Folgerungen sich aus von den Parteien festgelegten Rechtsverhältnissen ergeben, an die die Parteien nicht gedacht haben. Es wird vielmehr der Inhalt des Rechtsgeschäfts, weil der Parteiwille in Wahrheit nicht festgestellt werden kann, durch die richterliche Machtwollkommenheit, neues Recht schaffend, ergänzt durch Anwendung der Rechtsformen, die die Wirklichkeit des Lebens und die Macht der Tatsachen geschaffen hat; dazu noch ganz unabhängig vom Parteiwillen. Es wird also nicht der Vertragswille der Parteien ergänzt, sondern es wird der Vertrag ergänzt, indem der Richter rechtsgestaltend ausspricht, was für den eingetretenen, von den Parteien nicht vorgesehenen Fall Rechtsens sein soll. Immerhin muß es sich um eine Ergänzung des Vertrages handeln. Ergänzen kann man aber nur Lücken, die sich innerhalb der wirklich gewollten Vereinbarungen finden (RG. 99, 234; 92, 420 u. 320; 83, 213; Warnemöhrspr. 1916 Nr. 157). Das Ergebnis dieser Art von Auslegung muß sich als eine selbstverständliche und natürliche Folgerung aus dem ganzen Zusammenhange darstellen (Warnemöhrspr. 1912 Nr. 289). Diese Ergänzung darf also nicht zu einer Umänderung dessen führen, was sich aus dem Vertrag als Parteiwille ergibt; eine Begründung einer solchen Änderung dahin, daß die Parteien den Fall anders geordnet haben würden, als sie es getan haben, wenn sie an das Endergebnis gedacht hätten, ist nicht zulässig (JW. 1921, 1077¹). Auch zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes darf die ergänzende Heranziehung der Verkehrssitte nicht führen, und auch nicht dazu, einer Partei etwas aufzuerlegen, was sie sicherlich nicht gewollt hat; mit dem ausdrücklich Verabredeten darf sich diese Ergänzung nicht in Widerspruch setzen (RG. 92, 418 u. 318; 87, 211; 83, 213; JW. 1923, 456; 1918, 216²; 1912, 742³; Warnemöhrspr. 1912 Nr. 289). In diesen Grenzen erwächst dem Richter die Pflicht, zu ermitteln, wie die Parteien innerhalb der wirklich festgestellten Vereinbarungen den fraglichen Fall bei redlichem Verhalten unter Rücksicht auf die beiderseitigen Interessen geordnet haben würden, wenn sie an den Fall gedacht hätten, z. B. welche Bedingung sie gesetzt (Warnemöhrspr. 1912 Nr. 289; Gruch. 54, 386; 65, 591), wie sie ihre Verhältnisse geordnet haben würden, wenn sie an die Folgen des Versailler Vertrages (Danzig JW. 1923, 691¹), an die lange Kriegsdauer (RG. 92, 319) gedacht hätten, welche Vergütung dem Geschäftsvermittler zugestanden worden wäre, wenn er den Abschluß zu einem günstigeren Ende geführt hat, als ihm vorgeschrieben war (JW. 1912, 190⁶; vgl. Gruch. 60, 653). Immer muß es sich aber, wie schon gesagt, um eine Lücke im Vertrag, also um eine der Möglichkeiten handeln, an die die Parteien entweder nicht gedacht (JW. 1922, 98; 1921, 1077; 1915, 87¹) oder die sie absichtlich außer Betracht gelassen haben. Auf dieser freien Gestaltung des Inhalts von Rechtsgeschäften beruhen

§ 346. die Grundsätze, wonach der Richter bei Wegfall der Grundlage, auf der die beiderseitigen Leistungen bestimmt worden sind, infolge unseres Währungszerfalls ermächtigt wird, diese Grundlage durch Ausgleichung der beiderseitigen Interessen und der Wertverhältnisse wiederherzustellen (RG. 107, 183 u. 156 u. 90; 106, 233; 104, 394; 100, 80; ZB. 1923, 919; WarnererRspr. 1923 Nr. 3, 29, 36; RGSt. 57, 35; 56, 309). Über diese Aufwertung Anh. zu § 374 Anm. 205 ff., über den Währungsschaden Anh. zu § 374 Anm. 205 ff. und über veränderte Umstände Anh. zu § 374 Anm. 3, 49, 49 d, § 379 Anm. 30, die alle in dem soeben Erörterten wurzeln.

Anm. 6. b) Die Willenserklärung (oben Anm. 4) ist so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es gebieten. Unter Kaufleuten bedeutet Verkehrssitte Handelsitte (auch Ufance genannt; allg. Einl. Anm. 30 a ff.). Verkehrssitte ist die tatsächliche Übung im Verkehr. Beschränkt sich die Verkehrssitte oder Handelsitte auf einen Ort, so wird die Verkehrssitte zum Ortsgebrauch (§ 59 Anm. 24), unter Kaufleuten zum Handelsgebrauch (vgl. unten Anm. 7 über Geschäftsgebrauch). Die Anwendung des eingangsgebachten Grundsatzes 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, der sich aus der Auffassung redlicher Verkehrsanschauung ergibt; denn jeder mann muß seine Erklärungen so gelten lassen, wie sie ihrem unzweideutigen Inhalte gemäß zu verstehen sind, und danach vom Gegner verstanden werden (RG. 91, 426; 88, 428; 86, 88; 68, 128; LZ. 1916, 677 u. 1018). Die Verkehrssitte ist wohl der wichtigste Leitstern für die Beurteilung der Schuldverhältnisse nach Treu und Glauben. Aber der einzige ist er nicht (vgl. RG. SächRM. 1915, 56). 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 nach der Verkehrssitte anzunehmen ist, ist unzulässig, er hätte eben erklärt werden müssen (RG. bei Goldheim 24, 221; oben Anm. 2). Wer also einen einen Vertragsschluß bezweckenden 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 (Allg. Einl. Anm. 34 ff.); der Vertrag ist zustande gekommen, sobald sich die beiderseitigen Erklärungen in diesem Sinne decken (RG. 58, 235; Anh. zu § 361 Anm. 91 ff.). Und sie decken sich, wenn der eine Teil dem Gegner eine zweideutige Erklärung abgegeben hat, aber darüber nicht im Zweifel sein konnte, daß der Gegner die Erklärung in einem bestimmten Sinne verstehen werde, und dieser sie auch wirklich so verstanden hat (ZB. 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. 2 und 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 Warentabatt, 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 (ZB. 03, 421⁹). — 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: Soll einer Partei durch Abschluß des Vertrages ein Vorteil zugewendet werden, so kann nicht der Gegner Erfüllung zu einer Zeit verlangen, zu der der zu begünstigenden Partei Nachteil entstände (RG. 101, 169); ein Kaufmann, der, um einem Streit ein Ende zu machen, gezahlt hat, kann nicht

hinterher seine Zahlung als Zahlung einer Nichtschuld zurüdfordern (RG. 97, 143), § 346. wenn nicht etwa ganz neue Tatsachen zutage treten; nimmt der Käufer Lieferung eines Dritten an, der für den Verkäufer erfüllt, so muß der Käufer auch an den Dritten auf dessen Verlangen zahlen (RG. 101, 321); wer sein Geschäft verkauft, übernimmt in der Regel damit 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 ZB. 08, 135³ entschiedenen Fall hinaus (vgl. § 22 Anm. 33; a. M. Karlsruhe OLG. 28, 112; anders, wenn nach dem Zweck einer Einigung die Ausschaltung der Konkurrenz nicht erfolgen sollte: LZ. 1912, 146¹⁰); ebenso wird man annehmen müssen, daß der Gesellschafter, der seine Kundschaft in eine GmG. eingebracht hat, zwar ein Konkurrenzgeschäft eröffnen darf, jedoch mit der Beschränkung, daß ein Abspenftigmachen 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 Tage 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 Bewirtshaftung des Hotels erforderlich war (LZ. 08, 61²⁰). Treu und Glauben sind also überall ausschlaggebend.

- c) Besteht eine Verkehrssitte, so ist auf sie Rücksicht zu nehmen (oben Anm. 6). Anm. 7. 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 Vertragschlusses und der Abgabe der Erklärung. Damit ist aber nur eine Verkehrssitte gemeint, die in der Verkehrsübung tatsächlich zum Ausdruck gekommen ist; nicht sind bloße Verkehrsanschauungen gemeint (RG. 49, 162; Warnheyerspr. 1919 Nr. 192; Allg. Einl. Anm. 25ff.). Aber auch Verkehrsauffassungen und Verkehrsanschauungen sind für die Auslegung beachtlich, wenn sich in den beteiligten Kreisen einheitliche Anschauungen oder Auffassungen gebildet haben (RG. 69, 153, 121; LZ. 1916, 677¹⁵); denn sie zeigen, wie Treu und Glauben in jenen Kreisen verstanden wird; die sog. allgemeine Auffassung ist nur eine Auffassung gewisser Fachkreise, die außerhalb dieser Kreise Stehende nach Treu und Glauben nicht bindet (Warnheyerspr. 1919 Nr. 192). Wenn aber die überwiegende Mehrheit aller Beteiligten sich zu einer bestimmten Auffassung bekennt, so ist diese für die Auslegung erheblich (RG. 69, 153 u. 121; Warnheyerspr. 1916 Nr. 69), mag sie auch erst nach Vertragschluß zu einer festen geworden sein. Auch die allgemeine Auffassung von Rechtshandlungen ist nicht unbeachtlich (RG. 75, 340). Als Verkehrssitte darf allerdings nur das angesprochen werden, was zur allgemeinen Auffassung geworden ist; es darf aber eine allgemeine Auffassung (das geringere) noch nicht einer Verkehrssitte (dem höheren Begriff) gleichgestellt werden (RG. 55, 377; 49, 162 vgl. unten Anm. 11). Ein Geschäftsgebrauch, d. h. ein gleichartiges Verfahren, das sich in dem betreffenden Kreis von Geschäftsleuten gebildet hat, ist noch keine Verkehrssitte, weil diese Kreise gerade in ihrem Interesse so verfahren haben können; es kommt vielmehr darauf an, ob sich tatsächlich ein allseitig gebilligter oder wenigstens widerspruchsflos geduldeteter Gebrauch entwickelt hat, der kein Mißbrauch ist (vgl. § 377 Anm. 37). 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; § 377 Anm. 124 a. E.). 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 — sei es ausdrücklich oder durch unmißverständliche Ausdrucksweise (RG. HanfGZ. 1915 S. 259) —, und endlich da, wo die Verkehrssitte sich als mit der Sicherheit des Verkehrs unverträglich

§ 343. lich, d. h. als ein Mißbrauch ertweist (JW. 05, 299; Allg. Einl. Anm. 32; § 377 Anm. 37). Ein solcher Mißbrauch würde gegeben sein, wenn nach einer Verkehrssitte der Käufer selbst dann den vereinbarten Zahlungstag nicht eingehalten hätte, wenn der Verkäufer sich für den Fall unpünktlicher Zahlung den Rücktritt ausbedungen hatte. Endlich darf die Verkehrssitte nicht gegen die guten Sitten verstoßen (JW. 08, 3²).

Anm. 8. Auf eine Verkehrssitte ist um so mehr Rücksicht zu nehmen, wenn sie sich zur Rechtsübung verdichtet hat.

Anm. 9. Auch hier ist der Gegenbeweis nicht zulässig, daß der beim Rechtsgeschäft Beteiligte in Wahrheit einen anderen Willen gehabt hat (oben Anm. 6), oder daß der andere Teil das Rechtsgeschäft anders aufgefaßt hat; auch nicht der Gegenbeweis, daß die Partei nicht die Absicht gehabt habe, sich der Verkehrssitte zu unterwerfen (bei der Rechtssitte kommt es ja auf den Unterwerfungswillen sicherlich nicht an), vielmehr ist unabhängig von einem Unterwerfungswillen die Verkehrssitte zu berücksichtigen (Allg. Einl. Anm. 30 ff.). Keineswegs ist 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 erwarten durfte, daß der andere Teil sie kannte. Die Bedeutung der Verkehrssitte würde dadurch in einer Weise eingeengt, die den in 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 Rechtsgeschäfts gedacht hat, und hinsichtlich deren Verkehrssitten 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. 95, 243; 54, 177; JW. 07, 149³⁴; 03, 183⁴⁰; WarnererHspr. 1919 Nr. 192). So hat auch das RG. (ErdstHJ. 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. RG. „Recht“ 1919 Nr. 2161: Vollkaufleute aus Hamburg und Lübeck schließen über Ware handelsüblicher Qualität, Ablieferung Königsberg, ab; der allgemeine Begriff der Handelsüblichkeit ist maßgebend, nicht der in Königsberg übliche Begriff. RG. 97, 218; 69, 125; RG. „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 (JW. 1922, 706²). Ein Handeltreibender, der auf einem Markt Geschäfte macht, kann sich nicht mit Unkenntnis des Marktgebrauchs entschuldigen; RG. 95, 243 u. LZ. 1923, 343: handelsübliche Klauseln binden die Vertragsschließenden; denn sie haben es gewollt, was diese nach Handelsbrauch besagen. Ein nach Vertragsschluß erfolgter Widerspruch einer Partei gegen einen Handelsbrauch ist demnach ohne Bedeutung; die Partei, die nicht gebunden sein will, muß vorher widersprechen (LZ. 08, 931⁴). Nur dann verhält es sich anders, wenn der Gegner weiß, daß die Erklärung in einem bestimmten andern Sinne gemeint ist (Allg. Einl. Anm. 34), oder wenn sich der Ausschluß des Handelsgebrauchs ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Gepflogenheiten des beiderseitigen Verkehrs, ergibt.

Anm. 10. Ist hiernach auf eine Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen, so ist diese auch im Widerspruch mit den Gesetzen zur Anwendung zu bringen, wenn sie sich zu Reichsgewohn-

heitsrecht verdichtet hat (Allg. Einl. Anm. 27). Wenn z. B. in einem bestimmten Handels- § 346. zweige sich die Verkehrssitte bilden sollte, daß die Handelsgehilfen mangels anderer Vereinbarung als auf ein Jahr fest angestellt betrachtet werden, so würde dies gegen § 66 HGB. zur Anwendung zu bringen sein. Die dem Gesetz entgegenstehende Auffassung der Verkehrskreise allein, ohne daß diese sich zum Reichsgewohnheitsrecht verdichtet hätte, kann im Widerspruch mit dem Gesetz nicht zur Geltung kommen; denn die Verkehrssitte ist keine Rechtsnorm, sie ist nur eine den Rechtsverkehr beherrschende tatsächliche Übung (RG. 55, 377; 49, 162; WarnererMspr. 1919 Nr. 192; RG. in JZB. 1917, 113). Landesgewohnheitsrecht hat diese Kraft nicht. Ferner ist eine Verkehrssitte im Widerspruch mit einem Gesetz ausschließlichen Charakters (Allg. Einl. Anm. 12ff. u. 27) nicht zur Anwendung zu bringen. Man hat dies auch früher (MDStG. 16, 125) angenommen, weil die Erkennung der Verkehrssitte auf dem Parteivillen 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 entgegen treten wollen. 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.

Nur eine solche Verkehrssitte ist zu berücksichtigen, die ihrer Natur Anm. 11. nach sich auf das betreffende Rechtsgeschäft erstreckt. Es muß sich also um eine Sitte handeln, die an diesem Orte gilt, und für das Rechtsgebiet, dem das in Rede stehende Geschäft angehört, also um eine Verkehrssitte der beteiligten Kreise (JZB. 06, 736). 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 (JZB. 07, 149³⁴); gegen den Nichtkaufmann muß also der Beweis seiner Kenntnis und der Unterwerfung unter den Handelsbrauch geführt werden (JZB. 1914, 673). Es muß feststehen, daß der Brauch auch im Verkehr zwischen Voll- und Minderkauflenten besteht, wenn ein Minderkaufler 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 BGB. hinsichtlich der Verkehrssitte kommen die Auslegungsregeln, welche Landesgesetze, Wissenschaft und Praxis auf Grund des alten Rechts gefunden hatten, nicht zur Anwendung; es gilt ihrewegen das in Anm. 3 Ausgeführte. Anknüpfend hieran ist zu betonen: Ein räumlich beschränkter Handelsbrauch gilt nur für Geschäfte, die nach ihrem eigentlichen Wesen, also nach Bedeutung und Wirkung, diesem beschränkten Gebiete angehören (RG. 97, 215), z. B. Marktgebräuche für Marktgeschäfte (oben Anm. 9; auch zu § 372 Anm. 16 b); anders, wenn es sich um örtliche Handelsgebräuche handelt, die auswärtigen Vertragsschließenden nicht bekannt waren (RG. in DZJ. 19, 438); ein Nichtkaufmann oder ein Kleinkaufmann, der sich in Geschäfte des Großhandels einläßt, also bei seinem Gegner den Glauben der Vertraulichkeit mit den bezüglichlichen Handelsgebräuchen erweckt, verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er Unkenntnis dieser Gebräuche vorschützt, sofern sie ihm unbequem werden (vgl. JZB. 1914, 673¹). Deshalb ist auch jeder an eine Handelsitte gebunden, die vorschreibt, daß ein Vertrag nur durch die Unterzeichnung eines ausgefüllten Formulars zustande komme; denn dies ist alsdann das erste Erfordernis, um Geschäfte

§ 346. zu machen (RG. 95, 243). Sodann ist zu betonen, daß es auch auf bloße Verkehrsanschauungen ankommt (oben Anm. 7). Weil die Verkehrssitte ein häufigeres Vorkommen einer den Verkehr beherrschenden Übung durch lange Zeit verlangt, kann eine Partei, die inmitten dieses Verkehrs mit seinem besonderen durch die Verkehrssitte geschaffenen Gepräge steht, nicht ihre Unkenntnis mit diesem Gepräge (b. i. mit dieser Verkehrssitte) einwenden (RG. 69, 125; Gruch. 59, 915).

Auf Handelsbräuche, Handelskammerauskünfte und deren Auswirkungen in weiterem Umfange einzugehen, als es in der allgemeinen Einleitung Anm. 30 ff. und zu § 346 geschehen ist, verbietet der Raum. Es möge deshalb im übrigen an der Verweisung auf die eingangs angegebene Literatur genügen, obgleich es nicht an gegenteiliger Meinung fehlt (Rußbaum JW. 1926, 505; dazu ders. HansRz. 1922, 647).

Anm. 12. 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 englischen 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. Auch hier kommt der oben Anm. 11 a. E. betonte Grundsatz zur Anwendung: wer sich in Auslandsgeäfte einläßt, verstoßt gegen Treu und Glauben, wenn er nach dem Abschluß Unkenntnis der Handelsitte seines Geschäftskreises vorschützt (JW. 1914, 673¹).

Anm. 13. Der Beweis einer Verkehrssitte kann auf jede Weise erbracht werden (§ 286 ZPO; oben Anm. 7). Die Verkehrssitte und deren Kenntnis hat zu beweisen, wer sich darauf beruft. Eine längere Zeit ist zur Entstehung eines Handelsbrauchs nicht nötig (JZ. 1920, 439). Über das Bestehen von Handelsbräuchen kann von den Kammern i. S. E. auf Grund eigener Sachkunde entschieden werden mit derselben Wirkung, wie wenn ein Gutachten erhoben wäre (§ 114 GVG.). Der Berufsrichter hat daher nachzuprüfen (RG. 44, 34); er darf nicht mit der Begründung darüber hinweggehen, daß ihm ein solcher Gebrauch nicht zur Kenntnis gekommen sei (BarneherMpr. 1915 Nr. 282). 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 § 114 GVG. getroffenen Feststellung ausgegangen sein (RG. 10, 93) oder eine solche Feststellung als einem Satz nachgebenden Rechts widersprechend übersehen haben (JW. 94, 20⁵²). Auch auf seine Folgerichtigkeit (JW. 99, 533³ u. 576¹⁵) und darauf muß ein Handelsgebrauch geprüft werden, ob er sich nicht als ein eine Übervorteilung bezweckender Mißbrauch darstellt (SeuffA. 46 Nr. 116). Ein solcher Mißbrauch wäre es, wenn der Verkäufer dem Käufer nach Handelsbrauch mit dem Preisaufschlag belasten könnte, den sein Lieferant ihm berechnet (JW. 1920, 642). Endlich kann sich der Berufsrichter auf die Sachkunde der Handelsrichter stützen (RG. 110, 49; 90, 104).

Anm. 14. III. Die Auslegung von Willenserklärungen gehört dem Gebiet der Tatsachewürdigung an. Allein die bezüglichen Feststellungen sind der Revision insoweit unbedingt zugänglich, als gar keine Auslegung im eigentlichen Sinne, sondern eine Ergänzung des Parteiwillens stattgefunden hat (oben Anm. 5f.). Hier findet also § 550 ZPO. unbeschränkte Anwendung, die nicht von § 561 ZPO. betroffen wird, weil es sich um Rechtsfragen handelt. Dieselbe freie Nachprüfung findet statt bei Prüfung, ob die festgestellten Tatsachen einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten (RG. 75, 121; JW. 1912, 854⁹; BarneherMpr. 1912 Nr. 252), ob ein allgemeiner Erfahrungssatz besteht (RG. 105, 419; 99, 71; JW. 1922, 706² gegen JW. 1914, 485²⁰), was allgemeiner Sprachgebrauch ist (RG. 107, 419; 105, 419), welchen Sinn einer Erklärung vom Vertragsgegner beigelegt

werden konnte (ZB. 1913, 593⁴; WarneherMspr. 1919 Nr. 131), was allgemeine Verkehrsauffassung ist (RG. 105, 419; 99, 70), ob ein wichtiger Grund gegeben war (RG. 94, 166; WarneherMspr. 1918 Nr. 255; ZB. 1912, 192¹²), was unter einer Drohung (ZB. 01, 574⁶), einer Notlage (ZB. 05, 75⁸), einer Kündigung (ZB. 06, 813), was unter unverzüglich (RG. 64, 159) zu verstehen ist, was nach der Verkehrsanschauung als Zubehör anzusprechen ist (WarneherMspr. 1914 Nr. 324), welchen Umfang ein Patent hat (ZB. 00, 137¹⁸), ob Treu und Glauben verletzt erscheinen (RG. 110, 216; ZB. 06, 457⁹; 03, 50¹⁸), ob die Begriffe von Arglist, Vorsatz oder Fahrlässigkeit verkannt sind (RG. 110, 216; 60, 34; ZB. 07, 45⁴; 04, 406⁹). Ferner prüft das Revisionsgericht frei nach die Auslegung von Urkunden von stereotypem Inhalt und gibt darüber selbständige Auslegung. Hierher gehören: Versicherungsbedingungen (RG. 108, 190; 100, 29; 96, 150; 94, 27; 83, 295; 81, 117; 80, 142; WarneherMspr. 1919 Nr. 158; ZB. 1926, 554³), Satzungen einer AG. (RG. 97, 242; 83, 319), einer berggr. Gewerkschaft (RG. 86, 283), einer eingetr. Genossenschaft, Festsetzungen im Gesellschaftsvertrag einer GmbH., die die feste Grundlage für die Rechtsbeziehungen der GmbH. nach innen und außen darstellen sollen (RG. 86, 283; WarneherMspr. 1922 Nr. 100), im Gegensatz zu rein individuellen Vorschriften eines Gesellschaftsvertrages (RG. 79, 422; RG. in MuW. 19, 163), die den Wertpapieren, einschließlich der Genußscheine, aufgedruckten Bedingungen (RG. 83, 295; 81, 117), Rentengutsbedingungen (ZB. 1919, 189¹¹), Dispositivurkunden mit typischen Lieferungsbedingungen und Freizeichnungen (RG. 99, 116), formularmäßige Lieferungsbedingungen von Fabriken (ZB. 1916, 134¹⁷) und überhaupt Geschäftsbedingungen, die eine allgemeine Norm aufstellen, so daß die Willensbestimmung beim Einzelvertrag nur insoweit zur Geltung kommt, daß auf Grundlage dieser Bedingungen abgeschlossen werden muß, wie bei Transportanstalten, Banken, Maschinenfabriken und größeren Verbänden (vgl. RG. 96, 266; 87, 335; ZB. 1916, 134¹⁷; WarneherMspr. 1922 Nr. 10), bei überseeischen Agenturverträgen (RG. 103, 281), bei Schleppbedingungen (RG. 98, 123), bei Konnossementsklauseln (RG. 89, 329). Die Auslegung findet in diesen Fällen vom Reichsgericht unter Abwägung der beiderseitigen Interessen statt (RG. 98, 122). Damit das Reichsgericht aber selbständig auslegen kann, muß in den Vorinstanzen entweder der typische Charakter behauptet sein, oder sich dieser aus dem Vertrag von selbst ergeben.

Außerhalb dieser Abgrenzung ist die Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen als reine Tatsachenwürdigung nach § 561 ZPO. nicht revidibel (ZB. 05, 116²⁰; LZ. 09, 470²⁵; RG. in BankN. 21, 385⁴), so daß Formulare, die sich ein Anwalt, ein Notar zu seiner Bequemlichkeit herstellen läßt, und gedruckte Formulare von Geldverleihern, die nur der Vereinfachung des Einzelbetriebes gelten, von dem Berufungsgericht endgültig ausgelegt werden; denn solche Formulare haben keine so große Verbreitung, daß sie sich über mehrere Oberlandesgerichtsbezirke hinauserstrecken würden und dann zu solchen widersprechenden Entscheidungen führen könnten, wie die oben erörterten mustermäßigen Formulare des großen Verkehrs. Ob eine Verkehrssitte besteht, ist reine Tatsache und dem Revisionsgericht entzogen (WarneherMspr. 1919 Nr. 131). Wenn nun auch die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht angreifbar sind, so erleidet dieser Satz doch 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 die Handelsitte auszulegen sind und nicht am Ausdruck zu haften ist. Sodann darf die Auslegung nicht von unrichtigen materiellrechtlichen Grundsätzen 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

§ 346. 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. Jedoch kann nach RG. vom 21. Dez. 1925 bis 31. Dez. 1926 die Revision auf eine Verletzung der §§ 139, 286 u. 287 ZPO. nicht gestützt werden. Über die Auslegung von Urkunden oben Anm. 2, § 350 Anm. 7 u. 79f. 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 Verkehrssitte.

a) Hervorzuheben ist, daß das Schweigen als Unterlassung im Sinne des vorliegenden Paragraphen gilt (MDStG. 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 Verkehrssitte dies gebieten. Ohne eine Prüfung nach den Grundätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte können aus dem Schweigen keinerlei Schlüsse gezogen werden; Schweigen ist erst Zustimmung, wenn Treu und Glauben nach Verkehrssitte Sprechen verlangen (RG. 103, 405; 91, 347; 88, 362). 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 kundgetan; Anh. zu § 361 Anm. 74, 68; unten Anm. 19.

Anm. 16. Es besteht kein Handelsgebrauch, daß Stillschweigen allgemein als Genehmigung gelte. Stillschweigen gilt nur innerhalb von vertraglichen Beziehungen als Zustimmung, und auch da nur, wenn sich die Entschliebung des Erklärenden erkennbar nach dem Schweigen des Erklärungsempfängers als einer Zustimmung richtet; in diesem Falle erfordern Treu und Glauben eine Entgegnung; der Satz: qui tacet, consentire videtur gilt nur in dieser Einschränkung (RG. 54, 180). Der Satz bemißt sich nach den Umständen jedes Falles; er gilt nicht schon deshalb, weil eine längere Geschäftsbeziehung besteht; er gilt insbesondere nicht, wenn ein Antrag auf Abschließung eines Vertrages gestellt wird (Anh. zu § 361 Anm. 66 ff.; insbes. 74, vgl. aber auch dort Anm. 17 u. § 362), oder 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; MDStG. 15, 96; Hamburg OLGR. 32, 154), 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, oder wenn der Schuldner um Stundung sogar mit Angabe der gewünschten Frist bittet (Warneher 1916 Nr. 10), und überhaupt, wenn eine Partei ihren Standpunkt einmal fest und bestimmt betont hat (ZB. 98, 482²²), oder wo schon eine klare Rechtslage geschaffen ist, und der Gegner eine dem widersprechende Erklärung abgegeben hat (Karlruhe BadNpr. 15, 1), z. B. wenn der Gläubiger eine Verbürgung bestimmten Inhalts angenommen hat und der Bürge nachher Einschränkungen hinzufügt, oder wenn von den Parteien ein Zustand vorläufig geregelt ist und nun eine Partei andere Vorschläge zu endgültiger Regelung macht; in allen diesen Fällen darf der Empfänger der Erklärung im Bewußtsein seines Vertragsrechts 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 in ihrer verschiedenen Bedeutung (§ 350 Anm. 71 ff.; Anh. zu § 372 Anm. 38 ff.; über die vorbehaltlose Annahme von Facturen, Kommissionskopien, Bestellscheinen,

Katalogen und Preislisten f. Anh. zu § 372 Anm. 34 ff.). Im Handelsverkehr kann das § 346. Stillschweigen unter Umständen im Hinblick auf bestehende Gewohnheiten und Gebräuche als Zustimmung angesehen werden (RG. 54, 181), und es ist gleichgültig, ob es sich um Ergänzung eines bestehenden Vertrages in Haupt- oder Nebendingen, um das Aufkommen eines neuen oder um Aufhebung eines bestehenden Vertrages handelt (LJ. 1917, 794¹⁵). Besonders gilt das Schweigen dort als Genehmigung, wo auf Seiten des Schweigenden die Absicht vorliegt, den anderen zu einer ihm nachteiligen, dem Schweigenden aber vorteilhaften Untätigkeit zu verleiten oder ihn doch über die Folgen gegen Treu und Glauben im ungewissen zu lassen (Anh. zu § 374 Anm. 147 ff.; Anh. zu § 361 Anm. 32); noch mehr, wo Täuschungsabsicht vorliegt (RDStG. 15, 96; 22, 130; RG. Sächsl. 8, 451; Hamm OLGR. 34, 374). Auch dann steht das Schweigen einer Genehmigung gleich, wenn unter den Verhandelnden ein Vertragsverhältnis bereits bestand (RDStG. 4, 203, 350; 15, 97), und der Brieffschreiber ein dringendes Interesse an einer umgehenden Antwort hatte, weil er seine Entschließung erkennbar nach dem Schweigen des anderen als einer Zustimmung einrichten wollte (RG. 30, 62; RDStG. 22, 132; 24, 196; JW. 94, 318; RG. Sächsl. 8, 451; Stuttgart WürttJr. 7, 276); 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 (RDStG. 16, 41; Sendung bestellter und unbestellter Ware); oder wenn sich nach Vertragschluß — objektiv betrachtet — die Ergänzung des Vertrages als nötig zeigt, und der Ergänzungsvorschlag dem Gegner zugegangen ist, oder wenn der Käufer beim Abladegeschäft von verspäteter Abladung erfährt und nicht sofort den Rücktritt erklärt (RG. 30, 62 § 376 Anm. 39), oder wenn der Verkäufer dem Käufer anzeigt, er könne wegen Streik oder Verkehrshindernissen vorläufig nicht liefern, und der Käufer nicht sofort widerspricht, oder wenn der Agent einer Brauerei gegen die Kontoauszüge, die die Rückstände von Fässern enthalten, keinen Widerspruch einlegt (WarneherHspr. 1919 Nr. 203). Die Wirkung des Schweigens kann sich bis zur Annahme eines Verzichts auf ein Recht steigern; so z. B. wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig die Preiserhöhung anfordert, oder wenn die eine Partei sich auf die Erfüllungsweigerung oder Rücktrittserklärung der Gegenpartei ungebührliche Zeit still verhält (Anh. zu § 374 Anm. 147 ff.). Man darf nicht vergessen, daß wir noch in Ausnahmezeiten leben, in denen sich, wer eine Ware erhalten will, oft notgedrungen neuen Bedingungen stillschweigend unterwirft. 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 (LJ. 1917, 794¹⁵; JW. 94, 318). Alsdann genügt die Entschuldigug, man habe das Schreiben nicht gelesen, nicht (§ 347 Anm. 3). Vorbehaltlose Annahme der Faktura über die bestellte Ware gilt als Genehmigung des vorher nicht vereinbarten Preises (RDStG. 1, 85; 3, 114; 16, 41). Über die widerspruchslose Annahme von Fakturen Anh. zu § 372 Anm. 34, von Kommissionskopien Anh. zu § 372 Anm. 35, von Bestellscheinen Anh. zu § 372 Anm. 36, von Bestätigungsschreiben Anh. zu § 372 Anm. 38 ff. und von Schlußscheinen Anh. zu § 372 Anm. 39. Über Preislisten und Kataloge Anh. zu § 372 Anm. 37. Besonders hervorzuheben ist, daß der Schuldner, wenn ihm der Gläubiger rechtzeitig anzeigt, er werde den schuldigen Betrag an einem bestimmten Tage durch Tratte „entnehmen“, durch sein Schweigen dies genehmigt und daher verpflichtet ist, die Protestkosten zu tragen (Miesensfeld 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 (Hamburg Seuffl. 56 Nr. 219); dagegen besteht für keinen Vertragsteil eine Pflicht, den andern über die sinkende Neigung des Marktes (Hamburg Seuffl. 57 Nr. 140) oder über Fehler seiner Preisberechnung aufzuklären (Vorb. vor § 373 Anm. 23).

§ 346. b) Geschäftsbedingungen können doppelte Bedeutung haben. Regelmäßig bezwecken sie nur die Feststellung, unter welchen Bedingungen künftig Geschäfte so abgeschlossen werden sollen, daß diese Bedingungen den Vertragsinhalt bilden (RG. 58, 152). Eine andere Bedeutung gewinnen Geschäftsbedingungen, wenn das Einverständnis beider Teile über deren Inhalt nicht eine Auslegungsregel für künftige Abschlüsse aufstellen will, wie im ersten Falle, sondern wenn das Einverständnis über die Geschäftsbedingungen bereits den Abschluß eines selbständigen Vertrages enthält. Dies ist der Fall, wenn alle Werte eines Kunden, die in den Besitz seiner Bank gelangen, ihr für ihre gegenwärtigen oder zukünftigen Forderungen verpfändet sein sollen — eine Bedingung, die übrigens keinen Bedenken unterliegt (RG. 84, 4; JWB. 07, 849³¹; JWB. 05, 290¹⁵). Derselbe Fall ist gegeben, wenn die Geschäftsbedingungen besagen, daß mit Übergabe eines Wechsels oder Schecks an die Bank auch die Forderung selbst übertragen werde (Vorh. vor § 373 Anm. 64d), oder wenn die Bank durch die Geschäftsbedingungen zur Vertretung des Aktiendepots und zur Ausübung des Stimmrechts ermächtigt wird (Anh. zu § 424 Anm. 34); alsdann müssen auch die für dieses Rechtsgeschäft bestehenden Formvorschriften eingehalten werden (RG. 105, 287). Abgesehen von solchen Ausnahmefällen, in denen durch Annahme der Bedingungen ohne Hinzutreten eines weiteren Rechtsgeschäfts rechtliche Wirkungen erzeugt werden sollen, besteht völlige Formfreiheit. Ganz sicher ist die Unterwerfung unter Geschäftsbedingungen durch ausdrückliche Anerkennung (JWB. 07, 849³¹), auch wenn sie dem Anerkennenden nicht bekannt sind (RG. Spejßspr. 1911 Nr. 362). Zu einer solchen Anerkennung bedarf es nicht der ausdrücklichen schriftlichen Anerkennung; es reicht die Unterschrift mit dem Zusatz „Kenntnis genommen“ (RG. 84, 7; JWB. 1914, 158²⁴; WarnererSpr. 1911 Nr. 362) oder „gesehen“ (RG. 84, 7; JWB. 98, 396²⁷) und die Rücksendung an den Vertragsgegner aus. Es kommt überhaupt nur darauf an, ob mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte nach den Umständen, dem Bildungsgrad und dem Verständnis der Parteien eine Annahme der Bedingungen gewollt war. Wenn eine Partei nicht, wie ihr ausdrücklich vom Gegner vorgeschrieben, die anliegenden Bedingungen, sondern nur das Vertragsformular unterzeichnet und zurückschickt, so läßt sich ein solches Verhalten unter verständigen Menschen nur als Unterwerfung verstehen. Übersendet ein Teil dem andern seine Geschäftsbedingungen zur Anknüpfung einer Verbindung und werden dann Geschäfte gemacht, so gelten die Geschäftsbedingungen als genehmigt (LJ. 1915, 705¹²; JWB. 01, 621¹⁴; Solbheim 8, 190; BankV. 9, 317 u. 141; Hamburg JWB. 1918, 236; Kiel „Recht“ 21, Nr. 1442; Dresden SeuffA. 75, 257). Die gelegentlich eines Angebots mitgeteilten allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten unter Kaufleuten auch für alle späteren Geschäfte, mag auch auf das Angebot selbst kein Abschluß erfolgt sein (Hamburg HansGZ. 1917 S. 252); jedoch kommt es darauf an, wie lange die Mitteilung der Bedingungen zurückliegt; sind Jahre vergangen, so hat die veraltete Mitteilung keine Kraft mehr (vgl. WarnererSpr. 1915 Nr. 44). Der Satz gilt aber nicht allein unter Kaufleuten; auch wenn die Bank zur Einleitung einer Verbindung ihre Bedingungen einem Privatmann übermittelt und dann einige Zeit später Geschäfte gemacht werden, gelten diese Bedingungen (RG. in BankV. 24, 456¹). Die Genehmigung von Bestätigungsschreiben umfaßt auch die darin lediglich in bezug genommenen, nicht beigelegenen allgemeinen Geschäftsbedingungen (RG. in OLGR. 41, 216; Anh. zu § 372 Anm. 38aff.); will der Empfänger sie nicht annehmen, so muß er sie anfordern. Nach langjähriger Geschäftsverbindung gelten selbst gar nur mitgeteilte Geschäftsbedingungen als angenommen (Dresden SeuffA. 75, 257), wenn auf sie mehrfach Bezug genommen war. Um so sicherer, wenn die Bedingungen vorher mitgeteilt waren (LJ. 08, 383²). Bestätigt die Bank dem Kunden ein mit einem Agenten getroffenes Abkommen „nach den hiesigen Börsenbedingungen“, so ist Schweigen Billigung (Volze 1 Nr. 654). Änderungen der Geschäftsbedingungen müssen auf denselben Wegen zu Bestandteilen des Vertrages gemacht werden (Hamburg HansGZ. 23, 117); es braucht niemand mit Änderungen zu rechnen. Über Geschäftsbedingungen als Beilage

von Festsetzungsschreiben und in solchen Schreiben¹ Anh. zu § 372 Anm. 38 ff. über § 346. die Schriftform § 350 Anm. 55. Die bloße Kenntnis aber, daß beim Gegner allgemeine Geschäftsbedingungen bestehen, machen diese noch nicht zum Bestandteil der Verträge des Gegners. Wenn natürlich Mitglieder eines Kartells miteinander Abschlüsse machen, so haben sie sich vorher schon den Verbandsbedingungen unterworfen (vgl. RG. 95, 91; WarnererRspr. 1919 Nr. 191). Es geht auch nicht an, daß der einzelne Geschäftsmann ohne Rücksicht auf Art und Umfang seines Betriebes sich auf Geschäftsbedingungen beruft, die er — sei es auch in geeigneter Weise — veröffentlicht hat (RG. 103, 84). Es muß vielmehr noch etwas hinzukommen, was als Unterwerfung unter diese Bedingungen anzusehen ist; hierüber das Folgende.

Das Vertragsschließen mit öffentlichen Anstalten (Banken, Versicherungs-, Anm. 17 a. Transportanstalten), welche Prospekte oder allgemeine Bedingungen versenden, seitens solcher Personen, die diese Prospekte oder Bedingungen erhalten haben, gilt als Unterwerfung unter die Bedingungen, wenn sie nachher widerspruchsfrei abschließen (RG. 13, 77). Außer Betracht bleiben hier die Bedingungen von Versicherungsunternehmungen, weil über sie besondere Vorschriften aufgestellt sind (KoenigeWAG. § 9 Anm. 1 ff.; § 10 Anm. 1 ff.; § 4 Anm. 3 u. 4), sowie die Bedingungen, die von dem Staat bei Zulassung eines Unternehmens vorgeschrieben sind; sie werden bei jedem Geschäftsabschluß ohne weiteres zum Inhalt der in diesem Betrieb abgeschlossenen Geschäfte, ohne daß jemand sie zu kennen braucht (RG. 14, 36). Dasselbe gilt von gemeinnützigen Einrichtungen öffentlich-rechtlicher Verbände wie Krankenhäuser, Sparkassen, Kreditvereinen; jedermann weiß, daß sie nur unter allgemeinen Geschäftsbedingungen arbeiten dürfen. Eine Sonderstellung nehmen weiterhin die allgemeinen Geschäftsbedingungen ein, die sich zu Handelsgebräuchen verdichtet haben, wie z. B. die Geschäftsbedingungen der Speditoren Groß-Berlins (RG. in Gruch. 21, 349 u. Sped. u. Schiffztg. 23, 352) und des Vereins Lübecker Speditoren (Hamburg Sped. u. Schiffztg. 23, 147); auch an anderen Plätzen sind solche Bedingungen von Speditorenverbänden als Handelsgebräuche von Untergerichten schon anerkannt worden. Wird an solchen Plätzen mit Speditoren telegraphisch oder durch Fernsprecher abgeschlossen, so werden die Geschäftsbedingungen regelmäßig nicht erwähnt; sie gelten dann aber doch als vereinbart, weil sie Handelsgebräuche geworden sind (oben Anm. 7 ff.). Es gibt keinen Handelsbrauch oder eine allgemeine Übung, daß jemand, der mit einer Großbank in einmalige Geschäftsverbindung tritt, sich deren Geschäftsbedingungen unterwirft, wenn er das Gegenteil nicht zum Ausdruck bringt; vielmehr verlangen Treu und Glauben, daß eine Bank, die ihren Kunden auf ihre Bedingungen festlegen will, ihn, auch wenn der Kunde Kaufmann ist, darauf hinweist. Sind Geschäftsbedingungen keine Handelsgebräuche, so werden sie nur durch Vereinbarung Bestandteil des Vertrages. Zur Annahme einer solchen Vereinbarung gehört mindestens eine Bezugnahme auf die Bedingungen beim Vertragsschluß oder vorher. Die bloße Kenntnis, daß beim Gegner Geschäftsbedingungen bestehen, macht diese noch nicht zum Vertragsbestandteil (RG. bei Gruch. 64, 341; Hamburg HansR. 20, 144 u. 500; RG. in DLR. 41, 216 u. 40, 212). Vielfach wird allerdings die Meinung geteilt, es genüge eine öffentliche Bekanntmachung der Bedingungen als stillschweigende Bezugnahme. Allein es muß unterschieden werden: Nur bei größeren Unternehmungen rechnet das Publikum mit dem Bestehen von allgemeinen Geschäftsbedingungen und kümmert sich darum; nur solche Unternehmungen können sich daher mit Erfolg auf Veröffentlichung berufen, wenn diese so geschieht, daß sie der Allgemeinheit bekannt sind (RG. 109, 304; 103, 82; RG. 9, 187; Hamburg HansR. 23, 57). Die Veröffentlichung darf nicht Bedingungen enthalten, von denen anzunehmen ist, daß das Publikum sich nicht unterwerfen werde, und es muß die Veröffentlichung auch in gehöriger Weise erfolgt sein; die Veröffentlichung hat so zu geschehen, daß die Bedingungen und deren Abänderungen in den beteiligten Kreisen bekannt und so zum Allgemeinut werden (RG. 12, 214: Annoncenpediteur); es können zu diesem Zwecke periodische Wieder-

§ 346.

holungen der Bekanntmachungen erforderlich sein (RG. 103, 86; Celle BankN. 24, 119). Es kann also nicht ein kleines Unternehmen durch Zeitungsinsertate oder Rundschreiben diejenigen, die später mit ihm in Verbindung treten, binden, mögen diese auch die Rundgebungen gelesen haben; das Publikum kann daraus noch nicht schließen, ob wirklich auf Grundlage dieser Rundmachung abgeschlossen werden soll (Braunschweig DLGR. 42, 229); a. M. Senfpiel, Allgemeine Geschäftsbedingungen 51). Daß große Bank- und Transportunternehmungen ihren Verträgen allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde legen, z. B. gewisse Konnossementsbedingungen, reicht also nicht aus, wenn nicht in dem Publikum erkennbarerweise eine Bezugnahme darauf stattgefunden hat (RG. 103, 86; 66, 40; vgl. RG. 58, 155). Ein Anschlag oder Aushang in den Geschäftsräumen oder am Schalter genügt nicht ohne weiteres, wenn nicht irgendwie darauf in deutlicher Weise aufmerksam gemacht ist (Kassel SeuffN. 76, 238; a. M. Braunschweig DLGR. 42, 229), oder doch der Auftraggeber nur durch einen Boten, also nicht persönlich (Kiel SeuffN. 77, 239), oder durch den Draht oder Fernsprecher die Bestellung aufgegeben hat. Anders, wenn dem Boten die Bedingungen mitgegeben werden und der Auftraggeber schweigt (Naumburg Sped.u. SchiffZtg. 22, 1164), oder wenn der Auftraggeber sonstwie von dem Anschlag Kenntnis erlangt haben mußte (RG. 103, 86). Bei Großbanken, Privatbahnen und sonstigen Großunternehmen liegen die Dinge überhaupt anders als im Kleinverkehr. Ein Kaufmann, der den Spediteur eines Großhandelsplatzes in Anspruch nimmt, weiß, daß die Spediture Verbände mit Geschäftsbedingungen bilden; er muß sich erkundigen (Hamburg HanfGZ. 23, 41). Nicht nur Spediture, sondern auch Frachtführer, Kommissionäre, Lagerhalter und sonstige dem Verkehr dienende Gewerbetreibende bilden Verbände, die ihre gemeinsamen Geschäftsbedingungen ihren ständigen Kunden durch Rundschreiben zugehen und von diesen unterchriftlich genehmigen lassen; diese Genehmigung umfaßt auch die beigedruckten Randvermerke, namentlich wenn sie Haftungsbeschränkungen enthalten. Der Kaufmann muß auch diese genau lesen. Über Bankbedingungen § 355 Anm. 43. Hat sich das Publikum nach ungültigen Vorschriften eines Unternehmens gerichtet, so kann das Unternehmen sich nicht auf die Ungültigkeit berufen; es würde auf die Einrede der Arglist stoßen (WarnherRspr. 1922 Nr. 30).

Anm. 17b.

Die Unterwerfung unter die Bedingungen ist keine unbedingte. Was die Privatversicherungsunternehmungen angeht, so besteht die Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtums und ein besonderes Widerspruchsrecht (§ 5 VVG.) sowie die Staatsaufsicht (Koenige VVG. §§ 9, 10 u. 16). Staatliche Beaufsichtigung greift ferner Platz bei allen gewerblichen Veranstaltungen öffentlich-rechtlicher Verbände. Die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923 (RGBl. I 1067) wendet sich gegen Geschäftsbedingungen von Trusts, Kartellen, Syndikaten und anderen Interessengemeinschaften, wenn sie ihre wirtschaftliche Machtstellung ungebührlich ausnützen. Daneben greifen die Grundsätze über den Zwang zum Vertragschluß ein (Anh. zu § 346 Anm. 35f.). Endlich greifen die allgemeinen Grundsätze über Verträge Platz: Durch Unterwerfung unter Geschäftsbedingungen wird regelmäßig kein selbständiger Vertrag geschlossen, sondern nur ein Teil des künftigen Hauptvertrags im voraus geschaffen. Mit Ungültigkeit des Hauptvertrags werden die Geschäftsbedingungen daher von selbst hinfällig. Es gibt keine Freizeichnung von der Ungültigkeit von Geschäften in der Weise, daß in Geschäftsbedingungen Reklamationsfristen vorgeschrieben werden; sie werden wie Schiedsgerichtsklauseln, die sich in Geschäftsbedingungen finden, mit dem Hauptvertrag ungültig, so daß nicht etwa ein nichtstaatliches Schiedsgericht die Bedingungen über die Gültigkeit des Hauptvertrags zu entscheiden hat (RG. 58, 181; 43, 408; ZB. 05, 400; 04, 76⁵²; WarnherRspr. 1919 Nr. 201), während umgekehrt, wenn die Schiedsgerichtsklausel nichtig ist, nur diese hinwegfällt, nicht aber der Vertrag; § 139 VGB. hat keinen Bezug hierher (§ 350 Anm. 74). Über die Schiedsgerichtsklausel bei Börsentermingeschäften Anh. zu § 376 Anm. 84, im Kontokorrentverkehr § 355 Anm. 24. Wohl aber ist die in einem nichtigen Rechtsgeschäft getroffene Vereinbarung gültig, daß ein

an sich örtlich unzuständiges Gericht über die Richtigkeit urteilen soll (RG. 87, 9). Nach § 346. den allgemeinen Vertragsgrundsätzen kann endlich auf dem Wege der Unterwerfung unter Geschäftsbedingungen verbotenen oder unsittlichen Geschäften nicht Wirksamkeit verliehen werden (§ 138 Abs. 1, § 134 BGB.). Von diesen Gesichtspunkten aus wäre es mit der Rechtsordnung nicht vereinbarlich, für alle aus einer Geschäftsverbindung entstehenden Streitigkeiten von vornherein und ganz allgemein ein bestimmtes Schiedsgericht aufzustellen (RG. 36, 422). Über die Frage der Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen und Freizeichnungen in Geschäftsbedingungen ausführlich (§ 347 Anm. 29f.; § 408 Anm. 25; § 417 Anm. 7), wenn sie an sich unsittlich sind oder auf Ausbeutung einer monopolartigen Übermacht abzielen. Endlich bedürfen die Geschäftsbedingungen einer Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, so daß Unklarheiten zuungunsten des Verfassers gehen, daß typische Bedingungen vom Reichsgericht selbständig ausgelegt werden (oben Anm. 3), sowie daß nicht übliche Klauseln, von denen eine freiwillige Unterwerfung nicht anzunehmen ist, ausgeschieden werden (RG. 103, 86). Darüber, daß Freizeichnungen in Geschäftsbedingungen die Haftung aus unerlaubter Handlung im Falle der Verletzung des Eigentums nicht beseitigen, s. Anh. zu § 346 Anm. 36. Geschäftsbedingungen im Kontokorrentverkehr § 355 Anm. 43. Und darüber, daß wissentliche Vertragsverletzungen des Geschäftsherrn nicht von Freizeichnungsklauseln gedeckt werden können, s. § 347 Anm. 29f.; dort überhaupt auch noch über vertraglichen Haftungsausschluß.

- c) **Über Woffensanfancen** s. Allg. Einleitung Anm. 36. Anm. 18.
- d) **Weitere Beispiele:** Zahlung, wann der Verpflichtete will, heißt: der Gläubiger darf seinen Schuldner nicht zwingen, die Erben müssen aber zahlen, denn in deren Willen ist die Zahlung nicht gestellt, anderenfalls brauchte niemals gezahlt zu werden; das Versprechen, keine gerichtlichen Schritte zu unternehmen, wenn der Schuldner Abzahlungen leiste, heißt: der Gläubiger werde keine anderen gerichtlichen Schritte unternehmen, als die nötig sind, um die Abzahlungen zu erlangen; zahlt der Schuldner nicht ab, so ist die Zusage hinfällig. Riel Schlußf. Anz. 23, 103: Zahlung, wenn der Markkfürs sich bessert, ist kurzfristige Stundung. Zahlung, wenn der Verpflichtete könne, besagt, der Schuldner soll Voll- oder Teilzahlung machen, sobald er ohne Gefährdung seiner wirtschaftlichen Lage dazu imstande sei. Die Beweislast hat der Gläubiger; nach langem Zuwarten kehrt sich die Beweislast um; der Schuldner muß seine Unfähigkeit beweisen; RDStG. 7, 61; RG. 40, 200; LZ. 09, 232²⁰: „nicht“ oder „nie verklagen wollen“ ist nur längere Stundung; RG. 90, 180: bei jeder Stundung ist stillschweigend vorausgesetzt, daß der Schuldner die Forderung nicht bestreitet; wird sie bestritten, so ist Feststellungslage berechtigt. RG. 62, 267; 50, 257; JZ. 1920, 705³; 05, 168⁸; 08, 711⁴: Ist aus Gefälligkeit gestundet, was bei Unentgeltlichkeit im Zweifel anzunehmen ist, so kann die Stundung bei erheblicher Verschlechterung der Verhältnisse des Schuldners widerrufen werden; vgl. § 610 BGB. Über Stundung s. noch § 353 Anm. 7; Anh. zu § 359 Anm. 3; Anh. zu § 372 Anm. 44; Anh. zu § 374 Anm. 118f. Posen SeuffA. 64, 120; Celle DZGR. 20, 166: Kaufpreisstundung bis zum Verbrauch oder bis alle Waren verkauft sind, ist nur angemessene Stundung; Stundung ist widerruflich, wenn der Schuldner als sicher galt, nun aber unsicher wird, oder wenn die Stundung unter der nicht eingetroffenen Voraussetzung bewilligt wurde, daß ein Moratorium zustande komme oder sich gehörig abwickle (LZ. 1914, 670); sie fällt überhaupt weg, wenn der Schuldner die Forderung bestreitet (RG. 90, 178); LZ. 1919, 377: Stundung bis nach dem Kriege ist nicht etwa angemessene Stundung; Dresden SächsDZG. 22, 251: Abnahme der Ware, wenn sie der Besteller braucht, ist Bestimmung der Erfüllungszeit unter Berücksichtigung der Interessen beider Teile; LZ. 1910, 936³, 769⁷: Äußerungen wie „ich schreibe den Posten in den Schornstein“ oder „ich mache einen Strich durch die Forderung“ sind noch keine Verzichtserklärungen; RDStG. 4, 353; 13, 366: „sofort, unverzüglich“ bedeuten kein bestimmtes Zeitmaß; vgl. Anh. zu § 359 Anm. 6; darüber, wenn nicht die Erfüllung, sondern die Erfüllungszeit in das Belieben des Schuldners gestellt ist, s. Anh. zu § 372

§ 346. Anm. 44 und Anh. zu § 361 Anm. 17; RDSG. 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, so bald als möglich oder tunlich, in kurzem, bei guter Gelegenheit; Prot. II 38; RG. 104, 87: Zahlung in kürzester Frist heißt Zahlung innerhalb 3 Monaten; RDSG. 15, 176: Höflichkeitsausdrücke wie „aus Gefälligkeit“ ändern an der bindenden Natur des Geschäfts nichts; RDSG. 8, 209; 15, 334; RG. bei Goldheim 05, 283 „zirka“ oder „ungefähr“ 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; Vorbem. vor § 373 Anm. 35; LZ. 1918, 910^o: Soll der Verkäufer „im Konvenienzfalle“ 50—200 Kühe liefern dürfen, aber nicht mehr als 50 Kühe zu liefern verpflichtet sein, so hat nicht der Käufer, sondern der Verkäufer die Wahl; f. auch Vorbem. vor § 373 Anm. 35; Anh. zu § 361 Anm. 17; „freibleibend“ in einem Verkaufsangebot ist gleichbedeutend mit dem Vorbehalt völliger Freiheit des Handelns, kann aber auch eine bedingte feste Bindung, „solange der Vorrat reicht“, bedeuten. Über die Klausel „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten“ f. Anh. zu § 361 Anm. 17a; darüber und über die Klausel „fest an die Hand geben“ f. Vorbem. vor Anh. z. § 361 Anm. 43, Vorbem. vor § 93 Anm. 17; örtlicher Sprachgebrauch und besondere Umstände sind zu beachten (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; Prot. I 263). Vgl. auch Folge 5 Nr. 446 garantierter Gewinn bedeutet Ausschluß von der Teilnahme am Verlust. Über Ladenpreis Vorbem. vor § 373 Anm. 28; RG. 28, 176; JZ. 1919, 305^o; 90, 382^o; 98, 478^o. Besserungsscheine — Zahlung, wenn der Schuldner kann — begründen eine Rechtspflicht zur Nachzahlung, auch zu Teilzahlungen, bei dem vom Gläubiger zu beweisenden Eintritt besserer Verhältnisse; entscheidend ist dafür, ob der Geschäftsbetrieb und der Lebensunterhalt beeinträchtigt wird; JZ. 06, 457¹⁰: die Verzählung läuft, sobald der Gläubiger von der Besserung Kenntnis erlangt hat. RG. 40, 200 und Hamburg HanfGZ. 97 Weibl. 5: Ist Zeit oder Höhe der Abzahlung dem Ermessen des Verpflichteten überlassen, so entscheidet das billige Ermessen, und kann im Falle offenkundiger Unbilligkeit die Entscheidung des Verpflichteten nach § 315 BGB. angegriffen werden; RG. „Recht“ 1910 Nr. 284: Ist ungebührlich lange Zeit verfloßen, so ist Rückforderung auch bei mäßigen Verhältnissen zulässig; sobald der Schuldner das Geschäft aufgibt, muß er zahlen, weil der Besserungsschein nur den Fortbetrieb des Geschäfts gewährleisten soll; von der Aufgabe des Geschäfts läuft dann die Verjährung, vgl. SeuffA. 68 Nr. 96; Gruch. 32, 1120. Besserungsscheine können kaufmännische Verpflichtungsscheine sein (§ 363 Anm. 24). Häufig enthalten sie Nachzahlungsversprechen, die im Zusammenhange mit einem Zwangsvergleich (§§ 181, 193 RD.) stehen, oder nach §§ 11, 12 SchuldverschG. gegeben werden; dann sind sie unter Umständen nichtig; hierüber ausführlich Roenige, SchuldverschG.² § 12 Anm. 1ff. War der Nachzahlungsvergleich aber ein freiwilliger, so sind Nachzahlungsversprechen gültig, wenn keine unlauteren Nachenschaften mitgewirkt haben. Ein solches materiell nicht zu beanstandendes Nachzahlungsversprechen stellt keine Schenkung dar (LZ. 08, 606^o; vgl. RG. 42, 119; Jaeger RD.⁵ § 193 Anm. 5 u. 6); folglich bedarf ein solches Versprechen, auch wenn es in die Formen eines abstrakten Schuldanerkenntnisses oder eines Schuldversprechens nach §§ 780, 781 BGB. gekleidet ist, im Handelsverkehr (§ 350) der Schriftform nicht (ausführlich Roenige, SchuldverschG.² § 1 Anm. 57; § 12 Anm. 5). 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 (JZ. 1910, 280^o; Warnerer Rpr. 1912 Nr. 6; Folge 18 Nr. 265). Auch die im Vergleichswege zugebilligte Stundung hat oft den Charakter einer solchen Verfall- oder Verwirkungsklausel (RG. 86, 251; JZ. 1910, 280^o). Die Verfall-

Klausel setzt, wie die Verwirkungsklausel (§ 360 BGB.), Verzug, also Verschulden an der § 346. Säumnis voraus; einfacher Fristablauf genügt nicht; der Schuldner muß sein Nichtverschulden beweisen (RG. 62, 191; 26, 64; 28, 392; LZ. 08, 705 u. 698^{11a}; 07, 64¹²; JW. 1923, 47⁸; 1916, 1584³; 1911, 805⁶; 06, 111⁹; 01, 655; 00, 299). Der Schuldner kann sich auf entschuldbaren Irrtum über die Leistungszeit berufen: RG. 19, 134; 16, 122; 10, 159; JW. 1913, 542²; 08, 234⁵). Dasselbe muß bei entschuldbarem Irrtum über die Leistungszeit oder deren Berechnung (WarneherMspr. 1913 Nr. 223) oder über die Bedeutung der Klausel gelten. Reinesfalls kann der Gläubiger, wenn der Schuldner bei Anwendung gehöriger Sorgfalt sich zur Verweigerung der Leistung für berechtigt hielt (WarneherMspr. 1917 Nr. 48), oder wenn infolge von Vergleichsverhandlungen eine Verspätung stattfand („Recht“ 07, 389²¹; RG. 22, 204; 19, 132), oder, wenn er verspätete Leistung anstandslos angenommen hat, ohne Warnung auf die Klausel greifen; dies würde gegen Treu und Glauben verstoßen (JW. 08, 550¹¹; 05, 403³¹; 98, 111¹⁰; WarneherMspr. 1912 Nr. 162). Nach Eintritt der Berechtigung muß auch in angemessen kurzer Zeit dem Gegner der Entschluß des Berechtigten, von der Verfall- oder Verwirkungsklausel Gebrauch zu machen, erkennbar gemacht werden, sonst ist nach Treu und Glauben Verzicht anzunehmen (JW. 08, 235⁵; 98, 111¹⁰; WarneherMspr. 1913 Nr. 406; Anh. zu § 374 Anm. 148a), insbesondere wenn er vorbehaltlos rückständige Raten angenommen hat (WarneherMspr. 1920 Nr. 192), ebenso wenn der Gläubiger dem Schuldner die Einhaltung der Frist, die Beschaffung von Zahlungsmitteln unmöglich gemacht oder erschwert hat (JW. 1919, 570⁴); umgekehrt kann der Schuldner auch dem Gläubiger das Versäumen einer Ausschlussfrist bei einer Verfallsklausel nicht entgegenhalten, wenn er durch sein Verhalten den Gläubiger von Wahrung der Frist abgehalten hat (RG. 87, 283; 22, 205). Alle diese Grundsätze sind aus Treu und Glauben, nicht etwa folgerweise aus § 254 BGB. herzuleiten (a. M. Dertmann JW. 1919, 570⁴). 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 (LZ. 1911, 927¹⁹). Über die Verfallsklausel bei der Verpfändung s. § 368 Anm. 43. Die Verfallsklausel enthält regelmäßig eine Ausschlussfrist, wie überhaupt, wenn ein Anspruch nur innerhalb einer gewissen Frist berücksichtigt werden soll (JW. 06, 209²⁰; 1911, 805⁴) oder Handlungen nur innerhalb einer Frist vorgenommen werden können. Diese Fristen zur Ausübung neuer Befugnisse haben andern Charakter als die Verjährungsfristen (§ 194 BGB.), so daß sich die für die Verjährung geltenden Regeln auf Ausschluss- oder Präklusivfristen nicht übertragen lassen. Die Verjährung gewährt nur eine Einrede (§§ 222, 813 BGB.) und kennt Hemmungs- und Unterbrechungsgründe (§ 377 Anm. 138 ff.). Verjährungsgrundsätze finden also auf Ausschlussfristen keine Anwendung (RG. 88, 295; 48, 164; vgl. RG. 93, 303). Es besteht aber doch ein Unterschied zwischen gesetzlichen und vertraglichen Ausschlussfristen. Gesetzliche Ausschlussfristen sind strenger zu beurteilen; bei ihnen treten die Rechtsfolgen auch bei schulloser Versäumung ein, so daß es auf Unkenntnis und Unmöglichkeit nicht ankommt (RG. 88, 295). Bei vertraglichen Ausschlussfristen ist aber immer erst deren Bedeutung nach Treu und Glauben zu prüfen, und ob danach der Rechtsverlust auch ohne Rücksicht auf ein Verschulden gewollt war; im Zweifel ist ein Verschulden an der Fristversäumung zu fordern (RG. 100, 22; 88, 295, vgl. RG. 62, 129). Das Verschulden des Prozeßbevollmächtigten steht dem Verschulden der Partei gleich (RG. in RheinArch. 100 II 100). Sowohl bei der gesetzlichen als auch bei der vertraglichen Ausschlussfrist wird der Ablauf durch Klage beim zuständigen Gericht gewahrt (RG. 92, 40; 88, 295); der § 212 BGB. findet keine Anwendung, weil er nur für die Verjährung gilt, wie schon oben betont ist. Die die Ausschlussfrist wahrende Klage muß so erhoben sein, daß sie eine Entscheidung in der Sache selbst ermöglicht (RG. 94, 133; 93, 312; 92, 40), wobei die nachträgliche Begründung der örtlichen Zuständigkeit genügt (RG. 92, 40). Eine unzulässige Feststellungsklage kann die Frist nicht wahren. Man wird aber die Frist als gewahrt

§ 346. so lange gelten lassen müssen, als die Feststellungsfrage nicht als unzulässig abgewiesen ist. Allgemein gilt der Grundsatz, daß fehlerhafte Prozeßhandlungen von Anfang an als rechtsgültig anzusehen sind, wenn eine Heilung stattgefunden hat (JW. 1921, 168¹). Die Verpflichtung eines Bankiers gegenüber einem anderen Bankier, das Konto eines Schuldners des letzteren abzulösen, bedeutet 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 (Bolz 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 (Anh. zu § 382 Anm. 15). Abruf nach Bedarf enthält die Zusicherung des Käufers, daß er seinen Bedarf nicht anderweitig deckt. Weiteres Anh. zu § 359 Anm. 5, Vorbem. vor § 373 Anm. 35). Die Klausel „cif“ bedeutet, daß der Verkäufer Kosten, Versicherung und Fracht bis zum Bestimmungsorte übernimmt; Genauer Anh. zu § 372 Anm. 31 u. Anh. zu § 382 Anm. 48a, 49a. Die Klausel „fob“ bedeutet, daß Verkäufer die Einladungskosten bis an Bord des Schiffes trägt; Anh. zu § 372 Anm. 31 und Anh. zu § 382 Anh. 49b. Postfracht oder „Post und Fracht“ (cost and freight; abgef. c. & f.) bedeutet Preis (der Ware) einschließlich Fracht.

Anm. 20. V. Die Verlässlichkeit 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. Häufig 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; denn § 242 bezieht sich auf die Rechtsfolge, auf die Erfüllung (Allg. Einl. Anm. 35). Deshalb ist die Verkehrssitte, und zwar die am Erfüllungsorte (RDSG. 13, 370; 2, 321; RG. „Recht“ 07, 696¹⁴¹⁴; Anh. zu § 372 Anm. 1 ff.) herrschende Verkehrssitte nach den zu Anm. 7 ff. dargestellten Grundsätzen 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, und zwar auch auf schuldrechtliche Verhältnisse, die aus dinglichen Ansprüchen hervorgegangen sind, nicht aber auf dingliche Ansprüche selbst; sie richten sich streng nach den bestehenden Vorschriften über Eigentum, Besitz, Pfandrecht u. dgl. (RG. 93, 105; Warneryer 1910 Nr. 271). Abgesehen von dinglichen Ansprüchen, beherrscht § 242 BGB. alle Rechtsgebiete der Schuldverhältnisse ohne Unterschied. Sein Sinn geht dahin, in Verbindung mit § 157 BGB. und über diesen hinaus den Verpflichteten gegen ungehörige, die Billigkeit verletzende Zumutungen zu schützen, die aus zu scharfer Betonung eines seiner äußeren Form nach bestehenden Rechtsanspruchs hervorgehen können (RG. 100, 136 u. 131; 94, 69; 69, 406; JW. 1922, 483; 1914, 465⁴; 1913, 129⁴; WarneryerRspr. 1910 Nr. 247). Alles das aber nur, solange das Schuldverhältnis nicht durch Erfüllung erloschen ist (§ 362 BGB.). Ein besonderes Anwendungsgebiet hat § 242 BGB. gefunden in den Grundsätzen, die von der Aufhebung von Verträgen infolge veränderter Umstände und Änderung der sog. Geschäftsgrundlagen, insbesondere infolge des Umsturzes gelten, der durch den Krieg, die Revolution, den Versailles Vertrag und deren Nachwirkungen, den Währungswechsel und die Aufwertung, bewirkt worden ist; diese Dinge sind an ihrer Stelle besonderer Betrachtung unterzogen. Hier handelt es sich nur um den leitenden Grundgedanken des § 242 BGB., wie er oben zusammengefaßt ist (RG. 108, 279, 379, 337; 75; 107, 156, 149, 124, 392; 106, 422, 177, 11, 7 u. a.); er findet, wie § 157 BGB., seine Grenze darin, daß mit Hilfe des § 242 BGB. nicht an Stelle der geschuldeten Leistung eine ihrem Wesen nach andere an deren Stelle als Vertragsinhalt gesetzt werden kann (RG. 103, 333; JW. 1922, 483; 1921, 833⁷; RG.

in DZJ. 1915, 422; WarneherMspr. 1916 Nr. 157). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts § 346. hat diesem Grundsatz eine ausdehnende Anwendung gegeben. Das Reichsgericht hat nicht nur erkannt, ob dem Schuldner die ihm von Rechts wegen angefallene Leistung nach Billigkeitsrücksichten noch zuzumuten sei, sondern es hat unter Aufrechterhaltung des Vertrags die Vertragsbedingungen nach Billigkeitsrücksichten geändert, also an Stelle der vereinbarten eine andere Leistung gesetzt (RG. 104, 222; 100, 130). Die diesen Urteilen zugrunde liegenden Tatbestände hatten die Eigentümlichkeit, daß die Parteien im eigenen Interesse am Verträge festhielten, aber die Vertragsbedingungen in keiner Weise mehr der Umwertung aller Verhältnisse entsprachen; ein anderer Ausweg als die Anrufung der billigen Abwägung war nicht vorhanden. Deshalb geht der lebhafteste Widerspruch aus der Mitte des Reichsgerichts (KommRGK. § 242 Erl. I II) zu weit; die dort vorgeschlagene, auf §§ 315, 316 BGB. hinweisende Lösung würde zu keinem anderen Ergebnis führen als die unmittelbare Verwendung des § 242 BGB. Abgesehen von solchen ausnahmsweisen sog. Gestaltungsurteilen bleibt oberster Leitsatz, daß jeder Teil sein Verhalten nach Art, Ort und Zeit der Erfüllung so einzurichten hat, daß die beiderseitigen Interessen zu ihrem Recht kommen (RG. 78, 385). Stört bei länger dauernder Geschäftsverbindung ein Teil durch sein Benehmen das Vertrauen, so kann der Gegner mit der Erfüllung zurückhalten bis zur Wiederherstellung des Vertrauens (WarneherMspr. 1911 Nr. 223); ein solches Benehmen kann auch zur Aufhebung des Vertrags führen (Anh. zu § 346 Anm. 16a). Der Käufer eines Geschäfts wird durch § 242 BGB. geschützt, wenn der Verkäufer vertragswidrig die nicht erzwingbare Leistung unterläßt, den Käufer durch Rat zu unterstützen; der Verkäufer muß den Käufer dann schadlos halten. Wer seinen Bedarf bei einem bestimmten Verkäufer decken muß, aber infolge von Betriebsänderungen in ordnungsmäßigem Geschäftsgange keinen Bedarf an diesen Waren mehr hat, wird durch § 242 BGB. seiner Pflicht enthoben. Hierher gehört auch die Würdigung von Verfallklauseln und Ausschlussfristen (oben Anm. 19), von Vertragsklauseln (oben Anm. 19), von Geschäftsbedingungen (oben Anm. 17), vom Verlust von Rechtsansprüchen durch illoyales Zuwarten (Anh. zu § 374 Anm. 147 ff.) u. a. m.

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 abzuweisen, die dem Schuldner seine Vertragserfüllung erschweren könnten; liegen solche Handlungen im vertraglichen Interesse des Gläubigers und sind sie nicht schädlich, so macht der Gläubiger lediglich von seinem Vertragsrecht Gebrauch (RG. „Recht“ 09 Nr. 633). Nur unter ganz besonderen Umständen verstößt die Ausübung von Vertragsrechten gegen das Gesetz; dies ist z. B. der Fall bei Verletzung des § 826 BGB. (vgl. RG. 70, 165); aber auch schon dann, wenn dem Schuldner ein Mitwirken zu Gesetzesverstößen dadurch zugemutet wird, daß der Gläubiger die Erfüllungshandlungen des Schuldners zu verbotenen oder unlauteren Machenschaften verwenden will (RG. 107, 13; 102, 292; 99, 156; 96, 240; JW. 1922, 91²), oder wenn der Gläubiger mit Ware dem Sinne nach vertragswidrig Wettbewerb treiben will (JW. 1910, 804¹⁴).

Aber damit ist die Anerkennung der Verkehrssitte noch nicht erschöpft. So wird z. B. der Begriff der Fahrlässigkeit in seiner Gestaltung im Einzelfall durch die Verkehrssitte stark beeinflusst werden (§ 347 Anm. 3). Soll beurteilt werden, ob die im Verkehr 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 Geschäftsübernehmer 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 gebührenden Einwirkung auf den Dritten zur Einhaltung der Verpflichtung hat fehlen lassen (RG. „Recht“ 09 Nr. 2367). Neue Rechtsgrundsätze können sich auf Grund bloßer Verkehrssitte nicht bilden. Soweit reicht unter

§ 346. Umständen wohl die Kraft einer Rechtsitte, eines Gewohnheitsrechts, wie in Allg. Einleitung Anm. 26ff. gezeigt ist, nicht aber die Kraft einer bloßen Verkehrsitte.

Anm. 21. **Zusatz 1. Die allgemeine Einrede der Arglist** (exc. doli generalis) ergänzt die aus dem materiellen Recht entspringenden Einreden. Versagen diese letzteren nicht, hat also der Belangte Gegenansprüche, steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht, die Einrede des nichterfüllten Vertrags, ein Schadensersatzanspruch, oder stehen ihm sonstige Rechtsbehelfe, wie Unterlassungsklage usw., auf Grund des vorhandenen Rechtsverhältnisses zu, so hat er nicht, auch nicht wahlweise, wohl aber fürsorglich die Einrede der Arglist (ZB. 1922, 483³; 1921, 1232¹; WarneherRspr. 1920 Nr. 86). Denn die exc. doli generalis — im Gegensatz zu der exc. doli specialis, die sich auf einen ganz bestimmten Betrug des Vertragsgegners stützt und ihre Wurzel in den §§ 823, 826 BGB. hat — dient dazu, den Schuldner gegen Zumutungen des Gläubigers zu schützen, die sich zwar der äußeren Form nach auf einen Rechtsanspruch berufen können, ihrem Wesen nach aber mit dem natürlichen Rechtsempfinden oder nach der Ausdrucksweise des Gesetzgebers mit Treu und Glauben in Rücksicht auf die Verkehrsitte im Widerspruch stehen. Dieser an letzter Stelle stehende Rechtsbehelf ist also nur zu bewilligen, wenn dem Angegriffenen gar keine anderen Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen. Dieser letzte Rechtsbehelf ist der Verbindung des § 242 BGB. mit § 157 BGB. zu entnehmen, obgleich ihm die Berechtigung in Prot. 1, 239 abgesprochen ist; er hat also nichts mit dem ganz selbständig danebenstehenden Schikaneparagraphen 226 BGB. zu tun. Schon unter dem alten Recht nahm man den freien Standpunkt ein, daß der Mißbrauch eines formalen Rechts den Schutz der Rechtsordnung nicht verdient (RG. 43, 113; ZB. 07, 100²; 05, 118²³). Auf diesem Standpunkte steht jetzt die Rechtsprechung mit Entschiedenheit (RG. 108, 110; 107, 362; 100, 136 u. 131; 94, 69; ZB. 1922, 483³; 1914, 465⁴), und zwar ausgedehnt auf alle Rechtsgebiete (RG. 107, 362; 103, 49; 97, 327; 95, 58; 87, 283), insbesondere auf die Einrede der Arglist gegen die Richtigkeit von Verträgen wegen Verletzung von Formvorschriften. Dort sind auch die Bedenken nicht mehr geteilt, die RG. 88, 105, ZB. 1916, 116⁵ Veranlassung gaben, daß Verschulden bei Vorvertragsverhandlungen (§ 347 Anm. 2) nicht von den Grundfällen über Treu und Glauben, sondern nur von Verletzung der Sorgfaltspflicht aus zu betrachten. Alle anderen noch schwankenden Entscheidungen (RG. 86, 195; 71, 435), insbesondere RG. 85, 119; 64, 220, die nur einen Verstoß gegen die guten Sitten nach §§ 826, 138 Abs. 1 BGB. als Grundlage einer Arglisteinrede gelten lassen wollten, haben damit ihre Erlebigung gefunden. Allerdings wird noch angenommen (RG. 107, 363; 96, 192; ZB. 1917, 465²), daß die Einrede der Arglist ihre Grundlage in § 242 BGB. und in § 826 BGB. finde. Unerheblich ist es nicht, ob man auch den § 826 BGB. mit heranzieht, weil dann ein Verstoß gegen die guten Sitten subjektiv und objektiv festgestellt werden muß. Läßt sich auch nicht leugnen, daß es Fälle gibt, in denen man ohne Heranziehung des § 826 BGB. oder allein mit dessen Hilfe zu einem befriedigenden Ergebnis gelangen kann (z. B. RG. 101, 1; unten Anm. 22), so wird doch regelmäßig die Begründung vorzuziehen sein, die einem Anspruch die Rechtshilfe verweigert, wenn seine Geltendmachung mit Treu und Glauben und mit der Verkehrsitte unvereinbar ist, wie dies in RG. 100, 136 u. 131; 94, 69; 91, 332; 87, 283; WarneherRspr. 1915 Nr. 256; ZB. 1922, 483³; 1914, 465⁴; 1913, 129⁴ überzeugend dargelegt wird. In der Hand eines verständigen Richters hat diese Machtbefugnis nichts Uferloses: Allerdings darf es nicht dazu kommen, daß jede unbillige Rechtsverfolgung zu einer arglistigen gemacht (RG. 86, 194; 85, 117), oder daß allgemeinen Interessen da, wo es sich, wie in Verträgen, um Sonderinteressen handelt, Gewicht beilegt wird (RG. 91, 332), oder daß aus der Vertragsbrüchigkeit des Gegners oder aus der Befürchtung künftiger Verletzungen die Einrede zu begründen versucht wird; denn gerade dafür sind die ordentlichen Rechtsbehelfe geschaffen. Ebenso sind nur die ordentlichen Rechtsbehelfe gegeben, nämlich § 817 BGB., wenn ein Teil einwendet, der Gegner habe gleichfalls gegen die guten Sitten verstoßen (WarneherRspr. 1920 Nr. 147), und die §§ 273, 274, 320, 322 BGB., wenn der Vertragsbrüchige sich darauf beruft, auch der Gegner habe den Vertrag gebrochen (WarneherRspr. 1920 Nr. 186). Durch die Arglisteinrede erreicht der Schuldner ohne Anfechtung seiner Willenserklärung und ohne Geltendmachung eines Schadens

erfaßungsanspruch die Abweisung, weil bei ehrlicher Handlungsweise des Gläubigers die Schuld § 346. nicht oder doch nicht so entstanden wäre, wie sie geltend gemacht ist. Immer kommen die einzelnen Umstände mit in Anschlag (RG. 85, 120). Es handelt arglistig: wer z. B. eine Sache herausverlangt, die er aus einem andern Grunde wieder zurückgeben mußte (JW. 07, 100²); wer die Erfüllung eines Vertrags verlangt, während er dem Gegner den durch die Erfüllung entstehenden Schaden ersetzen müßte (RG. 73, 346; 58, 356); wer den Gegner zur Annahme seiner Geschäftsbedingungen veranlaßt hat, kann sich nicht auf deren Ungültigkeit berufen, wenn sich der Gegner auf die Bedingungen eingerichtet hat (WarneherMspr. 1922 Nr. 30); der Geschäftsherr kann seine Erfüllung nicht deshalb wegen Irrtums anfechten, weil sein Reisender ihm zu spät vom Inhalt des Abschlusses Kenntnis gegeben hat (RG. 102, 89; § 347 Anm. 4); der Gegner kann nicht an einem Anerkenntnis festgehalten werden, daß auf einem Irrtum beider Teile beruht (§ 350 Anm. 21); wer gegen Treu und Glauben die Rechte aus § 326 BGB. (Anh. zu § 374 Anm. 115b) oder aus positiver Vertragsverletzung (Anh. zu § 374 Anm. 203) ausüben will; wer dem Gegner eine Falle stellt, um ihn vertragsbrüchig zu machen (RG. in EislothJ. 29, 81); wer absichtlich die Lage seines Schuldners in Ausbeutung der formalen Rechtslage zu größerem Vorteil verschlechtert (vgl. RG. 58, 428), oder wer den Gegner zur Mithilfe bei unlauteren Machenschaften durch Vertragserfüllung veranlassen will (oben Anm. 20), stößt auf die Einrede der Arglist. In Geltendmachung eines Formmangels liegt 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; § 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 Rechtsfalle und der sich aus dessen Verletzung ergebenden Nichtigkeit gewährt worden (RG. 71, 432; 58, 428). Wer einen Rechtsstreit durch einen Beauftragten in dessen Namen führen läßt, kann die Rechtswirksamkeit des Urteils auch für seine Person nicht bestreiten (RG. 36, 55; Folge 1 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 Ungültigkeit eines Schiedsverfahrens verloren (RG. 40, 401; JW. 96, 692¹⁸). Ein an sich willkürlicher Meinungswechsel einer Partei ist nicht arglistig, wenn er nur erst erfolgt, nachdem sich der Vertragsgegner angeschlossen und Folgerungen daraus gezogen hat (RG. 23, 87; 26, 256; WarneherMspr. 1919 Nr. 23; JW. 06, 15¹³; Gruch. 50, 964). Damit ein solcher Wechsel der Meinung die Einrede der Arglist eröffnet, ist noch ein besonderes gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten nötig (RG. 90, 216; 87, 283; 71, 435; 64, 223; 58, 429 u. 356; JW. 1917, 460²; WarneherMspr. 1914 Nr. 326). Weitere Beispiele: RG. 33, 58; JW. 04, 337⁴, 481¹: arglistige Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung; RG. 64, 220; 60, 392; 57, 376; 32, 141: vorsätzliches Abhalten von der Klage oder von andern Unterbrechungshandlungen, um die Verjährung eintreten zu lassen; richtiger: das Bewußtsein des Abhaltens und des Nichtunterbrechens genügt; RG. 109, 309; 107, 363; 87, 283; 86, 194; WarneherMspr. 1919 Nr. 2; JW. 1924, 1967²; 1919, 1188⁶, 304⁴; 71, 223; JW. 04, 482³: reblicherweise nicht zu verkennender Mißbrauch einer Vollmacht, § 348 Anm. 5; JW. 1926, 795²: Verletzung einer Treupflicht.

Zusatz 2. Selbst dem rechtskräftigen Urteil gegenüber ist der Einwand der Arglist Anm. 22. nicht ausgeschlossen (Köhler ArchZivPrag. 114, 240; Dertmann ArchBürgR. 42, 1; Weill, Die Ausbeutung der Rechtskraft). Res iudicata pro veritate habetur. Dieser Grundsatz, daß das rechtskräftige Urteil allem Streit ein Ende setzt, bildet den Eckpfeiler jeder Rechtsordnung. Dieser Grundsatz hat in §§ 322, 325 ff. ZPO. (vgl. RGSt. 34, 282) seine Anerkennung gefunden. Gegen ein rechtskräftiges Urteil gibt es nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 233 ff. ZPO.), die Nichtigkeitsklage (§ 579 ZPO.) und die Restitutionsklage (§ 580 ZPO.). Sind diese außerordentlichen Rechtsbehelfe versäumt, so kann dieselbe Sache unter denselben Parteien nicht nochmals zur Verhandlung kommen, mag im Prozeß ein falsches Zeugnis abgelegt sein, mögen falsche Urkunden benutzt oder ausschlaggebende Urkunden nicht benutzt

§ 346. worden sein. Diese Fragen können überhaupt nicht mehr untersucht werden. Auch ein Versehen des Richters kann nicht mehr zur Erörterung gelangen. An diesen Grundsätzen gibt es nur zwei naturgemäße Einschränkungen: Wenn das Urteil ein Versehen enthält, z. B. wenn die Partierollen verwechselt sind, so kann dieses Versehen durch die Gründe im Wege der Auslegung jederzeit richtiggestellt werden. Wenn sodann nach Ablauf der Restitutionsfrist eine Quittung aufgefunden wird und im Prozeß die Einrede der Zahlung nicht erhoben war, so kann die Quittung dem Urteil, wenn dieses auf Zahlung einer Geldsumme lautet, entgegengehalten werden. Denn ein solches Urteil hat immer den Sinn, daß der Schuldner entweder zahlen oder Quittung des Gläubigers beibringen muß. Dieser Grundsatz darf auf die nachträgliche Auffindung anderer Urkunden nicht ausgebehnt werden; denn nur die Quittung über eine Zahlung schafft klare Rechtslage. Der Verurteilte kann auch nicht geltend machen, das rechtskräftige Urteil habe eine Forderung des Gläubigers zur Unterlage, welche durch den Einwand der Arglist oder der Unfittlichkeit des Wuchers oder der unerlaubten Handlung hätte zu Fall gebracht werden können, z. B. weil der Verurteilte durch Täuschung oder Zwang zur Anerkennung des Anspruchs oder zu einem Verzicht veranlaßt worden sei. Sind die gegebenen außerordentlichen Rechtsmittel versäumt, so gilt der Satz: *Res iudicata pro veritate accipitur* (RG. 67, 151; 61, 362; 39, 144; vgl. RG. 72, 127; JW. 09, 131²; 1913, 19⁵). Im übrigen sind drei Möglichkeiten zu unterscheiden:

Ann. 23. 1. Wer vorsätzlich ein bewußt unrichtiges Urteil in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erwirkt und für sich ausnützt, begeht entweder eine unerlaubte Handlung (§ 823 BGB.) oder eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung (§ 826 BGB.) und macht sich schadensersatzpflichtig. Dies gilt aber nur, wenn die Rechtskraft selbst in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise herbeigeführt worden ist (WarneherMspr. 1920 Nr. 110). Das rechtskräftige Urteil wird nicht etwa so behandelt, als sei es nie ergangen (wie Kohler ArchZivPrag. 100, 313, Reichel ArchZivPrag. 104, 75, Dalberg JW. 1911, 296 wollen), sondern es bleibt bestehen. Die Schadenshaftung führt nur zur Nichtgeltendmachung des Urteils, zur Herausgabe des Vollstreckungstitels mit der Wirkung, daß der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO. begründet wird (RG. 78, 393; 75, 213; 69, 277; 67, 152; 46, 75; WarneherMspr. 1922 Nr. 45; JW. 1912, 37²⁸). Diese Auffassung ist die herrschende (Planck, Dernburg, Staubinger zu § 826 BGB. gegen Stein ZPO. § 322 IX 2). Hauptfälle solcher erschlüssener Urteile: wenn der Kläger im Bewußtsein, keine Forderung zu haben, es verhindert, daß der Beklagte, dessen Aufenthalt oder Vertretung er kennt, von der Ladung Kenntnis erlangt (RG. 78, 393; 61, 364; vgl. RG. 59, 263); oder wenn ein rechtskräftiges Urteil durch Meineid des Klägers erlangt und dessen Verurteilung erst nach Ablauf der Restitutionsfrist erfolgt ist (RG. 46, 81; 1, 67); oder wenn der Wucherer den in Not befindlichen Bewucherten nötigt, sich verurteilen zu lassen (RG. 39, 146); oder wenn das Zuschlagsurteil durch Täuschung des Vollstreckungsbeamten erwirkt worden ist (RG. 69, 278; Karlsruhe DLR. 4, 324); oder wenn der Kläger den Beklagten betrüglich zur Unterwerfung unter ein noch nicht rechtskräftiges Urteil bestimmt hat (RG. 1, 97), oder wenn durch erfolgreiche Täuschung von Sachverständigen ein Urteil erschlichen wurde (Warneher 1922 Nr. 45 u. 51; vgl. WarneherMspr. 1922 Nr. 46), oder wenn das Urteil überhaupt durch ein gegen § 826 BGB. verstoßendes Verhalten, z. B. unlautere Machenschaften, herbeigeführt worden ist (RG. 75, 213; WarneherMspr. 1922 Nr. 50; 1912 Nr. 25), z. B. wenn ein Anerkennnisurteil auf Grund eines wegen Unfittlichkeit nichtigen Rechtsgeschäfts erwirkt wurde (JW. 09, 131²; vgl. WarneherMspr. 1920 Nr. 110). Die herrschende Meinung geht so weit, daß sie die Klage aus § 826 BGB. schon dann zuläßt, wenn das rechtskräftige Urteil noch im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens nach §§ 578 ff. ZPO. beseitigt werden könnte, und ohne Rücksicht darauf, ob der Verurteilte durch eigene Schuld die außerordentlichen Rechtsbehelfe versäumt hat; denn gegenüber einer unfittlichen Handlung komme auf Fahrlässigkeit beruhendes Mitverschulden nicht in Betracht (RG. 78, 394; 75, 216; 61, 362; Dürbach. Einl. II Anm. 121).

Gegen diese letztere Ausdehnung ist jedoch geltend zu machen, daß, wer von den gegebenen **§ 346.** Rechtsbehelfen schuldhaft keinen Gebrauch macht, seinen Schaden nicht einem Verstoß gegen die guten Sitten, sondern seiner eigenen Nachlässigkeit zuschreiben hat; insbesondere läßt § 582 ZPO. eine Restitutionsklage bei Verschulden nicht zu und § 233 ZPO. eine Wiedereinsetzung nur zu im Falle höherer Gewalt; sobald ist ein endgültiger Schaden, der nur durch § 826 BGB. ausgeglichen werden könnte, nicht entstanden, solange nicht alle Rechtsmittel erschöpft wurden (Staudinger § 826 Erl. 3cd); endlich ist zu bemerken, daß gegen die Gefahr fernerer Geltendmachung eines durch unsittliche Handlung erschlischenen Urteils eine einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO. Hilfe gewährt; eine Anordnung nach § 769 ZPO. ist nicht möglich (RG. 61, 361).

2. Scheinurteile können jederzeit beseitigt werden. Wenn die Parteien vereinbaren, **Ann. 24.** daß eine Schuld erst später entstehen, z. B. auf eine Kreditzusage hin erst noch Geschäfte gemacht, einstweilen aber ein Sicherheitsurteil ergehen soll, so ist dieses Urteil als der ZPO. widersprechend überhaupt kein prozeßual zulässiger Akt; mag dann auch später ein entsprechendes Schuldverhältnis zustande gekommen sein (RG. 46, 337; 36, 249; JW. 1910, 709¹⁴; 98, 209²¹). Haben die Parteien eine Schuld erdichtet und dafür ein rechtskräftiges Urteil erwirkt oder vereinbart, daß das zu erwirkende Urteil keine Schuld begründen soll, so unterliegt dasselbe sowohl der Anfechtung seitens des Konkursverwalters nach § 35 KO. (Jaeger KO. § 35 Ann. 8; JW. 06, 234²⁶) als auch der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz; aber auch der Schuldner selbst kann das Urteil ohne Rücksicht auf § 767 ZPO. angreifen, weil es der Rechtsordnung widerspricht (RG. 61, 365; 46, 337; JW. 1920, 709¹⁴); es ist der Gerichtsstand wegen unerlaubter Handlung gegeben; denn die Klage ist eine solche aus § 826 BGB. und nicht eine solche aus § 767 ZPO. (WarneherRspr. 1910 Nr. 303). Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Gläubiger, der eine Forderung zu haben glaubt, versprochen hat, von dem zu erlangenden Urteil überhaupt nicht oder nur unter gewissen Bedingungen Gebrauch zu machen; vielleicht hat sich der Schuldner dadurch abhalten lassen, seine Einreden im Prozeß vorzubringen. Vollstreckt der Gläubiger gegen seine Zusage, so ist die Klage, die der Schuldner anstrengt, eine Klage aus Arglist (JW. 01, 122¹⁰), und nicht die einfache Vertragsklage; denn prozeßual gedacht ist das Urteil mit der vertraglichen Abrede behaftet; vollstreckt der Gläubiger gegen die Abrede, so handelt er arglistig nach eingetretener Rechtskraft, so daß § 767 ZPO. zur Anwendung kommt; wird Einstellung der Vollstreckung daraufhin begehrt, so ist das Prozeßgericht erster Instanz ausschließlich zuständig (§§ 767, 802 ZPO.); wird aber Feststellungsklage dahin erhoben, daß aus dem Urteil nicht vollstreckt werden dürfe, so wird ein selbständiger, vom Urteil nicht getroffener Anspruch, d. h. die Erfüllung einer vom Kläger eingegangenen Verpflichtung, begehrt. Die Klage ist im allgemeinen Gerichtsstande zu erheben (RG. in Senffv. 44 Nr. 236). Würde man die Vertragsklage als gegeben ansehen, so müßte unterschieden werden, wann der Kläger sich zum Vertragsbruch entschlossen hat; alsdann käme nicht § 767 ZPO. zur Anwendung, sondern das oben Ann. 24 Ausgeführte (hierüber Sinteris ZZP. 30, 409).
3. Daß nicht arglistig erwirkte, aber im Bewußtsein der Unrichtigkeit voll- **Ann. 25.** streckte Urteil, z. B. wenn das Urteil eine feststehende Zahlung übersehen oder der Sieger den Richter belogen hatte (WarneherRspr. 1914 Nr. 273), kann nicht auf Grund der §§ 823, 826 BGB. angegriffen werden. In RGSt. 34, 282 ist zwar ausgesprochen, daß der Gläubiger, der wisse, daß er nichts zu fordern habe, einen Vollstreckungstitel erwirke und vollstrecke, schon aus diesem Grunde mit Zustellung des Titels sich der Bedrohung nach § 253 StGB. schuldig mache. Allein diesem Urteil ist nicht zu folgen. Wer einwandfrei ein rechtskräftiges Urteil erlangt, darf davon Gebrauch machen; Sache des Beklagten ist es, sich in den prozeßualen Grenzen des § 767 ZPO. zu verteidigen (RG. 67, 153; vgl. RG. 80, 154). Dieser Grundsatz gilt selbst dann, wenn sich der Beklagte nicht verteidigen konnte, weil er von den Tatsachen, die ihm einen erfolgreichen Rechtsbehelf gesichert hätten, z. B. Zahlung seitens eines Dritten, Aufrechnungsmöglichkeit,

- § 346.** Vorhandensein eines Gewährleistungs- oder Anfechtungsanspruchs, keine Kenntnis hatte, wohl aber der Kläger; der Unterlegene kann nicht einwenden, der Sieger habe das rechtskräftige Urteil nur in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erlangt; nur § 767 ZPO. ist hier gegeben (RG. 64, 223; JW. 1913, 103¹⁸; 94, 120¹²). Fehlt es an den Voraussetzungen dieser Vollstreckungsgegenklage, so kann der rechtskräftig Unterlegene gegen den urteilsmäßigen Anspruch nur mit solchen Ansprüchen aufkommen, die von der Rechtskraft des Urteils nicht erfaßt worden sind (§ 322 ZPO.; JW. 1898, 506).

Anhang zu § 346.

Anhang zu § 346.

I. Unfittliche Geschäfte. II. Zwang zum Vertragsschluß.

I. Unfittliche Geschäfte.

Lit.: A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit, 1911; Gilles, Die Billigkeit, 1914; Lauterburg, Recht u. Sittlichkeit, 1918; Lotmar, Der unmoralische Vertrag, 1896; R. Leonhardt, Der Verstoß gegen die guten Sitten, 1907.

- Anm. 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, 819, 826 BGB. In § 138 Abs. 1 BGB. liegt der Verstoß in dem Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts, in den §§ 817, 819 BGB. in dem Zweck der Annahme einer Leistung, in § 826 BGB. (unten Anm. 9) in der Art einer Schadenszufügung.
- Anm. 2.** 1. Der Begriff der guten Sitten ist dem herrschenden Volksbewußtsein, „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ zu entnehmen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die Sittenanschauung eines bestimmten Volkskreises, der Standesgenossen (JW. 04, 256¹), z. B. im Handelsverkehr die Anschauung eines ehrbaren Kaufmannes (RG. 48, 124; dagegen Fischer BayZ. 1911, 15; Salinger JW. 1917, 4) zu berücksichtigen ist, wenn sich in ihr eine herrschende Sitte ausprägt. Alles daran gemessen, daß nur ein Durchschnitt von Wahrung des Anstands und Ehrlichkeit gefordert werden kann, daß besondere Feinfühligkeit also keinen Maßstab abgibt (RG. 67, 102; WarnerheerRspr. 1913 Nr. 189). Einerseits können allgemeine Billigkeitserwägungen (JW. 1914, 83¹⁴), Verstöße gegen Treu und Glauben, anderseits schroffe Interessenverfolgung (WarnerheerRspr. 1921 Nr. 134) keine Unterlagen zur Annahme einer Unfittlichkeit abgeben. Ob einem Rechtsgeschäft wegen Sittenwidrigkeit die Anerkennung zu versagen ist, beurteilt sich objektiv nach dem Inhalt des Geschäfts und subjektiv nach Beweggründen, Zweck und Mitteln, die das Geschäft zustande gebracht haben, also nach dem aus diesen Umständen zusammenzufassenden Gesamtcharakter. Die objektiven und die subjektiven Merkmale zusammen bestimmen danach den Charakter des Geschäfts (RG. 86, 148; 80, 221; 78, 263; 75, 74; 71, 193; WarnerheerRspr. 1923 Nr. 8 u. Nr. 193); und zwar so, wie sie im Augenblick des Vertragsschlusses vorhanden waren (RG. 63, 391; WarnerheerRspr. 1920 Nr. 143). Ein späterer Wechsel der Anschauungen über Sitte und Anstand wirkt mitbestimmend, soweit der Wechsel voraussehbar war (MuW. 12, 552; JW. 09, 71³) oder die spätere Entwicklung Rückschlüsse auf die Lage zur Zeit des Vertragsschlusses gestattet. Der Vergangenheit angehörige Anschauungen haben ihre Bedeutung eingebüßt (WarnerheerRspr. 1912 Nr. 54), soweit sie nicht auch noch auf die zukünftige Gestaltung ihr Licht werfen (unten Anm. 16b). Die objektive Seite, die also nur den Inhalt (und den Gegenstand) des Vertrags betrifft, umfaßt alle den Vertragsschluß vorbereitenden, begleitenden und bei der Erfüllung mitwirkenden Umstände. Sie dürfen dem Anstands- und Sittlichkeitsgefühl des Durchschnittsmenschen des betreffenden Kreises nicht widersprechen (RG. 84, 211; 80, 221; 77, 421; 75, 193; JW. 1912, 695). Daraus ist dann zu entnehmen, ob ein Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf die subjektive Seite schon nach Inhalt oder Gegenstand sittenwidrig erscheint, ob also schon an sich im Innenverhältnis der Parteien ein sittenwidriges Verhalten gegeben ist, z. B. die Vereinbarung eines Schieds-

gerichts über eine Spielschuld (RG. 68, 9), das Gewinnen von Angestellten der Konkurrenz durch Vertragsbruch und Versprechen von Vorteilen (Warnher 1913 Nr. 322; JZ. 1910, 705). Die Sittenwidrigkeit kann aber auch, wenn nur einen Vertragsschließenden der Vorwurf eines Verstoßes gegen die guten Sitten trifft, doch nach dem Vertragsinhalt festgestellt werden, wenn nämlich das allgemeine Interesse gefährdet ist, oder die Sicherheit des Rechtsverkehrs Not leidet; dies ist z. B. der Fall, wenn die wirtschaftliche Machtposition einer Partei übermäßig zur Aufzwingung ungebührlicher Geschäftsbedingungen ausgenützt wird (99, 109; 93, 30; WarnherRspr. 1917 Nr. 194; 1916 Nr. 2; unten Anm. 16b), oder wenn ein Teil die Notlage oder Geisteschwäche des andern zur Erlangung außergewöhnlicher Vorteile ausbeutet (RG. 98, 79, wobei der Zweck des Handelns als objektives Merkmal angesehen wird (vgl. auch 86, 146 u. WarnherRspr. 1917 Nr. 234), oder wenn die persönliche Freiheit völlig unterbunden wird (WarnherRspr. 1915 Nr. 8; unten Anm. 16b), oder wenn dem Vertragsgegner zur Täuschung des Publikums nur nach außen der Schein der Selbständigkeit verliehen wird (§ 368 Anm. 96a), oder wenn unter dem Deckmantel angeblicher Fürsorge die Schwäche einer Partei zu deren Nachteil von einem andern ausgenützt wird; ferner gehören die Anbeträge (unten Anm. 16b) hierher. In allen diesen Fällen wird durch das Geschäft ein von der Rechtsordnung nicht zu duldenber Zustand herbeigeführt, obgleich nicht beide Teile, sondern nur der eine Teil, sich der Unsitlichkeit durch sein Verhalten dem andern gegenüber schuldig macht. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen, in denen schon der Inhalt des Vertrags (allerdings unter Heranziehung des Vertragszwecks) die Sittenwidrigkeit offenbart, setzt § 138 Abs. 1 BGB. als Regel einen beiderseitigen Verstoß gegen die guten Sitten voraus (RG. 95, 79; 78, 353), so daß ein Vertrag nicht deshalb als unsittlich zu kennzeichnen ist, weil eine Partei sich der andern gegenüber unsittlich verhält, z. B. den Vertrag durch Schmieren von Angestellten (RG. 86, 148), durch Täuschung oder Drohung (RG. 99, 109; 98, 79; 95, 79; 93, 30; 78, 353; WarnherRspr. 1918 Nr. 172) zustande gebracht hat; hier greifen nur die Anfechtung wegen Willensmängeln, oder schuldrechtliche Ansprüche oder die Einrede der Arglist (§ 346 Anm. 21) Platz (vgl. aber auch unten Anm. 3). Auch die Kenntnis des einen Teils von unsittlichen Bestrebungen des anderen Teils genügt für sich allein noch nicht (RG. 71, 194; WarnherRspr. 1923 Nr. 6). Die Unsitlichkeit fällt nicht weg durch die sichere Erwartung einer milden Handhabung der auf unsittlichem Wege geschaffenen Zwangsmittel (JZ. 1919, 790¹¹). In Grenzgebieten, die bei Fortsetzung bisheriger Verhältnisse möglicherweise zur Unsitlichkeit führen könnten, gibt der Grundsatz von den veränderten Umständen die Lösung. Die subjektive Seite kommt erst in Frage, wenn sich das Geschäft objektiv als einwandfrei erwiesen hat. Alsdann erfolgt die Prüfung der persönlichen Gesinnung der Vertragsschließenden, die sich zunächst in den Beweggründen und dem Zweck offenbart, durch welche dem Geschäft doch der Stempel des Unsittlichen aufgedrückt werden kann (RG. 98, 73; 71, 173; WarnherRspr. 1916 Nr. 193); so kann eine einwandfreie Darlehensgewährung doch unsittlich werden als unsittliches Schweigegeld (unten Anm. 17). Neben dem Zweck und Beweggrund des Handelns sind die zur Erreichung des Zweckes angewendeten Mittel bedeutsam; unlautere Machenschaften (WarnherRspr. 1909 Nr. 506), arglistiges Handeln und dazu planmäßiges Zusammenwirken zur Schädigung anderer (RG. 74, 229; 56, 321, 51, 360) erfüllen nicht nur den Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB., sondern öffnen auch den Weg zu § 826 BGB. Sittlich verwerfliche Beweggründe machen das Geschäft noch nicht zu einem sittenwidrigen; sie müssen den Geschäftsinhalt so beleuchten, daß sie diesem ein unsittliches Gepräge verleihen (RG. 78, 282), wie bei der Ausbeutung geistiger Minderwertigkeit oder der Notlage Gewerbetreibender (s. oben) zur Erzielung unmäßigen Gewinns. Denn unsittliche Beweggründe allein, z. B. Rache, Bosheit machen eine dadurch beeinflusste Handlungsweise, die an sich erlaubt ist, ebenso wenig zu einer unsittlichen (RG. 71, 73; WarnherRspr. 1918 Nr. 200; 1917 Nr. 194), wie ein an sich unsittliches Verhalten durch seinen guten Zweck vor der Nichtigkeit geschützt wird (RG. 88, 361);

Anhang
zu § 346.

**Anhang
zu § 346.**

in letzterem Falle besteht allerdings die Möglichkeit, eine Maßregel des Wettbewerbs noch als erlaubt gelten zu lassen, wenn der Angegriffene redlicher Gesinnung war (RG. 79, 23; WarnererRspr. 1909 Nr. 506), oder wenn die Handlung auf menschlich zu billigende Gründe (z. B. Wahrung des guten Rufes) zurückzuführen ist (RG. 98, 79; 93, 27; 86, 146). Zur Beurteilung der subjektiven Seite ist es wesentlich, wie schon oben bemerkt, ein minder anständiges Handeln von unlauterer und daher unsittlicher Geschäftspraxis zu unterscheiden. So kommt es bei der Aufforderung, bei gewissen Händlern nicht zu kaufen, auf den Zweck sowie auf Art und Weise der Aufforderung an (ZB. 1911, 402¹⁵). Verfolgt nur ein Teil unsittliche Zwecke, so wird dadurch doch der ganze Vertrag zu einem unsittlichen, wenn der andere Vertragsteil bewußt zu diesem Zwecke beiträgt (WarnererRspr. 1910 Nr. 49). Ob sich die Vertragsschließenden der Unsittlichkeit bewußt waren, ist ohne Belang (RG. 99, 109; 51, 382); es genügt an der Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt (RG. 97, 255). Daß eine Handlung gegen ein Gesetz verstößt, macht sie noch nicht zu einer unsittlichen (unten Anm. 21 ff.).

Anm. 2a.

Nebengeschäfte können an sich oder durch ihre Verbindung mit dem Hauptgeschäft unsittlichen Charakter haben, wie z. B. Vertragsnachträge (RG. 64, 149) und Verbürgung (RG. 63, 367), ein Strafgebot, eine Weltausstellung (RG. 63, 145 u. 371; 47, 52; 38, 251; WarnererRspr. 1911 Nr. 388), Sicherheitsleistung und Schulübernahme, weil sie vom Grundgeschäft abhängige Hilfsgeschäfte sind, die nicht allein bestehen können (§ 817 BGB.; RG. 57, 325; 67, 325; ZB. 09, 131²). Nicht unsittlich ist ein Geschäft, welches die Rückgewähr des auf ein unerlaubtes Geschäft Hingeebenen sichern soll (RG. 67, 325; LZ. 1923, 283¹⁵). Darüber, wie es sich mit Erfüllungsverprechen verhält, s. unten Anm. 5. Ein Vergleich teilt das Schicksal des (vergleichenen) sittenwidrigen Geschäfts, wenn das sittenwidrig Erlangte einer Partei auch nur zu einem Teil erhalten werden soll (RG. 64, 149; WarnererRspr. 1911 Nr. 388). Nicht zu beanstanden ist ein Vergleich, der den Streit der Parteien über die Gültigkeit des Geschäfts durch Wiederherstellung des früheren Zustandes beseitigt (ZB. 06, 301⁴). Darüber, wie die Nichtigkeit wirkt, s. unten Anm. 4 ff.

- Anm. 3. 2.** Der § 138 Abs. 1 BGB. gibt Recht mit ausschließlichem, zwingendem Charakter (Allg. Einl. Anm. 12 ff.). Daher ist die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, von Amts wegen zu prüfen, und zwar nur nach inländischem Recht, ohne Rücksicht auf den ausländischen Entstehungs- oder Erfüllungsort (RG. 10, 113; 46, 114; Art. 30 EG.BGB.; über letzteren s. Anh. zu § 372 Anm. 5 u. 11). Jeder Beteiligte kann sich darauf berufen (RG. 78, 354). Teilnehmer an einer unsittlichen Handlung gegeneinander sind wegen der Rückforderung ihrer Leistungen auf § 817 BGB. angewiesen (WarnererRspr. 1920 Nr. 145). In der Revisionsinstanz dagegen kann der Einwand der Unsittlichkeit nicht erst eingeführt werden, weil es an den Tatsachen fehlt, der Richter also von einer Sittenwidrigkeit nichts weiß (WarnererRspr. 1908 Nr. 119). 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 Reichs-sondergesetzen daselbe wie von § 826 BGB. (hierüber unten Anm. 9). Insbesondere sind die nach der R.D. oder dem AufGes. 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. 1914, 834¹²; LZ. 1920, 642¹; 1917, 1070¹⁴). Denn es würden sonst die Bestimmungen des Sondergesetzes entgegen dem Willen des Gesetzgebers umgangen werden können. Kommen aber weitere Umstände — betrügerische Täuschung, arglistige Verschleierung, um das pfändbare Besitztum in andere Hände zu spielen — hinzu, so kann sich daraus die Anwendbar-

keit der §§ 823, 826, 138 BGB. wohl ergeben, wenn sich über den Tatbestand des Anfechtungsgesetzes und der R.D. hinausgehende verwerfliche Handlungsweise feststellen läßt **Anhang zu § 346.** (RG. 85, 383; 74, 227; WarnererRspr. 1920 Nr. 103; 1908 Nr. 516). — 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. 103, 37; 97, 254; 92, 28; 83, 112; 93, 29; 72, 61; 64, 181; 58, 181; SeuffA. 70, 257); es müssen vielmehr noch andere Umstände dazutreten, die außerhalb des Wucherbegriffs liegen und sich als sittenwidrig darstellen, wie z. B. unlautere Machenschaften (RG. 93, 106), unsittliche Ausnutzung allgemeiner Not des Geld- oder Arbeitsmarktes. Die Schwierigkeit liegt hier nun in der Lösung der zwischen diesen zwei Endpunkten sich bewegenden Fälle; fehlt es z. B. an dem vom Wucherbegriff geforderten auffälligen Mißverhältnis oder am Nachweis der Notlage, des Leichtsinns, der Unerfahrenheit, 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. Rassel OLGR. 12, 239), sondern nur unter die §§ 104, 105 BGB. (vgl. RG. 103, 37; 67, 393; 72, 68). Die bewußte Ausnutzung der Kriegsnotlage zur Erlangung übermäßiger Vorteile zum Nachteil anderer gibt dem § 138 Abs. 1 BGB. Raum (RG. 105, 30; 99, 163; 93, 29); ebenso die Knebelung Kreditfuchsender (unten Anm. 16 b). Nicht ausreichend ist die bloße Übervorteilung der Gegenpartei, oder wenn sich der Darlehnsgeber übermäßigen Gewinn oder Vorteil versprechen läßt für Unterstützung eines Spekulationsgeschäfts. Solche Grenzfragen entstehen auch zwischen § 123 BGB. und § 138 Abs. 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; JWB. 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; JWB. 1912, 133⁴; 1911, 642⁴; 08, 710²). Für das Verhältnis des § 138 Abs. 1 BGB. zu § 123 BGB. kommt insbesondere noch 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 Anfechtbarkeit nach sich zieht. 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 in Zusammenfassung nach Inhalt, Zweck, Beweggrund und Mittel gefunden haben müssen, wenn § 138 Abs. 1 BGB. zur Anwendung gebracht werden soll (RG. 98, 79; JWB. 1917, 897¹; oben Anm. 2). — 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 Fortbetriebes 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; der Verkäufer kann zur Erfüllung eines Kaufes nicht angehalten werden,

**Anhang
zu § 346.**

wenn er beim Abschluß schon wußte, daß er den Käufer durch die Erfüllung bei Begehung einer unerlaubten Handlung unterstützen sollte; denn das ganze Geschäft ist nach § 138 Abs. 1 BGB. von Anfang an unsittlich; erlangt der Verkäufer erst später Kenntnis, so enthebt ihn § 242 BGB. der Erfüllung (unten Anm. 21; § 346 Anm. 20). Oder der Verkäufer steht im Einverständnis mit dem Vermittler des Käufers, so daß der Käufer durch die Vorpiegelung des Vermittlers, der Verkäufer verkaufe 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 können die Rechtsbehelfe gemäß § 138 Abs. 1 BGB. mit solchen gemäß § 826 BGB. verbunden werden. Über das Verhältnis der §§ 123, 138 Abs. 1, 823, 826 BGB. zu den auf Arglist beruhenden Gewährleistungsansprüchen s. § 377 Anm. 56a, 177. Über das Verhältnis des § 823 zu § 826 BGB. s. unten Anm. 9

Anm. 4. 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; JW. 1913, 18⁴; 06, 454⁷). Die äußerliche Zerlegung in mehrere Verträge, wenn innerlich eine Einheit gegeben war, ändert nichts. Weil die Nichtigkeit den ganzen Vertrag ergreift, umfaßt sie auch die Nebengeschäfte (oben Anm. 2a). Nur dann ergreift die Nichtigkeit nicht den ganzen Vertrag, wenn der, welcher sich auf die Gültigkeit beruft, den Beweis erbringt, daß der nicht unsittliche Teil auch ohne den unsittlichen von beiden Parteien ebenso abgeschlossen worden wäre (BGB. § 139; RG. 38, 202; JW. 1915, 994; 08, 234; Genauerer über § 139 BGB. unten § 350 Anm. 74). Eine Zuständigkeitsvereinbarung wird von der Sittenwidrigkeit des Vertrags nicht ergriffen; sie besagt nur, daß die Wirksamkeit des Hauptvertrags von einem bestimmten Gericht entschieden werden soll (RG. 87, 9).

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 Schuldanerkennnis (§§ 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. 104, 102 u. 198; 78, 285; 75, 75; 73, 144; 72, 64; 70, 55; 68, 100; 63, 179; JW. 07, 548¹; 1913, 682¹; Warnerheyrspr. 1920 Nr. 147; 1914 Nr. 253; LZ. 1918, 1270; 1911, 210²; vgl. RG. 71, 64; Enneccerus I 1 § 178 Anm. 10; Dertmann § 817 Anm. 4; § 781 Anm. 2b). In RG. 93, 221; 78, 285; 75, 75; 63, 185; LZ. 1918, 1270 wird sogar der Satz aufgestellt, daß eine Eigentumsübertragung nie unsittlich sein könne, wenn sie zur Erfüllung eines sittenwidrigen Grundgeschäfts erfolgt war, und daß, selbst wenn das Erfüllungsgeschäft unsittlich ist, das Erfüllungsgeschäft wegen § 817 BGB. doch niemals nichtig sei (dagegen Lenel u. Matthiessen DZ. 07, 454 und 534 und Matthiessen JW. 1911, 923, Rumpf ArchZivPrag. 117, 361ff.), und in RG. 78, 44; Warnerheyr 1920 Nr. 147, daß dies auch zutrifft, wenn das unsittliche Grundgeschäft und das Erfüllungsgeschäft

geschäft in demselben Rechtsakt getätigt ist (RG. 109, 202). Dieser Ausspruch läßt sich selbst vom abstraktesten Standpunkt doch wohl dann nicht verteidigen, wenn ein unsittlicher Grundstückskauf mündlich geschlossen und die fehlende Form durch Auflassung und Eintragung geheilt worden ist; hier ist doch keine Scheidung möglich (dagegen RG. 78, 44; JW. 1913, 682; LZ. 1918, 1270¹⁶). 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; Neubeder ArchBürgR. 22, 34; Lotmar 62 ff.; Dernburg I § 127²; II 2 § 379 II u. III, § 64 IV). Praktisch ist diese Lösung nicht, nach der trotz der Unsittlichkeit des Grundgeschäfts Eigentum erworben, das Eigentum also nicht nach § 985 BGB. mit der Eigentumsklage zurückgefordert, 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 (RG. 104, 103; 66, 389; JW. 1913, 682). Die ausländischen Gesetzgebungen geben dieser theoretisch richtigen Scheidung von Grund- und Erfüllungsgeschäft keine Folge. Und daß die Parteien das dingliche Erfüllungsgeschäft ohne das unsittliche Grundgeschäft gewollt hätten, wird man sich nur in seltenen Fällen vorzustellen vermögen; denn das Kaufgeschäft soll doch das dingliche Erfüllungsgeschäft vorbereiten, so daß die wirtschaftliche Einheit, wie sie § 139 BGB. verlangt, dessen Anwendung das Erfüllungsgeschäft nichtig machen würde, vorliegt (Marcuse Gruch. 66, 161). So wird die herrschende Ansicht auch in Komm.RGR. § 125 Erl. 1c gegen § 873 Erl. 7b mit Recht als bedenklich bezeichnet. Die Stimmen gegen die herrschende Ansicht mehren sich (Fuchs JW. 1920, 706⁶ Fußnote; Schreiber in Gruch. 52, 515). 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 werden, in denen also auch das Erfüllungsgeschäft ohne weiteres nichtig ist und der Eigentumsklage der Weg offensteht: Zunächst selbstverständlich im Fall der Geschäftsunfähigkeit (RG. 80, 317; 78, 377; 70, 356); sodann aber ist bei einem gegen ein Verbotsgesetz geschlossenen Vertrag auch das Erfüllungsgeschäft nichtig, weil es auf eine rechtliche Unmöglichkeit gerichtet ist (§ 134 BGB.); so macht der wucherische Charakter des schuldrechtlichen Grundgeschäfts auch das Erfüllungsgeschäft nichtig, also die Eigentumsübertragung (RG. 75, 76; 72, 63; 63, 184; 57, 96), die Hypothekenbestellung (RG. 36, 314), das abstrakte Schulbversprechen und Schuldanerkenntnis. Ist das Grundgeschäft wegen Betrugs mit Erfolg angefochten, so ist im Zweifel auch die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts die Folge (RG. 70, 55; 78, 44; vgl. WarnererMpr. 09 Nr. 384, § 377 Anm. 165); daher kann aber auch die Rechtslage bei der Anfechtung wegen Irrtums (Vorhem. vor § 373 Anm. 47) und Drohung eigentlich keine andere sein (RG. 89, 156; 69, 16). 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; dagegen RG. 93, 221; JW. 1913, 682¹). Ist endlich das Erfüllungsgeschäft selbst nach Grund und Zweck erkennbar sittenwidrig (RG. 63, 350 u. 354; 69, 16; WarnererMpr. 1910 Nr. 102; Recht 04 Nr. 2356: Verkauf unsittl. Bilder; Gruch. 57, 916: Sicherungsübereignung, weil für den Fall der Nichtigkeit des Grundgeschäfts die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts gewollt gewesen sei, oder RG. in JW. 1925, 470¹²; WarnererMpr. 1913 Nr. 129: bei Veräußerung des ganzen Vermögens und dem Anschein der Fortführung des Geschäfts und Vortäuschung der Kreditwürdigkeit liegt die Unsittlichkeit in der dinglichen Übereignung), oder sind Grund- und Erfüllungsgeschäft in so unmittelbarer Aufeinanderfolge vorgenommen, daß nur ein einheitlicher Akt vorliegt (RG. 66, 390; vgl. jedoch RG. 78, 44; LZ. 1918, 1270; JW. 1913, 682¹), oder war das Erfüllungsgeschäft als ein durch die Gültigkeit des Grundgeschäfts bedingtes von den Parteien gewollt (Pland § 138 1b; vgl. RG. 59, 315; 57, 96 u. Gruch. 54, 887; SeuffA. 71 Nr. 209: Baugelderhypothek), oder wenn ein abstraktes

Anhang
zu § 346.

Anhang zu § 346.

Rechtsgeschäft (Abtretung) ein wesentlicher Teil eines andern Rechtsgeschäfts (Kauf) ist und nicht abgeschlossen worden wäre, wenn das andere Rechtsgeschäft nichtig ist (§ 139 BGB.; WarneyerMpr. 1912 Nr. 360; vgl. RG. 78, 44; 68, 104), wie auch die Unsitlichkeit des Erfüllungsgeschäfts das Grundgeschäft mitergreifen kann (WarneyerMpr. 1912 Nr. 98), 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 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 u. oben Anm. 2). Die Bereicherungsklage versagt 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 Sinne verständiger Rechtspflege 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 (RG. 99, 166; vgl. RG. 105, 30). Strenggenommen würde danach ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen nicht unter diese Bestimmung fallen, weil in solchen Versprechen nach § 812 Abs. 2 BGB. eine Leistung, und nicht die Eingehung einer Verbindlichkeit, zu erblicken ist; indessen ist die Bestimmung des § 817 Abs. 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; 63, 187; weiteres hierüber unten § 350 Anm. 16). Trifft beide Teile der Vorwurf der Unsitlichkeit 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. Wer die Herausgabe ablehnt, muß beweisen, daß der Gegner gleichfalls gegen die guten Sitten verstoßen hat (WarneyerMpr. 1921 Nr. 59). In dieser Regelung, wenn sich § 817 Satz 2 BGB. auch nur auf Leistungen bezieht, die endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen sollen, also nicht auf Sicherheiten oder Gebrauchsüberlassungen (RG. 67, 321; 63, 188; JW. 1921, 4614; 1912, 863), so liegt in dem Grundsatz doch 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 Vertragsschluß 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 Vertragsschluß oder erst nach Annahme der Leistung des Gegners gefaßt hat. Allein dem § 826 BGB. ist hier überhaupt die Anwendung versagt. Der vom Recht gewollten Sicherheit ist damit nicht gebient, 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 Schweigegeld Zahlende, oder der Bestechende,

der vom Mitbieten Abhaltende, der das Geld zur Begehung eines Verbrechens Gebende, **Anhang** der leistende Vorbekläufer oder -verkäufer, jeder Möglichkeit der Rückforderung beraubt zu § 346. ist. Dieser Grundsatz ist nun allgemein anerkannt (RG. 99, 166; 78, 282; 70, 1; Warneyer-Mspr. 1921 Nr. 58; 1917 Nr. 16). Eine Abwägung der größeren Unsitlichkeit des einen oder des anderen Teiles will der Gesetzgeber nicht; sie würde praktisch undurchführbar sein.

4. Die Wirkungen der Nichtigkeit.

Ann. 6.

- 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. 73, 145; 68, 97 — usw.), so äußert sich die Nichtigkeit darin, daß das Schuldverhältnis als nicht vorhanden zu behandeln ist; desgleichen bei einer Sicherstellung (ZW. 109, 131⁹). Bestand das Erfüllungsgeschäft in einer Eigentumsübertragung, 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 KO. (RG. 71, 432; 66, 389; Warneyer-Mspr. 1911 Nr. 167) 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 §§ 812, 818, 819, 989 BGB., die zum Wertersatz führt (RG. 99, 165; 97, 82). 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. RG. 70, 5/6; 63, 354); allein auch hier fordert das Rechtsinteresse den Ausschluß der Eigentumsklage nach den zwei Sätzen „*potior est conditio possidentis*“ und „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*“ (oben Ann. 5), die zur Anwendung des Grundgedankens des § 817 Satz 2 BGB. drängen (RG. 78, 284; Warneyer-Mspr. 1920 Nr. 145. Dazu ist zu bemerken, daß in Warneyer-Mspr. 1912 Nr. 98 Rückforderung wegen grundloser Bereicherung und Eigentumsklage als dasselbe behandelt werden). Solche Verträge, mit denen die Gerichte nicht behelligt 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 (Vorbekauf, Bestechung, Schmuggelverträgen, Schmiergelber- und unsittlichen Schweigeverträgen, 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. Auch ist es gleichgültig, ob der Leistende zur Zeit der Erwirkung der Leistung wußte, daß er wegen Unsitlichkeit oder Verbotswidrigkeit zur Leistung nicht verpflichtet war; denn § 814 BGB. hat ein gültiges Geschäft zur Voraussetzung (RG. 99, 165; 97, 85; 71, 317; Warneyer-Mspr. 1913 Nr. 183). Ein Schadenersatzanspruch ergibt sich nur, wenn mit § 138 Abs. 1 BGB. der Tatbestand einer unerlaubten Handlung oder des § 826 BGB. zusammentrifft (unten Ann. 9).

- b) Ist nur das schuldrechtliche Grundgeschäft nichtig, so wird dem Erfüllungsgeschäft der Rechtsgrund entzogen. Wer das Eigentum erlangt hat, ist zur Herausgabe auf Grund rechtloser Bereicherung nur in Höhe der Bereicherung nach §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 817 Satz 1 BGB. verpflichtet (RG. 99, 165). Wer das Eigentum verloren hat, kann nicht mit der Eigentumsklage die Herausgabe verlangen. — Bestand das Erfüllungsgeschäft in Eingehung einer Verbindlichkeit (z. B. in einem abstrakten Schuldversprechen, einer Wechselverbindlichkeit; Warneyer-Mspr. 1921 Nr. 44; 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 Ann. 4). Es sind danach die beiderseitigen Leistungen samt den Nutzen zurückzugewähren. Eine Pflicht zur Rechnungslegung über die gezogenen

Ann. 7.

**Anhang
zu § 346.**

Nutzungen oder eine Auskunftpflicht besteht nicht, auch nicht auf Grund der §§ 259, 260 BGB. (RG. 47, 102; JZ. 1912, 72⁹). Ist für den Kaufpreis eine Hypothek bestellt, und trifft beide Teile der Vorwurf der Unfittlichkeit, 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 (RG. 73, 143; 71, 435; 68, 104; 63, 179; JZ. 06, 736³; 1911, 317²; 1920, 707⁴); es findet keine Rückforderung statt, weil eine Hypothekenbestellung nicht die Eingehung einer Verbindlichkeit, sondern eine Leistung bedeutet, auf die die Rückforderung zulassende Ausnahmenvorschrift des § 817 Satz 2 BGB. (oben Anm. 5) keine Anwendung findet. Dasselbe gilt von der Bestellung einer Grundschuld (RG. 73, 143). Beim Vorbellkauf kann kein Teil das Geleistete zurückfordern (RG. 78, 282; 70, 4; 63, 346). Daher kann der Käufer eines Vorbellgrundstücks nicht auf Streichung der Kaufpreishypothek oder auf Feststellung, daß dem Verkäufer keine Kaufpreisforderung zustehe, klagen (JZ. 1912, 632¹). Keinenfalls kann der Empfänger das in unfittlicher Weise Erlangte behalten und die Befreiung von der Hypothek unter Berufung auf die unfittliche Handlung des Gegners begehren, wenn der Gegner alles Empfangene zurückgeben bereit ist; er würde hier der Einrede der Arglist begegnen (RG. 71, 432; vgl. jedoch WarnherMpr. 1911 Nr. 167); wenn aber die Vorbellhypothek an einen gutgläubigen Dritten kommt, wird sie als solche wieder wirksam (WarnherMpr. 1919 Nr. 24). — Der Verkäufer braucht den Kaufpreis für das Vorbellgrundstück nicht zurückzugeben, wenn ihm nicht für die Benutzung des Grundstücks durch den Käufer Vergütung zuteil werden soll, auch kann er auf Grund der Nichtigkeit die Rückgabe des Grundstücks nach §§ 985, 986 BGB. verlangen, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht zahlen, aber doch das Grundstück behalten will (RG. 86, 196). 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 Konkurse des Empfängers lediglich eine einfache Konkursforderung, aber kein Aussonderungsanspruch gegeben; eine Masseschuld (§ 59 Nr. 3 R.D.) würde nur dann vorhanden sein, wenn die dingliche Übereignung erst nach der Konkursöffnung sich vollendet hat (RG. 66, 390; 45, 172); haben beide Teile gegen die guten Sitten verstoßen, so greift § 817 Satz 2 BGB. ein (oben Anm. 4 u. 5), nicht aber gegenüber dem Konkursverwalter (RG. 99, 167). Es besteht kein Zurückbehaltungsrecht nach § 322 BGB., da es sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag handelt; wohl aber besteht ein Zurückbehaltungsrecht 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; JZ. 1910, 283¹¹; 08, 7⁶ a. E.; vgl. Vorbem. vor § 369 Anm. 4 und 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 übrigbleibt (RG. 105, 31; 56, 387; 54, 141; dagegen Vertmann DZ. 1915, 1063). Mit anderen Worten: Die Nachteile des Beklagten, die in ursächlichem Zusammenhang stehen mit dem die Grundlage des Bereicherungsanspruchs bildenden Tatbestand, sind als Vermögensminderung nach § 818 Abs. 3 BGB. in Abrechnung zu bringen (RG. 105, 31; 94, 254; 83, 159; 75, 361; 72, 3; 60, 293; Nichtigkeit eines Tausches; WarnherMpr. 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 Erlassansprüche an Dritte in Anschlag zu bringen sind, wenn sie in ursächlichem Zusammenhang mit dem Verlust des Eigentums stehen (vgl. JZ. 1911, 401¹³ u. 402¹⁴); der Wegfall der Bereicherung ist ohne Einrede zu berücksichtigen, wenn er sich aus dem Sachverhältnis ergibt (RG.

72, 4; JZB. 1910, 1087). Im Fall der Weiterveräußerung des empfangenen Gegenstands durch den Empfänger kann nicht auf Grund des § 818 Abs. 1 BGB. der Kaufpreis, sondern lediglich auf Grund des § 818 Abs. 2 BGB. Ersatz des Wertes verlangt werden, soweit er sich noch im Vermögen des Empfängers befindet (RG. 86, 343; 71, 401).

5. Eine Heilung des nichtigen Geschäfts, etwa durch Verzicht, Bestätigung, Anerkennung, Vergleich, findet nicht statt (RG. 64, 149; JZB. 05, 639⁴). Auch Erfüllung ist wirkungslos (oben Anm. 6). Die Nichtigkeit wird nicht dadurch beseitigt, daß ein Teil bereits nicht mehr rückgängig zu machende Vorteile aus dem Vertrag gezogen hat. Es kann das Geschäft nur neu vorgenommen werden unter Abstreifung des unsittlichen Charakters (WarneherMpr. 1911 Nr. 388). Nicht eine gesetzliche Aufrechnung, wohl aber eine vertragmäßige Aufrechnung einer Forderung aus einem unsittlichen Geschäft ist zugelassen in RG. 63, 190 (§ 393 BGB.). Wie es sich verhält, wenn ein Anerkennnisurteil ergangen ist, s. unten Anm. 33, und über die Einrede der Arglist gegen ein rechtskräftiges Urteil § 346 Anm. 23. Der Vertrag, durch den der frühere Zustand wiederhergestellt wird, ist gültig (RG. 67, 324; JZB. 06, 301⁴).

- 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. 88, 433; 66, 363; JZB. 08, 236⁶; 1912, 338²; Näheres § 377 Anm. 177a); z. B. durch das arglistige Zusammenwirken eines Vertragsteils mit Dritten zum Zweck der Vereitelung der Vertragserfüllung (unten Anm. 31) oder durch Verbreitung verleumderischer Gerüchte über die Firma seitens eines Angestellten (RG. 79, 56). Selbst die Ausübung eines zweifellosen Rechts wie überhaupt jede Betätigung, 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. 101, 325; 98, 71; 66, 238; 62, 137; 58, 216; 55, 372; 48, 119; WarneherMpr. 1911 Nr. 79). Auch eine Unterlassung erfüllt den Tatbestand des § 826 BGB., wenn die guten Sitten ein Handeln, z. B. eine Aufklärung, erheischen hätten (JZB. 1910, 470). 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. Auch neben dem Anfechtungsgesetz greift § 826 BGB. ersatzweise ein (RG. 74, 227; WarneherMpr. 1910 Nr. 20). Beim Warenzeichengesetz 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 (RG. 101, 2; 83, 384; 79, 415; 77, 431). Die engsten Grenzen sind der ersatzweisen 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 ausgeschlossen sei (so der Komm.RGR. Vorbem. 2 b u. c vor § 823). Allein man wird im allgemeinen doch einwenden können, daß kein Grund ersichtlich ist, weshalb der § 826 BGB. versagen soll, wenn außer dem § 826 BGB. zugleich auch noch ein zweites Gesetz, z. B. § 823 BGB., verletzt worden ist, und weshalb der Geschädigte aus diesem Grunde schlechter gestellt

**Anhang
zu § 346.**

werden soll; diese Schlechterstellung wird häufig bei der Verjährung hervortreten, die in den Sondergesetzen eine kurze zu sein pflegt, während § 852 BGB. eine dreijährige und unter Umständen eine 30jährige Verjährung gewährt. Der § 823 BGB. schützt auch nur gewisse Rechtsgüter und gibt nur dem unmittelbar Geschädigten Ersatzansprüche, während für § 826 BGB. jede Schadenszufügung im weitesten Sinne zureicht (z. B. die Schädigung bloßer Erwerbs Aussicht auf Erwerb von Kundschaft), und jeder, auch der nur mittelbar Geschädigte, Anspruch auf Schadenersatz erheben darf (RG. 79, 58; 57, 355). 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. ist dieser Fall gegeben (RG. 70, 76; JW. 05, 214⁴) wie zum Teil auch beim Urheberrecht (RG. 101, 2; 83, 384; 73, 294; 70, 76). Der Fall der Gesetzeskonkurrenz ist beim UnlBGB. nicht gegeben (RB. 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 (RG. 101, 1; 77, 431; 74, 434; Hamburg JW. 1918, 188⁵; vgl. Warneher Rspr. 1909 Nr. 452); bezugleich beim BGB. (RG. 48, 238; RGSt. 41, 78; a. M. RG. 70, 76, während an Stelle des § 824 BGB. die §§ 826, 823 Abs. 2 BGB. treten, sobald die Schädigung eine vorsätzliche war; denn § 824 BGB. fordert nur Fahrlässigkeit (vgl. RG. 83, 366; Warneher Rspr. 1918 Nr. 95).

- Ann. 10. 1. Vorsätzlich muß der Schaden zugefügt sein. Das Erkennen der Rechts- oder Sittenwidrigkeit der Handlung ist nicht zu fordern (RG. 79, 23); auch ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter kann zivilrechtlich für seine unerlaubte Handlung verantwortlich gemacht werden (RG. 108, 90, 109, 280); aber die Sittenwidrigkeit muß objektiv zunächst festgestellt werden; erst wenn sie feststeht, kommt es auf den Vorsatz an (RG. 90, 109; 72, 176). Zum Vorsatz genügt das Bewußtsein des Handelnden, daß ein schädigender Erfolg, soweit an einen solchen bei verständiger Beurteilung überhaupt gedacht werden kann, eintreten werde (RG. 95, 163; 72, 7; 62, 139) oder eintreten könne. Gerade dies letztere wird entschieden verneint in RG. 57, 339; 33, 5; 25, 7; 16, 365; Warneher Rspr. 1910 Nr. 411; JW. 1911, 324¹⁸; dort wird gerade betont, das Bewußtsein der Möglichkeit des schädlichen Erfolgs genüge nicht, es müsse das Bewußtsein vorhanden sein, daß die Handlung oder Unterlassung den schädlichen Erfolg haben werde, weil der als möglich vorausgesehene Erfolg in den Willen aufgenommen sein müsse. Allein das Bewußtsein der Möglichkeit des Erfolgs ist der Fall des Eventualdolus; er liegt vor, wenn der Handelnde geflissentlich sich um erhebliche Umstände nicht gekümmert und deshalb die Folgen seiner gewollten Tat nicht überblickt hat, wobei allerdings beachtet werden muß, daß selbst grobe Fahrlässigkeit die Vorsätzlichkeit nicht ersetzt (RG. 90, 106; 79, 55; 76, 319; 72, 175; 68, 437; Warneher Rspr. 1919 Nr. 63). Wenn danach der Schädiger damit rechnete und auch rechnen durfte, es werde der Getäuschte den Betrug entdecken, so bleibt der darauf gerichtete Eventualdolus doch bestehen, daß der Getäuschte oder ein Dritter das Opfer seiner Unkenntnis werden könne. Steigert sich grobe Fahrlässigkeit bis zur Luxuria, d. h. bis zur Gewissenlosigkeit unter Verletzung einer Vertrauensstellung, so steht dieses Verhalten der Vorsätzlichkeit gleich (RG. 72, 175; Warneher 1917 Nr. 291; 1916 Nr. 254; 1914 Nr. 122). Wer z. B. unwahre Behauptungen ins Blaue hinein aufstellt, handelt entweder im Bewußtsein des Nichtwissens oder bewußt ohne Überzeugung von der Wahrheit; sein Handeln ist vorsätzlich (RG. 96, 313¹¹, 320; 76, 313; Warneher Rspr. 1914 Nr. 122); anders, wenn der Täter zu dieser Überzeugung hätte gelangen können, aber nicht dazu gelangt ist. Zur Annahme der Vorsätzlichkeit bedarf es also nicht (RG. 95, 163; 79, 55; 76, 313) der Absicht einer Schadenszufügung oder des Bewußtseins von einer nahen Möglichkeit (Warneher Rspr. 1917 Nr. 291; JW. 1912, 36²⁶) oder gar der Wahrscheinlichkeit des Erfolges. Es ist auch nicht nötig, daß der Täter weiß, wer durch seine Handlung geschädigt wird. Konnte er nicht übersehen, wer geschädigt werden würde, so richtet

sich der Vorfaß gegen jeden, den er durch seine vorsätzliche Handlung bewußt gefährdet; **Anhang zu § 346.** aber die Möglichkeit der Wirkung seines Handelns muß er sich noch vorgestellt haben (R.G. 79, 60). Andererseits reicht bloßes Wissenmüssen oder Wissenkönnen zur Annahme der Vorsätzlichkeit nicht hin (R.G. 57, 241; J.B. 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; Goldheim 20, 125; J.B. 06, 780¹⁵). Erst wenn die Umstände des Falles ergeben, daß die Möglichkeit des Schadenseintritts eine so entfernte war, daß der Täter sie auch nicht gegebenenfalls 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 Vorfaß, wenn die Erklärung zwar nach ihrem Wortlaut klar war, der Erklärende sie aber anders gemeint hatte, sich also der Unrichtigkeit nicht bewußt war (R.G. 1912, 73¹⁶). Der § 226 B.G.B. kommt bei § 826 B.G.B. nicht in Betracht; denn selbst die Ausübung eines förmlichen Rechts, die also nicht schikanös ist, kann trotzdem unsittlich sein (R.G. 58, 219; 55, 217). Die Wahrnehmung berechtigter Interessen aber (Anh. zu § 349 Anm. 34 ff.) vermag das subjektive Verschulden unter besonderen Umständen zu beseitigen (R.G. 74, 230; 71, 170; J.B. 1911, 402¹⁷). Weil Erkenntnis und Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bei allen unerlaubten Handlungen zum Tatbestande gehört (R.G. 75, 225; 72, 4), kann ausnahmsweise Rechtsirrtum diese subjektive Rechtswidrigkeit ausschließen (R.G. 91, 359; 84, 194; 79, 23; 74, 230; 72, 4; 71, 170; J.B. 1925, 1874¹⁸). Wer sich tatsächlich und rechtlich den Dolus eines anderen zu eigen macht, handelt vorsätzlich wie der andere (Dolus subsequens; R.G. 109, 277).

2. Gegen die guten Sitten muß verstoßen sein. Über den Begriff der guten Sitten Anm. 10a. ist schon oben Anm. 2 ausführlich nach der objektiven unter der subjektiven Seite der Leitfaß betrachtet, daß das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden den Maßstab abgibt. Hier ist für die Anwendung des § 826 B.G.B. nur darauf aufmerksam zu machen, daß zu einem Verstoß gegen die guten Sitten kein arglistiges Handeln nötig ist. Schon die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kann eine Sittenwidrigkeit enthalten (R.G. 90, 110; 72, 176); z. B. ist eine mit Bewußtsein vom Nichtwissen oder mit Bewußtsein ohne Überzeugung aufgestellte Behauptung bestimmter Tatsachen eine sittenwidrige Handlung, allerdings zugleich eine mit eventuellem Dolus begangene (WarneherMspr. 1914 Nr. 122). Aber Sittenwidrigkeit und Vorsätzlichkeit sind auseinanderzuhalten Begriffe (oben Anm. 10). Die Frage nach dem Verstoß gegen die guten Sitten wird vom Reichsgericht selbständig beantwortet (unten Anm. 15; § 346 Anm. 14).
3. Ein Schaden muß zugefügt sein. Es genügt nicht, daß ein Schaden eintreten kann; Anm. 11. er muß auch eingetreten sein (R.G. 79, 59; WarneherMspr. 1908 Nr. 632). Jede nachteilige Einwirkung auf die Vermögenslage ist gemeint; selbst die Beeinträchtigung bloßer Erwerbsaussichten (R.G. 111, 156 oben; dagegen Löwenwarter u. Wiener J.B. 1926, 248⁴) oder der Kundschaft, ist ein Schaden (R.G. 79, 58; 48, 124); die Beschränkung des Abs. 1 § 823 B.G.B. gilt also hier nicht. Ist eine Handlung nur wegen der gebrauchten Mittel unsittlich, so besteht ein Erfasanspruch nur für den durch diese Mittel verursachten Schaden (R.G. 76, 35). Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß die angewendeten Mittel die ganze Art der Ausführung zu einer unsittlichen machen und dann die Haftbarkeit für den ganzen Schaden rechtfertigen (R.G. 66, 384, Boykott; dazu Enneccerus 1, 2; § 453 Note 24). Bei der Schadensbemessung kommt auch die Geldentwertung mit in Betracht, wie bei allen Schadensersatzansprüchen (J.B. 1923, 174²). Im übrigen gilt darüber, was unter einer Schadenszufügung zu verstehen ist, und über die Voraussetzung des ursächlichen Zusammenhangs das in § 347 Anm. 17 ff. Ausgeführte. Aber die Haftung juristischer Personen wegen unerlaubter Handlung f. Anh. zu § 349 Anm. 37.

Anhang zu § 346. II. Die Wirkungen eines Verstoßes gegen § 826 BGB. äußern sich nach den drei Richtungen des Schadenserfolges, der ferneren Unterlassung und der Nichtgeltendmachung des unsittlich erlangten Rechts.

- Anm. 12.** 1. Die **Schadenshaftung** erstreckt sich auf den unmittelbar und auf den nur mittelbar zugefügten Schaden (Anm. 11). Sie besteht in Wiederherstellung des früheren Zustandes (§§ 249 ff. BGB.; hierüber § 347 Anm. 17 ff.). Hierbei können die Grundsätze über mitwirkendes Verschulden (§ 347 Anm. 12 ff.; vgl. RG. 70, 6; 69, 281) und über Vorteilsausgleichung (§ 347 Anm. 25) zur Anwendung kommen, nicht aber ist Rückforderung oder Schadenserfolg aus § 826 BGB. dadurch ausgeschlossen, daß auch der Geschädigte sich eines Sittenverstoßes schuldig gemacht hat, denn § 817 Satz 2 BGB. beschränkt sich auf Bereicherungsansprüche (RG. 1921, 567²; vgl. RG. 101, 308; 70, 5). Darüber, was unter Herstellung des früheren Zustandes zu verstehen ist, hat die Rechtsprechung geschwankt, wenn es sich um die arglistige Täuschung des Käufers durch den Verkäufer bei Eingehung des Vertrags handelt und der Käufer beim Vertrag stehenbleiben, 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 Erfüllungsinteresse auf Grundlage des Vertrags zugebilligt (RG. 63, 112; 59, 157; 62, 384). 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 — RG. 83, 245 — 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 Schadenserfolg wegen Nichterfüllung in entsprechender Anwendung des § 463 BGB. gewährt; es macht dann keinen Unterschied, daß dieser Schadenserfolgsanspruch auch noch auf die §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. gestützt sein mag (RG. 103, 160; 67, 146; WarnererRspr. 1910 Nr. 383; JZ. 1912, 137¹⁰; a. M. Matthiesen JZ. 08, 60; 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 (§ 377 Anm. 155).

Wenn also der Geschädigte nicht von der Anfechtung wegen Willensmängeln Gebrauch macht, sondern beim Vertrag bestehen bleibt, und nach § 826 BGB. Schadenserfolg beansprucht, verhält sich die Sache folgendermaßen:

Betrifft die den Vertragsschluß beeinflussende arglistige Täuschung nicht eine die Anwendung der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB. rechtfertigende arglistige Täuschung über Eigenschaften der Sache, sondern eine arglistige Täuschung über ein Recht oder eine Forderung oder über Eigenschaften, die keine Sacheigenschaften sind, so findet ein Schadenserfolgsanspruch 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. 103, 47; 66, 335; JZ. 09, 309²; WarnererRspr. 09 Nr. 179 u. 528), 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 Falle des § 826 BGB. wie in dem des § 823 Abs. 2 BGB.) ergibt sich der zu ersetzende Schaden aus einer Vergleichung der wirtschaftlichen Lage des Erfolgsberechtigten vor dem schädigenden Ereignis mit der infolge des Ereignisses, also 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 (RG. 77, 101). Dieser Zustand ist wieder herzustellen (§ 249 BGB.). Die dazu nötige Ermittlung des Schadens kann nicht so stattfinden, daß an Stelle des geschlossenen Vertrags ein anderer gesetzt wird, der nicht geschlossen ist, den der Geschädigte bei Kenntnis der wahren Sachlage aber geschlossen haben würde. Nur wenn dargetan wird, daß der andere Teil auf die geänderte Vertragsleistung eingegangen wäre, kann der Schadenserfaß nach dieser Seite berechnet werden (RG. 103, 159; 66, 335; WarnerHspr. 1917 Nr. 100; 1912 Nr. 33). So ergibt sich der Erfaß des negativen Interesses nach zwei Möglichkeiten:

- 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 Schadenserfaßanspruch kein Raum (RG. 83, 245; 77, 101; JW. 1911, 213⁸; LZ. 1921, 373; 1912, 71²⁰; 1911, 844²⁰). 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. War der Kaufpreis so billig, daß die etwaigen Herstellungskosten der Kaufsache damit ausgeglichen werden, so ist das Gesamtvermögen des Käufers nicht verschlechtert (RG. 103, 158; 83, 246). Einen Geldanspruch hat der Getäuschte nur, wenn § 251 BGB. anwendbar wird. Wenn es zu keinem Vertragsschluß gekommen wäre, so hätte der Verkäufer vielleicht anderweit vorteilhaft verkaufen können. Den Erfaß dieses Schadens, der im Entgang von Erwerbsaussichten besteht, kann der Verkäufer verlangen, weil er diesen Vorteil infolge der Täuschung ausge schlagen hat (RG. 83, 247). Desgleichen der Käufer, wenn er sein Geld anderwärts mit Gewinn angelegt hätte, oder wenn der Wert der gekauften Sache hinter den dafür übernommenen Gegenleistungen zurückgeblieben ist; dieser Unterschied ist zu ersetzen (WarnerHspr. 1920 Nr. 100; 1919 Nr. 383; JW. 1910, 934⁴).
- 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 (RG. 83, 245; WarnerHspr. 1910 Nr. 383; vgl. RG. 86, 334, nicht im Einklang mit RG. 66, 337 u. 63, 110), so würde der zu ersetzende Schaden in dem Unterschied dieses niedrigeren und jenes höheren Preises bestehen. Hat der Käufer danach zuviel bezahlt, so hängt sein Rückerfaßanspruch davon ab, daß ihm der Beweis gelingt, es würde der Verkäufer den Vertrag auch bei dieser geringeren Gegenleistung ebenso abgeschlossen haben (RG. 103, 158; 92, 295; 83, 242). Aber der Käufer muß auch beweisen, daß er trotz Kenntnis von der Täuschung und unter welchen Bedingungen er abgeschlossen hätte, und wieviel er ohne die Täuschung weniger gegeben haben würde (RG. 103, 49; 86, 373; LZ. 1921, 373). Auf diesem Wege kommt man praktisch zu einer Herabsetzung des Kaufpreises. Diese Preisminderung hat jedoch mit der Preisminderung 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 (Matthies 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. — Ähnlich liegt

Anhang
zu § 346.

Anm. 12a.

Anm. 12b.

**Anhang
zu § 346.**

der Fall, wenn ein Vertreter die für seinen Geschäftsherrn eingeleiteten, auf einen Abschluß zielenden Verhandlungen benutzt, um das Geschäft hinter dem Rücken seines Geschäftsherrn für sich zu machen; hier ist anzunehmen, daß das Geschäft ohne die Untreue zu denselben Bedingungen für den Geschäftsherrn abgeschlossen worden wäre; der Vertreter muß Auskunft erteilen und den Geschäftsherrn so stellen, wie er gestellt gewesen wäre, wenn der Vertreter seine Pflicht nicht verletzt hätte (RG. 89, 103).

Anm. 12c.

Darüber, wie es sich im Falle arglistiger Täuschung bei Erfüllung des Vertrags verhält, s. § 377 Anm. 56 a u. 169. Über das Verhältnis der aus arglistigem Verschweigen und aus arglistiger Vorpiegelung entspringenden Ansprüche zueinander s. § 377 Anm. 177 und oben Anm. 3 und zur Anfechtung wegen Betrugs § 377 Anm. 177 bff.

Anm. 13.

2. **Die Unterlassungsklage** hat verschiedenen Charakter. Sie kann sich erstens auf vertragswidriges schuldhaftes Verhalten oder zweitens auf ein rechtswidriges nicht schuldhaftes Verhalten oder drittens auf die Schadenersatzpflicht stützen, die als Ausfluß jeder unerlaubten oder unsittlichen Handlung zu betrachten ist und immer ein Verschulden voraussetzt. In allen drei Fällen muß eine Beforgnis der Wiederholung der Rechtsverletzung gegeben sein. Die Klage der zweiten Art pflegt man als vorbeugende Unterlassungsklage, die der dritten Art als wiederherstellende Unterlassungsklage zu bezeichnen. Die Unterlassungsklagen sind vermögensrechtlicher Natur, wenn sie sich nicht ausschließlich auf Verletzung der persönlichen Ehre beziehen; das Klagerecht geht mit dem Geschäftsbetrieb, zu dessen Schutz es dient, auf den Erwerber über als ein Bestandteil (RG. 86, 254; 61, 91; 40, 340).

Anm. 13a.

a) **Die vertragliche Unterlassungsklage** entspringt dem § 259 BPD., der dem Gläubiger eine Klage auf die künftige Leistung gewährt, damit zur Zeit der Fälligkeit sofort vollstreckt werden kann, wenn der Schuldner durch sein schuldhaftes Verhalten die Beforgnis künftiger Unsicherheit der Erfüllung gerechtfertigt hat. Dieser Grundsatz läßt sich ausdehnen, indem man die Unterlassungspflicht als künftige Leistung ansieht (§ 241 BGB.; vgl. §§ 550, 581, 1053, 1068 BGB.). Der Versuch, aus dieser Bestimmung ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes in Form einer allgemeinen Unterlassungsklage zu machen, ist von RG. 101, 340 (dort Lit.) mit Recht abgelehnt. Forderungsrechte gehören auch nicht zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB., so daß wegen Verletzung von Vertragsrechten durch Eingriffe Dritter eine Unterlassungsklage, z. B. wegen Verleitung zum Vertragsbruch, und zwar sowohl die vorbeugende wie die wiederherstellende, nur stattfindet, wenn entweder der Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB. oder eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Sinne von § 826 BGB. hergestellt werden kann; hierüber Anh. zu § 377.

Anm. 13b.

b) **Die vorbeugende Unterlassungsklage** hat ihre Grundlage in der Anwendung des Gedanken, der die Eigentumsabwehrklage (§§ 862, 1004 BGB.; vgl. § 12 BGB.) entsprungen ist. Dieser Grundgedanke läßt sich dahin ausdrücken, daß ein Anspruch auf Unterlassung widerrechtlicher Beeinträchtigung eines Rechts oder eines Rechtsgutes besteht, wenn eine solche Beeinträchtigung bereits erfolgt ist und Wiederholung droht. Diese vorbeugende Unterlassungsklage unterscheidet sich von der sog. wiederherstellenden dadurch, daß eine objektive Widerrechtlichkeit genügt, also keine schuldhafte Handlung zur Voraussetzung hat (RG. 109, 276; 95, 339; 61, 366; JW. 1925, 1393²³; 1916, 739⁴; WarnerheymSpr. 1914 Nr. 17). Weil das Schuldmoment nicht in Betracht kommt, ist die Unterlassungsklage auch gegen einen Geisteskranken statthaft (RG. 109, 276). Die ältere Rechtspflege zog diese Grenzlinie nicht immer; deshalb bedarf es keines Eingehens auf das diese bekämpfende Schrifttum (RGKomm. Vorbem. vor § 823 Erl. 6 I u. III; § 1004 Erl. 7). Dieser erweiterten Eigentumsklage (Quasinegatoria) bedarf es nur, wo ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis dafür vorhanden ist. Ein solches ist nicht vorhanden, wenn schon ein Sondergesetz solche Abwehrklage gegeben hat. Solche Sonderbestimmungen sind bereits vorhanden für das Namens- und Firmenrecht (§ 12 BGB., § 17), den Besitz (§ 550 BGB.), das Eigentum (§ 1004 BGB.), das Vermieterrecht (§ 550 BGB.), andere dingliche Rechte

(§§ 1017, 1027, 1068, 1090, 1107, 1134, 1192, 1227 BGB.) und für die gewerblichen Schutzrechte (UrtbG. §§ 1, 14; WZG. § 12; PatentG. § 4; PhotG. § 1; KunstUrtbG. § 1; zu § 346. MusterG. § 1; GebrMusterG. § 4; LitUrtbG. § 11; VerlagsG. § 9). Soweit diese Sonderbestimmungen ihrem Zweck nicht genügen, und selbst neben ihnen, findet die Unterlassungsklage Raum (vgl. RG. 106, 250; 77, 433; 66, 238; 49, 242; JW. 1926, 564⁹). Raum für die Unterlassungsklage ist ferner für die in § 823 Abs. 1 BGB. ausdrücklich aufgezählten Rechtsgüter: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und den Sammelbegriff der sonstigen Rechtsgüter; ferner für die mittelbar unter Rechtsschutz gestellten Lebensgüter der § 823 Abs. 2 und die in § 824 BGB. geschützten Rechtsinteressen: Kredit, Erwerb und Fortkommen. Die hier nicht besonders erwähnte Ehre steht unter dem Rechtsschutz des Abs. 2 § 823 BGB. sowohl als auch des § 824 BGB. und des § 826 BGB., nicht aber gehört sie zu den sonstigen Rechtsgütern des § 823 Abs. 1 BGB. (RG. 60, 4; 51, 373; WarnererRspr. 1909 Nr. 296). Ebenso verhält es sich mit dem gleichfalls nicht besonders hervorgehobenen Begriff des Vermögens (RG. 76, 48). Sein Vermögen ist in der Vorstellung des Kaufmanns oder Gewerbetreibenden sein Handelsgeschäft (sein Unternehmen) oder der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb. Der Gewerbebetrieb in dieser Beschränkung (aber nicht das Recht, eine Gewerbe zu betreiben, und nicht die Ausichten auf Erwerb oder Kundschaft und nicht die Freiheit in Betätigung der Arbeitskraft; RG. 102, 225; 92, 132; 79, 225; JW. 1915, 913³; WarnererRspr. 1911 Nr. 373) ist von der Rechtssprechung unter die sonstigen Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB. aufgenommen. Gemeint ist damit das Recht an einem bestimmten Unternehmen, dessen Bestand nicht unmittelbar zerstörend oder einschränkend angegriffen werden darf (RG. 102, 225; 101, 337; 100, 214; 95, 340; JW. 1917, 712⁹; WarnererRspr. 1910 Nr. 250), z. B. durch Einschüchterung der Kundschaft, die das Geschäft aufsuchen will (RG. 76, 46), durch unmittelbare Hinderung des Anbietens und Abschließens von Verkäufen oder irgendwelcher Betriebshandlungen (RG. 77, 219; 79, 224). Handlungen die nur den Ertrag des Unternehmens im Wettbewerb kürzen, wie üble Nachrede, schlechte Auskünfte, Warnungen vor dem Unternehmer, wollen regelmäßig nicht den Gewerbebetrieb unterbinden; sie greifen nur gewisse Betätigungen des Betriebs an, sind geeignet, den Absatz zu beeinträchtigen, das kaufmännische Ansehen oder den guten Ruf zu schädigen, einen Stellungswechsel zu erschweren und dgl.; auf solche Verletzungen findet § 823 Abs. 1 BGB. keine Anwendung (RG. 92, 132; 79, 224; 77, 219; JW. 1915, 913³; WarnererRspr. 1909 Nr. 505). Bei solchen Störungen muß daher auf § 823 Abs. 2, 824, 826 BGB. gegriffen werden. Erfüllen Rechtsverletzungen den Begriff unsittlicher Handlungen, so gehört dazu Vorsatz oder doch Luguria, weil ohne solchen Vorsatz ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht möglich ist (oben Anm. 9), die Folge ist, daß dann auch für die vorbeugende Unterlassungsklage in Abweichung von dem oben aufgestellten Grundsatz Verschulden gefordert werden muß.

- α) Ein Rechtsschutzbedürfnis ist die erste Voraussetzung für die vorbeugende Unterlassungsklage. Ein solches ist vorhanden, wenn ein anderer Rechtsschutz nicht ausreicht, wie schon oben Anm. 13b bemerkt wurde. Deshalb gibt es keine Unterlassungsklage gegen die Ausübung öffentlicher Rechte oder Pflichten (RG. 78, 210; JW. 1912, 587⁷, 290¹¹), z. B. gegen eine Strafanzeige (RG. 88, 131). Wohl aber erscheint eine Unterlassungsklage zulässig, wenn ein öffentlicher Beamter mit Überschreitung seiner Amtsgewalt widerrechtlich einen Geschäftsmann öffentlich durch Warnung bloßstellt (JW. 08, 653³; vgl. RG. 101, 24), obgleich sich die Haftung für Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB., nicht nach § 823 BGB., bemißt (RG. 100, 287; 94, 103). Ist eine Handlung unter öffentliche Strafe gestellt, sei es, daß sie von Amts wegen auf Anzeige oder auf Antrag oder im Wege der Privatklage verfolgt werden kann, so ist die Unterlassungsklage nur zulässig, soweit der Geschädigte ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis nachzuweisen vermag (RG. 98, 39; 95, 341 und 273; 91, 350 u. 265; 88, 130; 82, 59; JW. 1919, 993³; WarnererRspr. 1918 Nr. 95). Ausnahmefälle der gedachten Art sind es, wenn sich der Täter im Ausland aufhält und im Inland strafrechtlich nicht zu

Anm. 13c.

**Anhang
zu § 346.**

erreichen ist (RG. 82, 64), oder wenn die Strafverfolgung ungebührlich erschwert ist, oder die zu erwartende Strafe keine genügende Sicherheit gegen künftige Wiederholung der Verletzung bietet (RG. 82, 64; 77, 217), oder wenn für eine Strafverfolgung Schwierigkeiten entstehen wegen Verjährung oder Ablaufs der Antragsfrist (RG. 91, 355). Hierher gehören auch Strafausschließungsgründe, z. B. wenn ein Geisteskranker der Täter ist (RG. 109, 280; oben Anm. 10); ferner Amnestie. Diese Unvereinbarkeit von öffentlicher Klage und Unterlassungsklage beschränkt sich nur auf die vorbeugende Unterlassungsklage; sie gilt nicht für die wiederherstellende Unterlassungsklage, welche sich auf eine Schadenersatzpflicht nach § 249 BGB. gründet; die Unvereinbarkeit gilt ferner nicht, wo die Unterlassungsklage selbständig gestaltet ist, wie bei den absoluten Rechten (z. B. bei Störung des Eigentums trotz des Strafschutzes der §§ 241, 303 StGB.) und wie bei den gewerblichen Schutzrechten; hier ist ein Nebeneinander wohl zu verstehen (Hlad JheringsZ. 34, 2. F. S. 374; vgl. RG. 77, 219). Manche Unstimmigkeiten, die noch übrigbleiben, z. B. daß, von der formalen Beleidigung (§ 185 StGB.) abgesehen, mit der Unterlassungsklage nur gegen den sachlichen Inhalt der Kundgebung vorgegangen werden soll, haben zur Bekämpfung obiger Rechtsprechung geführt (Riel LZ. 1919, 1001; 1916, 347¹¹; Rosenthal Unterlassungsklage 29 und LZ. 1920, 673; 1918, 431; 1916, 997; JWB. 1915, 302; 1914, 1061; Ennecerus I 2 § 465 I 2; Weimann JWB. 1915, 212 u. a. m.). Die Rechtsprechung hat trotzdem für sich, daß der Täter nicht mit mehreren identischen Klagen überzogen werden, und daß sich widersprechende Urteile nicht zu befürchten sind; wird z. B. die Strafklage abgewiesen, so könnte damit die Unterlassungsklage begründet werden, weil dann die Wiederholung der angeblichen Störung gerade naheliegt. Besondere Persönlichkeitsrechte, die man sich losgelöst zu denken hätte von den oben Anm. 13 aufgeführten Rechten und Lebensgütern, sind dem bürgerlichen Rechte fremd (RG. 79, 397; 69, 403; 51, 373; JWB. 1912, 867). Auf diesem Boden steht die herrschende Meinung im Schrifttum (Warnemeyerkomm. z. BGB. § 1 III Fußn. 16 u. 17; a. M. Staudinger § 823 II A 2e mit Lit.). Deshalb gibt es für solche Persönlichkeitsrechte kein Rechtsschutzbedürfnis und keine Unterlassungsklage.

Anm. 13d.

β) Eingriff in ein Recht muß stattgefunden haben. Das ist die zweite Voraussetzung der vorbeugenden Klage. Die ältere Rechtsprechung betonte ganz schroff, daß der volle Tatbestand eines bereits geschehenen rechtswidrigen Eingriffs zu fordern sei. Eine Unterlassungsklage zur Verhütung einer nicht einmal teilweise verwirklichten, künftigen unsittlichen oder sonst unerlaubten Handlung wurde selbst dann abgelehnt, wenn die drohende Handlung gegen ein Verbot- oder Strafgesetz verstoßen sollte, wie die Bedrohung mit verleumderischer Beleidigung (RG. 91, 268; 88, 130; 82, 59; 77, 217). Heute steht die Rechtsprechung auf anderem Boden, der schon dadurch vorbereitet war, daß die Unterlassungsklage, wie dies heute allgemein anerkannt wird, nicht zu versagen sei, wenn das mit der Klage zu bekämpfende Verhalten des Beklagten schon begonnen habe und die Fortsetzung ohne das zu erstrebende Verbot in Aussicht stehe, wie bei Sperr- und Boykottmaßnahmen, Zeitungsangriffen, Anschlag von Plakaten, Verbreitung von Pamphleten, Ankündigungen in Drucksachen, Prospekten, Postkarten (RG. 91, 267; 88, 130; 60, 20 u. 12; 57, 157; 56, 271; JWB. 1914, 83¹⁴; 1923, 180¹²), Irreführung des Publikums durch täuschende Nachahmung einer Warenausstattung (WarnemeyrMpr. 1921 Nr. 29). Ein vollendeter Rechtsingriff ist es, wenn eine schon an sich strafbare Drohung vorliegt (§ 241 StGB.). Aber der Rechtsingriff selbst braucht gar nicht erfolgt zu sein; es genügt die tatsächlich begründete Besorgnis künftiger rechtswidriger Eingriffe (RG. 104, 379) oder ein erheblicher Anlaß zur Besorgnis einer solchen Gefährdung (RG. 101, 138; 95, 306), wie ja auch schon eine einfache derartige Bedrohung nach RG. 48, 114 für ausreichend zu erachten ist. Um nicht ins Uferlose zu geraten, muß die Bedrohung von solchen Umständen begleitet sein, daß der Anfang einer Ausführung schon in ernsthaften Vorbereitungen verwirklicht erscheint, also

ein Anfang der Ausführung vorliegt (RG. 101, 340), im Gegensatz zu leeren, offenbar **Anhang** haltlosen Drohungen. Die Umstände spielen hier die Hauptrolle, so daß selbst ein Be- **zu § 346.** rühren oder eine Anschuldigung im Briefwechsel unter Umständen eine feste Unterlage abgeben kann (vgl. RG. 101, 341). Die Bedrohung mit Aufnahme in die schwarze Liste (der säumigen Schuldner, der Schieber usw.; RG. 61, 316; LZ. 1924, 34³), Warnungen vor einer Firma (JW. 1915, 327⁴; 1908, 133¹; 05, 174¹⁵), naher Abdruck einer Schmähschrift, Angehen der Presse gegen einen Gewerbetreibenden sowie die oben Anm. 13b angeführten Vorgänge gegen einen eingerichteten Gewerbebetrieb sind ernste Fälle dieser Art. Es ist möglich, aus einem Eingriff zu schließen, daß auch ein Eingriff nach anderer Richtung nahe bevorsteht, und so auch diesen verbieten zu lassen (JW. 1899, 238⁴³; RGKKomm. § 1004 Erl. 7).

- γ) Widerrechtlich muß der Eingriff sein. Das ist die dritte Voraussetzung der vorbeugen- **Anm. 13c.** den Klage. Der Eingriff kann, wenn er auch im öffentlichen Recht wurzelt, doch widerrechtlich im Sinne des Privatrechts sein (oben Anm. 13c). Widerrechtlich handelt, was die Unterlassungsklage angeht, der, der objektiv widerrechtlich handelt, d. h. gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot durch Tun, oder da der, wo er handeln sollte, durch Unterlassung verstößt. Nur wenn § 826 BGB. zur Anwendung gebracht werden soll, kommt es auf ein Verschulden an (oben Anm. 13b). Die Widerrechtlichkeit wird ausgeschlossen, wenn ein Recht zur Vornahme des Eingriffs vorhanden und dessen Ausübung nicht schikanös gehandhabt wird (§ 226 BGB.), sodann in den Fällen des Notstandes, der Notwehr und der erlaubten Selbsthilfe (§§ 227—231 BGB.; LZ. 1915, 123²⁷), wenn deren Grenzen eingehalten sind, ferner bei Einwilligung oder Ermächtigung (§ 177 BGB.), soweit ein Verzicht möglich ist, d. h. nicht gegen die guten Sitten oder zwingendes Gesetz verstößt (RG. 66, 308), und wenn der Handelnde sich in gutem Glauben an die Zustimmung zu seinem Verhalten befand (vgl. RG. 68, 437; WarnerKomm. 3. BGB. § 823 II Fußn. 45 u. 46; Enneccerus I 2 § 451 II 3d; Dertmann § 823 Nr. 7c). Von Widerrechtlichkeit ist ferner keine Rede, wenn der Beklagte die Wahrheit seiner Behauptung darlegt, z. B. daß Bücher zur Schundliteratur gehören (LZ. 1924, 34³), und er sich keiner formalen Beleidigung schuldig macht (Anh. zu § 349 Anm. 34). Der Wahrheitsbeweis nützt auch dann nichts, wenn die Behauptung ehrenrühriger Vorgänge aus dem Leben des Gegners zwar wahr ist, aber in einer Art und Weise die Verbreitung stattgefunden hat, daß nicht nur Wettbewerbszwecke verfolgt wurden, sondern daß der Gegner vernichtet werden sollte (RG. 76, 110; JW. 1911, 543¹⁸; Warner 1914 Nr. 186). Dieser Zweck kann auch durch Warnungen in Flugblättern erzielt werden (Warner 1910 Nr. 280; 1909 Nr. 506); alsdann ist das Vorgehen sittenwidrig nach § 826 BGB. Berechtigte Interessen (Anh. zu § 349 Anm. 34) des Täters nach §§ 185, 186 StGB., § 823 Abs. 2 BGB. wie auch berechtigte Interessen des Täters und des Empfängers der Mitteilung nach § 824 Abs. 2 BGB. schließen die Widerrechtlichkeit aus; beweist der Betroffene aber die Unwahrheit der beleidigenden oder den Kredit oder das Fortkommen schädigenden Äußerungen, so verlieren berechtigte Interessen ihre Kraft. Der Betroffene kann die Wiederholung oder Weiterverbreitung mit der Unterlassungsklage verhindern; denn an der Wiederholung oder Verbreitung unwahrer Behauptungen kann niemand ein Interesse haben (RG. 95, 343; 91, 350 u. 265; 88, 130; JW. 1925, 1393²³; 1919, 993²; 1915, 29¹³; WarnerMpr. 1918 Nr. 95; 1915 Nr. 20; 1914 Nr. 17). Nur dann würde der Täter geschützt sein, wenn es sich um Ausübung öffentlich-rechtlicher Rechte oder Pflichten handelte (RG. 78, 210; JW. 1925, 1393²³).

- δ) Wiederholungsgefahr muß vorliegen. Das ist die vierte Voraussetzung der vor- **Anm. 13f.** beugenden Klage. Ob eine solche gegeben ist, ist zwar wesentlich tatsächlicher Natur, also keine Rechtsfrage (RG. 98, 269; 97, 40; 96, 245; JW. 1918, 416 u. 320); aber es haben sich doch gewisse Grundsätze ausgebildet: die Gefahr muß eine ernsthafte, auf Tatsachen sich gründende Besorgnis sein, die auch auf weniger großer Wahrchein-

Anhang zu § 346.

lichkeit beruhen kann (RG. 98, 267; 78, 213); bloße nicht belegte Besorgnisse genügen nicht (RG. 78, 210; JWB. 1913, 34²³ u. 543²; WarnerherRspr. 1915 Nr. 20; 1914 Nr. 122). Schon ein einmaliges widerrechtliches Verhalten vor Klageerhebung kann im allgemeinen genügen (RG. 101, 335; 84, 147), wenn nicht diese bloße Wahrscheinlichkeit der Wiederholung durch die Umstände widerlegt wird. Abschwächende Umstände sind z. B. der Wegfall des Interesses durch Strafverfolgung (RG. 98, 40), ein Verhalten des Täters, das auf besserer Einsicht beruht und nicht nur unter dem Druck der Klagedrohung erfolgte; verstärkende Umstände sind Erbieten zum Wahrheitsbeweis, Hartnäckigkeit, Böswilligkeit, frühere ähnliche Vorgänge (RG. 97, 40; 96, 245; WarnerherRspr. 1913 Nr. 416). Schon ein einziger in der Vergangenheit liegender Vorfall, der einen Ehre oder Vermögen bedrohenden Dauerzustand erzeugt oder weite Verbreitung gefunden hat, wie Verbreitung unwahrer Gerüchte (vgl. JWB. 05, 140¹⁹), Versendung von Rundschreiben ehrabschneiderischen oder kreditgefährdenden Inhalts (vgl. RG. 60, 19; 56, 286; 53, 171) begründet die Gefahr. Es ist jedoch nicht nötig, daß die einzige in der Vergangenheit liegende Verfehlung gerade noch in der Gegenwart fortwirken mußte; es kommt auf das Verhalten des Störers, seine Weigerung usw. an (RG. 84, 147; 98, 269). Die Wiederholungsgefahr muß während des ganzen Rechtsstreites bis zur Urteilsfällung fort dauern; fällt die Befürchtung während des Rechtsstreits weg, so muß die Klage abgewiesen werden (RG. 95, 342; 70, 321; 60, 8; 48, 50; JWB. 1913, 543²; WarnerherRspr. 1914 Nr. 122 I Abs. 2), wie dies der Fall ist, wenn der Beklagte, indem er sein Unrecht bekennt und erfolgreiche Schritte gegen eine Wiederholung getan hat (RG. 84, 147), der besseren Einsicht Gehör gibt (RG. 98, 269), oder wenn er stirbt; dann kann er nichts mehr wiederholen; der Tod des Klägers kann von Einfluß sein. Die Kostenfrage beantwortet sich danach, welche Partei sich im Unrecht befunden hatte (§ 91 ZPO.; vgl. RG. 57, 385). Beweispflichtig für die Wiederholungsgefahr ist der, der diese Gefahr geltend macht. Die Beweisführung kann ihm erleichtert werden durch die Art und Beschaffenheit der abzuwehrenden Rechtsverletzung (RG. 96, 245; 78, 213). Diese Erleichterung des Beweises steigert sich, wenn schon die äußere Gestaltung der Rechtsverletzung die Gefahr offenbar macht (nach den anerkannten Regeln vom Prima-facie-Beweis; § 377 Anm. 127a) bis zur uneigentlich sog. Umkehrung der Beweislast (RG. 104, 381; 96, 245; 78, 213; 60, 154; WarnerherRspr. 1912 Nr. 449). So löst sich der Widerspruch, den RGKRomm. § 1004 Erl. 7 in den soeben gedachten Entscheidungen findet. Eine unlautere Wettbewerbsbehandlung enthält schon begrifflich die Wiederholungsgefahr; der Beklagte muß das Gegenteil dargetun (RG. 55, 200; LZ. 1911, 702²¹). Wie sich der Beklagte etwa nach dem Urteil verhalten möchte, ist unerheblich (JWB. 1926, 564²).

Anm. 13g.

- e) Die Rechtsverfolgung kann nur von dem Verletzten ausgehen. Wegen Ehrenverletzungen können nur natürliche Personen die Unterlassungsklage erheben, wenn diese auf §§ 185, 186, 188, 200 StGB. gestützt werden will, und nicht auf die §§ 196, 197 StGB.; juristische Personen (Vereine, Verbände) sind also nicht legitimiert; nur die einzelnen Mitglieder oder auch die Vorstandsmitglieder können als Beleidigte in Betracht kommen. Ob sie aber als Beleidigte sich getroffen fühlen dürfen, hängt von Inhalt und Richtung der als ehrenkränkend angesehenen Rundgebungen ab. Sind die einzelnen Mitglieder danach in ihrer Ehre gekränkt, so können nur sie, nicht aber der Verein für sie auftreten (RGSt. 47, 63; 44, 147; WarnerherRspr. 1918 Nr. 95). Hat ein widerrechtlicher Eingriff in ein Schutzrecht stattgefunden, so ist sowohl die juristische Person, die den Eingriff verübt hat, als auch deren gesetzlicher Vertreter hinsichtlich der Unterlassungsklage passiv legitimiert (JWB. 1917, 222²). Eine besondere Art der Rechtsverfolgung ist Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen (Schutzverbänden) nach §§ 13, 22 UWG. dahin zugestanden, daß sie Ansprüche, die durch Zuwiderhandlungen gegen dieses Gesetz entstanden sind, zivil- und strafrechtlich wahrnehmen dürfen. Damit ist ihre aktive und passive Legitimation für und gegen Unterlassungsklagen an-

erkannt (RGSt. 44, 148). Dazu tritt noch die Verantwortlichkeit des Inhabers des Betriebs für unlautere Handlungen seiner Angestellten und Beauftragten nach § 13 Abs. 3 zu § 346. UnlWB. Nicht rechtsfähige Vereine (§ 54 BGB.) haben nur passive Parteifähigkeit (§ 50 Abs. 2 ZPO.). Die Klage geht auf Unterlassung der störenden Handlung, nicht ganz allgemein dahin, Störungen eines Schutzrechts künftighin zu unterlassen (RG. 15, 344); jedoch kommt es auf die Umstände an, ob danach eine allgemeine Fassung des Antrags sich rechtfertigen läßt (vgl. ZW. 1899, 304¹¹; 1900, 501 u. 438⁵). Es kann auch der Antrag dahin gehen, daß der Beklagte einen von ihm durch seinen Eingriff geschaffenen, den Kläger schädigenden Zustand zu beseitigen, also eine Handlung vorzunehmen habe, um künftige Störungen zu verhüten (vgl. RG. 15, 344; ZW. 1897, 306¹⁷). Geht das Urteil auf Unterlassung, so geschieht die Vollstreckung nach § 890 ZPO.: geht das Urteil auf eine Handlung, so sichert § 887 ZPO. den Vollzug (ZW. 1897, 306¹⁷). Auch eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO. kann am Platze sein, z. B. bei Patentverletzung (RG. 101, 138) oder bei Sichberühmen eines Anspruchs (ZW. 1919, 574⁹; 1912, 554⁴; WarnerherMpr. 1914 Nr. 315), bei Bestreiten des Rechts (RG. 86, 377; ZW. 1915, 591³⁵). Der Antrag darf aber nicht dahin gehen, daß eine vom Beklagten aufgestellte beleidigende Behauptung unrichtig sei, weil damit nur eine Tatsache festgestellt werden soll, die eine Voraussetzung einer Unterlassungs- oder Schadensklage nur vorbereiten soll (RG. 85, 441; ZW. 07, 47⁸). Auch ein erweiterter Rechtsschutz aus § 256 ZPO. wird dahin zuzugestehen sein, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, die Handlung vorzunehmen, durch die der Kläger in seinen Rechten gekränkt würde. Auch einstweilige Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO. sind möglich, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis (oben Anm. 13c) nachweisbar ist (Hamburg LZ. 1920, 534; dagegen Rosenthal LZ. 1920, 673). Für die Unterlassungsklage ist der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes oder Sitzes nach §§ 13, 17 ZPO. gegeben (RG. 24, 394). Wird mit der Unterlassungsklage aber die wiederherstellende Unterlassungsklage (unten Anm. 13h) verbunden, so ist für beide Ansprüche der Gerichtsstand des Tatortes der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO. (Anh. zu § 349 Anm. 11) begründet (ZW. 1915, 1023³⁷).

- c) **Die wiederherstellende Unterlassungsklage** führt diese Bezeichnung, weil sich ihr Wesen Anm. 13h. als eine Schadenserfasklage darstellt, die Wiederherstellung des früheren Zustandes nach § 249 BGB. bezweckt, und zwar in der Form der Unterlassung weiterer Beeinträchtigung. Die Klage will nicht neue schadenstiftende Handlungen verhüten, wie die vorbeugende Unterlassungsklage. Sie will vielmehr die Fortwirkung eines dauernden Zustandes beseitigen, der durch einen einmaligen Eingriff geschaffen worden ist. Diese Beseitigung kann nur erfolgen durch Zurücknahme, also durch Rückgängigmachung des Geschehenen. Weil diese Zurücknahme, z. B. der Widerruf kreditgefährdender oder beleidigender Behauptungen, welche eine stetig sich erneuernde Quelle der Schädigung an Ehre und Vermögen bilden, eine Art des Schadenserfases ist, gehört zur Voraussetzung dieser Klage eine unerlaubte Handlung entweder nach § 823 BGB. oder nach § 824 BGB. oder nach § 826 BGB. Unerlaubte Handlungen beruhen auf Verschulden, wozu leichte Fahrlässigkeit, bei § 826 BGB. aber nur Vorfall, ausreicht (RG. 97, 344; 88, 133; 82, 59; 77, 219; ZW. 1919, 995; Warnerher 1915 Nr. 127; 1913 Nr. 449). Dadurch unterscheidet sich diese Klage von der vorbeugenden Unterlassungsklage, für die ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in ein fremdes Rechtsgut ohne jedes Verschulden genügt, die auch eine andere rechtliche Unterlage hat und sich zu einem Anspruch auf einen Widerruf oder auf Aufhebung von Boykottmaßregeln, Aussperrungen, Berrußserklärungen nicht eignet. Deshalb bedeutet der Übergang von der einen zur anderen Unterlassungsklage oder das Nachschieben eines Schadenserfaskanpruchs zur vorbeugenden Unterlassungsklage eine Klageänderung (RG. 88, 132; WarnerherMpr. 1922 Nr. 29). Wollte man einen Anspruch auf Rückgängigmachung der bereits eingetretenen Schädigung, die sich in fortdauernder Beeinträchtigung äußert, in derselben Ausdehnung wie bei der vorbeugenden Unterlassungsklage

Anhang zu § 346.

anerkennen, so würde infolge des Verzichts auf ein Verschulden die Freiheit in Wort und Schrift in Gefahr gebracht und der Schutz berechtigter Interessen zunichte gemacht (RG. 97, 345; a. M. Komm.-RGK. § 1004 Erl. 7 und Rosenthal HanfGZ. 1917/18 S. 379, gegen Komm.-RGK. Vorbem. vor § 823 Erl. 6 II; Warnerher Komm. z. BGB. Vorbem. vor § 823 V; Enneccerus I 2 § 265 I 2b). Daß ein Rechtsschutzbedürfnis (oben Anm. 13c) und ein widerrechtlicher Eingriff (oben Anm. 13d u. f) vorhanden sein muß, folgt schon aus dem Begriff einer unerlaubten Handlung. Es erheben sich dazu jedoch zwei Fragen: die wiederherstellende Unterlassungsklage ist eine Schadensklage. Folglich sollte man meinen, die Zurücknahme von kreditgefährdenden Handlungen sei vom Nachweis einer Schadenszufügung abhängig. Allein es kann bei Ehrverletzungen, wenn ein nicht vermögensrechtlicher Schaden entstanden, der mit Geld nicht abzufinden ist (WarnerherMspr. 1913 Nr. 449), und bei öffentlichen Angriffen wie bei Berufszerklärung, bei denen jeder Anhalt für eine Schadensbemessung fehlt, die Klage auf Zurücknahme der einzige Weg der Wiedergutmachung sein (vgl. JWB. 1919, 993³; SeuffA. 64 Nr. 29). Eine zweite Frage wirft sich dahin auf, ob die wiederherstellende Unterlassungsklage wie die vorbeugende Unterlassungsklage (oben Anm. 13e) damit ausreichend begründet ist, daß der Kläger die Unwahrheit der ihn verlegenden tatsächlichen Behauptungen dartut, wenn der Beklagte die Wahrnehmung berechtigter Interessen geltend machen kann; denn Behauptungen, die zur Zeit ihrer Aufstellung wegen des Vorhandenseins berechtigter Interessen nicht rechtswidrig waren, können nicht nachträglich rechtswidrig werden; die wiederherstellende Klage ist aber auf Wiederherstellung des Rechts gegen widerrechtliche Handlungen der Vergangenheit gerichtet. Es gehört deshalb zur Begründung der wiederherstellenden Unterlassungsklage noch weiter der Beweis, daß der Belagte die Aufstellung seiner Behauptungen fortsetzt, nachdem deren Unwahrheit bewiesen ist; damit ist für die Zukunft die Bahn für die Rechtswidrigkeit eröffnet (RG. 95, 343; JWB. 1919, 993³; vgl. RG. 97, 347 oben). Daß Wiederholungsgefahr gleichfalls zum Tatbestand gehört, ergibt sich aus dem Zweck der Unterlassungsklage. Die Wiederholungsgefahr liegt schon ohne weiteres in der in die Zukunft fortwirkenden Art der hier in Frage kommenden Rechtsbeeinträchtigungen. In Betracht kommen hier Sperr- und Boykottmaßregeln, Zeitungsveröffentlichungen, Schmähschriften, Anschläge von Plakaten, Versendung von Drucksachen, Prospekten, Postkarten rechtsverlegenden Inhalts; ihrer ist schon oben Anm. 13d gedacht. Den dort angezogenen Entscheidungen sind noch anzureihen RG. 82, 59; 77, 218; 72, 251; 60, 12; 57, 157; JWB. 1919, 995; 08, 333¹⁶; WarnerherMspr. 1913 Nr. 416 u. 449. Was für solche Behauptungen gilt, die ihre fortwährende Erneuerung in sich tragen und Ehre oder Vermögen zu schädigen geeignet sind, gilt auch von Kundgebungen, die ein anderes geschütztes Rechtsgut, z. B. die körperliche Freiheit, bedrohen und rückgängig gemacht werden sollen (RG. 97, 344). So ist Wiederholungsgefahr gegeben nicht nur bei unlauteren Machenschaften, welche die Schließung oder die Störung eines Handelsgeschäfts zur Folge haben (oben Anm. 13b), sondern auch bei solchen Machenschaften, die den Betrieb eines Handelsgeschäfts durch Verhinderung des Absatzes nach einer einzelnen Richtung aufheben oder beeinträchtigen (JWB. 03 Beil. 24 Nr. 50), z. B. durch unehrenhafte Benutzung eines Vergleichs, um den Gegner in der öffentlichen Meinung unmöglich zu machen (RG. in MuW. 21, 18/19), durch Bedrohung mit Bloßstellung in der Presse, falls keine Inserate aufgegeben werden, wozu es allerdings nicht genügt, daß das Blatt gewohnheitsmäßig Personen herabsetze, die ihm keine Annoncen aufgeben (RG. in MuW. 21, 145). Im übrigen gilt alles, was über die Wiederholungsgefahr oben Anm. 13f und über die Widerrechtlichkeit, insbesondere über den Einfluß der Wahrnehmung berechtigter Interessen, oben Anm. 13e Anh. zu § 349 Anm. 34 ausgeführt ist, auch hier. Der Beschädigte ist an Anstrengung der Unterlassungsklage nicht dadurch gehindert, daß er sich selbst an der sittenwidrigen Handlung beteiligt hat, welche zur Grundlage der Unterlassungsklage gemacht ist (Beteiligung an einer Bestechung: RG. in MuW. 21, 18). Der Klageantrag ist auf Zurücknahme der ehr- oder

kreditschädigenden Behauptungen so zu stellen, daß er nicht eine Demütigung, etwa in **Anhang** Form einer Abbitte, enthält (RG. 88, 130), oder auf Aufhebung der zu beanstandenden **zu § 346.** Maßregel zu richten, wie bei Sperrverboten, Aussperrungen, Boykott, womit zugleich der Antrag auf Schadensersatz verbunden werden kann, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind (WarneherMpr. 1916 Nr. 193). Auch die Mitteilung der Aufhebung eines Verbots an die Interessenten kann gefordert werden (RG. 56, 286; WarneherMpr. 1914, Nr. 160 II; 1913 Nr. 449). Hat die Schädigung durch Veröffentlichung stattgefunden, so ist die Wiedergutmachung in gleicher Weise zu veröffentlichen (JWB. 1915, 1424¹ a. E.). Zuständig ist der Gerichtsstand des Tatortes (Anh. zu § 349 Anm. 11).

3. **Unfittlicher Weise begründete Rechte dürfen nicht geltend gemacht werden, weil der** Ann. 14.
von § 826 BGB. gegebene Schadensersatzanspruch in Wiederherstellung des früheren Zustandes besteht. Der Erfassungspflichtige, der auf unfittliche Weise eine vorteilhafte Rechtslage erlangt hat (z. B. der Betrüger: JWB. 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; JWB. 03 Weil. 74¹⁷⁰). Man gelangt auf diesem Wege zu einer Einrede der Arglist (§ 346 Anm. 21), die selbst gegen die Vollstreckung aus einem auf unfittliche Weise erlangten rechtskräftigen Urteil nicht verfaßt ist (oben Anm. 22).

- C. **Die Frage nach der sittlichen Verwerflichkeit einer Handlung ist Rechtsfrage, so daß** Ann. 15.
das Revisionsgericht frei nachzuprüfen hat, ob die erforderlichen Umstände gegeben, und ob diese Umstände vom richtigen Standpunkte aus beurteilt sind (RG. 86, 195; 79, 23; 72, 176; 67, 102; 63, 337; 58, 216; 51, 383; JWB. 1912, 538; 1910, 18; § 346 Anm. 14), wenn auch die tatsächliche Würdigung des Berufsrichters dabei eine Rolle spielt (JWB. 06, 453⁶ u. 456⁸).

D. Praktische Einzelfragen:

1. **Der Bierabnahmevertrag** (Dispeder, Der Bierlieferungsvertrag, München 1914). Der Ann. 16.
Bierabnahmevertrag, der für Bayern in Art. 13 Bayr. AG.BGB. v. 9. Juni 1899, BDBl. Nr. 28, zufolge des Art. 18 GG.BGB. eine besondere Regelung erfahren hat, ist kein Vorvertrag, gerichtet auf den Abschluß einer Reihe selbständiger Bierkäufe, sondern ein Sukzessivlieferungsvertrag (RG. in DZJ. 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 Reallast gegen §§ 8 Nr. 2, 10 GewD. verstoßen (RG. 63, 334; 59, 109). Als Dienstbarkeit läßt sich eine solche Bezugspflicht nicht bestellen, weil ein Tun in Frage stünde 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 (WarneherMpr. 1913 Nr. 219). Zur Sicherung solcher persönlichen Ansprüche (z. B. auf Vertragsstrafe) kann eine Sicherungshypothek rechtswirksam bestellt werden (RG. 63, 390; Art. 18 Bayr. AG.BGB.). Die Bierabnahmeverträge kommen in dieser Form den Bedürfnissen der kleinen Wirte entgegen, die damit ihre Fortdauer sichern und gutes Bier zu angemessenem Preise dauernd erhalten; andererseits sichern sie auch die Stetigkeit des Brauereibetriebs; auf beiden Seiten ist daher Fortdauer des Gewerbebetriebs selbstverständliche Bedingung. Wenn die Brauereien zur Ausgleichung ihrer Gefahr die meist unzulänglichen Sicherheiten häufen, sich durch lästige Klauseln auf mäßige Zeit Vorteile sichern und durch verständige Strafgebilde einen gewissen Zwang ausüben, so ist

Anhang zu § 346.

der Vertrag kein unsittlicher (RDSG. 14, 291; JWB. 06, 419^a u. 456^a); es wird auch dritten Kreditgebern nichts vorgetäuscht (LJ. 1917, 52^a; § 368 Anm. 96a). Ähnlich wie bei den Wettbewerbsverboten (§ 22 Anm. 33) kommt es auf die Zeit des Vertragschlusses (unten Anm. 16b) 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 (BayObLG. 15, 142; Kolmar ElLothJ. 39, 573). Der Bezugszwang darf also nicht zeitlich unbeschränkt 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 (WarneherMpr. 1913 Nr. 219; 1912 Nr. 242; RDSG. 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, oder daß der Wirt unter dem Druck der Darlehenskündigung sich die Lieferung minderwertiger Ware gefallen lassen müsse, sich also tatsächlich nicht vom Bierlieferungsvertrag mit Hilfe positiver Vertragsverletzung befreien kann (Bierflaverei; vgl. RG. 67, 102; Anh. zu § 374 Anm. 195). Unter den Begriff der Bierflaverei fällt es, wenn Brauereien eines Bezirks vertraglich nicht nur gegenseitigen Wettbewerb ausschließen, sondern sich gegenseitig verpflichten, kein Bier an Pächter zu liefern, denen eine der Brauereien die Wirtschaftspacht gekündigt hat; hier greift § 826 BGB. Platz (RG. 93, 19). Weiteres s. Vorbem. vor § 373 Anm. 26 a. E. In den angegebenen Grenzen kann selbst ein Vertrag von 18jähriger Dauer zu Recht bestehen (vgl. RG. 67, 102; JWB. 09, 412⁷; 08, 5² u. 327⁷; 06, 453^a), sogar 20jährige Bindung ist nicht ohne weiteres unsittlich (WarneherMpr. 1913 Nr. 219; LJ. 1919, 1011⁴; WürttRpflJ. 1915, 37). Die Gesamtwirkung aller Umstände kann allerdings selbst bei Bindung auf kürzere Zeit eine unsittliche Knebelung ergeben (RG. 76, 78; 67, 102; JWB. 1910, 62⁵; WarneherMpr. 1912 Nr. 242). 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 (JWB. 06, 735²; BayObLG. im „Recht“ 05, 368); ebenso ist in zu langer Bindung und der dadurch bewirkten Wertminderung des Anwesens noch kein unverhältnismäßiger Vermögensvorteil zu erblicken (RG. in BuchelstJ. 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.; JWB. 1910, 62⁵; oben Anm. 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 Freilassung des ursprünglichen Schuldners in den Bierbezugsvertrag eintreten lassen müssen, und es hat der Wirt, der seine Wirtschaft verkauft, unmittelbar kraft Vertrags dafür einzustehen, daß sein Nachfolger das Bier während der noch laufenden Restzeit weiterbezieht (München DLR. 28, 113; Karlsruhe HabMpr. 03, 222). Es ist keine unwürdige Beengung der persönlichen Freiheit, wenn der Wirt die Auflage eingegangen ist, daß er den Betrieb der Wirtschaft während der Vertragsdauer nicht einstellen darf; denn der Sinn der Auflage kann nur der sein, daß er im Falle der Veräußerung der Wirtschaft dem Nachfolger die Bezugspflicht für die restliche Dauer des Vertrags aufzuerlegen hat. Muß der Wirt aus von ihm nicht zu vertretenden Umständen die Wirtschaft aufgeben, z. B. infolge der Zwangsversteigerung seines Grundstücks (Dresden DLR. 28, 115), 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 (München DLR. 28, 113 will die §§ 323 ff. BGB. anwenden; oben Anm. 2; § 346 Anm. 2; Anh. zu § 374 Anm. 3 u. 49d; § 377 Anm. 39; vgl. § 348 Anm. 10; weitere

Auslegungsfragen [s. § 346 Anm. 2). Was insbesondere die nicht schikanöse Einstellung **Anhang** des Betriebs angeht, so endet die Bezugspflicht dadurch auch dann, wenn eine bestimmte **zu § 346.** Zeitdauer des Bezugs und dazu noch ausgemacht ist, daß der Wirt den Bezug auch seinem Nachfolger auferlegen müsse; denn die Bierbezugspflicht bezweckt Fernhalten der Konkurrenz; anders wird die Auslegung ausfallen, wenn ein Mindestbezugsquantum ausgemacht und dieses durch Strafgebot gesichert ist. Die bloße im Vertrag ausgedrückte Hoffnung des Fortbetriebs hat nichts zu bedeuten; es müßte der Fortbetrieb zur Bedingung erhoben sein. Geht die Brauerei in andere Hände über, so braucht der Wirt kein Bier mehr zu beziehen, wenn das Bier auch nur in den Augen des Publikums nicht mehr das alte ist (JW. 1913, 539²).

Einen anderen rechtlichen Charakter besitzen solche Bierabnahmeverträge, bei denen dem Bezugspflichtigen eine Generalvertretung (Alleinverkaufsrecht für einen bestimmten Bezirk mit Wettbewerbsverbot) übertragen ist; hier liegt kein reiner Kaufvertrag, sondern ein agenturähnliches Verhältnis vor; es 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; „Recht“ 07, 1066²⁶⁴³; vgl. JW. 1919, 309¹⁰), so daß die Unmöglichkeit lohnenden Fortbetriebs zur Auflösung führt (RG. 31, 61; LZ. 09, 551; vgl. WarnererMpr. 1912 Nr. 121; RG. in MuB. 12, 338; weiteres § 92 Anm. 18 u. Vorbem. vor § 373 Anm. 35) 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).

2. Mehrjährige Warenbezugsverträge mit Alleinverkaufsrecht des Bezugsberechtigten, Anm. 16a.

wenn also ein Teil seinen ganzen Bedarf an gewissen Waren allein vom Vertragsgegner beziehen muß oder beziehen darf, ohne daß eine Bezugspflicht besteht, beurteilen sich nach denselben Grundsätzen wie der Bierlieferungsvertrag (LZ. 1911, 224⁸ u. 379¹¹). Mit Warenbezugsverträgen ohne Alleinverkaufsrecht, aber mit Bezugspflicht, verhält es sich ebenso. Solche Verhältnisse können sich ohne ausdrücklichen Vertragsschluß aus der Art langjähriger Geschäftshandhabung herausbilden (MuB. 19, 165). Auch in der Form kommen solche gemischte Verträge vor, daß nur ein Alleinvertretungsrecht mit der Verpflichtung zum Kauf einer größeren Menge der betreffenden Fabrikate eingeräumt wird; auch die Verträge der letzteren Art bilden rechtlich eine Einheit, denn nur mit Rücksicht auf die Alleinvertretung geht der Käufer die Verpflichtung zur Abnahme einer größeren Warenmenge ein. 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 (JW. 07, 105⁵). Es genügt dem Wesen der Sache aber die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Agenten (§ 92 Anm. 18; RG. 95, 166; 65, 37; MuB. 19, 166), so daß ein gewisses Vertrauensverhältnis entsteht, welches persönliche Vertrauenswürdigkeit des Käufers oder Vertreters zur Zeit des Vertragsschlusses voraussetzt, weil seine Tätigkeit, namentlich die Übertretung des im Vertrag oft stillschweigend enthaltenen Wettbewerbsverbotes, sich nicht überwachen läßt. Aber auch dem Verkäufer muß ein gewisses Vertrauen zukommen, wie sich daraus ergibt, daß er in dem geschützten Bezirk nicht hinter dem Rücken des Vertragsgegners Geschäfte machen darf und, wenn er offen solche macht, Rechnung ablegen muß (RG. 92, 203; JW. 1917, 156; vgl. MuB. 19, 165). Verletzung dieses Vertrauens auf der einen oder anderen Seite gibt einen wichtigen Grund zur sofortigen Lösung des Vertrags in entsprechender Anwendung der §§ 626, 723 BGB., § 92 BGB. (RG. 78, 385; 65, 37; JW. 1919, 309¹⁰; WarnererMpr. 1918 Nr. 205). Welche Vorfälle als wichtige Gründe anzusprechen sind, sind vom Richter zu ermitteln und deshalb der Revision entzogen. Die Revision hat nur zu prüfen, ob die Vorfälle einen wichtigen Grund überhaupt abgeben können (RG. 78, 22; JW. 1925, 945¹⁵; 1919, 504). Erhebliche Ehrverletzungen, Feindschaft, ohne Rücksicht auf Verschulden, können einen

**Anhang
zu § 346.**

solchen Grund darstellen (§ 72 Nr. 4; RG. 102, 409; JW. 1925, 945¹⁵); jedenfalls ist er vorhanden, wenn ein gedeihliches Zusammenwirken nicht mehr zu erwarten ist (vgl. RG. 94, 234; LZ. 1920, 893⁷, Anh. zu § 374 Anm. 197a). Dasselbe gilt von Unmöglichkeit der Fortführung des Geschäfts und vom Konkurs, aber nicht von der Stellung unter Geschäftsaufsicht. Auch eine Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums über die Vertrauenswürdigkeit ist möglich (Vorhem. vor § 373 Anm. 39 u. 47); positive Vertragsverletzungen können vorkommen, z. B. durch schlechte Belieferung oder Täuschung der Kundschaft (Anh. zu § 374 Anm. 172 ff.). Veränderte Umstände können zur Lösung führen; dabei kommt auch der Währungsverfall in Anschlag; es sind dann die Vorteile und Nachteile gegeneinander abzuwägen, die sich bis dahin und beim Durchhalten in Zukunft nach Beurteilung eines verständigen Kaufmanns ergeben (LZ. 1921, 381¹⁹). Dann fällt auch ein vereinbartes Wettbewerbsverbot (vgl. JW. 1921, 27⁶). Hat sich ein Teil ein Kündigungsrecht ausbedungen, so muß er dem Gegner Zeit zur Erledigung der im Laufe befindlichen Geschäfte gewähren (RG. 95, 167).

Anm. 16b. 3. Knebelungsverträge. Man versteht darunter die Verträge, welche die persönliche oder wirtschaftliche Freiheit in einer dem sittlichen Empfinden nicht entsprechenden Weise unterbinden und damit auf eine Knebelung hinauslaufen, wenn dazu auch noch das Bewußtsein des objektiven Tatbestands kommt, welcher die Handlung zu einer sittenwidrigen macht (RG. 97, 255; 86, 148; JW. 1912, 133); nicht zum Tatbestand gehört es, daß die Parteien der Unsitlichkeit sich bewußt waren; der Schuldner hat sich vielleicht durch seine bedrängte Lage zum Vertragschluß bestimmen lassen (RG. 99, 109). Grundsätzlich ist ein Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nur dann nichtig, wenn beide Teile gegen die guten Sitten verstoßen haben (oben Anm. 2). Bei Knebelungsverträgen verstößt nur der wirtschaftlich Stärkere gegen die guten Sitten. Hier greift aber die Ausnahme Platz, wonach sich das Rechtsgeschäft nach Gegenstand und Inhalt im Gegensatz zum bloßen Zweck als sittenwidrig darstellt oder ein unsittliches Verhalten der Parteien untereinander in Frage steht (oben Anm. 2). Der Nachdruck liegt darauf, daß der Sittenverstoß durch übermäßige Bindung die Interessen dritter Personen gefährdet (RG. 85, 344; WarnererMpr. 1917 Nr. 194; 1916 Nr. 271; JW. 1912, 457³). Ob eine solche Gefährdung vorliegt, bedarf der eingehenden Würdigung der Gesamtheit aller Umstände des Vertragschlusses; dazu gehören die Bedürfnisse, Anschauungen, Beweggründe (Rettung oder Ausbeutung des Schuldners) und die wirtschaftliche Stärke beider Teile (RG. 86, 148; 80, 221; 78, 263; 75, 74; 63, 350 u. 391; JW. 1916, 476¹). Das ist ein Unterschied von der unsittlichen oder gegen Treu und Glauben verstoßenden Handhabung einer nicht unsittlichen Bindung, wodurch nur der Einrede der Arglist Raum geschaffen wird (§ 346 Anm. 21). Bei der Beurteilung ist zu bedenken, daß jedermann seine Tätigkeit und seine Überlegenheit verwenden darf, um möglichst hohen Gewinn zu erzielen, der Leistung und Gegenleistung in ein Mißverhältnis setzt; erst andere hinzutretende Vorgänge, nämlich eine unzulässige, d. h. von der Rechtsordnung nicht zu duldenbe Beschränkung der Freiheit, machen das Geschäft zu einem unsittlichen (WarnererMpr. 1922 Nr. 47; 1918 Nr. 129; JW. 1919, 443¹; 1921 Nr. 2544). Jedenfalls ist von Knebelung keine Rede, wenn der Schuldner trotz aller dem Gläubiger eingeräumten Vorteile sich doch noch wirtschaftlich ausreichend betätigen kann (WarnererMpr. 1918 Nr. 14; JW. 1916, 476¹). Maßgebender Zeitpunkt für die Gesamtbeurteilung ist der Augenblick des Vertragschlusses (WarnererMpr. 1918 Nr. 223); aber die rückwirkende Beleuchtung von zeitlich früher liegenden Umständen ist nicht ausgeschlossen (WarnererMpr. 1912 Nr. 242); sie kann sogar zur erschöpfenden Abwägung der Vorteile und Nachteile geboten sein. Beispiele mögen zur Veranschaulichung dienen: Von § 138 Abs. 1 BGB. werden getroffen die Herstellung sittenwidriger Abhängigkeit durch Ausnutzung der Notlage des Kredit suchenden (RG. 97, 255; 72, 69 RG. in BantM. 19, 185), die unehrliche Art und Weise, in der die Aussichten auf Gewinn und Verlust durch Druck auf den Schwächeren geordnet sind (WarnererMpr. 1916 Nr. 2), der Zwang, sich blindlings ändern zu unterwerfen

(RG. 83, 382; JW. 1917, 966; Hamburg HanfGz. 1917 §. 77; Gruch. 62, 86), **Anhang zu § 346.** übermäßige Wettbewerbsverbote, übermäßige Beschränkung des Wohnsitzes (Warneher-Mspr. 1915 Nr. 8), Ausnutzung der schwierigen Lage Gesellschaftern gegenüber zur Erlangung unmäßiger Vorteile auf Kosten anderer und der Allgemeinheit (Warneher 1916 Nr. 2), Erzwingung eines Schiedsgerichts, so daß der einen Partei von vornherein die Mehrheit gesichert ist (Warneher-Mspr. 1917 Nr. 194), und unlautere Machenschaften sonstiger Art zur Überwältigung des Schwächeren. Die gewerbliche Freiheit kann unzulässigerweise eingeengt sein, wenn der eine Gesellschafter in unbedingte Abhängigkeit vom andern gebracht und der eine Gesellschafter so jeder Selbständigkeit beraubt wird (RG. 82, 314). Hierher gehört ferner die Kreditsicherung durch Übereignung des ganzen Vermögens unter Belassung des Scheins der Selbständigkeit (§ 368 Anm. 96a), die Lohnsklaverei (GewG. München GewRfmG. 22, 151), der ungerechtfertigte Zwang zum Vertragschluß (unten Anm. 35), die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots unter Ärzten (§ 348 Anm. 3; Vorbem. vor § 373 Anm. 3), die Sicherung von Verträgen durch ehrenwörtliche Bindung (unten Anm. 21; § 348 Anm. 4), durch übermäßige Vertragsstrafen (§ 348 Anm. 25), durch unsittliche Wettbewerbsklauseln (§§ 74, 74a, 76 Abs. 1; Anh. zu § 62; § 348 Anm. 4; vgl. RG. 80, 221); ferner die Bierklaverei (oben Anm. 16; Vorbem. vor § 373 Anm. 26 a. E.); sie kommt, in die Kaufmannswelt übertragen, so vor, daß Warenabnahmeverträge mit Darlehensgewährung abgeschlossen werden; der Lieferant bekommt seinen Abnehmer dadurch in die Hand, daß er das Darlehn kündigt, wenn der Abnehmer nicht alles unbesehen genehmigt; ein solcher Vertrag ist nur dann unsittlich, wenn der Lieferant von vornherein die Absicht hat, mit minderwertiger Ware zu erfüllen und dazu noch wußte, daß der Abnehmer sich gegen Qualitätsmängel wegen der Darlehensschuld nicht zur Wehr setzen werde; immerhin stehen sich hier Vollkaufleute gegenüber, bei denen gewiegtere kaufmännische Überlegung Platz zu greifen pflegt, so daß eine weitherzigere Auffassung als bei Wirten am Plage scheint. Hierher gehört auch der Fall, in dem bei beliebigen Vertragsverletzungen dem Vertragstreuen nur ein Recht auf eine Vertragsstrafe eingeräumt ist (RG. 79, 161). Ferner fällt unter den Begriff der Knebelung die übermäßig lange Bindung, den ganzen Bedarf nur bei einer Personlichkeit zu decken oder nur an diese allein billig zu liefern (JW. 1912, 457; LZ. 1918, 1256; vgl. Warneher-Mspr. 1913 Nr. 187; RG. 79, 160; oben Anm. 16 u. 16a), die unstatthafte Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit eines Arztes durch einen Ärzteverband (Warneher-Mspr. 1915 Nr. 226), unangemessener Mäckerlohn infolge der Not an Kriegsbedarf (RG. 90, 401; hierzu Vorbem. vor § 93 Anm. 12 und 35a). Nicht als Knebelungsvertrag dagegen erscheint es, wenn einem im Niedergang befindlichen Geschäft beigesprungen wird, dann aber dafür scharfe Überwachungsmaßregeln und eine weitgehende Abhängigkeit des Geschäftsinhabers vom Geldgeber vertraglich festgelegt wird (Warneher-Mspr. 1917 Nr. 235; Gruch. 62, 89; vgl. RG. „Recht“ 1917 Nr. 976). Kein Knebelungsvertrag ist es, wenn drückende Bedingungen auferlegt, z. B. Tagespreise berechnet werden (Vorbem. vor § 373 Anm. 28), oder wenn völlige Freiheit der Lieferpflicht oder Lieferzeit oder der Preise vorbehalten (Vorbem. vor § 373 Anm. 22a; Anh. zu § 361 Anm. 17ff.), oder die Haftung für Mängel der Ware oder der Verpackung ausgeschlossen ist (§ 377 Anm. 21). Dadurch, daß der stärkere Teil dem schwächeren auch helfen will, wird die Unsittlichkeit eines Knebelungsvertrags nicht aufgehoben (JW. 1919, 443). Darüber, ob das Recht einseitiger Kündigung oder Verlängerung eines Vertrags gegen die guten Sitten verstößt, entscheiden die Umstände (RG. 91, 330). Was die Dauer der Bindung angeht, gelten die oben Anm. 16 dargestellten Grundsätze. Über die Befreiungsklauseln Gewerbetreibender mit Monopolstellung (§ 346 Anm. 17; unten Anm. 35) sowie über Kartelle und Syndikate (B. v. 2. Nov. 23; RGBl. I 1067) gelten besondere Vorschriften.

Die Folge des Verstoßes gegen die guten Sitten ist die Nichtigkeit. Der ganze Vertrag ist nichtig, wenn ohne die unsittliche Bestimmung der ganze Vertrag nicht so abgeschlossen
 Staub, GGB., 12. u. 13. Aufl. Bd. III. (Koenige.) 5

**Anhang
zu § 346.**

worden wäre (§ 139 BGB.; § 350 Anm. 74); es kann die Lage sich aber auch so gestalten, daß nur die aufgezwungene, gegen die guten Sitten verstoßende Bestimmung wegfällt (unten Anm. 35). Ist zugleich der Tatbestand des § 826 BGB. erfüllt, so ergibt sich auch ein Schadensersatzanspruch.

- Anm. 17. 4. Ein **Schweigevertrag** verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. Meist enthält das auf einen Schweigevertrag hinauslaufende Schweigegebot zwei Seiten: nämlich einmal den ausgesprochenen Zweck eines Darlehns, eines Kaufs, einer Schenkung usw. und dann den versteckten, nicht genannten Zweck der Schweigepflicht. Ist nun der versteckte Zweck der Beweggrund zu dem allein ausgesprochenen, an sich erlaubten Zweck und zugleich unsittlich, so ist das Geschäft, das einen erlaubten Zweck angibt, nichtig; denn das unsittliche Motiv beherrscht den ganzen Vertrag, durch den beide Teile gegen die guten Sitten verstoßen haben; es findet dann § 817 Satz 2 BGB. Anwendung. Oft dreht sich der Schweigevertrag um die Verhinderung der Strafverfolgung. Über das 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 Schonung bei einer behördlichen Vernehmung, 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, z. B. Schutz eines nahen Angehörigen vor den schweren Nachteilen seiner Beurteilung oder Schutz des guten Rufes der Firma, des Hauses, der Familie (RG. 98, 79; 93, 30; 58, 207; Warnerspr. 1909 Nr. 63; Gruch. 53, 685). Der Empfänger des Schweigegeldes handelt unsittlich, wenn er lediglich den Täter der Strafe entziehen will, oder wenn er, um einen Gewinn zu machen, gehandelt hat (vgl. RG. 62, 273), oder zur Ausbeutung einer Zwangslage (RG. 98, 79). 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 dessen Angehörigen schadlos halten läßt und Nichtanzeige verspricht, handelt ebenso wenig unsittlich wie der Versprechende (JW. 09, 487^a); denn, weder das Versprechen noch die Annahme von Schweigegeld ist unsittlich, wenn damit der Versprechende oder Gebende dem Empfänger Schadensersatz gewährt (vgl. RG. 67, 322). Es kommt somit immer auf die besonderen rechtfertigenden Umstände an; davon hängt es ab, ob beiden Teilen, oder nur einem Teil oder keinem Teil Unsittlichkeit vorzuwerfen ist. Danach bemißt sich auch die Anwendung des § 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 Abs. 2 BGB.; vgl. JW. 1912, 35²³); auch die §§ 812 Abs. 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 unsittlichen Charakter hat. Über die Bewilligung eines Schweigegeldes durch Drohung mit Strafanzeige oder Angriffen s. RG. 59, 351; JW. 09, 11²; 07, 5³; 06, 82¹; 05, 134⁶. Es gibt aber noch eine andere Art von Schweigevertrag: wenn nämlich eine Verpflichtung übernommen wird bei einer geschäftlichen Auseinandersetzung unter der Bedingung, daß der Empfänger Stillschweigen beobachte, indem sonst die Verpflichtung hinfällig werde, so ist

mit Bruch des Schweigegebots die auflösende Bedingung eingetreten; der Vertrag ist **Anhang** aufgelöst. Berechtigte Interessen, z. B. Weitergabe an nahe interessierte Verwandte, zu § 346. ein Weitergeben mit der Verpflichtung, nichts verlauten zu lassen, können dagegen Schutz gewähren (RG. in MuB. 19, 166). Ein Schweigevertrag über Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse darf nicht übermäßig (d. h. gegen die guten Sitten) beschränkt sein (RG. bei Gruch. 47, 1002), wie dies der Fall ist, wenn der Schweigevertrag auf Ehrenwort gestellt ist oder unstatthafte Wettbewerbsverbote damit verknüpft sind (RG. 78, 258; 74, 332; 68, 229). Die Schweigepflicht Angestellter über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse während der Dienstzeit schützt der § 17 UnlWG. durch Strafverbot (vgl. § 59 Anm. 38). Über die Schweigepflicht von Auskunftseien und Bankiers s. Anh. zu § 349 Anm. 44.

5. Das **Schmiergeldergewähren und -annehmen** seitens Angestellter zur Bevorzugung Anm. 18. der Konkurrenz ist unter doppeltem Gesichtspunkt zu betrachten, nämlich einmal vom UnlWG. und dann von den allgemeinen Bestimmungen des BGB. aus; nicht hierher gehören also die vom Geschäftsherrn einem Angestellten bewilligten Sonder Vorteile (WarneherRspr. 1909 Nr. 62; § 59 Anm. 34).
- a) Die Sonderbestimmung des § 13 UnlWG. gewährt einen Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz, der eine weitere Stütze in § 1 UnlWG. erhält (§ 59 Anm. 46). Auch ein Anspruch auf Herausgabe des Empfangenen besteht zu Recht (§ 59 Anm. 46). Außerdem behandelt es § 12 UnlWG. als ein Antragsvergehen, daß 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 einen Dritten zu erlangen (auch hierüber s. § 59 Anm. 46). Der § 12 UnlWG. beherrscht danach nur das beschränkte Gebiet geschäftlichen Betriebes; er wurde deshalb s. Zt. ergänzt durch § 3 KriegsOrg. Bd. bezüglich der Bestechlichkeit nicht beamteter Angestellter in nicht-geschäftlichen Betrieben (vgl. RGSt. 55, 33; 49, 133; MuB. 21, 101). Für § 12 UnlWG. ist nicht einmal eine Verletzung der Treupflicht nötig; es genügt schon die Versuchung des Angestellten (RGSt. 48, 291; JW. 1921, 338¹²). Für Agenten s. § 84 Anm. 16 b. Im übrigen gelten die in § 14 Anm. 2 angeführten Verordnungen, wie in § 59 Anm. 46 gesagt ist. Das Empfangene oder dessen Wert muß im Urteil dem Empfänger gegenüber, dem Geber gegenüber, wenn er das Bestechungsgeld zurückerhalten hat, als dem Staate verfallen erklärt werden (RG. in MuB. 19, 205). 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 Betriebes, dessen Angestellter oder Beauftragter gegen § 12 UnlWG. sich in Ausübung dieses Betriebes 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 vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß gegen § 12 UnlWG. geschädigt hat (§ 13 UnlWG.).
- b) Die allgemeinen Vorschriften des BGB. gelten neben denen des UnlWG. und konkurrierend mit diesen, soweit nicht deren Tatbestand als der eines Sondergesetzes erfüllt ist (WarneherRspr. 1909 Nr. 452). Das Annehmen und Sichversprechenlassen von Schmiergeldern (heimlichen Provisionen u. dgl.) seitens eines Angestellten bedeutet zunächst

**Anhang
zu § 346.**

eine positive Vertragsverletzung (R. 1911, 927¹⁷), und gibt dem Geschäftsherrn einen wichtigen Grund zu sofortiger Entlassung (vgl. R. 77, 98). Der Angestellte oder Bevollmächtigte darf keine von dem Vertragsgegner des Geschäftsherrn ihm angebotenen Sonder Vorteile annehmen, die in seiner Geschäftsbeforgung ihre eigentliche Ursache haben; mögen sie auch nur für gehörige Ausführung gewährt werden (R. 96, 55; WarnerherRspr. 1909 Nr. 481). Ein solches Verhalten ist nicht allein vertragswidrig, sondern auch sittenwidrig, und hat die Pflicht der Herausgabe an den Geschäftsherrn zur Folge (§ 667 BGB.; R. 99, 34), ohne daß sich der Angestellte damit verteidigen könnte, daß der Geschäftsherr das Geschäft nicht so günstig zustande gebracht oder erledigt hätte. Es ist also nicht nötig, daß die Vorteile zur Erhaltung der Kundschaft oder zur Erlangung eines Vorzugs dienen sollten. Nur wenn es sich um einen persönlichen Erwerb oder um ein persönliches Geschenk handelt, das zum Zustandekommen des Geschäfts oder zu dessen Abwicklung in keiner Beziehung steht, verhält es sich anders, mag auch die Zuwendung aus Anlaß oder bei Gelegenheit der Geschäftsbeforgung geschehen sein (R. 99, 33; 55, 91), z. B. wenn der Angestellte vom Vertragsgegner Vergütung für einen neuen Gedanken erhalten hat, der dessen freies geistiges Eigentum war (RuB. 19, 147), oder wenn kraft besonderer Umstände eine stillschweigende Einwilligung des Geschäftsherrn anzunehmen ist (WarnerherRspr. 1915 Nr. 168). Liegt eine solche Ausnahme nicht vor, so gebühren alle Geschenke und Extraprovisionen, die der Angestellte wegen eines Geschäftsabchlusses von einem Dritten erhält, dem Geschäftsherrn, mögen sie auch nicht vor dem Abschlusse des Geschäfts versprochen sondern erst hinterher nach völliger Abwicklung des Geschäfts aus freien Stücken bewilligt worden sein. Zuwendungen sind also nicht schon dann frei, wenn sie dem Beauftragten persönlich gemacht sind und mit der Geschäftsbeforgung nur in äußerlichem Zusammenhange stehen (a. M. Vertmann § 667 Anm. 1 c; ders. Arbeitsvertragsrecht 179; Staubinger § 667 Anm. 1 b, welcher letzterer für seine Ansicht unseren § 59 Anm. 46 anzieht, der aber nur von der Sondervorschrift des § 12 UnlB.G. handelt). Der Angestellte, der sich einer unerlaubten Handlung nach § 826 BGB. schuldig gemacht hat, haftet auch für Schadensersatz; aber Auskunft oder Rechenschaft über die Höhe des Empfangenen braucht er nicht zu geben, weil niemand selbst das Material zu einer von ihm begangenen unerlaubten Handlung zu beschaffen hat; § 667 BGB. findet keine Anwendung (R. in RuB. 19, 147). Schmiergelder können nicht als Geschäftsauslagen in Anlaß gebracht werden (R. 50, 413). Keine Schmiergelder sind kleine Gelegenheitsgeschenke, Weihnachtsgratifikationen und Trinkgelder, die einen harmlosen Charakter haben, in dem zu unterstellenden Einverständnis des Geschäftsinhabers nach den Anschauungen redlichen Verkehrs zur Förderung des Umsatzes oder zur glatteren Geschäftsabwicklung gegeben werden und keine Bevorzugung des Gebers bezwecken. Denn nicht jedes Geschenk, das ein Lieferant den Angestellten seines Kunden macht, kann unter den Begriff der Unsittlichkeit eingereiht werden. Auf landesübliche Trinkgelder hohen Betrags ist bei gewissen Auslandsgeschäften Rücksicht zu nehmen, wenn sie in diesem Lande nicht als anstößig gelten (J. 1920, 138³). Wohl aber sind immer anstößig Kommissions- wie Provisions-, Skonto- und Rabattbewilligungen an Angestellte oder Dienstboten, um die Kundschaft zu erhalten oder anzuloden, und regelmäßig auch dann, wenn der Geschäftsinhaber die Annahme jeder Gratifikation untersagt hat (R. 3. UnlB.G. v. 09 S. 28 ff. u. 63 ff.; R. Prot. dazu S. 2508; R. 48, 251; J. 1911, 38¹⁸). Unsittlich ist auch die Beeinflussung eines Angestellten der Konkurrenz zum Zweck der Empfehlung oder Anpreisung der eigenen Ware, wobei übrigens sowohl § 12 UnlB.G. als auch § 138 Abs. 1 BGB. und § 826 BGB. zusammen treffen (R. 48, 29; 26, 194; J. 1921, 338¹²). — Der durch Schmiergelder zustande gekommene Vertrag ist nicht ohne weiteres nichtig wegen Verstößes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB.). Daß der Vermittler eines Geschäfts einen Teil seiner Provision zu Schmiergeldern verwendet, berührt seinen Auftraggeber nicht, wenn dieser die Absicht des Vermittlers nicht gekannt hat; erfährt der Auftraggeber die Sachlage nach Zustandekommen des Geschäfts, so braucht er die Provision

insoweit nicht zu zählen (RG. 99, 157; 96, 237; MuB. 21, 99). Der Abschluß, der durch **Anhang** Bestechung von Angestellten bewirkt wurde, kann zwar nicht wegen Irrtums über die **zu § 346.** persönlichen Eigenschaften des Gegners, der sich zu solchen Machenschaften herbeigelassen hat (§ 119 Abs. 2 BGB.), angefochten werden, weil die Sicherheit der Vertragserfüllung durch die Immoral des Gegners nicht gefährdet ist (Vorber. vor § 373 Anm. 39 u. 47); wohl aber ist eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gegeben, weil der Vertrag bei Kenntnis der Bestechung nicht so zustande gekommen wäre (§ 123 Abs. 2 BGB.; RG. 107, 211). Im übrigen ist die Frage noch nicht geklärt, ob bei Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. zum Begriff der Unsitlichkeit eine Benachteiligung des Geschäftsherrn des geschmierten Angestellten gehört. Die Berufung auf § 826 BGB. setzt allerdings eine Schädigung voraus (oben Anm. 11). Will man dieses Tatbestandsmerkmal auf § 138 Abs. 1 BGB. übertragen, wie dies RG. 107, 210; 86, 146 tut (zweifelnd RG. in MuB. 23, 102), so ist das durch Bestechung zustande gekommene Geschäft nicht unsittlich, wenn das Geschäft ein glänzendes war, oder auch nur kein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorhanden, also nicht unbillig ist. Dagegen läßt sich ins Feld führen, daß das Geschäft noch glänzender ausgefallen wäre ohne Bestechung. Denn der Verkäufer macht die Ausgabe nur, um sie dem Käufer auf den Kaufpreis zu schlagen. Dieser Gesichtspunkt weist auf den Mittelweg hin, daß nach der Beweisregel vom ersten Anschein (Prima-facie-Beweis; § 377 Anm. 127a) von der tatsächlichen Vermutung der Schädigung des Geschäftsherrn auszugehen ist; diese Vermutung mag der widerlegen, welcher sich auf die Gültigkeit des Geschäfts beruft. Daran ist dann noch die Einschränkung zu machen, daß ohne Rücksicht auf eine Schädigung des Geschäftsherrn ein Geschäft sittenwidrig ist, sobald der Vertreter des Geschäftsherrn der Bestochene war; denn dann liegt ein komplottmäßiges sittenwidriges Zusammenwirken vor, ohne Rücksicht darauf, ob der Geschäftsherr einen ausreichenden Betrag erhalten hat (vgl. RG. in MuB. 23, 101). Die Verjährungsfrist für die Pflicht zur Herausgabe des Empfangenen richtet sich gemäß §§ 665, 675 BGB. nach § 195 BGB., nicht nach § 241 Abs. 5 BGB., wenn der Geschmierte Vorstand einer AG. ist; findet § 826 BGB. wegen eines Schadensersatzes Anwendung, so greift für die Verjährung § 852 BGB. Platz (vgl. RG. 96, 55).

6. Das **Abhalten vom Mit- oder Überbieten** bei öffentlichen Versteigerungen ist nur **Anm. 19.** dann unsittlich, wenn besondere Umstände (Täuschungsabsicht, Vereinbarung ohne Rücksicht auf die Angemessenheit des Mindestgebots) dem Vertrag einen unsittlichen Charakter verleihen (RG. 60, 273; 58, 393; JW. 1915, 1257; 1911, 642⁵; 08, 296²; LZ. 1918, 687). Es ist demnach nicht zu beanstanden, wenn ein Kaufliebhaber sich vom Bieten durch das Versprechen abhalten läßt, daß ihm der Ersteigerer einen Teil des Erwerbs zu einem bestimmten Preis ablasse. Das Aufstellen von Scheinbietern, um den Zuschlag sich zu sichern, ist unsittlich (vgl. RG. 53, 158). 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 (RG. bei Gruch. 59, 350). Ein solches Abkommen wird aber sittenwidrig, wenn bei einer Zwangsversteigerung der Gegenstand einem Bieter unter dem Wert zugespielt werden soll (RG. 58, 393; 18, 22; JW. 07, 201). Das „**Rippemachen**“, d. h. die Vereinbarung von Steigerungslustigen, daß einer von ihnen auf seinen Namen, aber für gemeinsame Rechnung, den Zuschlag erwirbt, ist an sich erlaubt. Wer Rippemachen behauptet, hat nicht nur seine Behauptung, sondern noch weiter zu beweisen, wie nun die Teilung gemeint war. „Rippe zu ein Halb“, „zu einem Drittel“ besagt, daß das Ersteigerte halbiert oder gedrittelt werden soll. Fehlt es an einer Einigung, so kommen die Grundsätze über Gemeinschaft im Vergleich mit denen über eine Gesellschaft zur Anwendung. Es bleibt dann aber immer noch die Frage offen, ob das Ersteigerte gleichmäßig oder im Verhältnis zu den Zuschüssen aufzuteilen oder das Ersteigerte wieder unter den Rippemachern oder im freien Verkauf versteigert werden soll. Setzt sich der Ersteigerer über die Vereinbarung des Rippe-

**Anhang
zu § 346.**

machens hinweg, indem er die Sache eigenmächtig weiterverkauft, so macht er sich schadensersatzpflichtig wegen Verletzung einer Vertragspflicht; ein Bereicherungsanspruch besteht nicht; denn es ist dem Vermögen der anderen nichts entzogen, sondern es ist die Einräumung eines Anspruchs vorenthalten, d. h. eine Verbindlichkeit nicht erfüllt; auch die Grundsätze über die Auseinanderlegung einer Gesellschaft (§§ 713, 667 BGB.) versagen hier. Wer den Auftrag angenommen hat, das *Meistgebot* zu stellen und dieses seinem Auftraggeber abzutreten, muß, wenn er dem Auftrag zuwider sich in eigenem Namen den Zuschlag erteilen läßt, daß, was er aus dieser Geschäftsbeforgung erlangt hat, seinem Auftraggeber übertragen (§ 667 BGB.); er macht sich auch schadensersatzpflichtig, weil er selbst den Eintritt der Unmöglichkeit herbeigeführt hat (§§ 249, 325 BGB.). Geheimhaltungspflicht derartiger Abkommen kann nicht zur Begründung der Sittenwidrigkeit verwendet werden (WarneherMpr. 1909 Nr. 341). Hat ein Steigerungslustiger sich vom Mitbieten abhalten lassen, weil ihm als Hypothekengläubiger vom Steigerer Schadloshaltung zugesichert oder die Unterlassung der gefürchteten Errichtung eines Konkurrenzgeschäfts auf dem Grundstück versprochen wurde (RG. 32, 258; JW. 93, 207⁴⁸ u. 250⁴²), oder soll ein Steigerungsliebhaber steigern, um den Gegenstand dann unter die übrigen zu verteilen (RG. 30, 304; JW. 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 verteilen (RG. 58, 399; JW. 05, 682³; 07, 201⁵; SeuffA. 62, 274). Es kommt also in jedem einzelnen Falle (auch im Falle des „Rippemachens“) auf die Beschaffenheit und den Zweck der Vereinbarung an (RG. 18, 219; 30, 304; DLZ. 5, 142); jedoch hat die Rechtsprechung, welche den Ton auf die Erlangung angemessener Preise legte, eine Einschränkung erfahren (hierüber folgende Anm.). Nach § 270 PrStGB. macht sich strafbar, wer einen anderen vom Mitbieten bei öffentlichen Versteigerungen durch Zwang oder Zusage oder Gewährung von Vorteilen abhält; dieser § 270 steht noch in Kraft (RG. 51, 401; RGSt. 35, 393; 27, 106; JW. 1911, 291³⁴); ebenso wie die ähnliche Bestimmung des Art. 381 Hess. Polizeistrafgesetz v. 30. 10. 55 (RGBl. 71 Anl. zu Nr. 35; RGSt. 37, 139; 10, 221). Die diesen Strafvorschriften zuwider getroffenen Abreden sind jedoch nicht nach § 134 BGB. nichtig. Denn es bedroht § 270 PrStGB. nur den Abhaltenden mit Strafe, während nach § 134 BGB. das ganze Rechtsgeschäft als solches verboten sein müßte (RG. 60, 273; JW. 08, 296²; Warneher 1912 Nr. 368; RG. im „Recht“ 1915 Nr. 2431). Insofern sind diese Gesetze Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. (vgl. LZ. 1912, 72³¹).

- Anm. 20.** 7. Bei **Ausschreibungen** (Submissionen) gelten ähnliche Grundsätze wie beim Abhalten vom Mitbieten oder Überbieten bei öffentlichen Versteigerungen (oben Anm. 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. RG. 66, 223); sie machen dann ein Gebot auf gemeinschaftliche Rechnung. Eine Vereinbarung ist nicht unfittlich, 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. Dieselbe Vereinbarung ist aber unfittlich, wenn sie bezweckt, durch Ausschaltung des Wettbewerbs dem übermäßig hohen Mindestgebot den Zuschlag zu verschaffen und den Gewinn zu teilen (RG. 58, 218; JW. 08, 296²; BayObLG. in SeuffA. 65, 93). Dagegen ist es unfittlich, wenn eine Vereinbarung in der Weise getroffen wird, daß nicht ein Schutz gegen sachlich ungerechtfertigtes Unterbieten, sondern unangemessener Gewinn erzielt werden soll (JW. 1913, 734²; 1911, 642; 08, 296; Goldheim 20, 194), oder wenn nur einer bietet, um der ausschreibenden Behörde gegenüber den irrigen Glauben zu erwecken, es sei kein Wettbewerb vorhanden und der gestellte Preis angemessen (RG. in ElzLothJ. 17, 139; Kiel SeuffA. 64, 135; BayObLG. in SeuffA. 65, 93). Das Cha-

charakteristische ist hier die unreelle Erzielung ungebührlichen Gewinnes; in solchen Fällen **Anhang**
 findet § 270 PrStGB. (oben Anm. 19) auch auf das Abhalten vom Bieten bei Aus- **zu § 346.**
 schreibungen Anwendung (RGSt. 35, 392; JW. 08, 296²). In den bezeichneten Grenzen
 sind auch Submissionsartelle, d. h. Vereinigungen Gewerbetreibender zum Zwecke des
 gegenseitigen Schutzes bei öffentlichen Verdingungen, um angemessene Preise zu er-
 zielen, zulässig; es ist also das Versprechen, ein derart höheres Gebot zu stellen, damit
 der Gegenpartei als dem weniger Verlangenden der Zuschlag erteilt werde, in diesen
 Grenzen zulässig (Jog. Schutzabkommen; JW. 1913, 734²; 1911, 642). Wie oben und in
 Anm. 19 hervorgehoben, nahm die Rechtsprechung an, es könnten Schutzabkommen nicht
 beanstandet werden, wenn doch angemessene Preise erzielt seien; die Folge wäre demnach,
 daß die Beteiligten den so erzielten Gewinn unter sich teilen könnten, ohne einem
 Einwand zu begegnen (Hamburg HansGZ. 1915 Beibl. 44). Dieser Grundsatz bedarf
 jedoch der Einschränkung: Hat bei einem Schutzabkommen der Niedrigstbietende, dem
 also der Zuschlag gewiß ist, an seine Genossen z. B. 20000 M. herauszuzahlen, so ist der
 Ausschreibende in den Irrtum versetzt, daß das niedrigste Gebot angemessen sei; ob das
 Gebot in der Tat angemessen war, ist dann nicht ausschlaggebend. Der Zuschlag ist auf
 unsittliche Weise erlangt durch planmäßige Irreführung des Ausschreibenden (JW. 1920,
 431¹; 1914, 976¹; LZ. 1916, 687). Wenn man Submissionsartellen einmal Existenzberech-
 tigung gegen Schleuderwesen zugesteht, kann man nicht vorbehaltlos (mit Rosenthal
 JW. 1920, 431¹; LZ. 1915, 878) das Vortäuschen eines wirklichen Wettbewerbs zum
 Merkmal der Sittenwidrigkeit erheben. Ein Abkommen dahin, daß der Ausbietende
 zum Zweck der Unterbietung nicht nur die künftigen Angebote anderer Lieferanten, sondern
 auch deren Namen mitzuteilen habe, ist so untaufmännisch und widerfönnig, daß es keine
 Erfüllungsklage, sondern nur eine Schadenserzäpfpflicht wegen Nichterfüllung geben kann.
 Ein Schutzabkommen dahin, daß der eine Bewerber durch Einreichung eines höheren An-
 gebots dem Unterbietenden den Zuschlag sichern soll, um dann seinerseits bei einer un-
 bestimmten anderen Ausschreibung von dem Gegner durch Überbieten ebenso geschützt
 zu werden, ist wegen Unbestimmtheit von Leistung und Gegenleistung kein klagbarer
 Vertrag. Wenn aber ein solches Abkommen nicht bezweckt, zur Durchsetzung unangemessener
 Preise den Verdingenden zu täuschen, also Unsittlichkeit nicht vorliegt, und wenn nun
 eine Partei auf Grund des Abkommens das Preisangebot der anderen kennenlernt, und
 sie unter Mißbrauch der vertraulichen Mitteilung unterbietet und den Zuschlag erhält,
 anstatt, wie verabredet, zu überbieten (zu schützen), so entsteht Haftbarkeit nach § 826
 BGB. (WarneherMpr. 1913 Nr. 397). Diese Haftbarkeit kann von dem Belangten,
 der das Vertrauen verletzt hat, durch den Beweis abgewendet werden, daß der Gegner
 sittenwidrig verfahren sei, also ein Schleuderangebot eingereicht habe; er macht dann
 allerdings noch mehr ein Schleuderangebot; jedoch § 817 Satz 2 BGB. Ebenso macht
 sich der Ausschreibende, der das Muster eines Wettbewerbs einem Mitbewerber zum Zweck
 der Unterbietung zugänglich macht, nach § 603 BGB. und, wenn das Muster eine schutz-
 fähige Erfindung darstellte und der Ausschreibende mit dem Bewußtsein der Schädigung
 des ersten Wettbewerbers gehandelt hat, auch nach § 826 BGB. schadenserzäpfpflichtig (RG.
 83, 37). Endlich ist das Zusammenwirken eines Lieferanten mit einem Mäkler unsittlich,
 wenn der Mäkler als Vertreter des Lieferanten sich ausgeben soll, damit diesem Liefe-
 rungen bei einer Ausschreibung des Staates verschafft werden, die den Ausschluß von
 Vermittlern ausdrücklich zur Bedingung gemacht hatte, um die Angebote zu verbilligen
 (WarneherMpr. 1919 Nr. 106; dazu Vorbem. vor § 93 Anm. 35 a). Insbesondere
 begründet es Haftbarkeit nach § 826 BGB., wenn ein Fabrikant gegen das
 Versprechen einer Gewinnbeteiligung einen Angestellten des Ausschreibenden mit
 Erfolg bestimmt, seinen Einfluß zur Zurückdrängung anderer Wettbewerber zu miß-
 brauchen (RG. 95, 54). Aufklärungen über stattgehabte Vorarbeiten braucht der
 Ausschreibende den Wettbewerbern nicht zu geben; er ist daher auch nicht haftbar, wenn
 die Vorarbeiten ergeben haben, daß zu den ausgeschriebenen Ansätzen die Arbeiten

**Anhang
zu § 346.**

nicht ausgeführt werden können; es liegt keine Culpā in contrahendo vor (§ 347 Anm. 2); denn jeder Bewerber weiß, daß er auf seine Gefahr die Prüfung vorzunehmen hat (vgl. *JW.* 1916, 115²). Hat der Bewerber, dem der Zuschlag erteilt worden ist, aber Aufklärung über die Vorarbeiten erhalten, und war diese Aufklärung fahrlässig falsch erteilt, so haftet der Ausschreibende für eigenes Verschulden nach § 276 *BGB.* und für das seiner Erfüllungsgehilfen nach § 278 *BGB.* (*RG.* 95, 60; *JW.* 1915, 240⁵; § 347 Anm. 2). Auf einem anderen Gebiete liegt der zulässige Vertrag, daß einer von mehreren Mitspielern das Alleinrecht habe, auf ein gewisses Los zu bieten (*JW.* 1915, 1258²).

Anm. 21. 8. Weitere Einzelheiten.

- a) Die Arglistenrede ist in § 346 Anm. 21 ff. und in § 350 Anm. 81, soweit sie die Versäumnung von Formvorschriften zum Gegenstand hat, behandelt; sie ist aus Treu und Glauben leichter zu begründen als aus § 826 *BGB.*, welche letztere Bestimmung den Vorteil bietet, daß ein Anspruch auf Schadenersatz möglich ist; ein Schadenersatzanspruch läßt sich übrigens unter Umständen auch aus § 276 *BGB.* herleiten, wenn ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen in Betracht kommt (§ 347 Anm. 2). Arglistig oder sittenwidrig handelt nicht ohne weiteres, wer zu Mißbrauch seiner Unterschrift schweigt (§ 346 Anm. 1; § 350 Anm. 56 a. E.; Vorbem. vor § 373 Anm. 64d). Arglistige Verleitung zum Vertragschluß durch Täuschung, Irrtumserrregung oder Unterhaltung oder durch Drohung macht den Vertrag noch nicht zu einem sittenwidrigen; grundsätzlich findet nur die Anfechtung wegen Willensmängeln statt (*RG.* 74, 226; 72, 217; 69, 145; *WarneherMpr.* 1918 Nr. 172; 1917 Nr. 234; *JW.* 1913, 1144²). Wenn aber noch weitere Umstände hinzukommen, welche die Sittenwidrigkeit in sich schließen, greifen sowohl § 138 Abs. 1 *BGB.* als auch § 826 *BGB.* Platz; diese Umstände müssen so beschaffen sein, daß der Gesamtcharakter des Geschäfts sittenwidrig wird (*RG.* 63, 268; *WarneherMpr.* 1917 Nr. 234; 09 Nr. 62; 1911 Nr. 31). Diese Voraussetzung liegt vor, wenn durch Vertragsschluß ungebührliche Vorteile durch sittenwidrige Ausnützung des besonders schwachen Gegners erlangt werden sollen, z. B. wenn der Gegner geisteschwach ist (*RG.* 72, 68; 67, 393; *JW.* 1913, 392²; *WarneherMpr.* 1918 Nr. 49; 1908 Nr. 119), wenn der ungewandte Gegner sich im Irrtum befindet (*Warneher* 1918 Nr. 49; 1917 Nr. 234; 1909 Nr. 183), von Furcht (*JW.* 1910, 142¹) oder durch eine Notlage schwer bedrückt ist (*Warneher* 1917 Nr. 194; *JW.* 1916, 114); ferner Verleitung eines Unerfahrenen zum Börsenspiel (*WarneherMpr.* 1918 Nr. 208; 1916 Nr. 277), Wachsenschäften von Unternehmerverbänden, die durch Irreführung das Publikum zu Abschlüssen mit übermäßigen Preisen bringen (*JW.* 1914, 976¹; 1913, 734²). Aber wenn es sich auch nicht um besonders schwache Gegner handelt, so verfährt doch immer der sittenwidrig, der durch Täuschungsmittel, also durch Vorspiegelung falscher Tatsachen, einen anderen zum Abschluß eines Vertrags bringt, den dieser bei Kenntnis der Wahrheit nicht eingegangen wäre (*Warneher* 1918 Nr. 181; *JW.* 1912, 536¹⁵; 06, 60¹²; *Gruch.* 50, 968). Wer dem Verkäufer erdichtete Angebote vorlegt, um billiger einzukaufen (*Warneher* 1916 Nr. 77), wer sich durch Täuschung über den Verwendungszweck Ware verschafft, die er sonst nicht erhalten hätte (*RG.* 63, 394; *RG.* 1924, 736²; Anfechtung; *Warneher* 1910 Nr. 183), verfehlt sich ebenso gegen § 826 *BGB.* wie derjenige, der durch wissentlich unwahre Zusicherungen einen Irrtum erregt, um abzuschließen (*Warneher* 1918 Nr. 181; *JW.* 1912, 536¹⁵), oder der, der schweigend den Irrtum des Gegners ausnützt (Vorbem. vor § 373 Anm. 23), oder da, wo er nach dem Sittengesetz reden müßte, für den Gegner entscheidende Tatsachen arglistig verschweigt (*RG.* 91, 80; 77, 309; *WarneherMpr.* 1919 Nr. 168; *JW.* 1911, 575⁷; *RG.* 1917, 1071¹; § 377 Anm. 138 ff., 149 b ff.). Es findet dann neben der Anfechtung auch § 826 *BGB.* Anwendung (§ 377 Anm. 177 b). Über den Eingriff in Vertragsrechte und über die Verleitung zum Vertragsbruch Anh. zu § 377; über den mehrfachen Verkauf derselben Sache insbesondere Vorbem. vor § 373 Anm. 60. Über den Zwang zum Vertragschluß unten Anm. 35 f.

b) Die ehrenwörtliche Bindung für Geldinteressen ist immer unsittlich (RG. 82, 224); **Anhang** insbesondere gilt dies von der Verpfändung des Ehrenworts für die Einhaltung von Wett- **zu § 346.** bewerbverboten (§ 74 a Anm. 12; § 22 Anm. 34), für die Bewahrung von Geschäftsgeheim- **Anm. 22.** nissen, für die Beobachtung dienstlicher Obliegenheiten (RG. 78, 264; 74, 332; 68, 228). Zu unterscheiden davon ist die bloße Verstärkung einer bereits bestehenden Rechtsverbindlichkeit, indem die eingegangene vermögensrechtliche Verbindlichkeit als Ehrenschild bezeichnet wird; diese Befristung ist gültig, wenn die Inanspruchnahme der Ehre nicht auf sittenwidrige Art erreicht wurde (RG. in RuW. 19, 166). Daß die Erfüllung einer Schuld zur Ehrensache erklärt wird, ist völlig unversänglich. Ist die ehrenwörtliche Verpflichtung für Vermögensinteressen danach nichtig, so ergreift die Nichtigkeit den ganzen Vertrag nach § 139 BGB., auch das Strafversprechen (§ 348 Anm. 4), wenn sich nicht die ehrenwörtliche Verpflichtung abtrennen läßt, also selbständige Bedeutung hat; das ist Tatfrage (RG. 87, 9; 74, 334; WarnererMpr. 1915 Nr. 226 u. 227; 1914 Nr. 178). Dies trifft z. B. zu, wenn der, dem das Ehrenwort gegeben wurde, sich ohne weiteres zur Streichung des Ehrenwortes erbietet, oder wenn das Ehrenwort unaufgefordert aus freier Entschlie-ßung gegeben ist; dann steht fest, daß der Vertrag auch ohne ehrenwörtliche Verpflichtung ebenso abgeschlossen worden wäre (§ 139 BGB.). Auf einem anderen Gebiete liegt die Verpfändung des Ehrenwortes zum Schutze besonders wichtiger Interessen, bei denen die Ausübung eines Gewissenszwangs gerechtfertigt erscheint und nichts Anstößiges hat, wie zur Sicherung idealer Güter, z. B. zur Vorbeugung gegen ehrlose Handlungen (RG. 78, 263).

Scheingeschäfte (§ 117 BGB.) zur Benachteiligung Dritter unterliegen nicht nur **Anm. 23.** der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung nach dem Anfechtungsgezet und rechtfertigen die Einrede der Arglist (§ 346 Anm. 21), sondern sie können auch unerlaubte Handlungen mit den Folgen der §§ 823, 826 BGB. darstellen. Letzteres trifft z. B. zu, wenn eine Hypothek zum Schein erworben ist, um eine Verpflichtung des Hypothekengläubigers zur Einräumung eines Vorrangs zu vereiteln (RG. 95, 162), bei einer Scheinabtretung (RG. 90, 279), bei Errichtung einer Scheinfirma zur Herauslösung von Angeboten, die sonst nicht zu bekommen wären (Hamburg HansGz. 23, Beibl. 100). Die Frage, ob ein Scheingeschäft vorliegt oder nicht, kann, wegen des Wegfalls des § 286 ZPO. für die Revisionsinstanz, nicht mehr an das Reichsgericht kommen (§ 347 Anm. 15). Verdeckte oder verschleierte Geschäfte sind ernstlich gemeinte Rechtshandlungen, also keine Scheingeschäfte, sie haben nur eine den wirklichen Willen verdeckende Fassung zur Irreführung Dritter erhalten. Bezweckt eine solche Verschleierung Steuerhinterziehung, so ist der Vertrag jedenfalls dann nicht wegen Unsittlichkeit nichtig, wenn der Kaufpreis in einem Grundstücksverkauf zu niedrig angegeben ist (§ 350 Anm. 26). Diese Ausnahme ist zugelassen, um eine Heilung zu ermöglichen (§ 350 Anm. 84 ff.). Diese Ausnahme läßt also nicht den Schluß zu, daß (verschleierte) Zoll- oder Steuerhinterziehungen nicht unsittlich seien (vgl. JW. 1921, 624^a).

c) Verbotene Geschäfte (§§ 134, 135, 136 BGB.). Gesetzlich verbotene Geschäfte sind **Anm. 24.** nichtig, wenn sich nicht ein anderes aus dem Gesetze ergibt (§ 134 BGB.). Die Nichtigkeit tritt stets ein, wenn sich das Verbot gegen beide Teile gleichmäßig richtet und sowohl das Erwerbsgeschäft selbst wie den Erwerb untersagt (RG. 78, 353; 60, 276). Diese Absicht des Gesetzes ist namentlich dann anzunehmen, wenn die Interessen der Allgemeinheit geschützt werden sollen; dann genügt schon objektive Verletzung zur Nichtigkeit ohne Rücksicht auf subjektives Verschulden und ohne Rücksicht darauf, ob es zum Erfüllungsgeschäft gekommen ist. Den Gegensatz bilden Verbote, die nur die Interessen des einen Teils zu wahren bestimmt sind; ein Beispiel oben Anm. 19, das von grundsätzlicher Bedeutung ist. Bei minderwichtigen Verboten, namentlich bei Zuwiderhandlungen gegen Polizei-, Fischerei- und Jagdgesetze wie gegen bloße Ordnungsvorschriften, will das Gesetz oft nicht die Nichtigkeit; dann ist ein die Zuwiderhandlung bezweckender Vertrag auch nicht un-

Anhang
zu § 346.

fittlich (RG. 96, 244; 77, 229; 60, 276; 6, 169); es ist hier an Zuwiderhandlungen zu denken gegen § 241 RD. (RG. 66, 229), gegen § 288 StGB. (RG. 60, 276; 6, 169), gegen § 270 PreußStGB. (RG. 60, 64 oben Anm. 19, der übrigens ein Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB. darstellt; ZB. 1912, 44⁴², 525²), gegen §§ 253, 263, 301, 302 StGB. (RG. 60, 275), gegen behördliche (RG. DZGR. 28, 140) oder gesetzliche Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 BGB. (WarneherRspr. 1920 Nr. 10), gegen §§ 33, 147 Nr. 1 GewD. (nicht § 146a GewD.; RG. 91, 239; 87, 137), gegen die Höchstpreis- und Preiswucherverordnung (RG. 89, 196; 88, 250; WarneherRspr. 1918 Nr. 129; 1922 Nr. 113), gegen Richtpreise (RG. 97, 82) wie überhaupt gegen Verbotsgesetze, die sich nur gegen den einen Teil richten (RG. 60, 277; oben Anm. 19), wenn nicht etwa beide Teile bewußt zur Verletzung mitgewirkt haben (RG. 78, 353). So ist auch das verbotswidrige Spielen in auswärtigen Lotterien nicht unsittlich, der Vertrag auch nicht nach § 134 BGB. nichtig (RG. 58, 280; 48, 177; § 763 BGB.). Zollvergehen unterliegen dem § 49 VereinszollG.; dazu Bekanntm. v. 16. Januar 1917.

Anm. 25.

α) Ein- und Ausfuhrumgehungsverträge sind, wenn sie auf die Förderung oder Ausführung gewerbsmäßigen Schmuggels (Zollbetrug) von beiden Teilen gerichtet sind, sowohl als verbotswidrige wie als sittenwidrige Geschäfte nach §§ 134, 138 Satz 1 BGB. nichtig (RG. 96, 282; 68, 100; 63, 145; 56, 181), wie überhaupt, wenn beide Vertragsschließende einen Tatbestand verwirklichen, der gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstößt (RG. 102, 255; 101, 383). Betroffen sind nur Verträge, die gegen inländische Verbote verstoßen (ZB. 1921, 1229¹). Ausländische Ausfuhrverbote begründen nicht die Nichtigkeit eines nach deutschem Recht zu beurteilenden, von Deutschen geschlossenen Vertrags (RG. Gruch. 61, 460); nur ausnahmsweise liegt die Sache nach Zweck und Inhalt des ausländischen Gesetzes anders (WarneherRspr. 1912 Nr. 241). Die Nichtigkeit tritt nur ein, wenn das deutsche Gesetz jegliche Aus- oder Einfuhr verbietet; nicht tritt sie ein, wenn Beschränkungen vorgeschrieben sind (hierüber unten). Dem gewerbsmäßigen Schmuggel steht unter der gebachten Voraussetzung absoluten Verbots die bei beiden Teilen vorhandene absichtliche Verletzung eines Verbots in einem einzelnen Falle gleich (RG. 102, 323; ZB. 1925, 1392²²; 1924, 1710¹; WarneherRspr. 1923/24 Nr. 49), wie auch eine Vereinigung zum Ein- oder Schmuggeln oder die Gewährung eines laufenden Kredits zur Finanzierung des Schmuggels (RG. in RuW. 19, 167). Damit ist es so streng zu nehmen, daß ein Vertrag nichtig ist, obgleich die Gattungsware, welche die Parteien zu schmuggeln beabsichtigen, gar keinem Verbot unterlag; denn die Parteien handelten in vertretlicher Gesinnung (vgl. RG. 105, 67). War aber eine bestimmte Ware in dem Irrtum verkauft und gekauft, dadurch ein Ein- oder Ausfuhrverbot durch Schmuggel zu verletzen, so ist der Vertrag gültig; hier kommt es nicht darauf an, was die Parteien über Erlaubtheit irrig gedacht haben. Die Zwangsbewirtschaftung hat Gesellschaften staatlichen Charakters entstehen lassen, ohne deren Genehmigung weder eine Ein- noch eine Ausfuhr stattfindet; absichtliche Vereitelung dieser Gesetze hat ebenfalls die Nichtigkeit der darauf abzielenden Verträge zur Folge (RG. 102, 294 u. 255). Demselben Schicksal wie das Schmuggelgeschäft selbst fällt jede wissentliche Unterstützung anheim; wer ein Darlehen im einzelnen Falle zum Zweck des Schmuggels gegeben hat, beteiligt sich am unsittlichen Geschäft (§ 49 StGB.; RGSt. 4, 95); er muß das Darlehen nach § 812 BGB. zurückgeben. Dieses Rückforderungsrecht ist dem Schmuggler nach § 817 S. 2 BGB. ver sagt; wer geleistet hat, befindet sich somit im Nachteil (RG. 78, 285; 70, 4; 63, 346; a. M. Staudinger § 817 Bem. 6 u. 2 d d). Ob ein Darlehen zum Zweck des Schmuggels gegeben ist, läßt sich aus der Höhe der Vorteile ermes sen, die sich der Darlehensgeber ausbedungen hat (ZB. 1921, 1229¹). Wenn nun der Käufer nicht schmuggelt, sondern die empfangene Ware redlich anderweit absetzt, so muß er den Erlös als auftragsloser Geschäftsführer herausgeben (§ 687 Abs. 2 BGB.; RG. 96, 282). Ist die geschmuggelte Ware schon durch mehrere Hände gegangen, so erwirbt der

Käufer — mag er auch die Erwerbsart seiner Vormänner gekannt haben — nicht durch Schmuggel, also nicht eine erst einzuschmuggelnde Ware, er will sich nicht die Vorteile des Schmuggels zu eigen machen; sein Erwerb ist nicht zu beanstanden (RG. 1921; 284; 1918, 1085; RGSt. 4, 489). Anders, wenn ein Vertrag die Umgehung der zur Ein- oder Ausfuhr nötigen Genehmigung einer öffentlich-rechtlichen Gesellschaft der Zwangsabewirtschaftung bezweckt; hier bleibt die Ware auch dann noch dem Enteignungs- und Beschlagnahmerecht der Gesellschaft unterworfen, wenn die Ware sich nicht mehr in der Hand des Einführenden befindet; diese Waren können also nur vorbehaltlich der Genehmigung der Gesellschaft veräußert werden (RG. 102, 255; 99, 238). Im übrigen hindert verbotene Aus- oder Einfuhr den Eigentumserwerb nur, wenn sich das Verbot unmittelbar gegen das Rechtsgeschäft als solches richtet; es kann sich diese Richtung aus dem Gesetz selbst ergeben (vgl. das sonst überholte RG. 102, 394; 98, 254) als auch aus dem ganzen Charakter des Geschäfts selbst, wie bei gemeinsamem Zusammenwirken zum Schmuggel (RG. 96, 282; 42, 295). Ob der Vertrag im Ausland geschlossen und nach dessen Recht erlaubt war, ist einerlei, weil ein Rechtsgeschäft, das dazu bestimmt ist, deutsche Ein- oder Ausfuhrverbote zu verletzen, gegen die guten Sitten verstößt (RG. 93, 183; 60, 298; JW. 1923, 287⁴; Anh. zu § 372 Anm. 11). Bisher ist davon ausgegangen, daß nicht etwa der Verkäufer verkauft, um dem Käufer zu überlassen, wie sich dieser mit den bestehenden Gesetzen abfindet, so daß ihn Verbotsgesetze nicht berühren (RG. 102, 323), sondern davon, daß es den Parteien darauf ankam, auf Schleichwegen unmittelbar oder durch Vermittlung Dritter zum Zwecke verbotener Ein- oder Ausfuhr bewußt zusammenzuwirken. Zweifelhaft wird die Rechtslage, wenn der Käufer schmuggeln wollte, und der Verkäufer davon zur Zeit des Vertragschlusses lediglich Kenntnis besaß. Dann ist der Vertrag nicht ohne weiteres nichtig, weil der Vertrag erst unsittlich wird, wenn die Umgehung zum Vertragsinhalt gemacht ist (Warneher-Mspr. 1923/24 Nr. 49; 1917 Nr. 182); die bloße unsittliche Absicht des Käufers kann auch deshalb nicht entscheiden, weil es sich nur um eine Vorbereitungshandlung dreht; ob der Käufer die Ware wirklich ausführt, steht dahin (JW. 1920, 432²). Die Kenntnis des Verkäufers kann aber nach den besonderen Umständen zu dem Schlusse führen, daß schon der Kaufvertrag beiderseits das Schmuggeln zum Zweck hatte (JW. 1924, 1710). Erlangt der Verkäufer die Kenntnis erst nach dem Abschluß, so kann er die Lieferung verweigern, weil er nach Treu und Glauben (§ 242 BGB.) zur Umgehung von Gesetzen nicht mitzuwirken braucht (RG. 106, 317; JW. 1924, 1359⁴; Warneher 1923/24 Nr. 49; vgl. RG. 99, 156; 96, 240). Diese Erfüllungsweigerung verliert den Boden, wenn der Käufer seinen Entschluß kundgibt, die Ware zu lagern, bis er die Erlaubnis zur Ausfuhr oder Einfuhr erlangt, oder wenn er sie im Inland absetzt, also ein Ausfuhrverbot nicht verletzt (Warneher-Mspr. 1917 Nr. 102), und auch dann, wenn der Verkäufer oder Käufer wußte, daß der andere Teil die Ein- oder Ausfuhrerlaubnis auf unrechtem Wege erlangt hatte; denn die Gefahr des Mißlingens bildete dann das übernommene Risiko (vgl. RG. 104, 388). Wo das Reichswirtschaftsgericht endgültig über Beschlagnahme und Verfallerklärung der die Ein- oder Ausfuhr überwachenden Behörde zu entscheiden hat, ist der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen (RG. 106, 350; 105, 275 u. 192), mit der Ausnahme von Schadensersatzansprüchen wegen Beamtenverschuldens gemäß Art. 131 Abs. 1 Satz 3 Verf. (RG. 106, 406; JW. 1925, 1992⁴). Über die Verpflichtung zur Verschaffung der Ein- oder Ausfuhrerlaubnis Vorbem. vor § 373 Anm. 56a. Die Befahrung verkaufter Ware mit der Gefahr einer Beschlagnahme oder Verfallerklärung infolge Verletzung eines Ein- oder Ausfuhrverbots bedeutet einen Rechtsmangel nach § 434 BGB. (RG. 111, 88; 105, 390 u. 274). Darüber, ob die Ware belastet ist, entscheidet der Augenblick des Eigentumsübergangs (RG. 83, 414). Erfolgt die Beschlagnahme oder Verfallerklärung in einem späteren Zeitpunkt infolge Zurückziehung der Ein- oder Ausfuhrbewilligung, so gilt die Ware als von Anfang an mit dem Rechtsmangel behaftet (RG. 111, 89).

**Anhang
zu § 346.****Anm. 26.**

β) Ausnahmen von der Nichtigkeit solcher Umgehungsverträge sind gegeben, wenn das Verbot vor dem für die Leistung bestimmten Termin wieder aufgehoben wird (§§ 306, 308 Abs. 2, 309 BGB.; vgl. RG. 105, 138), oder wenn es sich um papierne Verbote handelt. Solche papierne Verbote, die rechtlich wohl noch bestehen, aber tatsächlich außer Kraft gesetzt sind, gibt es seit der allgemeinen Umwälzung in großer Zahl, namentlich im Gebiet der Zwangsbewirtschaftung, die die Quelle vieler Ein- und Ausfuhrverbote bildet (RG. 104, 107). Wer für das Inland lebensnotwendige Ware gegen eine Absperrung seitens des Auslandes hereinbringt, handelt nicht sittenwidrig, ja nicht einmal schuldhaft, wenn er nicht wucherisch verfährt (LJ. 1921, 264¹; 1920, 952; WarnererRspr. 1921 Nr. 136; 1919 Nr. 105; JW. 1920, 1027²; RG. „Recht“ 1917 Beil. Nr. 155; Gruch. 66, 104). Auch unser Ausfuhrverbotsgesetz bedingt nicht die Nichtigkeit (RG. in Gruch. 64, 339; JW. 1920, 432²). Hat ein Gesetz nicht jegliche Aus- oder Einfuhr verboten, sondern nur eine Regelung ihres Umfangs oder Inhaltes durch eine Verwaltungsbehörde vorgesehen, so hat diese Vorschrift nur verkehrspolizeilichen Charakter, der sich nicht durch die Einfügung von Strafvorschriften ändert; ein hiergegen verstößendes Kaufgeschäft bedingt nicht die Nichtigkeit, weder nach § 134 BGB. noch nach § 138 Satz 1 BGB. Verstöße dieser Art führen weder den Verlust des Eigentums herbei, noch hindern sie den Eigentumserwerb (RG. 102, 323; JW. 1920, 432²). Es gibt daher auch keine unsittliche Beihilfe, noch wird das Geschäft nichtig, wenn der Verkäufer das verkaufte Gut im Einverständnis mit dem Käufer zur Umgehung falsch deklariert; dies jedoch nur, wenn sich der Verkäufer nicht schon bei Eingehung des Vertrags zu solcher Handlung verpflichtete; hat er sich zur Mitwirkung bei der Umgehung so verpflichtet, so ist beider Tun nach Zweck und Inhalt des Geschäfts unsittlich, das Geschäft also nichtig (§§ 306, 309 BGB.). Fehlt es an einer solchen Abrede beim Abschluß, und hatte der Verkäufer nur Kenntnis von der Absicht des Käufers, so ist der Abschluß gültig. Auf den Erwerb oder Verlust des Eigentums üben Verletzungen des Verbots erst Einfluß, wenn daraufhin Beschlagnahme erfolgt (§ 156 VereinszollG.; RG. 102, 323; 55, 232). Etwas anderes waren die während des Krieges möglichen Beschlagnahmen gewisser Kriegsbedarfsartikel, für die jeder Handel ausgeschlossen war (RG. 100, 247; 95, 348). Es gibt aber auch noch Vorschriften, welche rechtsgeschäftliche Verfügungen über gewisse Waren im Inland von einer Genehmigung der Behörde abhängig machen; im Ausland abgeschlossene Geschäfte werden von solchen Vorschriften nicht berührt; sie enthalten kein bedingtes Einfuhrverbot. Ob der inländische Verkäufer imstande ist, die vom ausländischen Verkäufer erstandene Ware im Inland abzugeben, ist seine Sache; der ausländische Verkäufer braucht sich darum nicht zu kümmern. Diese Maßregeln waren noch mehr kriegsmäßiger Art; sie können deshalb hier übergangen werden. Ist die Ware bereits im Inland angekommen, so ist die Einfuhr beendet; es ist dann keine Teilnahme an verbotswidriger Einfuhr mehr möglich (RGSt. 51, 405; JW. 1921, 1308²).

Anm. 27.

γ) Der Handelsverkehr zwischen den besetzten und den unbesetzten Gebieten hat ungesegnete Zustände insofern gezeitigt, als die fremden Machthaber deutsche Ein- und Ausfuhrverbote außer Kraft gesetzt haben; damit ist wie mit einer unabänderlichen höheren Gewalt zu rechnen. Solche Anordnungen fremder Besatzungsbehörden sind keine gesetzlichen Verbote im Sinne des § 134 BGB. Deren Nichtbeachtung macht das Geschäft nicht nichtig; aber es kann niemandem ein Zuwiderhandeln zugemutet werden, weil dem Zuwiderhandelnden durch die Fremdgewalt Nachteile zugefügt werden können (RG. 107, 175). Ein im Ausland geschlossener und nach dessen Recht erlaubter Vertrag ist trotzdem nichtig, wenn er gegen ein deutsches Ein- oder Ausfuhrverbot verstößt, weil er gegen die Rechtsordnung und die guten Sitten angeht; die Nichtigkeit kann nicht durch Vereinbarung eines ausländischen Erfüllungsortes abgewendet werden (Anh. zu § 372 Anm. 11). Dies gilt namentlich, wenn der Vertrag auf Umgehung eines Verbots der Einfuhr aus dem besetzten in das unbesetzte

deutsche Gebiet abzielt (JW. 1923, 287⁴). Die Einfuhr vom unbefetzten in das besetzte deutsche Gebiet ist nicht sittenwidrig, wenn die Einfuhr zwar nach deutschem Recht verboten ist, das Verbot von den fremden Machthabern aber aufgehoben worden ist; vorausgesetzt, daß vom Standpunkt des allgemeinen Interesses sich triftige Gründe für die Umgehung finden lassen (RG. 105, 182; 104, 109; 102, 256; 93, 183). So wird ausländischen Gesetzen trotz Verstoßes gegen zwingende deutsche Gesetze Rechtsbeständigkeit zuteil. Alles das kann aber nur für die besetzten Gebiete gelten. Im übrigen verbleibt es dabei, daß Verträge, die die Nichtachtung deutscher Ein- oder Ausfuhrverbote bezwecken, des Rechtsschutzes entbehren. Ein Umgehungsvertrag, der zunächst das besetzte Gebiet und dann das unbefetzte Gebiet im Auge hat, kann nicht in einen erlaubten und in einen unerlaubten Teil zerlegt werden. Der Vertrag ist im ganzen nichtig (RG. 102, 155; 101, 383). Im übrigen zu Art. 30 EG.ÜÜB. Anh. zu § 372 Anm. 11.

8) Handelsbeschränkungen, die ebenfalls der Not der Zeit entstammen und die Anm. 28.

Fernhaltung unzuverlässiger Personen von gewissen Geschäften dadurch bezwecken, daß der Handelsbetrieb von Erteilung behördlicher Erlaubnis abhängig gemacht wird, haben Aussicht, zu einer dauernden Einrichtung zu werden. Wegfallen sollte mit dem 1. Januar 1925 die Einschränkung des Betriebs bantmäßiger Geschäfte auf zuverlässige Firmen nach §§ 10ff. des Kapitalfluchtgesetzes; allein es ist die Vorschrift in etwas anderer Form wieder erschienen (folg. Anm.). Geblieben ist die Notwendigkeit der Erlaubnis zum Handel mit Gegenständen des täglichen Bedarfs im weitesten Sinne. Damit beschäftigten sich eine Reihe von sog. Fernhaltungsverordnungen, die sich dadurch kennzeichneten, daß sie ein ohne Handels Erlaubnis abgeschlossenes Geschäft der Nichtigkeit nicht aussetzten (RG. 100, 240 u. 39; 97, 83; 96, 344 u. 243). Erst die B. vom 27. November 1919 Art. III RGBl. 1909 (sog. Buchergerichtsverordnung) stellte sich unter Aufhebung der älteren Verordnungen auf den Standpunkt der Nichtigkeit des ganzen Geschäfts, wenn auch nur einer Partei die erforderliche Erlaubnis fehlte (§ 4b). Unter Beibehaltung dieses Grundsatzes, der mit dem Wesen gewerbe- polizeilicher Vorschriften eigentlich nicht übereinstimmt, sind diese Dinge unter Aufhebung der älteren Verordnungen, insbesondere der erst neu gefaßten Verordnung vom 10. Februar 1923 (RGBl. 110 u. 111), am 23. Juli 1923 (RGBl. I 706 u. 715) durch die Verordnung über Handelsbeschränkungen neu geordnet worden. Ihr § 26 erklärt jedes Geschäft, bei dem einem Teil die Handels Erlaubnis fehlt, für nichtig. Die Nichtigkeit wirkt jedoch nicht zum Nachteil dessen, der den Mangel der Erlaubnis weder kannte noch kennen mußte. Die B. hat nur Lebens- und Futtermittel im Auge und verlangt Sondererlaubnis für den Ankauf von Kartoffeln (§§ 3 u. 17). Auch für Apothekervaren ist dort eine Sondervorschrift gegeben. Reichs- und Landesregierungen können diese Vorschriften unter gewissen Voraussetzungen auf den Handel mit anderen Gegenständen ausdehnen (§§ 15, 16, 19). Ähnlich ist der Verkehr mit Vieh und Fleisch durch B. vom 23. Juli 1923 (RGBl. I 715) geregelt. Dem Fehlen der Erlaubnis steht die Untersagung des Handels (oder des Ankaufs von Kartoffeln), die Zurückziehung der Erlaubnis und das Vorschieben Unberechtigter gleich (§ 26). Die Entziehung der Erlaubnis kann, bei Zuchthausstrafe muß sie als Nebenstrafe gegen den Beurteilten ausgesprochen werden (§ 25). Der Berechtigte erhält einen Erlaubnisschein mit abgestempeltem Lichtbild und mit seiner Unterschrift; diesen Schein muß er oder sein Vertreter beim Handel bei sich führen (§ 12). Der Wandergewerbeschein (RG. 106, 414) und ähnliche Legimations- oder Ausweis-papiere sind insofern Ersatz, als auf ihnen die Erlaubnis amtlich vermerkt und der Schein eingezogen wird, sobald die Erlaubnis hinfällig wird (§ 35). Mündliche Erlaubnis durch einen Beamten ist also unbeachtlich (Hamburg DLR. 44, 124). Die Erlaubnis kann zeitlich, örtlich und sachlich begrenzt sein; diese Grenze muß also im Erlaubnisschein kenntlich gemacht sein (Dresden JW. 1923, 617¹; LZ. 1919, 114), weil Überschreitung dieser Grenzen

Anhang
zu § 336.

Anhang zu § 346.

den Handel zu einem unerlaubten macht; eine Überschreitung ist es nicht, wenn der an sich Berechtigte der Erlaubnis beigefügte Überwachungsbedingungen nicht einhält (RG. in JW. 1924, 219¹; LG. Hamburg JW. 1924, 865). Die Durchführung der Verordnung ist noch weiter durch die Vorschrift gesichert, daß der Berechtigte auf seinen schriftlichen oder gedruckten Mitteilungen geschäftlicher Art den Umfang und Tag der Erteilung sowie die Stelle anzugeben hat, die die Erlaubnis erteilt hat (§ 14). Ein Telegramm wird keine solche Mitteilung sein. Das Gesetz verlangt die Erlaubnis für den „Handel“ mit den gedachten Gegenständen, nimmt aber davon aus Kleingewerbetreibende, die unmittelbar an den Verbraucher absetzen, und Stellen mit behördlichem oder behördenähnlichem Charakter in amtlicher Tätigkeit (§ 1) und Aufkäufer. Ausgenommen sind also ohne Rücksicht auf den bedeutenden Umfang eines Versandgeschäfts solche Klein Händler, die nicht an Wiederverkäufer, sondern nur an Verbraucher absetzen (RGSt. 53, 55; 52, 257 f.; JW. 1925, 2005¹⁵). Im übrigen sind unter „Handel“ jede auf Gewinn durch Güterumsatz gerichtete Tätigkeit (JW. 1924, 323¹⁶) und jeder im Betrieb eines Handelsgewerbes gelegene, auch nicht gewinnbringende Erwerb und jede Veräußerung dieser Art, auch Gelegenheitsgeschäfte, zu verstehen (§ 344; vgl. RGSt. 54, 94; 53, 316 u. 310; 51, 359; BayObLGZ. 1920, 251². Hamburg OLG. 44, 124; vgl. JW. 1924, 820¹⁹), auch der beschränkte Transitverkehr, nicht aber der reine Transitverkehr (Hamburg OLG. 44, 122—124). Dafür ob reiner Transitverkehr vorliegt, kommt es auf die Garantien an, daß die Ware nur vom Ausland in das Ausland komme und nur kurze Zeit mit Durchfuhrerlaubnis im Inland lagert. Keiner Erlaubnis bedarf es, wenn die Not des deutschen Volkes durch Einfuhr gemildert wird (LG. 1926, 110²). Die Anschaffung für den eigenen persönlichen Bedarf unterliegt dem Zwange nicht (§ 344 Anm. 3). Weitere Ausnahmen enthält § 3 Abs. 2 für die Veräußerung gewisser selbst gewonnener Erzeugnisse. Jeder Teil muß also die Erlaubnis besitzen, der Käufer sowohl wie der Verkäufer (vgl. RG. 105, 411; JW. 1923, 13²), der Einkaufskommissionär (vgl. RG. 106, 414; JW. 1924, 820⁹) und bei einer offenen Handelsgesellschaft jeder Gesellschafter, nicht nur der abschließende (RG. 105, 188). Über strafbare Umgehungen s. LG. 1924, 647¹⁰; 1917, 1245²). Was den Ankauf von Kartoffeln insbesondere angeht (§§ 3, 17), so müssen sich die Erzeuger vom Vorhandensein der Erlaubnis des Aufkäufer überzeugen (§ 18). Ein Ankauf ist nicht gegeben, wenn Angestellte nur Angebote der Erzeuger sammeln (RGSt. 53, 254). Es gehört also zur Sorgfalt von jedermann (§ 276 BGB.), insbesondere eines Kaufmanns (§ 347), sich darüber zu vergewissern, ob der Gegner sich im Besitz der erforderlichen Erlaubnis befindet. Denn ein in schuldhafter Unkenntnis des Gesetzes oder des Fehlens der Erlaubnis abgeschlossener Vertrag ist rechtsunwirksam (§§ 309; 307 Abs. 1 S. 1 BGB.; RG. 105, 411 u. 366); es wäre denn, daß entweder der Erlaubniszwang vor dem Erfüllungszwang wieder aufgehoben (RG. 105, 138) oder die Erlaubnis beigebracht wird. Was insbesondere die letztere Möglichkeit angeht, die den Sinn einer aufschiebenden Bedingung hat, wird zur Gewißheit, wenn sich im Vertrag Anhaltspunkte zu einer solchen Auslegung bieten (§§ 308 Abs. 2, 309 BGB.). Im Zweifel wird ein Parteilille im Sinne einer aufschiebenden Bedingung sogar zu unterstellen sein (vgl. JW. 1923, 369³; zweifelnd Alsberg ebenda). Zu Bedenken über die Anwendung der §§ 306—309 BGB. gibt die Streitfrage (RGKomm. § 309 Erl. 1; WarneherKomm. z. BGB. § 309 gegen Ripp-Windscheid 2, 294⁴), ob bei Verstoß gegen die guten Sitten die §§ 306—309 BGB. Anwendung finden, keinen Grund. Denn ein Handeln gegen den Erlaubniszwang bedeutet noch keine Sittenwidrigkeit. Haben beide Teile den Mangel der Erlaubnis gekannt, so gibt es keine Schadensersatzansprüche, sondern nur Bereicherungsansprüche (§§ 812 ff. BGB.). Hat kein Teil den Mangel gekannt noch auch den Mangel bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt kennen müssen, so würde es sich bei Anwendung des § 307 BGB. ebenso verhalten. Der Abs. 2 des § 26 der V. besagt dasselbe, indem er

- verfügt, daß die Nichtigkeit nicht zum Nachteil dessen wirkt, der den Mangel weder kannte noch kennen mußte. Rein wörtlich genommen könnte die Fassung zu der Meinung verleiten, der Vertrag werde durch beiderseitige Gutgläubigkeit gültig. So meint es der Gesetzgeber aber nicht; er verfolgt einen anderen Zweck: Wer sich nicht um die Erlaubnis des Gegenteils gekümmert hat, kann die Rechtswirksamkeit des Vertrags nicht dadurch erreichen, daß er dem die Erfüllung wegen Fehlens der für ihn nötigen Erlaubnis weigernden Gegner die Einrede der Arglist entgegenhält (RG. 105, 366); er kann auch keine Schadensteilung wegen Mitverschuldens durchsetzen, also das Vertrauensinteresse nicht verlangen, weil § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. ebenso eine Sondervorschrift ist (RG. 105, 412 u. 366; JW. 1925, 140⁹), wie § 26 Abs. 2 der B. Auch zu einem Schadenserfaß wegen Nichterfüllung kann der Nachlässige nicht gelangen, weil dazu ein gültiger Vertrag gehört, der Vertrag aber nach §§ 306, 309 BGB. nichtig ist. Hat der eine Teil den Mangel gekannt, der andere Teil den Mangel aber nicht gekannt, weil seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht, so verhält es sich ebenso; und fahrlässig handelt, wer sich nicht Einsicht in den Erlaubnisschein verschafft hat, wenn unter Anwesenden abgeschlossen wird. Nach dem Wortlaut der §§ 307, 309 BGB. schließt fahrlässige Unkenntnis den Schadenserfaßanspruch auch gegenüber der Kenntnis des anderen Teiles aus; § 254 BGB. findet keine Anwendung (RG. 110, 55; 105, 410). Ein anderes Aussehen gewinnt die Lage erst dann, wenn nur die eine Partei das Fehlen der Erlaubnis kannte oder hätte kennen müssen, die andere Partei das Fehlen aber schuldlos nicht kannte. Diese Partei hat dann Anspruch auf das Vertrauensinteresse (das negative Vertragsinteresse), nicht auf das positive Erfüllungsinteresse, wenn allein § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. zu Rate zu ziehen wäre (RG. 95, 60). Hierin schafft § 26 Abs. 2 eine Änderung dahin, es soll der schuldlose Teil gegenüber dem Bösgläubigen nicht auf den Erfaß seines Interesses beschränkt sein, das er an der Gültigkeit des in Wahrheit nichtigen Vertrags in den Grenzen des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. hätte; der schuldlose Teil kann verlangen, daß die Nichtigkeit gegen ihn überhaupt nicht in Betracht kommt, wenn sie ihm Nachteil bringt. Der schuldlose Teil hat also die Wahl, ob er den Vertrag als gültig behandeln und auf Erfüllung bestehen, den Selbsthilfeverkauf nach § 373 vornehmen, auch nach § 326 BGB. vorgehen will, oder ob er die Nichtigkeit mit deren Folgen vorzieht. Der Schuldlose muß diese Wahl alsbald nach der möglichen Entdeckung treffen, sonst wird er für eine durch seine Lässigkeit veranlaßte Schadenserhöhung haftbar. Im Rechtsstreit bedeutet der Übergang von dem einen Anspruch zum anderen eine Lageänderung (RG. 105, 368 oben). Eine Störung in Wahrnehmung des Erfüllungsanspruchs kann eintreten, wenn der Staat die Einziehung im Wege des Strafverfahrens verhängt (§ 29). Indem der Gesetzgeber sich so vor den Schuldlosen stellt, wird die Frage wichtig, wie weit dessen Prüfungspflicht geht. Unter Abwesenden, zumal bei telegraphischen, telephonischen Abschlüssen und überhaupt im Großbetrieb sind Nachforschungen unmöglich; eine Irreführung ist hier leicht möglich; denn Einsichtnahme in den Erlaubnisschein ist hier ausgeschlossen. Ist die Unkenntnis arglistig herbeigeführt, so kommt § 826 BGB. zur Anwendung (vgl. JW. 1914, 827²; WarnererMspr. 1915 Nr. 202). Die Kaufmannseigenschaft wird durch diese Vorschriften nicht berührt (§ 7 Anm. 2).
- e) Die Beschränkungen des Depot- und Depositenverkehrs sind neu ge- **Anm. 29.**
ordnet durch Reichsgesetz vom 26. Juni 1925 (RGBl. I 89). Das Gesetz tritt mit Ablauf des 31. Dezember 1926 außer Kraft (§ 12). Das Kapitalfluchtgesetz vom 26. Januar 1923 (RGBl. I 91) enthielt in §§ 10 bis 13 Vorschriften über die Zulassung von Bankunternehmungen zum Depot- und Depositenverkehr. Da dieses Gesetz am 31. Dezember 1924 außer Kraft trat (§ 26), sind dessen Vorschriften durch Notverordnung vom 29. Dezember 1924 (RGBl. I 967) bis längstens 31. März 1925 aufrechterhalten worden. Das neue Gesetz bezweckt wie seine Vorgänger die Fernhaltung unzuverlässiger Personen von den Depot- und Depositengeschäften der Banken. Es sind deshalb besondere Vorschriften aufgestellt über den Begriff solcher Geschäfte, über die Zulassung,

**Anhang
zu § 346.**

über deren Entziehung und über die Bestrafung im Falle unbefugten Betriebs. Hervorzuheben ist nur etwa, daß die Berechtigung zum geschäftsmäßigen Betrieb von Depot- und Depositengeschäften zwar nicht mit Verhängung der Geschäftsaufsicht, wohl aber erlischt mit rechtskräftiger Eröffnung des Konkursverfahrens, unbeschadet der Befugnis des Konkursverwalters zur Abwicklung der laufenden Geschäfte. Der Eröffnung des Konkursverfahrens steht die Ablehnung des Konkursverfahrens wegen Mangels einer Masse (§ 107 R.D.) gleich (§ 7 Abs. 1 Nr. 2). Die privatrechtliche Gültigkeit von Rechtsgeschäften wird durch dieses Gesetz nicht berührt; vgl. auch § 105 Anm. 54.

Anm. 30. 9) Die Beschränkungen des Devisenhandels sind in § 361 Anm. 12 ff. erörtert.

Anm. 31. d) Illoyale Handlungen im geschäftlichen Verkehr. Mißbräuche der Gewerbe-
freiheit sind schon durch die gewerbliche Sonderschutzgesetzgebung gegen unlauteren Wettbewerb u. dgl. getroffen. Die Leitsätze im Verhältnis dieser gewerblichen Schutzgesetze zu den unerlaubten Handlungen des § 823 BGB. und den Kredit- und Erwerbserschädigungen des § 824 BGB. sowie zu den sittenwidrigen Handlungen der §§ 138, 826 BGB. finden sich oben Anm. 9. Die Beziehungen des § 138 zu § 826 BGB. sind oben Anm. 1 ff. dargestellt. Was nun die hier besonders zu betrachtenden Verstöße gegen die guten Sitten im Konkurrenzkampf nach § 826 BGB. in ihren Einzelheiten anbelangt, so ist davon auszugehen, daß die rücksichtslose Verfolgung eines geschäftlichen oder vertraglichen Rechts nicht schon deshalb zu einer sittenwidrigen Handlung wird, weil andere dadurch empfindlich geschädigt werden (RG. 101, 63; 100, 215 u. 82; 98, 70 u. 15; WarnererMspr. 1920 Nr. 147; 1919 Nr. 63; JWB. 1912, 687). Keinesfalls gehört hierher die Nichterfüllung geschäftlicher oder vertraglicher Pflichten (RG. 100, 158), wenn nicht besondere Umstände obwalten, wie Verschulden vor oder bei Vertragschluß (§ 347 Anm. 2), Arglist in ihren verschiedenen Ausgestaltungen. Unfittlich ist das Verschweigen einer Fälschung auf Anfrage des Verletzten, wenn zur Aufklärung eine sittliche Pflicht bestand (JWB. 1910, 470⁷); die sittliche Pflicht besteht nicht, wenn erlaubte Rücksichten schützen (JWB. 1911, 761¹⁹); namentlich braucht niemand seine eigene Beteiligung an einer strafbaren Handlung zu bekennen (LJ. 1921, 453⁴). Die Ausnutzung der gegebenen Sachlage zu eigenem Vorteil ist ein natürlicher Vorgang im Wettbewerb und stellt keine Handlung wider die guten Sitten dar, wenn ein solches Verfahren mitunter auch weniger anständig sein mag (RG. 92, 149 u. 139; 86, 195; 71, 170). Wirklich anstößig wird solches nur erst durch besondere Umstände, als da sind Anwendung unerlaubter Mittel, z. B. arglistiges Handeln, absichtlich planmäßiges Zusammenwirken zwecks Schädigung anderer (RG. 74, 229; 56, 321; 51, 360; JWB. 1922, 1390). Es müssen also über die Verfolgung des eigenen Interesses und über die bloße Schikane (§ 226 BGB.) hinausgreifende Umstände vorhanden sein, die erst die Sittenwidrigkeit ausmachen (RG. 101, 63; 100, 215; 98, 73; WarnererMspr. 1920 Nr. 147; 1919 Nr. 63, 1916, 250; JWB. 1917, 713¹⁰), wie z. B. der Gebrauch eines wirklich gegebenen Rechts lediglich zum Zweck der Schadenzufügung (RG. 58, 214; WarnererMspr. 1911 Nr. 59; „Recht“ 1918 Nr. 704), oder um einen anderen am Erwerb eines Rechts zu hindern, das man selbst nicht erlangen kann, oder der Erwerb eines Rechts lediglich zu dem Zweck, einen anderen zu schädigen (RG. 71, 170; 53, 71), rücksichtslose Ausbeutung der Mehrheitsrechte innerhalb einer Gesellschaft unter bewusster Hintanhaltung des Wohles der Gesellschaft oder gar im Einvernehmen mit dem Vertragsgegner der Gesellschaft (RG. 107, 204 u. 72; 105, 373; 87, 262; 70, 166, § 271 Anm. 3). Hierher zählt ferner der Mißbrauch der Vertrauensstellung des Bevollmächtigten zum eigenen Vorteil (RG. 94, 191; 48, 293; 32, 43), der unfittliche Eingriff in fremde Vertragsrechte (Anh. zu § 377 Anm. 1 ff.), die Verleitung zum Vertragsbruch (Anh. zu § 377 Anm. 4 ff.), das unlautere Zusammenwirken mit Angestellten zur Erlangung von Lieferungen (RG. 95, 55), das Abhängigmachen der Pflichterfüllung von besonderen Vorteilen, die der Vertragsgegner des Geschäftsherrn bewilligt (JWB. 08, 710²; LJ. 09, 142¹⁵), die Annahme von Geschenken oder Zahlungen in Kenntnis, daß die Mittel

durch vorsätzliche Pflichtverletzung (RG. 48, 293; JW. 05, 391²) oder durch strafbare Handlung (RG. 94, 191) erlangt sind, Ausstellung zu niedriger Rechnungen an die Ehefrau, um im Einverständnis mit dieser den Ehemann über die Höhe zu täuschen, wenn der Ehemann sonst Einhalt geboten hätte; sodann das Vortäuschen, es sei kein Zwischenhändler vorhanden, wenn der Auftraggeber im Interesse der Verbilligung gerade nicht im Zwischenhandel abschließen will. Ferner die Verwendung eines im Einvernehmen mit dem Bewahrer freiwillig herausgegebenen Spartassenbuchs im eigenen Interesse gegen den Willen des Eigentümers (WarneyerRspr. 1920 Nr. 200), planmäßige Prozeßverschleppung durch das Vorbringen immer neuer, offensichtlich unwahrer Behauptungen (RG. 95, 310), ein zu unsittlichen Zwecken und zu eigenem besonderen Vorteil gegebenes Darlehen (RG. 70, 2; 63, 370; Anh. zu § 376 Anm. 202), die Verwertung von auf unlauteren Wegen entdeckten fremden Geschäftsgeheimnissen (RG. 65, 333; WarneyerRspr. 1922 Nr. 252; § 59 Anm. 39 ff.), nicht aber die Drohung mit Strafanzeige, wenn der Bedrohte das Recht des Drohenden zu vereiteln sucht (RG. 102, 313), und nicht die gutgläubige Drohung mit Anrufen des Gerichts (JW. 1925, 1589⁵). Über die Sicherungsübereignung zu unsittlicher Schädigung anderer Gläubiger s. § 368 Anm. 96 a u. 102, über die unsittliche Bevorzugung einzelner Gläubiger beim außergerichtlichen Afford s. KoenigeSchuldverschG.² § 12 Anm. 2 ff.; JaegerKD.⁵ § 181 Anm. 9, über Wettbewerbsverbote s. § 348 Anm. 4, und über arglistige Erteilung von Rat, Empfehlung und Auskunft Anh. zu § 349 Anm. 8 ff. Die Ausbedingung übermäßiger Vorteile, der Umstand, daß die gewährten oder versprochenen Leistungen des einen Teils in auffälligem Mißverhältnis zur Gegenleistung stehen, bieten den Anlaß noch nicht, einen Verstoß gegen die guten Sitten zu begründen; es müssen noch weitere Erfordernisse hinzukommen, die nicht gerade den Wucherbegriff (Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns, der Unerfahrenheit) erfüllen, aber doch in derselben Richtung liegen (RG. 97, 284; 64, 181); zum Teil sind diese Erfordernisse bereits oben Anm. 3 u. 9 gewürdigt. Dem ist hier ergänzend hinzuzufügen: In vielen Entscheidungen (vgl. JW. 1916, 114; 1916 Nr. 2) wurde der Satz aufgestellt, daß derjenige unsittlich handelt, der die durch den Krieg geschaffene Notlage bewußt ausnützt, um für sich zum Nachteil der Allgemeinheit Vorteile herauszuschlagen; dieser Grundsatz ist sodann auf den Zwischenhändler (Warneyer 1917 Nr. 194) und auf den Mäkler (RG. 90, 400) angewendet worden. Dieser Grundsatz ist sodann in RG. 93, 29 und WarneyerRspr. 1920 Nr. 145 u. 9 dahin verallgemeinert, daß die unerlaubte Ausnützung allgemeiner Schwierigkeiten des Geld- und Arbeitsmarktes sowie im Handel und in der Industrie, die durch die Folgen des Krieges geschaffen sind, als ein neuer Umstand zu gelten hat, der durch sein Hinzutreten zu dem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, den Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB. und bei vorsätzlichem Handeln auch denjenigen des § 826 BGB. erfüllt. Da die Fesselung Deutschlands fortbauert, hat dieser Gesichtspunkt seine Geltung beibehalten. Hierher gehört z. B. der Verkauf völlig wertloser Waren in Ausnützung der Notlage des Publikums (RG. 1920, 294¹). Die Preistreiberverordnung vom 13. Juli 1923 (RGBl. I 700) beschäftigt sich noch mit Höchstpreisüberschreitung, Preis-, Leistungs- und Provisionswucher, Kettenhandel, Warenrückhaltung, preistreibenden Machenschaften und Schleichhandel. In gedanklichem Zusammenhang damit steht der weitere Grundsatz, daß die gewinnfüchtige Ausbeutung des wirtschaftlich Schwächeren, dessen Vergewaltigung oder gar dessen Vernichtung in verwerflicher Weise erstrebt wird, ihre Grenze an § 826 BGB. findet (RG. 88, 254; Warneyer 1919 Nr. 105). Dieser Gedanke ist oben Anm. 16 ff. und unten Anm. 32 weiter verfolgt. Hier kommt nur die abgeschwächte Form in Betracht, die sich in allgemeinen Auswüchsen des Konkurrenzkampfes äußert: die öffentliche Aufdeckung unreellen Geschäftsgebarens (RG. 76, 110; WarneyerRspr. 1911 Nr. 402), wahrheitsgemäße Darstellungen in Zeitungen, Flugblättern, Plakaten, Briefen, öffentlichen Versammlungen, insbesondere von Kundenanlockungsmitteln, wenn sie objektiv gehalten sind (RG. 76, 110; WarneyerRspr. 1913 Nr. 225; 1911 Nr. 402; 08, 333¹⁶ u. 272⁷), stoßen auf

**Anhang
zu § 346.**

keine Bedenken. Nicht mehr objektiv wirkt ein Verfahren, welches Vorgänge ehrenrühriger Art aus dem Vorleben eines Konkurrenten zu einer Zeit an das Licht der Öffentlichkeit bringt, zu der der Vorgang längst vergessen oder sonstwie für das Publikum nicht mehr von Interesse ist (RG. 76, 110; WarnererRspr. 1914 Nr. 186), oder ein Verfahren, das den Konkurrenten der öffentlichen Geringschätzung in beleidigender Form preisgibt (Warnerer 1910 Nr. 280), sowie ein Verfahren, das nach Art und Wirkung der gebrauchten Mittel das erlaubte Maß überschreitet zum Zwecke der Vernichtung des Gegners (WarnererRspr. 1909 Nr. 506, JW. 07, 333¹¹). Eine Verfehlung gegen die guten Sitten liegt gleichfalls in der Aufstellung wesentlich unwahrer, kreditgefährdender Behauptungen (RG. 58, 219; Anh. zu § 349 Anm. 8 ff.), in Übertreibung wahrer, nachteiliger Tatsachen zu Wettbewerbszwecken, sowie in Darstellungen in falschem Licht (RG. 75, 63), in Absperrigmachen der Kundschaft durch unlautere Machenschaften (JW. 05, 20; 03 Weil. 11), Nachahmung von Drucksachen, Eiletten oder der Firma eines Konkurrenten (JW. 1911, 111⁵⁰). Eine andere Seite sittenwidrigen Konkurrenzkampfes zeigt sich in der Einwirkung auf einen Arbeiterverband zum Zwecke der Aufrechterhaltung einer Arbeiterperre, die dem Konkurrenten gilt (RG. 60, 105), in der Anwendung von Zwangsmitteln, um dem Konkurrenten den Bezug (RG. 56, 271; „Recht“ 1914 Nr. 2266) oder die Teilnahme an allgemeinen Tarifen zu sperren oder zu erschweren (RG. 48, 119). Weiteres über solche Kampfmittel oben Anm. 13 ff. Diese letzteren Kampfesarten leiten über zu den Lohnkämpfen, die sich in den Formen von Streiks, Boykotts und Aussperrungen abspielen und ihr Gegenstück in Handel und Industrie gefunden haben. Dazu treten als Kampforganisationen die Kartelle und die Tarifvereinigungen sowie die Erzwingung des Vertragsschlusses und von Freizeichnungen.

- Anm. 32. e) Streik, Boykott, Aussperrung sind die Mittel, durch welche gewerbliche Lohnkämpfe ausgetragen werden. Die Arbeitnehmer wollen durch Streik, d. h. durch gleichzeitige Arbeitseinstellung, und durch Boykott, d. h. durch Berrufserklärung zum Zwecke der Unterbindung des Zuflusses von Arbeitskräften oder Betriebsmitteln, bessere Arbeitsbedingungen durchsetzen (Arbeiterperre). Die Arbeitgeber verwenden ihrerseits die Aussperrung, d. h. die gleichzeitige Entlassung vieler Arbeiter, als Druckmittel, um den nach ihrer Meinung berechtigten Interessenausgleich zu verwirklichen. In Handel und Industrie spielen Boykott und Aussperrung gleichfalls eine wichtige Rolle; sie äußern sich in Kunden-, Lieferanten- und Absatzperre; sie sind ebenso zu beurteilen wie Boykott und Aussperrung in der Arbeiterwelt (WarnererRspr. 1909 Nr. 211; JW. 08, 38¹⁴). Alle drei Kampfmittel (Streik, Boykott, Aussperrung) sind an und für sich zulässig, wenn Vertragsrechte nicht verletzt werden (RG. 64, 56; Warnerer 1913 Nr. 54); denn Eingriffe in das freie Persönlichkeitsrecht, an die man denken könnte, gehören nicht zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB.; auch werden keine Schutzrechte nach § 823 Abs. 2 BGB. verletzt; sie sind auch nicht gegen die guten Sitten. Ausschreitungen allerdings treten die §§ 138 Abs. 1, 826 BGB. entgegen. Als Begleiterscheinungen solcher Ausschreitungen können sowohl die Tatbestände des § 823 BGB. als auch die des § 824 BGB. in Betracht kommen. Der oberste Gesichtspunkt bleibt aber immer der aus § 826 BGB. zu entnehmende der guten Sitten. Ein an und für sich berechtigter Kampf kann im weiteren Verlauf einen völlig oder einen teilweise, z. B. durch die gebrauchten Mittel, verwerflichen Charakter annehmen. Für die Unterlassungsklage (oben Anm. 13 ff.) und für den Umfang der daraus nach § 826 BGB. erwachsenden Schadenersatzpflicht ist diese Untercheidung bedeutsam, weil die Ersatzpflicht nur Platz greift, soweit ein ursächlicher Zusammenhang nachweisbar ist (vgl. RG. 76, 35). Die tatsächliche Schwierigkeit der Trennung kann an diesem Grundsatz nichts ändern (a. M. Enneccerus I 2 § 453 IIIg Fußnote 34). Der Streik insbesondere ist nicht verboten; die Koalitionsfreiheit durch Art. 159 der Reichsverfassung, der den § 152 Abs. 2 GewD. außer Kraft setzt, verbürgt (RG. 111, 200; dazu ausführlich §§ 75 f. Anm. 1); nur Beamte und Militär sind ausgenommen. Streik und Boykott sind, wie schon bemerkt, erlaubte Kampf- und Abwehrmittel; über die Folgen

der Streikpropaganda und der Teilnahme an einem Streik für Handlungsgehilfen § 72 **Anhang**
 Anm. 2 u. 5, sowie § 63 Anm. 8. Auch ein Sympathie- und Solidaritätsstreik (Versagung von **zu § 346.**
 Streibbrechetarbeit; RG. 86, 154; 76, 38; 64, 259) ist nicht zu beanstanden. Streik und Boykott
 werden zu sittenwidrigem Tun erst, wenn diese Waffen in verwerflicher Weise gehandhabt
 sind. Verwerflich sind Maßnahmen, die an sich schon sittenwidrig sind ohne Rücksicht auf
 den Erfolg. Hierher gehört öffentliche Aufreizung gegen einen Arbeitgeber oder Ge-
 schäftsmann durch Aufstellen unwahrer oder beschimpfender Behauptungen oder in
 falschem Licht geschilderter nachteiliger Tatsachen (RG. 76, 40; 61, 366; 66, 379) oder von
 Warnungen vor einem Geschäftsmann ohne Angabe der Tatsachen (RG. 105, 7). Ferner
 wenn Streik oder Boykott aus Bosheit, Rachsucht oder frivol erfolgt; denn wenigstens
 nach Ansicht der Veranstalter muß ein berechtigtes Ziel vor Augen stehen, wenn auch
 nur die allgemeine Aufmerksamkeit auf Mißstände, sei es auch durch die Androhung eines
 Streiks oder Boykotts, gelenkt werden soll (RG. 64, 62). Es kommt überhaupt auf die
 innere Gesinnung an, aus der heraus zu einem solchen Kampfmittel die Zuflucht ge-
 nommen wurde, und ob vielleicht Angriff gegen Angriff, Notwehr gegen Angriff steht
 (JW. 1915, 913³). Wer Sittenwidrigkeit behauptet, trägt die Beweislast, wenn nicht
 etwa nach den Grundsätzen vom Prima-facie-Beweis der Gegner sich entlasten muß (vgl.
 JW. 1913, 97¹). Öffentliche Beschimpfungen, Drohungen, Aufreizungen der Menge
 zu Gewalttätigkeiten (RG. 86, 152; 76, 35; WarneherRspr. 1912 Nr. 428, 306, 305;
 JW. 09, 109) machen schon durch die angewendeten Mittel und deren voraussehbare
 Wirkung ohne Rücksicht auf den Erfolg Streik wie Boykott unsittlich, wie z. B. eine
 Verurteilung unter der Behauptung eines Wort- oder Vertragsbruchs des
 Boykottierten (RG. 65, 428; WarneherRspr. 1913 Nr. 416. Deshalb ist jedes
 Vorgehen zuvor auf die Zuverlässigkeit der zugrunde liegenden Tatsachen zu prüfen
 (WarneherRspr. 1912 Nr. 305). Verwerflich ist es, wenn Kunden oder Arbeits-
 kräfte am Betreten des boykottierten Geschäfts zur wirksamen Durchführung des
 Boykotts gewaltsam gehindert werden (RG. 76, 46; WarneherRspr. 1913 Nr. 54).
 Einzureihen ist hier der offenbar unbillige Ausschluß aus einem Verein, dessen Zuge-
 hörigkeit eine Lebensbedingung des Betroffenen ist (RG. 107, 389; 106, 120; 93, 302),
 und öffentliche Brandmarkung eines Ausgeschlossenen (RG. 80, 191; 78, 134; War-
 neherRspr. 1914 Nr. 160). Sind Streik und Boykott an Ziel, Mitteln, voraussehbarer
 Wirkung an sich nicht sittenwidrig, so können sie es doch mit Rücksicht auf den angestrebten
 Erfolg werden. Hierher gehören Maßnahmen, die auf den Erfolg eingestellt sind und ent-
 weder die Vernichtung oder doch eine dieser nahekommennde Schädigung bezwecken,
 oder wenn die dem Betroffenen zugefügten Nachteile in keinem Verhältnis stehen zu dem
 durch die Maßnahmen erstrebten Erfolg (RG. 104, 330; 66, 379; 64, 158 u. 52; War-
 neherRspr. 1914 Nr. 160; 1913 Nr. 82; 1911 Nr. 30; JW. 1913, 134; 08, 38¹⁴). Dieser
 Fall trifft nach beiden Richtungen zu, wenn der Koalitionszwang die wirtschaftliche Frei-
 heit völlig unterbindet (RG. 104, 330), und wenn nichtorganisierte Arbeiter durch gegen
 den Arbeitgeber ausgeübte Drohung mit Streik oder Boykott zum Beitritt in eine Or-
 ganisation gezwungen werden sollen (JW. 1923, 293). Ein solcher Widerstreit ist nicht
 vorhanden, wenn ein Verband seinen Mitgliedern das Meiden eines Geschäfts empfiehlt
 zur Wahrung bedeutsamer Interessen und ohne Existenzgefährdung des Bedrohten
 (WarneherRspr. 1909 Nr. 211). Eine öffentliche Warnung vor einem Geschäftsmann
 muß die Tatsachen angeben, damit sich die Öffentlichkeit eine Meinung bilden kann (RG.
 105, 7). Aussperrungen sind an denselben Grundsätzen zu messen wie Streik und
 Boykott; das zeigen schon einige der oben angeführten Beispiele. Bei Aussperrungen
 von Arbeitnehmern kommt es ebenfalls darauf an, ob die Handlung an sich schon unsitt-
 lich ist durch die angewendeten Mittel, Ziel und Zweck ohne Rücksicht auf den Erfolg,
 oder ob sie es erst wird durch den erstrebten Erfolg (unwahre oder leichtfertige Darstellung,
 Beschimpfung, unstatthafte Drohung, Vereitung unverhältnismäßiger Nachteile; RG. 54,
 255; 51, 381; JW. 08, 679). Daselbe gilt bei der Kunden- und Lieferanten Sperre (RG.

**Anhang
zu § 346.**

93, 19; 64, 158; 60, 104; *WarneherRspr.* 1913 Nr. 306 u. 82). Ob die Aussperrung im Einzelfalle zulässig ist, hängt von Dauer und Schwere der Schädigung und von der Art der Verfehlung des Ausgesperrten ab (RG. 93, 303; 57, 428; JW. 09, 391; „*Recht*“ 1914 Nr. 2266 — Bezugssperre zur Erzwingung der Anerkennung eines Schiedsspruches). Es kommt schon der Abbruch der Geschäftsverbindung einer Aussperrung gleich, wenn der Abbruch kraft vertraglicher Abmachungen zugleich die Meidung geschäftlicher Beziehungen seitens anderer marktbeherrschender Unternehmungen zur Folge hat; eine solche mittelbare Aussperrung ist auf derselben Grundlage so möglich, daß die Anknüpfung von Geschäftsverbindungen abgeschnitten wird. Eine Aussperrung ist auch die Nichtaufnahme in einen Verband, der seinen Mitgliedern Vertragsware billig liefert; ein Anspruch auf Aufnahme in einen solchen Schutzverband besteht nur, wenn der Verband eine Monopolstellung hat und zwischen den beiderseitigen Interessen ein außerordentliches Mißverhältnis zu Ungunsten des den Eintritt Erstrebenden besteht (RG. 57, 427; 56, 25; JW. 1924, 1592⁸), oder wenn der Nichtaufnahme lediglich Schädigungsabsicht zugrunde liegt (JW. 1924, 1592⁹). Es muß vor allem der Arbeitgeber, der Arbeiter ausschließt, verlässliche Unterlagen haben, darf sich also nicht in tatsächlichen Irrtümern befinden, sonst verstößt er leicht gegen § 826 BGB. (RG. 71, 112). Die Aussperrung ist gerechtfertigt, wenn das Geschäft aufgelöst wird und das neue Geschäft nun eine Auswahl unter den Arbeitern trifft (RG. 105, 6), oder wenn triftige Gründe sachlicher Art vorhanden sind, z. B. geistige, körperliche, moralische Mängel, um einen Arbeiter durch Verfassung eines Arbeitsnachweises (sog. Handzettels) vom Betrieb fernzuhalten (RG. 71, 108; 65, 427; „*Recht*“ 1923 Nr. 33). Unberechtigt ist eine Aussperrung bloß zum Zweck einer Maßregelung, oder um die Unterwerfung unter ein Schiedsgericht zu erzwingen (RG. 85, 177), oder um zur Forderung übersehter Preise von Außenseitem mit Abführung eines Betrags an den Lieferanten (vgl. RG. in *MuW.* 22, 121) zu nötigen. Keine solche Maßregelung ist es (sondern das erlaubte Gegenstück zu einem Sympathiestreik), wenn durch Arbeiterentlassungen einem vom Streik betroffenen einzelnen Arbeitgeber zum Siege im eigenen Interesse verholfen werden soll (RG. 54, 259). Wohl aber ist eine Absatzsperre vertretlich, welche den Ausgesperrten am Vertrieb von Erzeugnissen hindert, die der Konkurrent selbst nicht herstellen kann (*WarneherRspr.* 1916 Nr. 193). Sache des Ausgesperrten ist es, den nach § 826 BGB. nötigen Beweis vorläufiger Schadenszufügung zu führen. Der Aussperrende hat die vom Ausgesperrten bewiesenen Tatsachen zu entkräften und sein eigenes Verhalten zu rechtfertigen. Ob dem Ausgesperrten zuzumuten ist, sich ein anderes Geschäftsgebiet auszusuchen und so den Schaden zu meiden oder zu mindern, bemißt sich nach den Umständen. Wie bei Streik und Boykott, kommt es auch bei der Aussperrung auf den Anlaß, das Verhalten der Beteiligten und ihre Interessen an.

Anm. 33. f) Das Kartellwesen ist durch die B. gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. Nov. 1923 (RGBl. I, 1067) gesetzlich geordnet. Die Neuordnung umfaßt Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Erzeugung oder den Absatz, die Geschäftsbedingungen und Preisfestsetzungen enthalten und von Kartellen, Syndikaten, Konventionen und ähnlichen Vereinigungen herrühren. Diese Regelung ist eine so umfangreiche, daß eine Darstellung aus dem Rahmen dieses Werkes herausfallen würde; deshalb sind die Anm. 36 bis 59 der 10. u. 11. Auflage gestrichen. Hervorzuheben ist nur, daß zwar einem Kartellgericht (dem Reichswirtschaftsgericht) die Entscheidung von Streitigkeiten zugewiesen ist. Dieser Weg ist jedoch vielfach bedeutungslos, weil der Reichswirtschaftsminister den Mitgliedern das Recht fristloser Kündigung bewilligen kann. Damit ist jedes Kartell vom Ermessen der Verwaltung abhängig und der Rechtsweg ausgeschaltet. Eine Art Zwangssyndikat ist geschaffen durch das Reichsflagengesetz vom 25. Mai 1910.

Anm. 34. g) Tarifverträge, d. h. schriftliche Arbeitsverträge zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und einzelnen Arbeitgebern oder Vereinigungen solcher, haben mit ihren Aus-

wirkungen ihre gesetzliche Grundlage erhalten in der B. über Tarifverträge, Arbeiter- und Anhang Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. Dez. 1918 zu § 346. (RGBI. 1456) in der Fassung der B. vom 31. Mai 1920 (RGBI. 1128) und mit der Abänderung nach § 104 Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 und nach Art. I Gesetz über die Erklärung der allgemeinen Verbindlichkeit von Tarifverträgen vom 23. Januar 1923 (RGBI. I, 67).

II. Erzwingung des Vertragsschlusses und von Freizeichnungen.

Lit.: Ripperhey, Kontrahierungszwang und bittierter Vertrag, 1920; Pappenheim, Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts, Festschr. f. G. Cohn, 1915.

1. **Erzwingung des Vertragsschlusses durch monopolistische Unternehmen.** Ein recht- Anm. 35. liches Monopol besitzt die Post (§ 452; RPostG. v. 28. Okt. 1871 § 3, RGBI. 347; ReichG. v. 6. April 1892 §§ 5 u. 8, RGBI. 467); ihr Zwangsrecht ist gesetzlich ausdrücklich geordnet. Aber es ist der Rechtsweg nicht ausgeschlossen, wenn ihre Maßnahmen und Verträge bürgerlich-rechtlicher Natur sind (RG. 109, 103; 107, 41; 104, 141). Ein tatsächliches Monopol hat die Reichseisenbahngesellschaft, dem die Grenzen von §§ 453, 471, von der EBN. und vom Berner Frachtübereinkommen gezogen sind. Alle übrigen dem öffentlichen Verkehr dienenden Anstalten, welche eine tatsächliche Monopolstellung sich errungen haben, wie Banken, Frachtführer, Spediteure, Lagerhalter, Güterbesitzer und Versicherungsunternehmungen, würden, wenn man den freien Wettbewerb walten lassen könnte, dem Publikum, das sich ihrer bedienen muß, willkürliche Bedingungen auferlegen können, wenn eine Unterwerfung unter ihre Bedingungen stattgefunden hat (hierüber § 346 Anm. 17f.). Gegen die Versicherungsunternehmungen und gegen Trusts, Kartelle und ähnliche Vereinigungen hat der Gesetzgeber im BÜG., im BGB. und in der Kartellverordnung (oben Anm. 33) mächtig gewirkt. Der Gedanke, der dieser ganzen Gesetzgebung zugrunde liegt, läßt sich dahin zusammenfassen, daß eine tatsächliche Monopolstellung weder mit der Rechtsauffassung unvereinbare Vorteile mit sich bringen noch dem Verkehr besonders drückende Fesseln anlegen darf. Die allgemeine Rechtsauffassung entscheidet, die eine beiderseitige Anpassung an die infolge des Kriegsverlustes geschaffenen Verhältnisse voraussetzt. Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es der Abwägung der beiderseitigen Interessen, der Vorteile, die für die Annahme der einseitig aufgezwungenen Bedingungen geboten werden, der Notlage der Unternehmer infolge des allgemeinen Niederganges, alles vom allgemeinen Wohl aus betrachtet. Aus dieser Abwägung geht das entscheidende allgemeine Interesse hervor. Bedingungen, die mit dem allgemeinen Interesse in diesem Sinne nicht im Einklang stehen, sind unsittlich und daher nichtig nach § 138 Abs. 1 BGB. Die Nichtigkeit solcher Bedingungen, die eine übermäßige Ausnutzung der Marktstellung enthalten, dem Publikum aber nach der zu § 346 Anm. 17ff. gegebenen Darstellung aufgezwungen worden sind, zieht nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrags nach sich. Die Nichtigkeit hat vielmehr nur die Wirkung, daß die unsittliche Bestimmung in Wegfall gebracht wird; an deren Stelle treten dann die gesetzlichen Vorschriften; im übrigen bleibt der Vertrag in Kraft; denn ein Zwang zum Vertragschluß liegt in der tatsächlich vorhandenen ausschließlichen Gewerbeberechtigung (RG. 99, 109; 48, 127). Die Zulässigkeit völliger Ausschließung von den Vorteilen, welche ein monopolartiges Unternehmen zu bieten vermag, darf nicht ohne triftige Gründe erfolgen. Triftige Gründe sind Mißtrauen in die Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit, nicht aber ist es die Möglichkeit, sich anderweitig dieselben Leistungen zu verschaffen. Ein Ausschluß ist nicht gerechtfertigt, wenn jemand durch Fernhaltung lediglich geschädigt werden, wenn die Konkurrenz erdrückt werden soll, z. B. durch Ausschluß von Bezugsquellen, Tarifen (RG. 64, 158; 56, 286; 48, 118); in solchen Fällen führt § 826 BGB. zum Schadensersatz und zur Unterlassungsklage (oben Anm. 13ff.). Dasselbe gilt, wenn der Ausschluß

**Anhang
zu § 346.**

aus sonstigen unlauteren Beweggründen, z. B. willkürlich, aus Gehässigkeit oder zur Machtprobe geschehen ist (RG. 60, 104 u. 94; 57, 418; JW. 1912, 916¹⁷); dabei kann es nicht ohne weiteres als unsittlich bezeichnet werden, wenn Rache für den Austritt aus dem Monopolverband geübt wird; denn es können immer noch berechnete Interessen in verständiger Weise gewahrt sein (RG. 71, 170; vgl. JW. 06, 743¹⁴), z. B. wenn Schutzverbände dem Schleudern von Ware entgegentreten. Für den Ausschluß kommen überhaupt dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie sie oben Anm. 32 für die Aussperrungen, Abbruch der Geschäftsverbindung, aufgestellt sind, jedoch verschärft durch den monopolistischen Charakter der mächtigeren Partei. Die einfache Lieferungsperre, um den Gegner unter ein Schiedsgericht zu zwingen (RG. 85, 181), reicht schon aus für § 826 BGB. Schon wenn die Ausschließung und der dadurch entstehende Schaden in einem außerordentlichen Mißverhältnis zu den Vorteilen des Ausschlusses steht, wird das monopolistische Unternehmen nach § 826 BGB. haftbar (JW. 1925, 1592⁸). Fehlt es an solchen Voraussetzungen, so steht es in der Macht einer Interessenvereinigung, eine unbequeme Persönlichkeit nicht aufzunehmen oder zum Austritt zu zwingen. Auch Boykott (Nicht- oder Berrufserklärung, Androhung der Eintragung in die schwarze Liste zum Zwecke der Lieferungs- oder Absatzperre) in Form der Aufforderung an die Mitglieder eines monopolartigen Verbandes oder auch an Nichtmitglieder, den den Monopolbedingungen Widerstrebenden nicht mehr zu beliefern, von ihm nicht mehr zu kaufen, ihn nicht mehr zu beschäftigen, enthält einen Verstoß gegen die guten Sitten unter denselben Voraussetzungen wie der oben schon in Anm. 32 erörterte Boykott; jedoch in verschärfter Beurteilung infolge der Machtstellung solcher Verbände, wenn sie auf Vernichtung ausgehen (RG. 56, 278; 28, 238; WarnerhRspr. 1912 Nr. 306 u. 305 — Geschäftsperre; JW. 07, 414⁹; Boykott über ein Warenhaus; JW. 08, 38¹⁴; Bierboykott) oder auch nur unverhältnismäßige Nachteile zufügen (vgl. RG. 76, 35; JW. 09, 168⁹; Wirtschaftsbaykott; WarnerhRspr. 1912 Nr. 253).

In Anlehnung an einige vorangegangene Entscheidungen hat zuerst RG. 99, 109 den Grundsatz verkündet, daß für den Verkehr unentbehrliche Gewerbe, mögen sie von einzelnen Unternehmern oder von einer Interessenvereinigung betrieben werden, dem allgemeinen Verkehr keine unbilligen, unverhältnismäßigen Opfer auferlegen dürfen. Diesen Gedanken hat § 4 der Kartellverordnung (oben Anm. 33) dahin verallgemeinert, daß die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl insbesondere dann als gefährdet anzusehen ist, wenn in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise die Erzeugung oder der Absatz eingeschränkt, die Preise gesteigert oder hochgehalten oder im Falle wertbeständiger Preisstellung Zuschläge für Risiken eingerechnet werden. oder wenn die wirtschaftliche Freiheit durch Sperren im Einkauf oder Verkauf oder durch Festsetzung unterschiedlicher Preise oder Bedingungen unbillig beeinträchtigt wird. Schon Unbilligkeit in diesem Sinne, z. B. einseitige Bevorzugung der eigenen Interessen (RG. 99, 109), berechtigt das Kartellgericht, den Vertrag oder Beschlüsse der Vereinigung ganz oder teilweise für nichtig zu erklären oder die Beteiligten zum sofortigen Rücktritt zu ermächtigen (§ 7). Die Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls ist der oberste Leitfaden. Unbilligkeit in der gedachten Umschreibung ist nur als ein besonderer Fall der Gefährdung herausgehoben. Die Billigkeit verlangt, wie auch schon früher anerkannt wurde, eine gleichmäßige Behandlung aller Abnehmer; dagegen wird nicht verstoßen, wenn ein städtisches Elektrizitätswerk einheitlich Strompreise festsetzt (RG. 111, 310; Vorbem. vor § 273 Anm. 16 f.), oder wenn ein Elektrizitätswerk nur mit denjenigen Stromlieferungsverträgen eingeht, die die Installation durch besonders bezeichnete Firmen vornehmen lassen (RG. 79, 224), oder erhöhte Preise von den Gewerbetreibenden fordert, die das Werk in besonderem Maße in kritischen Zeiten in Anspruch nehmen (LJ. 1923, 651¹¹), oder in der Bedingung, entweder auf fernere Geschäftsverbindung zu verzichten oder einem anderen nicht zu liefern (RG. 71, 170), oder in der Verpflichtung, den ganzen Jahresbedarf bei einer

bestimmten Firma zu decken, einem Frachtunternehmen alle Transporte zuzuweisen (LJ. 07, 434⁶), einer Firma die gesamte Jahresproduktion zu liefern, gewisse Mindestpreise, eine Sperrklausel oder sonstige Bedingungen beim Weiterverkauf einzuhalten oder eine Kontrolle über den Weiterverkauf zuzugestehen (RG. 72, 375 u. 224; Goldheim 14, 165; Sächsl. 15, 63). Solche Absatzbeschränkungen wirken allerdings dritten Abnehmern gegenüber nicht (§ 137 BGB.; Anh. zu § 377), wenn nicht etwa die dem dritten Abnehmer bekannten Beweggründe der Vertragsuntreue seines Lieferanten das eigene Verhalten als ein unsittliches erscheinen lassen (LJ. 08, 302²⁰; vgl. RG. 63, 394). Nichts Anstößiges liegt in der Vereinbarung, daß die Mitglieder einer Vereinigung nur durch die diese oder deren Verkaufsstelle oder an diese liefern dürfen oder an diese verkaufen müssen (vgl. RG. 48, 306), oder daß die Mitglieder nicht im Inland ihre Waren absetzen (JW. 1917, 283³ u. 215³). Wer eine Absatzbeschränkung eingegangen ist, hat damit noch nicht die Verpflichtung übernommen, bei Veräußerung seines Geschäfts dieselbe Verpflichtung seinem Rechtsnachfolger aufzuerlegen (RG. 68, 294); tut er es nicht, so kann er seiner eigenen Verpflichtung nicht mehr genügen, er wird Schadensersatzpflichtig (vgl. RG. 108, 24; 89, 356), und zwar um so mehr, wenn die Veräußerung geschah, um sich seinen Verpflichtungen zu entziehen; er kann in diesem Falle sogar unmittelbar auf Erfüllung in Anspruch genommen werden, weil er arglistig gehandelt hat (JW. 08, 544²). Legt der im Absatz Gebundene dieselbe Verpflichtung seinem Nachfolger auf, so macht er sich damit im Zweifel frei (RG. 48, 314). Wie mit der Veräußerung, verhält es sich mit der Verpachtung. Hat eine Geschäftsveräußerung nach § 25 Abs. 1 stattgefunden, so haften Erwerber und Veräußerer für die Verpflichtungen gegenüber der Firma, mag auch der Erwerber nicht in die Vereinigung eingetreten sein (RG. 76, 7; § 306 Anm. 16). Eine Verschmelzung (Fusion) hat verschiedene Wirkung: Wird ein Syndikatsmitglied von einem Außenleiter aufgenommen, so tritt der Außenleiter in die Verpflichtungen des bisherigen Syndikatsmitgliedes in deren bisherigem Umfange ein, bleibt also mit seinen eigenen Werken und mit zukünftigen Erweiterungen außerhalb. Nimmt umgekehrt ein Syndikatsmitglied einen Außenleiter auf, so muß er auch für dessen Werke liefern, jedoch nur, wenn dieser dem Syndikat beitrifft (RG. 108, 25; 89, 357; dagegen Flechtheim JW. 1917, 469¹⁴). Im Zweifel wird eine Übertragung von Mitgliedschaftsrechten und -pflichten auf einen Außenleiter nicht gewollt sein, wenn der Gesamtrechtsnachfolger mit seinen eigenen Werken außerhalb bleibt, weil er sonst alles erfahren und in Wettbewerb treten würde (vgl. § 717 BGB.). Den Anteil am Syndikat kann der Gesellschafter nur mit seinem Werk veräußern, und zwar nur so, daß er seinen Rechtsnachfolger in seine Rechte und Pflichten eintreten läßt (RG. 70, 286). Ein bloßer Wechsel der Firmeninhaber ist überhaupt einflußlos auf die Rechte und Pflichten der Firma (WarneherMpr. 1918 Nr. 97). Das Mitglied einer solchen Interessengemeinschaft kann im Zweifel den Betrieb einstellen, wenn dazu ein verständiger Grund vorhanden ist, wie Unrentabilität und dgl. Das Verhältnis der Mitglieder solcher Interessenverbände unter sich und zum Syndikat sowie zu dessen Verkaufsstelle regeln sich nach der Art der Vergesellschaftung und den weiter getroffenen Vereinbarungen, die nicht zur Vergewaltigung mißbraucht werden dürfen (oben Anm. 31).

2. **Erzwingung von Freizeichnungen durch monopolistische Unternehmen** ist die natur- **Anm. 36.**
gemäße Auswirkung des Drucks, den wirtschaftliche Machtstellungen verkehrsnotwendiger Betriebe auf das Publikum auszuüben in der Lage sind. Dieser Machtbesitz legt solchen Unternehmen die Pflicht auf, nichts Unbilliges zu verlangen, wie oben Anm. 35 erörtert wurde. Der Unternehmer, der über solche Machtmittel verfügt, muß bei Geschäftsabschlüssen besonders gewissenhaft in seinen tatsächlichen Angaben verfahren (JW. 04, 453⁹; vgl. § 346 Anm. 17 ff.; § 347 Anm. 2 u. RuW. 21, 59). Er kann seine Haftung aus Fahrlässigkeit für Verluste ihm zur Beförderung oder Lagerung anvertrauter Güter auf einen Höchstbetrag (RG. in Sped.u.SchiffBtg. 23, 384; Kiel Sped.u.SchiffBtg. 23, 60; Hamburg HansGZ. 23, 195; 22, 217) oder auf einen verhältnismäßig geringen Betrag beschränken (RG.

**Anhang
zu § 346.**

99, 107); er darf auch die Haftung für Arglist und grobes Verschulden seiner Leute in den Geschäftsbedingungen (§ 346 Anm. 17 ff.) ausschließen, wenn er bei der Auswahl nicht mit der nötigen Sorgfalt verfahren kann (RG. 62, 266; 20, 115; vgl. RG. 81, 320; 68, 319). Die Freizeichnung von eigenem Verschulden (RG. 103, 83 u. in HansRG. 23 Hbl. 162; Frankfurt ZB. 1920, 449¹³) und von dem leitenden Angestellten dagegen (RG. 103, 82; 102, 396) ist unsittlich. Die Möglichkeit der Versicherung bietet keinen Ersatz (RG. 103, 84), und zwar auch dann nicht, wenn sich der Unternehmer zur Versicherung gegen Vergütung erachtet (RG. 106, 388; a. M. Senfpiel in ZJZ. 22, 247). Anders verhält es sich mit der Freizeichnung und Haftungsbeschränkungen für Vorsatz und für Fahrlässigkeit solcher Angestellten in untergeordneter Tätigkeit; hier ist die Freizeichnung auch bei monopolartigen Unternehmungen nicht zu beanstanden (RG. 102, 397; 99, 108; 82, 266; 52, 402; RG. in EisenbG. 38, 211; SSZ. 21, 81; Köln SSZ. 22, 335 u. 424). Sittenwidrige Bedingungen fallen weg; an ihre Stelle treten die gesetzlichen Vorschriften (oben Anm. 35), deren Bedeutung in § 347 Anm. 29 f. zur Darstellung gelangt. Die Nichtigkeit kann nicht dadurch abgewendet werden, daß nach den allgemeinen Bedingungen ein nicht staatliches Schiedsgericht über die Gültigkeit entscheiden soll (§ 346 Anm. 17). Bei Prüfung nach der Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen Gewerbetreibender, die sich zu monopolartigen Verbänden zusammengeschlossen haben und in ihren Prospekten, Rundschreibungen und öffentlichen Bekanntmachungen ihre Haftungen ausschließen oder mindern, kommt es wesentlich auf die Beurteilung an, ob sich das Publikum damit nach den gegebenen Umständen abfindet, und wie es die Klauseln in Abwägung der beiderseitigen Interessen verstehen muß. Spediteur-, Frachtführer-, Lagerhalterverbände können also wohl die Haftung für Diebstähle und Unterschlagungen ihrer niederen Angestellten ausschließen, weil die allgemeine Unsicherheit und die Höhe der Versicherung zu einem solchen Vorgehen zur Zeit zwingt; aber nicht für Vorsatz oder grobes Verschulden der leitenden Personen; sonst würde Veruntreuungen ein Freibrief erteilt. Es ist also eine Auslegung dahin zulässig, daß das Publikum sich nicht fügen will (RG. 103, 86), daß unklare, den Beteiligten nicht deutlich erkennbare Freizeichnungen gegen die Verfasser auszulegen sind, zumal die Parteien die Ungültigkeit des Vertrags wegen der Ungültigkeit einer einzelnen Bestimmung nicht gewollt haben (vgl. § 346 Anm. 3). Die Freizeichnung für alle Schäden hat daher die Bedeutung, daß für Verschulden in der Auswahl und Überwachung des Personals die Haftung nicht ausgeschlossen ist (ZJZ. 1923, 270³). Eine Geschäftsleitung, die es ermöglicht, daß ein Vorarbeiter ein Gut entgegennimmt, dessen Verbleib nicht mehr festzustellen ist, handelt schuldhaft (RG. 102, 396). An die Haftungsbeschränkungen ist schließlich nur der Vertragsgegner gebunden, nicht aber der Eigentümer, dessen Gut durch eine unerlaubte Handlung verlorengegangen oder beschädigt worden ist. Die Haftung dem Eigentümer gegenüber ist allerdings ausgeschlossen, wenn dem Vertragsgegner gegenüber nur Vertragspflichten schuldhaft verletzt sind, mag dadurch auch das Gut beschädigt sein. Wenn aber die gehörige Sorgfalt für Erhaltung des Gutes nicht beobachtet und dadurch dessen Entwendung ermöglicht wurde, so tritt Haftung außerhalb von Vertragsverhältnissen aus § 823 BGB. ein (RG. 105, 302; 102, 38). Die Haftungsbeschränkungen treffen den Ersatzberechtigten in seiner Eigenschaft als Eigentümer nicht (a. M. RG. in Sped. u. SchiffZtg. 22, 336; Breslau Sped. u. SchiffZtg. 22, 424; Senfpiel Sped. u. SchiffZtg. 23, 482; 22, 569). Wenn also der Kollidatür oder der Frachtführer seinem Gespann keinen Feisfaher mitgegeben hat, und dadurch ein Diebstahl des Gutes ermöglicht wurde, ist er dem Eigentümer für den Verlust nach § 823 BGB. verantwortlich, wenn nicht der Auftraggeber mit der Unterlassung einverstanden war (RG. 102, 38; Hamburg HansRG. 22, 223; a. M. Hamburg Sped. u. SchiffZtg. 22, 1045; ZG. Berlin III SSZ. 22, 248; Berlin I Sped. u. SchiffZtg. 22, 1044), oder nur Kosten ersparen wollte (ZB. 1926, 570²). Ebenso haftet der Abreßpediteur, der seinen Auftrag vom Hauptpediteur erhalten hat, dem Eigentümer nach § 823 BGB., wenn er die Übernahme des Gutes schuldhaft versäumt hat und das

Gut dadurch in Verlust geraten ist (Hamm EisenbG. 39, 261). Um die Verletzung bloßer **Anhang** Vertragspflichten von fahrlässiger Verletzung fremden Eigentums auseinanderzuhalten, zu § 346. bedarf es genauer Ermittlung der Schadensursache.

§ 347.

§ 347.

Wer aus einem Geschäfte, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, 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.: Eyner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; Kohlrusch, Die Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Rechtsirrtum, Erfolgshaftung, 1910; Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, 1910. Derf., Fahrlässigkeit und Unfähigkeit. Arb. Festst. f. Enneccerus 1913.

Der vorliegende Paragraph bestimmt das Maß der dem Kaufmann obliegenden Einleitung. Sorgfalt. Es wird bestimmt, daß, soweit ihm in dem Gesetze eine Sorgfaltspflicht auferlegt wird, er für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haftet. Allein nach Abf. 2 sollen die Milderungen der Haftung, welche das BGB. eingeführt hat, auch für den Kaufmann gelten.

1. Nur um die Sorgfaltspflicht des Kaufmanns handelt es sich. Denn nur Anm. 1. von der Sorgfalt dessen ist hier die Rede, auf dessen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist. Das aber ist 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 jetzigen HGB. nicht mehr möglich. (Über den Begriff des Vorsatzes s. Anh. zu § 346 Anm. 10.)

2. Nur um bestehende Sorgfaltspflichten handelt es sich. Der vorliegende Paragraph Anm. 2. 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. Es wird also nicht für jeden Mangel an Sorgfalt eingestanden, sondern, wie dies auch bei § 276 BGB. anzunehmen ist, nur für die schuldhafte Verletzung zu vertretender Vertragspflichten. Das Gesetz hat Arglist und Fahrlässigkeit bei der Erfüllung, also nach Vertragsschluß im Auge, soweit dadurch der Vertragsgegner geschädigt wird; und auch dies nur soweit, als nicht Sonderbestimmungen ebenso wie bei § 276 BGB. eine andere Regelung Platz greifen lassen; hierüber ausführlich unten Anm. 11ff.

Eine andere Frage ist die Haftung für Arglist und Fahrlässigkeit, die bei den Vor- Anm. 2a. verhandlungen einer Partei zur Last fallen und bei Vertragsschluß noch fortwirkten (Culpa in contrahendo). Das ist die Frage nach der Haftung für **Verschulden vor Vertragsschluß**. Die Antwort fällt verschieden aus, je nachdem es zu einem gültigen oder zu einem nichtigen oder zu gar keinem Vertrag gekommen ist.

a) Ist es zu einem gültigen Vertrag gekommen, weil eine arglistige Täuschung den Getäuschten zum Abschluß bestimmt hat, so ist darüber ausführlich in Anh. zu § 346 Anm. 12ff. und in § 377 Anm. 51ff. gehandelt. Davon verschieden ist das Verschulden beim Vertragsschluß (Culpa in contrahendo). Wenn nämlich eine Partei bei Vertragsschluß, also bei den Verhandlungen, die zum Zustandekommen eines gültigen Vertrags

§ 347. geführt haben, schuldhaft, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig, Umstände verschweigt oder unrichtige Angaben macht, obwohl sie wußte oder sich sagen mußte, daß diese für den Willensentschluß des anderen Teiles von wesentlicher Bedeutung seien, haftet für dieses Verschulden, wenn Treu und Glauben im redlichen Verkehr eine solche Offenbarungspflicht gebieten. Ehe man zu diesem Grundsatz gelangte, hatte man die Haftung überhaupt abgelehnt, sofern nicht eine unerlaubte Handlung nachzuweisen war (ZB. 09, 684^o; 06, 136^o). Alsdann wurden verschiedene Wege versucht, weil § 276 BGB., der sich nur auf bestehende Verträge bezieht, Schwierigkeiten für eine Haftung für bloße Lässigkeit zeigte, die vor Vertragschluß lag. Man hat sich deshalb mit einem Hinüberwirken des vor dem Abschluß liegenden Verschuldens auf den Vertrag selbst geholfen, um daraus ein Ganzes zu machen (RG. 95, 58; ZB. 1912, 743). Dann glaubte man, eine besondere, zur Offenlegung verpflichtende Vertrauenspflicht finden zu müssen, für die aber wieder besondere Umstände nachzuweisen waren (RG. 88, 105; ZB. 1916, 116³ u. 115⁴; Warneher 1910 Nr. 269; 1908 Nr. 130). Auch § 242 BGB. schien Schwierigkeiten zu bieten, weil auch diese Gesetzesstelle auf die Erfüllung abzielt (§ 346 Anm. 20; Allg. Einl. Anm. 35). Nun haben aber RG. 107, 362; 103, 157 u. 50; 97, 327; 95, 60; 93, 165; WarneherMpr. 1920 Nr. 149; ZB. 1912, 743⁵ den oben wiedergegebenen Grundsatz aufgestellt und ihn allein aus Treu und Glauben und aus dem Geist des BGB. abgeleitet, wie er sich insbesondere aus §§ 276 Abs. 2, 157, 242 BGB. ergibt. Die Lage vereinfacht sich natürlich, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis eine Offenbarungspflicht erzeugt (LJ. 1925, 706¹), wie ein solches früher für nötig gehalten wurde. Mehrgebachter Grundsatz gilt jedoch nur, wenn die Ersatzpflicht nicht anderweit geregelt ist; er muß also zurückstehen, wenn für ein einzelnes Rechtsverhältnis besondere gesetzliche Bestimmungen vorhanden sind. Solche Bestimmungen sind vorhanden bei arglistigem Verschweigen von Sachmängeln, so daß es keine Haftung für fahrlässiges Verschweigen gibt (§ 463 Abs. 2 BGB.; RG. in SeuffA. 78, 15); ferner, wenn der Verkäufer Garantie für die Erfüllung übernommen hat (RG. 25, 91; § 349 Anm. 65); sodann die Aufklärungspflicht des Hinterlegers (§ 694 BGB.), die Erkundigungspflicht des Schenkers (§§ 523, 524), die Prospekthaftung (§ 45 BörG.), die Auskunft- und Anzeigepflichten im BGB. Endlich trifft die aus einer Vertragspflicht hergeleitete Haftung nur die Vertragspersonen, nicht Dritte, die nicht im Vertragsverhältnis stehen; für sie gelten andere Regeln (§§ 823, 826 BGB.; § 377 Anm. 172). Schulübernehmer, Garanten und Bürgen unterstehen aber dem Grundsatz. Die Tragweite der Offenbarungspflicht nach Treu und Glauben im redlichen Verkehr ergibt sich aus folgenden Beispielen: Eine Offenbarungspflicht besteht zwischen dem beratenden Bankier und seinem Kunden, dem er Wertpapiere verkauft, (Anh. zu § 349 Anm. 17), zwischen dem Verkäufer und Käufer eines Geschäfts hinsichtlich der Rechte Dritter, die den Abschluß beschränken (Vorbem. vor § 373 Anm. 59), zwischen dem Verkäufer der Erzeugnisse bestimmter Herkunft (Vorbem. vor § 373 Anm. 70), der Kenntnis von der Gefährdung der Lieferungsmöglichkeit oder Verkehrsfreiheit von Ein- oder Ausfuhrverboten hat, und seinem Abnehmer (RG. 95, 58; WarneherMpr. 1920 Nr. 149; 1912 Nr. 418; Anh. zu § 374 Anm. 47 b), zwischen dem, der den Vertrieb eines bestimmten Artikels überträgt in Kenntnis von den Betrieb verhindernden Umständen, und seinem Vertragsgegner (ZB. 1912, 743⁵), zwischen dem Verkäufer eines Grundstücks und dem Käufer hinsichtlich der Hypothekenverhältnisse, zwischen dem Veltredereagenten und dem Geschäftsherrn hinsichtlich der Kundschaft, bei der Abtretung von Hypotheken über den dafür entscheidenden, nicht leicht erkennbaren Zustand des Grundstücks (RG. 103, 51), zwischen dem Absender, der die gefährliche Beschaffenheit des Gutes kennt, und dem Frachtführer (RG. 93, 165). Der Verkäufer, der sich für Lieferungsunmöglichkeit freigezeichnet hat, aber verschweigt, daß die Gefahr sehr nahe gerückt ist, und beim Käufer die Vorstellung erweckt, es handle sich nur um eine bedeutungslose Vorsichtsmaßregel für alle Fälle, haftet für Culpa in contrahendo (RG. 97, 327). Macht der Besteller dem Unternehmer fahrlässig falsche Angaben, so haftet er dafür (RG. 95, 60).

Bei öffentlichen Ausschreibungen (Anh. zu § 346 Anm. 20) machen ungenügende Vorarbeiten des Ausschreibenden nur bei Arglist haftbar, weil jedermann mit dieser Gefahr rechnen muß; deshalb entfällt die Haftung überhaupt, soweit der Gegner auf Erschwerungen gefaßt sein muß (WarnheyerRspr. 1917 Nr. 80). Deshalb macht die Nichtvorlage aller Mietverträge beim Verkauf eines Zinshauses noch nicht haftbar (JW. 1916, 116³). Bei Spekulationsgeschäften trifft dieser Gesichtspunkt in erhöhtem Maße zu.

Die Schadenersatzpflicht, wenn es zu einem gültigen Abschluß gekommen ist, richtet sich nach § 249 BGB., wonach der frühere Zustand wiederherzustellen ist. Hieraus ergibt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse, wenn der Geschädigte ohne das schuldhafte Verhalten des Gegners, also bei dessen wahrheitsgemäßem Verhalten, unter entsprechend günstigeren Bedingungen abgeschlossen hätte. Der Geschädigte muß danach beweisen, daß er die Kaufsache um einen geringeren Preis erworben hätte, daß ihn die Abtretung von Rechten billiger gekommen wäre (RG. 103, 52; 95, 58; 83, 246; LZ. 1921, 373; JW. 1912, 743). Dieser Beweis schlägt fehl, wenn entweder der Berechtigte selbst oder sein Gegner den Willen bekundet hat, daß sie anders als geschehen nicht abgeschlossen haben würden (vgl. RG. 103, 52). Im Zweifel ist der Geschädigte also so zu stellen, wie wenn er den Vertrag nicht geschlossen hätte. Damit ist der Geschädigte auf Ersatz des Vertrauensinteresses (das negative Vertragsinteresse) beschränkt, wenn nicht besondere Umstände, wie oben bemerkt und im Anh. zu § 346 Anm. 12ff. unterschieden ist, den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse verleihen. Beide Ansprüche sind so verschieden, daß der Übergang von dem einen Anspruch zum anderen eine Klageänderung bedeutet (WarnheyerRspr. 1920 Nr. 149). Das negative Vertragsinteresse kann allerdings in seiner Auswirkung dem positiven Erfüllungsinteresse nahekommen: Wenn z. B. der Käufer auf eine fahrlässigerweise vom Verkäufer gemachte Erfüllungszusicherung vertrauen durfte, so kann der Schaden in dem Unterschied bei einer Einbedung bestehen (RG. 97, 328). Daß RG. 104, 265, indem nur das negative Vertragsinteresse bewilligt wird, mit den oben besprochenen RG. 97, 339 und 95, 61 in Gegensatz geraten sei (Levy JW. 1922, 1313¹), ist nicht zuzugeben, weil RG. 104, 265 darauf beruht, daß überhaupt kein Vertrag abgeschlossen ist (hierüber unten Anm. 2c).

- b) Ist es zu einem nichtigen Vertrag gekommen, so wird bald die Ansicht ver-
treten, daß es überhaupt keinen Ersatzanspruch gebe, weil Verschulden beim Vertrags-
schluß eben einen Vertrag, also einen gültigen Vertrag, voraussetze (WarnheyerKomm. z.
BGB. § 276 Fußn. 41), bald wird ein Anspruch auf das negative Interesse bewilligt
(Pland Vorbem. vor §§ 275—292 Erl. 4d). RG. 107, 362 bejaht die Frage für die Richtig-
keit allgemein, ohne sich näher auszulassen, ob positives oder negatives Vertragsinteresse
die Regel bildet. Es ist zu unterscheiden: Wenn das Gesetz selbst das Verschulden beim
Vertragschluß ausdrücklich geregelt hat, so bleibt es dabei. Solche Sondervorschriften,
die lediglich das negative Vertragsinteresse gewähren, sind die Fälle der Richtigkeit infolge
Irrtumsanfechtung (§ 122 BGB.), des Abschlusses mit einem Vertreter ohne Ver-
tretungsmacht (§ 179 BGB.) und des schuldhaften Versprechens einer unmöglichen
oder verbotenen Leistung (§§ 307, 309 BGB.); der gutgläubige Vertragspartei ist durch das
Verhalten des Gegners geschädigt, weil er getraut hat; ihm steht kein Anspruch auf Er-
füllung, also kein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu; er erlangt ihn
auch nicht durch Heranziehung der Grundsätze über die Culpa in contrahendo. Hat der
Verkäufer die Unmöglichkeit der Ausführung beim Abschluß absichtlich verschwiegen,
so trifft § 826 BGB. zu; der Betrogene gelangt so zum Ersatz des Erfüllungsinteresses,
weil er so gestellt werden muß, als sei die Leistung möglich. Ebenso verhält es sich, wenn
dem Verkäufer vorgetäuscht war, er mache sich durch den Abschluß nicht selbst Konkurrenz
(vgl. LZ. 1924, 736²), oder wenn der gutgläubige Käufer zum Abschluß eines formnich-
tigen Kaufs durch Irrtumserregung des Gegners mittels arglistiger Vorpiegelung ge-
bracht war (RG. 107, 364). In dem letztgedachten Falle ist das Erfüllungsinteresse zu
bewilligen, weil der Geltendmachung der Nichtigkeit die Einrede der aus Treu und

Anm. 2b.

§ 347. Glauben herzuleitenden Arglist entgegensteht. Das Erfüllungsinteresse ist also hier auch bei Fahrlässigkeit zuzusprechen (vgl. Pland Vorbem. vor §§ 275—292 Erl. I 4a bcc). Haben beide Teile die Nichtigkeit aus Fahrlässigkeit nicht gekannt, so nützt das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrags nichts; es findet keine Schadensausgleichung nach § 254 BGB. statt; denn § 254 BGB. ist in den Fällen der §§ 307, 309 BGB. ausgeschlossen (RG. 110, 55; 105, 412).

Ann. 2c. c) Ist ein Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen, liegt also nicht bloß ein etwa infolge irgendwelcher Mängel nichtiger Vertrag vor, so ist auch hier sowohl mit einem Erfüllungsinteresse wie mit einem negativen Vertragsinteresse zu rechnen. Nur das letztere läßt die herrschende Lehre gelten (Pland Vorbem. vor §§ 275—292 Erl. I 4b α u. αβ; Vertmann JW. 1919, 35; LZ. 1914, 513; Stoll LZ. 1923, 535 u. 538 ff.). Durch Sonderbestimmungen ist in §§ 663, 675 BGB., § 149 BGB., §§ 362, 363, § 30 ABgD. ein negatives Vertragsinteresse ausdrücklich anerkannt, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt infolge des Verschuldens des einen Teils. Die Übertragung dieses Gedankens auf andere Verhältnisse wurde früher abgelehnt, weil ein Verschulden desjenigen nicht möglich sei, der noch nicht Schuldner ist. Wenn also ein Teil mit Aufwendungen die Bedingung erfüllt, unter welcher der Gegner einen im übrigen vereinbarten Vertrag abschließen will, würde er keinen Ersatz erhalten, falls der Tatbestand einer unerlaubten Handlung nicht vorliegt (WarneherMpr. 1910 Nr. 269; 08 Nr. 293; LZ. 1910, 80²; vgl. JW. 1913, 23¹⁰). Die Rechtsprechung hat sich gewandelt. Die Wandlung ist nicht so sehr darin zu finden, daß, wer schuldhaft das Zugehen einer Willenserklärung oder das rechtzeitige Zugehen einer solchen als Empfänger verhindert, sich so behandeln lassen muß, als sei das Zugehen gehörig erfolgt und der Vertrag geschlossen (Anh. zu § 361 Ann. 9 u. 47, 40), als vielmehr darin, daß schon vor Vertragschluß eine Verpflichtung der Parteien zur Aufklärung über entscheidende Punkte anerkannt ist, wenn Treu und Glauben im redlichen Verkehr dies fordern (oben 2a). Wer infolge lässiger Ausdrucksweise des Gegners in den Irrtum verjett wird, es sei abgeschlossen (RG. 104, 268; RRG. 10, 104), wer durch Verschweigen einer auflösenden, in der Folge eingetretenen Bedingung schuldhaft vom Gegner in den Glauben, es sei fest abgeschlossen, verjett wurde (WarneherMpr. 1920 Nr. 149) und nun sich dementprechend eingerichtet hat, kann das negative Vertragsinteresse geltend machen, also seine Aufwendungen ersetzt verlangen, nicht aber entgangenen Gewinn fordern. Haben beide Teile an den Unklarheiten Schuld, so tragen sie auch den Schaden gemeinsam nach § 254 BGB. (RG. 104, 268). Eine Anwendung dieses Grundsatzes s. § 362 Ann. 23. Anders, wenn der Adressat den Empfang einer Annahmeerklärung innerhalb der vertraglichen Frist oder das Zugehen der Annahmeerklärung überhaupt — sei es arglistig, sei es fahrlässig — vereitelt und so das Zustandekommen eines Vertrags verhindert; hier kann der die Annahme Erklärende zum Erfüllungsinteresse gelangen; hierüber ausführlich Anh. zu § 361 Ann. 9 u. 47. Hier ist auch des Falles zu gedenken, in dem der Antragsende, der sich an sein Angebot eine bestimmte Frist gebunden hat, durch Veräußerung der nicht vertretbaren Kaufsache den Vertragschluß, die Annahme, unmöglich macht; hierüber Anh. zu § 361 Ann. 47. Wenn es ohne Verschulden zu keinem Vertragschluß gekommen ist, siehe Anh. zu § 361 Ann. 91.

Ann. 2d. d) Für Vertreter und Erfüllungsgehilfen wird bei Culpa in contrahendo gerade so gehandelt wie bei der Verletzung von Sorgfaltspflichten überhaupt; hierüber unten Ann. 4a und Anh. zu § 58 Ann. 51 ff.

Ann. 2e. e) Die Beweislast regelt sich bei der Culpa in contrahendo nach den unten Ann. 16 dargestellten Grundsätzen.

Ann. 2f. f) Eine Sonderbestimmung gibt § 122 BGB., derzufolge der Erklärende, der eine nichtige oder ansehbare Willenserklärung abgegeben hat, auch wenn ihn kein Verschulden trifft (Culpa in contrahendo kommt also nicht in Frage), dem Empfänger der Erklärung für das haftet, was dieser durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit der

nichtigen oder anfechtbaren Willenserklärung eingebüßt hat; der Empfänger muß so § 347. gestellt werden, wie wenn er den Vertrag nicht geschlossen hätte, hat also Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er im Vertrauen auf die Gültigkeit gemacht hat; das ist das negative Vertragsinteresse unter Zuschlag aller Kosten (RG. 94, 197; 60, 345; JZB. 1913, 337²⁸); er hätte denn vielleicht mit einem anderen ebenso günstig abgeschlossen; dann ist sein Schaden der ihm aus diesem Nichtabschluß erwachsene Schaden (vgl. Anh. zu § 346 Anm. 12a). Maßgebender Zeitpunkt für die Berechnung dieses Schadens ist der Augenblick, in dem der Irrtum bei Anwendung gehöriger Sorgfalt erkannt werden konnte (LJ. 1913, 213⁸). War aber die Willenserklärung in Täuschungsabsicht abgegeben, so findet nicht § 122 BGB., sondern § 123 BGB. oder § 826 BGB. Anwendung (LJ. 1912, 225¹²). Hiermit ist auch der Fall unrichtiger Übermittlung einer Willenserklärung durch Versehen des Boten, durch Versehen der Telegraphen- oder Fernsprechanstalt getroffen (§ 120 BGB.; wegen der Haftung der Telegraphenbeamten vgl. LJ. 1913, 384²²). Die Schadenersatzpflicht fällt weg, wenn der Empfänger den Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte (§ 122 Abs. 2 BGB.; RG. 81, 395), oder wenn der Anfechtungsgegner den Irrtum selbst veranlaßt hat (JZB. 1913, 539¹). In diesen Fällen ist § 254 BGB. ausgeschlossen (RG. 57, 89). Der seine eigene Erklärung Anfechtende hat nur Ansprüche, soweit der Gegner bereichert wurde (RG. 51, 92). Dieser Anspruch fällt jedoch weg, wenn der Anfechtende durch sein eigenes Verhalten den Irrtum hervorgerufen hat (RG. 81, 399).

3. **Zur Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns** ist der Kaufmann verpflichtet. Dadurch Anm. 3. soll der Begriff der 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) oder dem Schuldner nicht behilflich ist, der seinen Verzug heilen will (RG. 109, 324). Indessen lassen sich auch über den Begriff der Sorgfalt weder eine allgemeine Regel noch eine genauere Umschreibung geben: Es läßt sich nur sagen, daß die Anforderungen des Verkehrs den Maßstab für die aufzuwendende Umsicht und Sorgfalt abgeben, so daß auch die Anschauungen eines bestimmten Verkehrskreises in Betracht kommen, wenn sie keine mißbräuchlichen sind (RG. 105, 83; 102, 49). Objektive Gesichtspunkte entscheiden allein; die subjektive Seite kommt erst in Betracht, wenn es sich um den Umfang des Schadenersatzes und um Mitverschulden handelt (unten Anm. 12 ff.). Steht objektive Verletzung der erforderlichen Sorgfalt durch einen Geschäftsfähigen fest, so gehört nicht zum Wesen des Verschuldungsbegriffs noch weiter, daß der Täter auch noch nach seinen individuellen Fähigkeiten den schädigenden Erfolg habe voraussehen müssen (RG. 68, 423; JZB. 1912, 857; Warnerherkomm. z. BGB. § 276 Fußn. 26; a. M. Pland § 276 Erl. 2 b βbb). Entschuldigbarer Irrtum entlastet allerdings von den Folgen der Sorgfaltsverletzung (RG. 73, 337; über Rechtsirrtum § 366 Anm. 24; Anh. zu § 374 Anm. 13), wie überhaupt nicht so schroff an der objektiven Verletzung der Sorgfaltspflicht als Grundlage einer Verschuldung festgehalten werden darf, daß die subjektive Auffassung des Täters, seine Erfahrung, sein kaufmännischer Beruf, seine Lage nicht bald mildernd, bald verschärfend in Betracht zu ziehen wären (vgl. RG. 95, 17; WarnerherMpr. 1911 Nr. 269). Der anzulegende Maßstab soll ein objektiver sein, d. h. sich nach dem normalen, gesunden Verkehr richten; aber das Maß dieser Sorgfalt stuft sich wieder ab: 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 u. 242 BGB. nicht Platz greifen, ist bereits in Anm. 20 zu § 346 erwähnt; Näheres unten Abs. 2). Außerordentliche Umstände können eine außerordentliche Tätigkeit erheischen, so z. B. bei Störung des Verkehrs durch kriegerische Ereignisse (RDStG. 15, 174), oder bei telegraphischem Verkehr (unter Umständen Pflicht zur Wiederholung des Telegramms, RDStG. 23, 369).

§ 347. Üblich ist die briefliche Wiederholung des Telegramms; sie gehört wohl meist — z. B. nicht bei Börsendepeſchen, die ſofort zu erlebigen ſind — zur Sorgfalt ordentlicher Kaufleute (Anh. zu § 361 Anm. 84). Nicht üblich iſt das kontrollweiſe Zurücktelegraphieren vor der Beſtellung (ZB. 91, 419²²) oder die ſchriftliche Wiederholung von Fernſprechabſchlüſſen (Anh. zu § 372 Anm. 38). Wichtige Briefe müſſen unter Umſtänden eingedrieben geſandt werden, inſbeſondere ſolche, welche Urkunden enthalten; früher nicht immer Briefe mit Wechſelaſzepten (SeuffA. 52 Nr. 95); wohl aber jetzt alle Briefe mit Wechſeln oder Scheds (Anh. zu § 372 Anm. 59 u. 67). Ob Wertpapiere mit voller Wertangabe oder als eingedriebener Brief unter voller Wertverſicherung zu verſenden ſind, entſcheidet die Übung des betreffenden Verkehrs (RG. 50, 170). Der Entleiher einer wertvollen Muſterkollektion muß ſie verſichert zurüchſchicken (Dresden SächſDVG. 25, 357). Auf individuelle Verhältniſſe des Kaufmanns darf keine Rückſicht genommen werden; das verbietet die Sicherheit des Verkehrs (vgl. hierüber RG. 95, 17; 68, 423; ZB. 1912, 856⁹). Aber die Verkehrsſitte (§ 346 Anm. 20 Abſ. 2), die beſondere Art des Gewerbes, der Natur der Sache, ſprechen mit (hierüber folgender Abſatz).

Anm. 4. Überall hat der Kaufmann hierbei für die Sorgfalt einzutreten, die ein Kaufmann ſeines Gewerbes gewöhnlich anwendet, und zwar in dem einzelnen in Frage ſtehenden Geſchäfte, alſo nach den Erforderniſſen beſonderen Verkehrs, der bei dem einzelnen Geſchäfte in Betracht kommt (RG. 95, 17); deſhalb hat ſich der Kaufmann über die geſetlichen, ſein Gewerbe betreffenden Vorſchriften unterrichtet zu halten (RGSt. 53, 4). Es kommt auch darauf an, ob ſich Großkaufleute oder Kaufleute gegenüberſehen, oder ob der andere Teil Nichtkaufmann oder zwar Kaufmann, aber der Branche unfundig iſt. Daher hat der Kaufmann für gehörige Einziehung ihm übergebener Wechſel (ZB. 88, 71¹⁷) ſowie dafür zu ſorgen, daß unter gewöhnlichen Umſtänden Briefe regelrecht von ihm in Empfang genommen und nicht verlegt werden (ZB. 98, 609³⁸; 91, 355¹⁴); ein Großkaufmann darf bei Vertragsverhandlungen Briefe nicht 8 Tage lang unbeantwortet laſſen (RG. 105, 389); ſelbſt Privatperſonen müſſen für gehörige Erledigung von Geſchäftsbriefen ſorgen (Hamburg HanſGZ. 23, 177); ein Satz, der bei kleinen Leuten ſehr der Einſchränkung bedarf. Die Bank hat ihre Schreiben an die vom Kunden aufgegebene Adreſſe zu richten; iſt keine Adreſſe aufgegeben, ſo ſind Schreiben an die Adreſſe zu richten, die aus dem Briefwechſel zu erſehen iſt. Erſieht ſie aus dem Briefwechſel eine Änderung des Aufenthalts, ſo kommt es auf die Umſtände, die Bedeutung und Eile ſowie auf die Dauer der Abweſenheit an, ob die alte Adreſſe noch zu benutzen iſt; es kann eine mehrfache Benachrichtigung erforderlich ſein (RG. 109, 360). Der Kaufmann hat ſeine telegraphiſchen Abkürzungen (Chiffren) ſo zu wählen, daß Verwechſlungen vermieden werden (RDVG. 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 (RG. 65, 113; ZB. 1910, 243³³; Anh. zu § 58 Anm. 82). Der Firmenſtempel dient zur Kennzeichnung der Herkunft von Drucksachen, kleinen Warenſendungen uſw. Darüber, wem von den Angestellten der Firmenſtempel zur Verfügung ſteht, entſcheidet der ordnungsmäßige Geſchäftsgang. Danach bemißt es ſich, ob den Firmeninhaber an dem Mißbrauch des Stempels durch einen Unbefugten ein Verſchulden trifft (Hamburg HanſGZ. 1914 S. 115). Dieſe Frage kann inſbeſondere auch bei Quittungsfäliſchungen praktiſch werden; hierüber Anh. zu § 372 Anm. 71. Über Fäliſchungen von Scheds und Wechſeln Vorbem. vor § 373 Anm. 64e, von Banküberweiſungen, Abſchreibezetteln und Dokumenten Anh. zu § 363 Anm. 6, 29 u. 36; Vorbem. vor § 373 Anm. 65. — Wo es auf beſondere Umſtände ankommt, geht die Frage dahin: Wie hätte ſich unter gleichen Umſtänden ein verſtändiger, gewiſſenhafter Kaufmann benommen? So kann er nicht mit dem Einwand gehört werden, daß er Geſchäftsbriefe nicht geleſen habe (Hamburg HanſGZ. 21 Spätbl. 16; RG. 54, 182); dieſes gilt nicht für an unſcheinbarer Stelle angebrachte Vermerke (Anh. zu § 372 Anm. 38b); auch braucht er nicht Rechnungen auf dahin nicht gehörige

Bemerkungen anzusehen (Anh. zu § 372 Anm. 34 Abs. 2). Darüber, wie es sich verhält, § 347. wenn ein Kaufmann wichtige geschäftliche Mitteilungen ohne Unterschrift bloß mit Firmenstempel hinausgehen läßt, s. Anh. zu § 361 Anm. 32; § 350 Anm. 56). Es kann ihm unter Umständen Einsichtnahme des Grundbuchs (RG. 60, 33) und Vorsorge für sofortige Erledigung von äußerlich als Eilsachen kenntlichen Einläufen zugemutet werden (RG. 54, 117; JW. 04, 200⁹); nicht aber braucht er ihm zur Verarbeitung übergebene Rohstoffe zu versichern (Marienwerder SeuffA. 63, 92). Sorgfalt bei Beratung, Empfehlung, Auskunft Anh. zu § 349 sowie Anh. zu § 58 Anm. 82.

Für seine Vertreter und Erfüllungsgehilfen haftet der Geschäftsherr, Anm. 4a. wenn es sich um Verletzung der Sorgfalt bei Abwicklung bestehender Verbindlichkeiten handelt, und zwar für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und für sonstige Sorgfalt, wenn diese nicht Kaufleute sind. Der Vertreter haftet aber persönlich für das Vertrauensinteresse, wenn er entweder seine Vollmacht überschreitet (§ 149 Anm. 16a u. 37, § 151 Anm. 5, § 298 Anm. 7), oder wenn eine Vertretungsmacht fehlte, weil der Vertreter nicht geschäftsfähig war, der gutgläubige Vertreter aber in den Irrtum versetzt wurde, es sei ein rechtswirksamer Vertrag zustande gekommen (RG. 106, 73). Danach haftet der Geschäftsherr auch für Culpa in contrahendo seines Vertreters im Falle des Verschuldens bei Vertragschluß (RG. 103, 50; JW. 1915, 240³, 577¹⁰ gegen RG. 61, 213); jedoch muß sich nach Treu und Glauben mindestens aus den von dem Vertreter geführten Verhandlungen ein Verschulden des Vertreters ergeben. Der Vertreter haftet persönlich, wenn er den Gegner dabei in den Glauben versetzt hat, er besitze Vollmacht (vgl. § 179 BGB.). Die Haftung für Verschulden des Erfüllungsgehilfen bei bestehenden Verträgen ergibt sich aus § 278 BGB. mit der Wirkung, daß sich der Geschäftsherr nicht nach § 831 BGB. entlasten kann (Anh. zu § 58 Anm. 65 ff.; unten Anm. 13). Für Verschulden eines Erfüllungsgehilfen bei Vorverhandlungen und beim Abschluß, also für das Verschulden von Personen, deren sich der Geschäftsherr bei Vorverhandlungen oder beim Abschluß von Verträgen bedient, haftet der Geschäftsherr gleichfalls nach dem den §§ 276, 278 BGB. zugrunde liegenden Gedanken (RG. 106, 25; JW. 1915, 240³; vgl. RG. 78, 239; Anh. zu § 58 Anm. 53 ff.). Daß den Geschäftsherrn selbst ein Verschulden, z. B. der Vortour einer Duldung, treffe, ist nicht erforderlich. Ist ein Vertrag durch arglistiges Verhalten eines Angestellten zugunsten des gutgläubigen Prinzipals zustande gebracht, so findet Bereicherungsfrage statt (RG. 43, 146; Anh. zu § 58 Anm. 51 ff.; unten Anm. 13; § 377 Anm. 150d). Der Kaufmann ist für gehörige Behandlung von Vertragsanträgen durch sein Personal verantwortlich; er muß vorsorgen, daß ihn geschäftliche Mitteilungen rechtzeitig erreichen (Anh. zu § 361 Anm. 31a), daß er in angemessener Frist von Abschlüssen seines Reisenden sichere Kenntnis erhält (RG. 102, 89), und daß der Fernsprechverkehr gehörig geordnet ist (§ 54 Anm. 13; Anh. zu § 361 Anm. 5 u. 29 ff.). Denkbar ist ein Garantieversprechen des Prinzipals für besonders sorgfältige Behandlung eines Vertragsantrags durch sein Personal (RG. 49, 48). Weiteres Anh. zu § 349 Anm. 37 ff. und § 377 Anm. 150 c ff.

4. Die Regel im Abs. 1 wird im Abs. 2 des vorliegenden Paragraphen dahin eingeeengt, Anm. 5. daß die im bürgerlichen Recht vorgesehenen Milderungen der Haftung auch für den Kaufmann gelten: Wo nach dem BGB. 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 (RG. 65, 20; § 58 Anm. 29).

Weispiele solcher Milderungen:

- a) Nur grobe Fahrlässigkeit, d. h. Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Anm. 6. in ungewöhnlichem Grade (Warneryer 1920 Nr. 6; 1913 Nr. 196 u. 197; RDStG. 6, 431), ist zu vertreten nach BGB. § 300 Abs. 1 (während des Verzugs des Gläubigers), nach §§ 521, 523 (Eckentung), nach § 539 (Mängelhaftung des Mieters), nach §§ 599, 600 (Leihe),

§ 347. nach § 680 (Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwendung einer dringenden Gefahr), nach § 723 (Rückbildung der Gesellschaftsrechte), nach § 912 (Überbau), nach § 932 Abs. 2 (gutgläubiger Eigentumserwerb), nach § 968 (bezüglich gefundener Sachen). Für das Verschulden von Hilfspersonen haftet man in diesen Fällen nicht. Siehe auch §§ 366 Anm. 17; 430 Anm. 8; 457 Anm. 5; 464 Abs. 2. Über das Verhältnis von grober Fahrlässigkeit zu Dolus eventualis § 377 Anm. 152; Anh. zu § 346 Anm. 10.

Anm. 7. b) Für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten haftet der Schuldner im Falle des BGB. § 690 (unentgeltliche Aufbewahrung), wozu die Aufbewahrung unbestellter Waren nicht gehört (§ 377 Anm. 199), § 708 (Gesellschafter), § 1359 (Ehegatten), §§ 1664, 1686 (Ausübung der elterlichen Gewalt), § 2131 (Vorerbe), — wobei jedoch der Schuldner von 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. Das gewohnheitsmäßige Verhalten des Verpflichteten nach dessen Fähigkeiten entscheidet also.

Anm. 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 E.O.-G.B.), z. B. bei Prospekthaftung (§ 45 BörsG.).

Anm. 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), § 701 (Haftung des Gastwirts), §§ 829, 830, 833, 835, 848, § 1 HaftpfG. (Haftung ohne Verschulden).

Zusatz. Der vorliegende Paragraph enthält keine Vorschriften über folgende Fragen:

Anm. 10. 1. Über die Frage, in welchen Fällen der Kaufmann überhaupt zur Sorgfalt verpflichtet ist siehe oben Anm. 2.

Anm. 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 (Genaueres oben Anm. 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 ist man berechtigt, aus dem Zusammenhang des ganzen Gesetzbuchs, der sich namentlich in §§ 276, 286 BGB. in Hinblick auf Treu und Glauben offenbart, 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. (RG. 106, 25; 66, 291; 62, 120; WarnererMpr. 1910 Nr. 247). Dieser Grundsatz ist nun derart tief mit unserem ganzen Rechtssystem verwurzelt, daß er nicht allein alle Rechtsverhältnisse des BGB. und seiner Nebengesetze beherrscht, sondern auch auf solche öffentlich-rechtliche Verhältnisse übergreift, welche vertragsähnlichen Charakter haben (RG. 99, 101; 65, 117). Bei der Abwicklung von Vertragsverhältnissen hat also jeder Teil nach den Grundsätzen von Treu und Glauben sein Verhalten so einzurichten, daß Schäden für den anderen Teil möglichst vermieden wird; verletzt er diese Pflicht unter Außerachtlassung dieser ihm nach § 276 BGB. oder nach § 347 ihm obliegenden Sorgfalt, so ist er für den daraus entstandenen Schaden haftbar; jedoch, wie ebenfalls erwähnt, immer nur, wenn der Gesetzgeber die Haftung nicht anderweit geregelt hat. Die Grenzziehung, inwieweit der Gesetzgeber danach die Anwendung unseres Leitsatzes ausschließen wollte, bietet Schwierigkeiten, wie nicht zu verkennen ist (Pland Vorbem. vor §§ 275

bis 295 I 3a bis d). Der Gesetzgeber hat die Gefährdungshaftung bei verschiedenen An- § 347.
lässen (§ 122 BGB. oben Anm. 2 f, § 694 BGB. u. a. m.) dahin besonders geregelt, daß
nur das negative Vertragsinteresse gefordert werden kann; es kann nun nicht mit Hilfe
unseres Leitsatzes das Erfüllungsinteresse begehrt werden. Auch die Anfechtung wegen
Willensmängeln ist mit ausschließlicher Wirkung geregelt, so daß unser Leitsatz völlig
außer Betracht bleibt. Umgekehrt sind die unerlaubten Handlungen ebenfalls besonders
geregelt; aber neben dieser Sonderregelung kommt unser Leitsatz zur vollen Anwendung,
wenn vorsätzlich oder fahrlässig zugleich mit den durch die §§ 823 ff. BGB. geschützten
allgemeinen Rechtspflichten eine Vertragspflicht verletzt worden ist. Die Verletzung
beider löst die Rechtsnachteile aus, die auf die Begehung einer unerlaubten Handlung
nach §§ 825 ff. BGB. und auf die schuldhaft Verletzung von Verträgen durch unseren
Leitsatz angedroht sind (RG. 90, 68); z. B. treffen beide Haftungsgründe zusammen,
wenn die Eisenbahn aus unerlaubter Handlung und zugleich aus dem Beförderungs-
vertrag wegen Verschuldens in Anspruch genommen wird (§ 475 Anm. 13 u. 21). Der
Erfüllungsverzug ist durch die §§ 286, 326 BGB. bei gegenseitigen Verträgen dahin
geregelt, daß der Gläubiger Erfüllung und Verzugschaden oder den Rücktritt oder
Schadenersatz wegen Nichterfüllung wählen darf (Anh. zu § 374 Anm. 1 ff.). In weiterer
Ausgestaltung unseres Leitsatzes haben sich für den Fall erheblicher Gefährdung des
Vertragszwecks noch als vierter Rechtsbehelf die positiven Vertragsverletzungen heraus-
gebildet (Anh. zu § 374 Anm. 172 ff.). Der Gläubiger kann aber noch einen anderen
Weg einschlagen: Hat der Schuldner durch seine schuldhafte Säumnis, wozu bei Unter-
lassungen regelmäßig Mahnung gehört, den Vertrag verletzt, so ist es nur ein Ausfluß
unseres Leitsatzes, wenn dem Gläubiger, ohne daß er die anderen Rechtsbehelfe anrufen
oder begründen mußte, ein Anspruch auf Schadenersatz zugebilligt wird. Schon Staub
und seine Nachfolger haben diesen Grundsatz vertreten und ausführlich zu rechtfertigen
versucht (Anh. zu § 374 Anm. 16a, 51a, § 377 Anm. 104a). Jetzt hat RG. 106, 25 auch
diese Folgerung aus dem an die Spitze dieser Erörterung gestellten, von Staub gefundenen
Rechtsbegriff anerkannt. In der Tat würden, wenn man den Leitsatz nicht folgerichtig
bis zum Ende durchführt, eine Menge von Einzelfällen ungeregt bleiben; denn die
Regeln vom Verzug reichen nicht überall aus. Allerdings hat der Schuldner, der in
Verzug gerät, Schadenersatz zu leisten (§ 286 BGB.). Allein zum Verzug 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 kalender-
mäßige Bestimmung für die Erfüllung besteht, macht die Mahnung überflüssig (§ 284
BGB., Anh. zu § 374 Anm. 17). Es gibt aber zahlreiche Fälle von schuldhafter Nicht-
erfüllung und mangelhafter Erfüllung, in denen diese Voraussetzungen des Verzugs nicht vor-
liegen. Der Beauftragte (§ 666 BGB.), der Dienstverpflichtete (§ 675 BGB.), der geschäfts-
führende Gesellschafter (§ 713 BGB.) gibt die erforderliche Nachricht nicht, der Gläubiger
räumt den zur Geldbeschaffung nötigen Vorrang dem Geldgeber schuldhaft nicht ein
(RG. 106, 22), ein Gesellschafter verleitet durch eine von ihm fahrlässig unrichtig auf-
gemachte Bilanz zu verfehlten geschäftlichen Maßnahmen (§ 241 Anm. 25), der Verkäufer
bereitet dem Käufer in Beschaffung des Kaufpreises schuldhaft vorübergehende Schwierig-
keiten (RG. 107, 24), der Käufer entnimmt dem Lager des Verkäufers zuviel Waren
(JWB. 1925, 476²⁰), eine Partei verspricht der anderen fahrlässigerweise, für eine bestimmte
rechtlich erhebliche Tatsache einzustehen (RG. 107, 362) — in allen diesen Fällen muß
ein Anspruch auf Schadenersatz gegeben sein, wenn auch ein bestimmter Grundsatz nicht
ausdrücklich aufgestellt ist; der § 280 Abs. 1 BGB. bringt keine Hilfe, weil er nur den Fall
betrifft, in dem die Erfüllung gar nicht mehr möglich ist, insbesondere nicht in der großen
Zahl der Fälle, in denen die nachträgliche Erfüllung zwar möglich, aber durch die bereits
geschehene Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist und eine Verzugssetzung zu spät
käme; hierüber ausführlich Anh. zu § 374 Anm. 16a, 51a. Der Grundsatz ist auch neben den
Gewährleistungsgrundsätzen durchgedrungen, indem für schuldhaft mangelhafte Lieferung
Staub, § 68, 12. u. 13. Aufl. Bd. III. (Roenige.)

§ 347. lebiglich auf Grund des Verschuldens ein Anspruch auf Schadenersatz zugestanden wird; über diese Art der Ausgestaltung und das Verhältnis zu Gewährleistungsansprüchen ausführlich § 377 Anm. 100 ff., 104, 113. Ob der Begriff des Vorjages oder der Fahrlässigkeit verkannt ist, kann das Revisionsgericht nachprüfen (§ 346 Anm. 14). Über Ausschluß der Haftung durch Vertrag unten Anm. 29 f. und § 346 Anm. 17.

Anm. 12 3. Ein Mitverschulden des Beschädigten an Verursachung des Schadens (§ 254 BGB.) ist in doppelter Weise möglich: der Beschädigte trägt entweder zur Entstehung des Schadens schuldhaft bei (Abs. 1), oder er unterläßt nach Entstehen des Schadens die Mitwirkung zur Minderung des Schadens schuldhafterweise (Abs. 2 S. 1). Diese Unterlassung kann wieder doppelter Art sein, indem der Beschädigte es entweder unterläßt, den Schädiger durch Hinweis auf künftigen ungewöhnlich hohen Schaden zum Eingreifen zu bringen, oder es unterläßt, selbst zur Abwendung oder Minderung des Schadens tätig zu werden. Überall muß das Verhalten des Geschädigten (nur er als Gläubiger kommt in Betracht; RG. 75, 113; 54, 408) schuldhaft und ursächlich gewesen sein. Schuldhaft ist sein Verhalten schon, wenn er nicht die Sorgfalt betätigt hat, die zur Wahrnehmung seiner eigenen Interessen im Hinblick auf das Benehmen des Schädigers geboten war (unten Anm. 12a). Ursächlich ist sein Verhalten, wenn es zur Schadenssetzung oder zur Vergrößerung oder zur Erhaltung des Schadens irgend mitgewirkt hat (unten Anm. 14 u. 27). Nach dem Grade dieses ursächlichen Verschuldens bemißt sich dann der Umfang der Ersatzpflicht durch gegenseitige Abwägung des beiderseitigen Verschuldens (hierüber unten Anm. 14 u. 27). Dieser in den beiden Absätzen des § 254 BGB. aufgestellte Grundsatz über mitwirkendes Verschulden greift überall durch, wo eine Schadenersatzpflicht in Frage kommt, also nicht nur bei Schadenersatz infolge Verletzung einer Vertragspflicht (RG. 94, 140; 69, 381; WarnererRspr. 1922 Nr. 68), mag sie schuldhaft oder nicht schuldhaft sein (WarnererRspr. 1915 Nr. 192), sondern auch auf gesetzliche Schadenersatzansprüche, wie solche entspringen aus dem Haftpflichtgesetz (JW. 1912, 71⁸; § 472 Anm. 21), aus unerlaubten Handlungen (RG. 76, 323; 70, 6; 55, 320; aber zu § 829 BGB. JW. 03 Beil. 122²⁷⁰), aus einem Garantievertrag (RG. 51, 277; 55, 320), aus Culpa in contrahendo (oben Anm. 2c), aus Ersatzpflichten an Stelle der Herausgabe des Eigentums (§§ 985, 989 BGB.; RG. 93, 283; WarnererRspr. 1910 Nr. 419), aus internationalen Verträgen (RG. 67, 172; § 70 Anm. 18). Wo das Eigentum herausverlangt wird, kann der Besitzer nicht einwenden, der Eigentümer habe durch mangelhafte Aufbewahrung, verspätete Anzeige des Diebstahls den Erwerb des Besitzers ermöglicht. Der Sondervorschrift der §§ 307, 309 BGB. gegenüber, wenn nämlich beiderseits in fahrlässiger Unkenntnis des Verbots (Handelsbeschränkung) abgeschlossen worden ist, kommt die Schadensausgleichung des § 254 BGB. nicht in Betracht (Anh. zu § 346 Anm. 28; § 347 Anm. 2b), ebenso nicht gegenüber § 25 PreußEisenbG. (§ 472 Anm. 21). Im übrigen muß die Schadensausgleichung nach § 254 BGB., wo eine unmittelbare Anwendung nicht möglich ist, in entsprechender Anwendung Platz greifen, z. B. bei bloßer Gefährdungshaftung (RG. 67, 120; JW. 1912, 190⁶), bei einem durch Zufall entstandenen Schaden (Pland § 254 Erl. 1), bei der Ausgleichung unter Gesamtschuldnern (unten Anm. 14).

Anm. 12a. a) Ob eine schuldbolle Handlung des Beschädigten auf die Ersatzpflicht 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 (Euffl. 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), z. B. auch von Rechtsbehelfen unter Umständen Gebrauch zu machen

(RG. 75, 113; WarnererMpr. 1915 Nr. 276; 1912 Nr. 65); nicht aber ist es ein Verschulden, § 347. wenn der Ersatzberechtigte sich nicht alsbald Ersatz für eine vernichtete Sache beschafft (JW. 1924, 1359). 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 (Anh. 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 (oben Anm. 12; RG. 71, 216; 52, 351; JW. 1914, 827; Warnerer 1910 Nr. 419). Endlich muß dieses schuldhafte Verhalten des Beschädigten irgendwie zur Schadensentstehung 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 die Bank den aufgenommenen Protest nicht auf seine Gültigkeit (JW. 1916, 578), Bankanweisungen, Abschreibezettel, Schecks nicht auf die Echtheit prüft (Anh. zu § 372 Anm. 71; Anh. zu § 363 Anm. 6 u. 26), daß die Bank oder ihr Kunde unerlässliche Vorsichtsmaßregeln nicht beobachtet, daß der Bestohlene sein Gut nicht gehörig verwahrt oder nicht sofort Anzeige gemacht hat, daß der Beschädigte in seiner unter Ziffernverwechslung übermittelten Drahtofferte den Preis nicht in Buchstaben angegeben hatte (RG. in Sächsl. 14, 306 u. 355), oder darin, daß der Verkäufer beim Deckungsverkauf (Anh. zu § 374 Anm. 30), der Käufer beim Deckungslauf (Anh. zu § 374 Anm. 68) fahrlässig verfährt oder ihn unterläßt (Anh. zu § 374 Anm. 60), oder darin, daß der Wandelung begehrende Käufer die Kaufsache nicht mehr zurückgeben kann (§ 377 Anm. 66). Die Versendung eines verlorenen Wertpakets mit zu geringer Wertangabe bedeutet kein Mitverschulden bei Entstehung des Schadens, weil auch bei wahrheitsgemäßer Angabe keine sorgfältigere Wertwahrung stattgefunden hätte (RG. 89, 341).

- 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 anwendet wissen will, so zu behandeln ist, wie wenn er einen dritten Absatz bilden würde, der somit für den ganzen § 254 BGB. gilt. Es wird aber immer eine irgendwie bestehende, zu erfüllende Schuldverbindlichkeit vorausgesetzt, wenn es auch nicht gerade ein Vertragsverhältnis, sondern irgendeine sonstige Verbindlichkeit ist, die erfüllt werden soll. In diesen Grenzen haftet der Geschädigte dem Schädiger für das Verschulden der Personen, die der Geschädigte mit der Wahrnehmung des einschlägigen Pflichtenkreises betraut hat (RG. 103, 150; 79, 312; 75, 114 u. 258; 62, 106 u. 346). Denn diese sind seine Erfüllungsgehilfen, so daß auch der Lieferant des Verkäufers dessen Erfüllungsgehilfe wird, wenn er unmittelbar an den Abnehmer des Verkäufers liefert (§ 377 Anm. 101). 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 Vertrage 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

§ 347. 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 (WarneherRspr. 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). Der Fabrikant von Stoffen, die der Unternehmer zu einem Werke verwendet, ist nicht dessen Erfüllungsgehilfe (JW. 1914, 756²). 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 Anh. zu § 58 Anm. 78 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 (Anh. zu § 58 Anm. 51 ff.), weil bei unerlaubten Handlungen an eine Zuziehung von Hilfspersonen nicht zu denken ist (RG. 91, 138; 79, 319; 77, 212; JW. 1920, 965⁴; LZ. 1923, 106⁴; dagegen Landsberg JW. 1920, 965⁴, Ostwald JW. 1920, 325 mit Lit.; Kiel SchölKstAnz. 1910, 189). 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. 79, 319; 77, 211; JW. 1912, 138¹² u. 226¹⁸; WarneherRspr. 1915 Nr. 28; Anh. zu § 58 Anm. 79). 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; Pland § 254 Erl. 5). Es ist Staubinger (§ 254 Anm. 5) und Przibilla (JW. 09, 179) nicht zuzustimmen, daß diese Rechtsprechung zu unbilligen Ergebnissen führen könne.

Anm. 14. c) Die Abwägung der Verursachung, wie sie § 254 BGB. vorschreibt, verlangt vor allem die Beschaffung der erforderlichen tatsächlichen Unterlagen; sie sind regelmäßig erst vorhanden, wenn auf jeder Seite Art und Umfang des Verschuldens sowie dessen ursächliche Bedeutung für den Schaden feststeht; irgend etwas zu unterstellen oder dahingestellt zu lassen, ist gefährlich, weil damit selten alle Gesichtspunkte, zu denen ja auch das Maß der Einsicht des Geschädigten gehört (RG. 68, 423), erschöpft werden; insbesondere kann nicht Gewisses gegen Ungewisses abgewogen werden (JW. 1920, 553⁴; 1914, 485²⁸; WarneherRspr. 1914 Nr. 327; LZ. 1923, 106⁴). Ohne Auskunft des Schädigers kann der Geschädigte, der sich über Bestehen oder über den Umfang seines Rechts im Ungewissen befindet, oft die Rechtsverfolgung nicht durchführen; für diesen Fall besteht eine Auskunftspflicht des Schädigers (§ 260 BGB.; RG. 108, 7). Die nun vorzunehmende Abwägung des beiderseitigen Verschuldens deckt 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 § 347. 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; JW. 1911, 91; 09, 190³; 05, 490¹¹). So muß auch bei der Ausglei chung 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 Erschöpflichkeit der einzelnen begründenden Tatbestände und der Schwere des Verschuldens der einzelnen (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB.; RG. 84, 432; 75, 251; 68, 433; JW. 1912, 71⁸, 138¹¹, 190⁷, 865²⁴; 1911, 217¹⁸; LZ. 1912, 226¹⁷). Eine gleichmäßige Verteilung ist nur da statthaft, wo sich kein anderer Maßstab finden läßt. Sind mehrere Personen aus verschiedenen Haftungsgründen für ein und denselben Schaden verantwortlich, den der Beschädigte mitverschuldet hat, so ist die Erschöpflichkeit jedes einzelnen je nach seinem Verschulden und der von ihm ausgehenden Verursachung des Schadens im Verhältnis zu der dem Beschädigten zufallenden Schuld und Verursachung verschieden auszumessen (JW. 09, 724¹⁷).

Den ursächlichen Zusammenhang beurteilt das richterliche Ermessen nach Ann. 14a. § 287 ZPO. völlig frei (unten Ann. 27 f.). Hat das Verschulden jeden Teils in ungefähr gleicher Weise mitgewirkt, so findet eine entsprechende Teilung des Schadens auch im Hinblick darauf statt, welches Verschulden für eine spätere Leistungsunfähigkeit oder Unmöglichkeit und in welchem Grade es mitursächlich geworden ist (RG. 94, 142; 71, 188). 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; JW. 1912, 190⁶; 08, 329¹²; 06, 54⁴; 05, 170⁸). Sind zwei Ursachen für denselben Schaden vorhanden, von denen die eine von der einen, die andere von der anderen Partei gesetzt ist, so kommt § 254 BGB. zur entsprechenden Anwendung, und diese führt regelmäßig zu einer Teilung des Schadens. Ebenso ist zu verfahren, wenn die beiden Ursachen nicht gleichzeitig eingetreten sind, sondern zeitlich verschieden liegen; es ist dann zu fragen, wie hätten sich beim gewöhnlichen Verlauf die Verhältnisse gestaltet, wenn nur die eine Ursache eingetreten wäre, und wie hätten sie sich gestaltet, wenn nur die andere Ursache eingetreten wäre. Beide Zustände sind dann miteinander zu vergleichen. Man kann nicht sagen, es komme nur die erste Ursache in Betracht, die nachfolgende Ursache sei einflußlos gewesen. Wenn nun die Wirkungen zweier Ursachen nach ihrer Tragweite und nach dem Verschulden ihrer Urheber zu vergleichen sind, so gehört dazu die genaue Kenntnis jeder dieser Ursachen. Unerwiesenes muß ausschneiden; ist mit solchem doch gerechnet, so schadet es nur dann nichts, wenn das Unerwiesene sich als unerheblich herausstellt (vgl. WarneyerMpr. 1910 Nr. 7). Wird ein Selbstverschulden unterstellt, so muß ausgeführt werden, worin dieses Selbstverschulden im Einzelfalle besteht; anderenfalls ist eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens nicht möglich. Sind mehrere Schadensursachen von derselben Person gesetzt, so ist dies für die Entstehung des Schadens unerheblich (RG. 73, 289); wohl aber wird diese Sachlage erheblich bei Bemessung der Höhe des Schadens, weil dann das Maß der Verschuldung in Betracht kommt, wenn die Frage des Mitverschuldens demgegenüber aufgeworfen wird (RG. 69, 59; WarneyerMpr. 1919 Nr. 53). Auch bei gegenseitiger Arglist muß eine Abwägung der Verursachung stattfinden (JW. 05, 717⁶; 08, 329¹²). Häufig begegnet man dem Satz, daß gegenüber Arglist des Schädigenden Fahrlässigkeit des Geschädigten meist nicht in Betracht komme (vgl. RG. 76, 322; 69, 281; JW. 08, 9¹⁰; 05, 717⁶; WarneyerMpr. 1914 Nr. 119 u. 49; 1908 Nr. 49). 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 (JW. 1919, 305⁶); denn der Betrüger kann nie mit dem Einwand gehört werden, der Getäuschte hätte bei gehöriger Sorgfalt die Täuschung entbedt und dann auch Maßregeln ergreifen müssen (Warneyer 1911 Nr. 64). Hat es

§ 347. der Getäuschte aber an der allgerewöhnlichsten Sorgfalt fehlen lassen, so fällt ein solches Verhalten allerdings auch gegenüber der Arglist ins Gewicht (RG. 76, 323; vgl. JZB. 1911, 91^o; 08, 330^u; LZ. 1911, 697^o); z. B. bei Nichtuntersuchen und Weiterbezug oder Weiterverwendung der Ware, obgleich die Täuschung dem Käufer klar vor Augen liegen mußte (vgl. § 377 Anm. 156), oder bei fahrlässigem Nichtabtrennen des Schadens oder weiteren Schadens; hierher gehört der Fall nicht, wenn der Käufer zu Unehrlichkeiten des Erfüllungsgehilfen des Verkäufers zu dessen Nachteil schweigt; denn es handelt sich dann nicht um einen dem Käufer zugefügten Schaden; geschädigt ist nur der Verkäufer (vgl. RG. 75, 113). Es kann endlich ein Verschulden, das an sich als ein grobes 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. Weist die ganze Sachlage auf ein eigenes Verschulden des Beschädigten hin, so muß dieser die Umstände dargetun, die seinem Verhalten den schuldhaften Charakter benehmen (BarneyerMpr. 1911 Nr. 90; JZB. 06, 437^o; LZ. 1911, 457¹³).

Anm. 15. d) Prozessuales. Mitwirkendes Verschulden ist nicht von Amts wegen zu ermitteln, es muß vom Schadenserfajppflichtigen eingewendet und nach § 286 ZPO. bewiesen sein (RG. 51, 186 u. 193; 55, 321; 59, 311; BarneyerMpr. 1922 Nr. 71; LZ. 09, 853¹⁷). Doch bedarf es nicht der Erhebung einer ausdrücklichen Einrede, sondern es genügt die Anführung von Tatsachen, aus denen eigenes Verschulden des Betroffenen hervorgeht (RG. 51, 193 u. RG. „Recht“ 1917 Nr. 1005; JZB. 08, 522). Liegt ein Mitverschulden sehr nahe, so tritt Fragepflicht nach § 139 ZPO. ein. Hat das OLG. die Wahrheit oder Unwahrheit einer tatsächlichen Behauptung festgestellt, so ist Revision nur zulässig, wenn gegen diese Feststellung ein begründeter Revisionsangriff in zulässiger Weise erhoben ist. Nach Gesetz vom 21. Dez. 1925 zur Entlastung des Reichsgerichts kann vom 1. Jan. bis 31. Dez. 1926 die Revision nicht auf eine Verletzung der §§ 139, 286, 287 ZPO. gestützt werden. Über die Revision wegen Mängel des Verfahrens §§ 561, 566a ZPO. Wird ein Zwischenurteil über den Grund erlassen (§ 304 ZPO.), so muß regelmäßig in diesem Urteil über die Mitwirkung des Beschädigten bei Entstehung des Schadens erkannt werden, weil Mitverschulden zum Grunde des Anspruchs gehört (RG. 68, 429; JZB. 1911, 185¹³); jedoch ist es statthaft, die Entscheidung dieser Frage dem Nachverfahren vorzubehalten, wenn von einem Mitverschulden nicht nur der Grund des Anspruchs, sondern die Schadenshöhe abhängt; insbesondere also, wenn das Mitverschulden nicht bei Entstehung des Schadens erfolgt ist, sondern wenn es der Beschädigte unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern (RG. 82, 196; 81, 272; 62, 148; JZB. 1915, 148¹⁵; 1911, 486³ u. 445⁷), oder wenn der künftige Umfang des Schadens noch vom künftigen Verhalten des Beschädigten abhängt (JZB. 1911, 445⁷; 09, 225²¹; BarneyerMpr. 08 Nr. 226), oder wenn ohne diese Voraussetzungen ein rechtskräftiges Zwischenurteil die Erörterung des Mitverschuldens in das Nachverfahren verwiesen hat (RG. 82, 197; BarneyerMpr. 1915 Nr. 36). Die ältere strengere Rechtsprechung ist damit beseitigt. Diese Grundsätze haben die Folge, daß die Frage nach mitwirkendem Verschulden, sobald der Schadenserfajppanspruch dem Grunde nach vorbehaltlos rechtskräftig festgestellt ist, im Nachverfahren nicht mehr aufgeworfen werden kann (§ 322 ZPO.; RG. 82, 197). Eine Milde rung liegt darin, daß ein Vorbehalt in den Gründen genügt, sei es, daß der Vorbehalt ausdrücklich gemacht oder aus deren Sinn herauszulesen ist (JZB. 1915, 148¹⁵; 1911, 486³; 1910, 1006²⁰; BarneyerMpr. 1914 Nr. 32; 1910 Nr. 477; 1915 Nr. 36). Man wird auch dann an dem Erfordernis eines Vorbehaltes nicht festhalten können, wenn die Frage nach einem Mitverschulden erst nach Rechtskraft des Zwischenurteils gestellt werden konnte, weil entweder die Voraussetzungen erst nachher eingetreten sind, oder sich erst aus der Begründung der Schadenshöhe ein Mitverschulden ergeben ließ. Der Einwand des Erfajppflichtigen, daß Dritte zur Setzung des Schadens mitgewirkt haben, kann immer dem Nachverfahren vorbehalten werden (BarneyerMpr. 1919 Nr. 172; Gruch. 47, 1167). Aus dem Gesagten ergibt sich, daß weder die Erlassung eines Zwischen-

urteils noch die eines Teilurteils zu empfehlen ist, wenn nicht gleichzeitig die Frage nach § 347. mitwirkendem Verschulden gelöst wird. Die Frage ist eine Tatfrage, so daß das Reichsgericht nicht, wenn die Vorinstanz die Teilung des Verschuldens in irgendeinem Verhältnis vorgenommen hat, in der Revisionsinstanz einen anderen Maßstab zu wählen hat (RG. bei Gruch. 62, 801; JW. 1921, 1231⁵⁴; WarnerKomm. z. BGB. § 254 Fußn. 88). Die Mehrzahl der Senate des RG. steht dagegen auf dem entgegengesetzten Standpunkt (RG. 76, 172; JW. 1921, 1231⁵⁵; 1920, 282³), soweit nicht eine Reformatio in pejus eintritt.

4. **Über die Beweislast bei Ansprüchen aus verletzter Sorgfaltspflicht.** Es geht zwar Anm. 16. 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 Geschäftsbeforgungsverträge (Dernburg II 1 § 70; vgl. § 241 Anm. 2; § 408 Anm. 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 1 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). Dieser Gesichtspunkt ist nahe verwandt mit dem anderen des Prima-facio-Beweises (§ 377 Anm. 130), wonach ein den äußeren Anschein des Verschuldens an sich tragende Handlung ganz allgemein den danach als Schädiger Erscheinenden zur Darlegung und zum Beweis verpflichtet, weshalb ein Verschulden nicht anzunehmen ist (RG. 99, 101; 97, 117). Wer insbesondere für eine bestimmte Tatsache einzustehen versprochen hat, muß beim Nichteintreten der Tatsache den Entlastungsbeweis führen (RG. 107, 362). Wer den Gegner aus Culpā in contrahendo für das Erfüllungsinteresse verantwortlich machen will, muß den Tatbestand beweisen, aus welchem sich die Offenbarungspflicht ergibt; alsdann hat der Gegner die Erfüllung dieser Pflicht darzutun (RG. 93, 166). Mißlingt dieser Beweis, so muß der Geschädigte, wenn er das Erfüllungsinteresse fordert, beweisen, daß und unter welcher günstigeren Bedingungen er im Einverständnis mit dem Gegner abgeschlossen haben würde (RG. 103, 51). Über die Beweisführung selbst ist oben Anm. 14a, 15 das Erforderliche bemerkt. Kommt schuldhafter Vertragsverletzung in Frage, so trifft die Beweislast denjenigen, der aus der Verletzung der Sorgfalt Rechte herleitet; doch ist dieser Satz nicht ohne Ausnahme (§ 377 Anm. 130). Behauptet der Ersatzpflichtige mitwirkendes Verschulden des Gegners oder eines Dritten, so trifft ihn die Beweislast (RG. 59, 311; 55, 320).

5. **Über die Art der Schadensvergütung und den Umfang des Schadens.** Hierüber gelten Anm. 17. die Vorschriften der §§ 249ff. 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. Daß der Schaden durch Versicherung des Beschädigten gedeckt ist, berührt den Ersatzanspruch nicht, weil die Versicherungssumme nicht durch das schädigende Ereignis, sondern durch den Versicherungsvertrag erlangt wird (RG. 65, 60; Dresden SeuffA. 47 Nr. 14). Der Geschädigte muß regelmäßig (§ 249 S. 1 BGB.) so gestellt werden, wie er wirtschaftlich ohne die zum Ersatz verpflichtende Handlung gestellt sein würde, d. h. der frühere Zustand ist herzustellen; er ist nicht „wieder“ herzustellen; denn der frühere Zustand läßt sich nie mehr ganz genau wiederherstellen (RG. 96, 121; 93, 284; 91, 213; JW. 1919, 498). Zunächst ist also der Ersatz in Natur zu leisten, soweit diese Art der Ersatzleistung möglich ist; sie ist möglich bei Entziehung einer Sache durch deren Rückgabe, z. B. bei zweimaligem Verkauf derselben Sache, wenn § 826 BGB. zutrifft (RG. 108, 59; Vorbem. vor

§ 347.

§ 373 Anm. 60a), bei Belastungen durch Aufhebung der Belastung (WarneherRspr. 1915 Nr. 75), bei unerlaubten oder schuldvollen Handlungen durch Unterlassung und Rückgängigmachung (vgl. Anh. zu § 346 Anm. 13 ff.). Die Herstellung in Natur ist ferner möglich bei schuldhaftem Verluſt oder schuldhafter Entziehung des Eigentums vertretbarer Sachen durch Leistung derselben Menge gleicher Ware derselben Art (RG. 106, 88; 93, 284; JW. 1925, 476²⁰). Sind vertretbare Sachen schuldhaft beschädigt, so ist die Herstellung durch Ausbesserung zu leisten, und wenn diese den früheren Zustand nicht herstellt, so ist andere gleiche Ware zu liefern. Ist eine nicht vertretbare Sache beschädigt, so ist sie auszubessern (WarneherRspr. 1911 Nr. 81); der Ersatzberechtigte kann die Herstellung selbst vornehmen und dafür Vorſchuß begehren (§§ 249 C. 2; 251 C. 1 BGB.; vgl. RG. 99, 172; 71, 215; WarneherRspr. 1914 Nr. 159). Zur Herstellung in Natur kann der Ersatzberechtigte dem Verpflichteten eine Frist nach § 250 BGB. setzen oder im Urteil nach § 255 BGB. setzen lassen; über diese Fristsetzung gilt daselbe, was zu § 326 BGB. (Anh. zu § 374 Anm. 85 ff.) über angemessene und zu kurze Frist und über deren Beginn und Ende ausgeführt ist. Der Ersatzverpflichtete darf, wenn die Herstellung mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist, die Herstellung ablehnen und in Geld entschädigen (§ 251 Abs. 2 BGB.). Der Gläubiger kann dann den Minderwert der beschädigten Sache verlangen (RG. 76, 146). Soweit die Herstellung in Natur nicht möglich ist, weil die Sache zu ihrem wirtschaftlichen Zwecke nicht mehr zu gebrauchen ist, oder weil das zu verschaffende Recht schuldhaft auf einen anderen übertragen worden ist (RG. 56, 387; WarneherRspr. 1912 Nr. 11), tritt Geldentschädigung ein (§ 251 C. 1 BGB.); sie besteht in Erstattung des vollen Wertes der Sache, ohne daß der Wert der unbrauchbaren Materialien anzurechnen wären; aber sie sind dem Schädiger zu überlassen (WarneherRspr. 1908 Nr. 126). An Stelle der Naturalherstellung tritt ebenfalls Geldentschädigung, wenn die Herstellung in Natur zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügt (§ 251 C. 1 BGB.), z. B. wenn die Herstellung ungebührliche Zeit in Anspruch nehmen würde (RG. 76, 146, noch ausführlicher unten Anm. 18). In Handelsachen kommt regelmäßig nur die Ausgleichung in Geld in Betracht; ein Schaden, der kein Vermögensschaden wäre (§ 253 BGB.), scheidet hier völlig aus. Der Schadenserſatz besteht darin, daß der Geschädigte in die gleiche Vermögenslage versetzt werden muß, in die er bei geüblichem Verhalten des Schädigers versetzt worden wäre; er muß also unter Berücksichtigung der Geldbewertung den Gelbbetrag erhalten, mit dem er sich gleichwertigen Ersatz beschaffen kann (RG. 107, 395 u. 228; 101, 420; JW. 1924, 1868²¹). Zu diesem Zwecke muß der Schädiger dem Beschädigten Rechenschaft ablegen und die Nachweisungen zugänglich machen, deren der Beschädigte zur Verfolgung seiner Ansprüche bedarf. Dieser Anspruch auf Schadenserſatz findet Anwendung auf außervertraglichen Schaden, der schon oben bei den unerlaubten Handlungen erörtert ist (Anh. zu § 346 Anm. 9, 12 ff.), sowie auf jede Art der Nichterfüllung von Vertragspflichten, mag es sich um solche aus einseitigen oder um solche aus gegenseitigen Verträgen handeln (über Culpa in contrahendo f. oben Anm. 2 ff.). Jedoch ist bei gegenseitigen Verträgen eine Einschränkung zu machen: Hat der Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen von § 326 BGB. Gebrauch gemacht, so gibt es mit vergeblichem Ablauf der Nachfrist keine Erfüllung mehr; es tritt an deren Stelle die Wahl zwischen Rücktritt und Schadenserſatz wegen Nichterfüllung bezüglich des ganzen Vertrags, der immer ein Anspruch auf Geldentschädigung ist und nie auf Naturalherstellung geht (Anh. zu § 374 Anm. 24, 57, 99, 108 ff.). Daneben gibt es keinen Schadenserſatzanspruch aus § 276 BGB. wegen schuldhafter Nichterfüllung; denn dieser Anspruch ist nur ein solcher wegen Nichterfüllung einer einzelnen Leistung (RG. 61, 353). Daselbe gilt, wenn der Gläubiger Rechte aus positiver Vertragsverletzung auf Rücktritt oder Schadenserſatz wegen Nichterfüllung hergeleitet hat (Anh. zu § 374 Anm. 178, 183). Der Gläubiger braucht aber nicht so zu verfahren; er kann den § 326 BGB. und die Rechte aus positiver Vertragsverletzung beiseite lassen und lediglich Schadenserſatz aus § 276 BGB. begehren; hierüber oben Anm. 11. Neben den Gewährleistungs-

ansprüchen läuft der Anspruch aus schuldhafter mangelhafter Erfüllung, der auf § 276 § 347. BGB. beruht und Platz greift, soweit beide Ansprüche sich nicht decken (§ 377 Anm. 100, 104, 113). Endlich gibt es noch positive Vertragsverletzungen wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung, deren Folgen ebenfalls nach § 276 BGB. zu beurteilen sind; über ihr Verhältnis zum Schadensersatzanspruch aus schuldhafter Nichterfüllung einer einzelnen Leistung gilt dasselbe wie bei § 326 BGB. und den positiven Vertragsverletzungen wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden, wie dies § 15 des Zumultschadensgesetzes vom 20. Mai 1920 tut. Es muß vielmehr sowohl der unmittelbare Schaden, d. h. der Nachteil, der eine notwendige Folge einer Handlung oder Unterlassung gewesen ist, als auch der mittelbare Schaden, d. h. der Nachteil, der erst durch das Hinzutreten einer weiteren Tatsache, eines neuen Ereignisses, einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder der Sache, oder besonderer Umstände entsteht (vgl. RG. 105, 118; 41, 288; AllgpreußLandr. I 6 § 2). Unmittelbarer, mittelbarer und zufälliger Schaden ist nach heutigem Recht nur vom Gesichtspunkt des ursächlichen Zusammenhanges (unten Anm. 27) und von der Vorausssehbarkeit aus (unten Anm. 26) zu betrachten. Zu ersetzen ist danach der volle Schaden. Dazu gehört zunächst der bereits eingetretene Schaden und dazu nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 252 BGB. der entgangene Gewinn.

- a) Als bereits eingetretener Schaden gilt die durch Vertragsbruch eingetretene ver- Anm. 18. folg bare, nachteilige Vermögensänderung; für sie muß Entschädigung in Geld geleistet werden, ein Versprechen künftiger Wiedergutmachung genügt nicht (RG. 90, 148; 80, 254; 76, 84; 62, 333). Bereits eingetretener Schaden ist der Bruch eines Ausbietungsvertrages (RG. 91, 217); ferner die Belastung mit einer Vertragsstrafe (RG. 12, 269; 4, 192), wenn sie den Verpflichteten tatsächlich beschwert, also, wenn er vermögenslos ist oder ungenügenden Erwerb hat; nur so weit reicht der Vermögensschaden und damit die Ersatzpflicht, als der Beschädigte in der Lage ist, die Schuld zu tilgen (WarneherMpr. 1915 Nr. 75). Eingetretener Schaden ist die Eingehung einer Verbindlichkeit infolge des schuldhaften Verhaltens des Vertragsgegners (RG. 109, 283), die Notwendigkeit, das Frachtgut im Rechtsweg von dem unrichtigen Empfänger herauszuverlangen (RG. 63, 333; 13, 66), und jeder Fall, in dem ein sicherer Anspruch durch ein Verschulden zu einem bestrittenen geworden ist (RG. 62, 192; 16, 130). Daß der Schadensersatzanspruch auf einen anderen übergegangen ist, ändert nichts (RG. 107, 255). Über die Geltendmachung eines Schadens des Auftraggebers durch den in eigenem Namen abschließenden Beauftragten s. § 392 Anm. 3 (LJ. 1923, 345⁴). Hat der Schädiger einen Zustand geschaffen, der künftige Schädigungen ergeben kann, so muß er dementsprechende Verhütungsmaßnahmen treffen (RG. 91, 107; 60, 19; 56, 286).

Der Ersatz für verlorene, vernichtete oder beschädigte Sachen (oben Anm. 17) richtet sich nach deren Wert zur Zeit der Urteilsfällung (RG. 109, 62; 106, 184; 101, 419), und zwar zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlungen der Berufungsinstanz, soweit nicht etwa die Frage der Geldentwertung nach diesem Zeitpunkt hereinspielt und noch geltend gemacht werden kann (hierüber Anh. zu § 374 Anm. 206 ff.). Preissteigerungen, die die Sache selbst oder deren Herstellungskosten betreffen und erst nach Klageerhebung eingetreten sind, werden bis zu dem angegebenen Augenblick mit berücksichtigt (RG. 98, 57), und zwar nach der Kaufkraft des Geldes. Es entscheidet also weder der Augenblick des Eintritts des schädigenden Ereignisses noch der Augenblick der Klageerhebung über den Umfang der Ersatzpflicht. Die Pflicht zum Schadensersatz umfaßt schon begrifflich und ohne weiteres den Geldentwertungsschaden (RG. 109, 63; WarneherMpr. 1923/24 Nr. 148). Es können nicht allein Wertsteigerungen später eingetreten, sondern auch andere den Schaden erhöhende Umstände sich nachträglich eingefunden haben, für die der Ersatzpflichtige verantwortlich gemacht werden kann. Bei der Urteilsfällung kommen künftig schädigende Ereignisse als weitere Schadensfolgen mit in Anschlag, deren Eintritt in sicherer Aussicht steht (wenn nicht etwa inzwischen der ursächliche Zusammenhang unterbrochen

§ 347. war; unten Anm. 26 u. 27), wenn also der Schaden sich erst aus der Entwicklung der Dinge nach Erfahrungsgrundsätzen ergibt (RG. 108, 58). Der Geschädigte darf sogar den höchsten Wert, den die Sache vom Eintritt des schädigenden Ereignisses bis zum Urteil in obigem Sinne, also in der Zwischenzeit erreicht hatte, ansetzen, wenn er sich Ersatz verschafft hatte. Ein anderer Gesichtspunkt greift Platz, wenn sich der Geschädigte schuldhaft (§ 254 BGB.) nicht früher eingedeckt hat (vgl. Anh. zu § 374 Anm. 61). Weil dem Geschädigten voller Ersatz gebührt, muß er bei abhanden gekommenen oder vernichteten Sachen den Gelbbetrag erhalten, für den er sich gleichwertige Ersatzware verschaffen kann; hier ist also wieder bei bloßer Beschädigung die Preissteigerung mitzuberechnen, die übrigens sich nicht unter den Begriff des Verzugschadens bringen läßt. Gebrauchte Sachen leisteten vielleicht dem Ersatzberechtigten dieselben Dienste wie neue; allein das schädigende Ereignis hat die Neuanschaffung nötig gemacht; der Ersatzpflichtige wird nicht benachteiligt, da ihm die alten Sachen zur Verfügung stehen (RG. 105, 117; 102, 183; 101, 419; 98, 54; *WarneherMspr.* 1908 Nr. 126); ebenso verhält es sich, wenn der Käufer bei Aufhebung des Kaufs die Kaufsache nicht mehr zurückergeben kann (RG. 103, 42). Es kann auch kein Abzug daraus hergeleitet werden, daß die Sache zur Zeit des Urteils weniger wert ist als zur Zeit des schädigenden Ereignisses; denn durch die Wertminderung der Sache wird der einmal eingetretene Schaden nicht vermindert. Hatte die Sache überhaupt keinen Verkaufswert, wohl aber noch einen Gebrauchswert für den Geschädigten, so kommt dieser zum Ersatz (*WarneherMspr.* 1908 Nr. 126).

Anm. 19. b) Als entgangen gilt der Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 Satz 2 BGB.). In dieser Stelle erblickt eine Ansicht (*Staubinger* § 252 Erl. 2) eine Einschränkung des ersatzmäßigen Gewinns auf den Augenblick des Eintritts des schadenbringenden Ereignisses. Eine zweite Ansicht (*Planck* § 252 Erl. 2; *WarneherKomm.* 3. BGB. § 252 Fußn. 3) sieht darin eine den § 287 ZPO. beeinflussende Beweisvermutung für Eintritt des Gewinns, sobald die Wahrscheinlichkeit des Gewinnes nach dem gewöhnlichen Verlaufargetan sei, die der Ersatzpflichtige durch Führung des Gegenbeweises zu zerstören habe. Man wird jedoch den Sinn der Stelle dahin zu deuten haben: Nach altem Recht lag in der Erzielung eines entgangenen Gewinnes nur dann eine Vermögensbeschädigung, wenn auf den Gewinn entweder ein Rechtsanspruch bestand, oder wenn der Gewinn dem Geschädigten ohne weiteres mit Sicherheit zufiel, wie bei arglistiger Täuschung. Bei dieser als einer zu engen Umschreibung wollte es der Gesetzgeber nicht belassen. Deshalb ist dem Satz 1 des § 252 BGB. eine Erweiterung durch Satz 2 dahin gegeben, daß als entgangen auch der Gewinn zu gelten hat, der nach dem gewöhnlichen Verlauf nicht erst mit Sicherheit, sondern schon mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war; im Gegensatz zu bloßen Erwartungen und ungewissen Hoffnungen. Deutlicher kommt dieser Sinn des Abs. 2 zum Ausdruck in RGSt. 41, 375 und in *WarneherMspr.* 1917 Nr. 9 als in RG. 68, 165; JW. 07, 828 (vgl. *RGKomm.* § 252 Nr. 2). Das Gesetz will nicht dem Ersatzberechtigten durch Aufstellung einer Vermutung den Beweis erleichtern, sondern es will nur den Begriff entgangenen Gewinns erweitern. Ob dieser Begriff erfüllt ist, bemißt sich nach § 287 BGB. (unten Anm. 24). Die Rechtslage ist danach die: Einerseits ist volle Gewißheit, daß der Gewinn gezogen sein würde, nicht erforderlich; andererseits reicht aber auch die bloße Möglichkeit, der Beschädigte würde den Gewinn erzielt haben, nicht aus; es genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit nach verständiger Beurteilung, nicht aber eine entfernte Möglichkeit. Wird festgestellt, daß ein Gewinn, der danach als wahrscheinlich zu betrachten wäre, in Wirklichkeit nicht gemacht wurde, so ist kein Gewinn entgangen. War ein Gewinn, der später ohne das schadenbringende Ereignis doch eingetreten wäre, anfangs unwahrscheinlich, so ändert diese Unwahrscheinlichkeit nichts an der Tatsache, daß ein Gewinn entgangen ist (vgl. *SeuffW.* 63, 262).

Anm. 20. Der gewöhnliche Lauf der Dinge schon bietet eine ausreichende Unterlage, wenn danach ein Gewinn mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Nach dem gewöhnlichen

Lauf der Dinge läßt sich ein Kaufmann die Gelegenheit zum Abschluß eines vorteilhaften **§ 347** Geschäfts nicht entgehen. Deshalb braucht er den Abschluß eines Geschäfts nicht nachzuweisen; es genügt an der Veräußerlichkeit der Ware, die meist zu unterstellen ist. Auf diesem Satze beruht die abstrakte Schadensberechnung, die ausführlich in Anh. zu § 374 Anm. 58 ff. behandelt ist. Diese Art der Schadensaufmachung hat allerdings die alsbaldige Weiterveräußerung im Auge, wie sie das Wesen des kaufmännischen Verkehrs ausmacht. Es ist aber anerkannt, daß die abstrakte Schadensrechnung auch zuzulassen ist, wenn der Kaufmann zu eigenem Bedarf einkauft (Anh. zu § 374 Anm. 60). Von da ist es nur noch ein Schritt, um die abstrakte Schadensrechnung auch im bürgerlichen Verkehr zuzulassen, wenn nicht gerade die Weiterveräußerung ausgeschlossen war (München JW. 1923, 1050). Innerhalb des gewöhnlichen Verlaufs liegt es, daß nicht zu Spekulationszwecken gekaufte Wertpapiere eine Kurssteigerung erfahren, daß auf ein festgekauftcs Loß ein Treffer fällt; wer schuldhaft das Papier nicht liefert, schuldhaft das Loß verfallen läßt, muß für den entgangenen Gewinn aufkommen. Der Gläubiger, nicht bloß der ausländische Gläubiger, wird bei drohender Gelbentwertung die einlaufenden Gelder in Devisen oder wertbeständig anlegen; der infolge Nichtzahlung dem Gläubiger zugehende Schaden ist dementsprechend ersatzmäßig, wenn nicht der schuldhaft handelnde Schuldner dardut, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Zahlung sich doch nicht vor Entwertung hätte schützen können (RG. 109, 283 u. 62).

Nicht zum gewöhnlichen Verlauf gehört es, wenn ein Spekulationspapier, **Anm. 21.** d. h. ein Wertpapier gekauft ist, das starken Kursschwankungen ausgesetzt ist; hier kann von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines rapiden Fallens oder Steigens nicht die Rede sein. Gewinne aus Börsenspekulationen kommen also nicht in Betracht (RG. im „Recht“ 04, 600²⁵³⁹), auch nicht übermäßige Gewinne, die nur infolge allgemeiner Not erzielt werden konnten (Dresden JW. 1917, 237).

Der Anstalten und Vorkehrungen, die zum Zwecke der Gewinnerzielung **Anm. 22.** getroffen worden sind, wird von § 252 Satz 2 BGB. besonders gedacht. Gemeint sind damit Vereinbarungen besonderer Art, Einrichtungen und Anlagen, die außerhalb des gewöhnlichen Verlaufs der Dinge gestellt und als mit Wahrscheinlichkeit gewinnbringend zu denken sind. Nicht aber ist die Hervorhebung der Anstalten und Vorkehrungen so gemeint, daß sie im gewöhnlichen Verlauf der Dinge getroffen sein müßten, noch so, daß das, was im Handelsverkehr dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht, im bürgerlichen Verkehr durch diese besonderen Umstände gerechtfertigt werden müßte (so Fiskler, Der Schaden nach dem BGB. 1903 S. 59 f.). Es kann vielmehr überhaupt ein Gewinn in Anlaß gebracht werden, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht sondern nur infolge der besonderen Veranstellungen zu erwarten ist. Es ist kein solcher entgangener Gewinn, wenn der Käufer im Prozeß dem Sachverständigen zur Vornahme seiner Untersuchungen Material und Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die er sonst nutzbringend verwenden könnte; das ist vielmehr mittelbarer Schaden (a. M. Dresden SächsDOZ. 26, 149).

Auf keinen Fall kann der Ersatz unredlichen oder unehrbaren Ge- **Anm. 22a.** winns verlangt werden. Dieser Fall ist nicht gegeben, wenn die eigene Tätigkeit zur Erlangung hohen Gewinns ausgenutzt wird (WarneherMisp. 1918 Nr. 129). Dieser Fall ist aber gegeben, wenn ein Gewinn ohne Verletzung der guten Sitten oder eines gesetzlichen Verbots nicht hätte gemacht werden können. Gemeint sind arglistige Täuschung (JW. 06, 544⁸), wucherischer Gewinn, Verstöße gegen das Kettenhandelsverbot (Anh. zu § 346 Anm. 24), Verletzung von Handelsbeschränkungen (Anh. zu § 346 Anm. 27), von Aus- oder Einfuhrverboten (Anh. zu § 346 Anm. 25) und überhaupt Ersatz von Schäden, den der angeblich Geschädigte erlaubter Weise nicht hätte machen können (RG. 91, 47; 90, 306). Deshalb darf der Verkäufer die Lieferung verweigern, wenn die Ware zu Preiswucher oder Kettenhandel verwendet werden soll (RG. 107, 11; 102, 294; 99, 156; 96, 240; JW. 1922, 91²).

§ 347.

Ann. 22b.

Die Währung, in der der Schadenserlass zu leisten ist, ist die deutsche, wenn der Vertrag zwischen Deutschen geschlossen ist (Hamburg. HansGZ. 23 S. 172 u. 200). Ist der Schaden im Ausland in ausländischer Währung entstanden, so findet Erlass in dieser Währung statt, aber der Schuldner kann in Reichsmark zum Kurse am Zahlungstag zahlen (§ 244 BGB.; § 361; WarnererRspr. 1923/24 Nr. 61 u. 148; Hamburg. HansGZ. 24 S. 105). Im übrigen ausführlich über diese Frage Anh. zu § 374 Ann. 206 ff. u. § 361.

Ann. 23.

c) Der Grad des Verschuldens kommt bei Bemessung der Höhe des Schadens nicht in Anschlag. Die im preuß. RM. aufgestellte Abstufung des Schadens nach der Größe der Verschuldung ist (Mot. II 17/18) ausdrücklich abgelehnt. Daß § 287 ZPO. vom Gesetzgeber übersehen sei und der Grad des Verschuldens auf diesem Weg zur Beachtung komme, kann daher Dernburg (II 1 § 28) nicht zugegeben werden. Der Grad des Verschuldens kommt allerdings bei der Verurteilung für das mitwirkende Verschulden in Betracht.

Ann. 24.

d) Ob und welcher Schaden entstanden ist, schätzt das Gericht nach freiem Ermessen (§ 287 ZPO.), und zwar das Reichsgericht auf den Zeitpunkt der letzten Verhandlung in der Vorinstanz, wie dies oben Ann. 17 u. 18 dargelegt ist. Nicht nur für die Höhe des Schadens, sondern auch für den ursächlichen Zusammenhang gilt dieses Ermessen (RG. 95, 104; 91, 68; ZW. 1912, 76¹⁹; unten Ann. 27) und für den Augenblick des Schadenseintritts (RG. 31, 88). Und es gilt § 287 ZPO. für jeden in Geld zu leistenden Schadenserlassanspruch, mag er auf einem Vertrag, einer unerlaubten Handlung oder einem sonstigen Rechtsgrund beruhen. § 287 ZPO. gilt aber nicht für einen Erfüllungsanspruch (RG. 89, 129; 8, 224; ZW. 99, 486¹³) und nicht für Gewährleistungsansprüche (ZW. 1900, 838¹), wodurch das Gericht nicht gehindert ist, den Mindervwert der Kaufsache nach § 286 ZPO. zu schätzen (ZW. 01, 398¹¹). Dieses freie Ermessen greift über die freie Überzeugung des Gerichts, ob es eine Behauptung für wahr halten will (§ 286 ZPO.), hinaus, so daß auch die Anhörung von Sachverständigen unterbleiben kann, wenn das Gericht sich soviel eigene Kenntnis zutraut; das Urteil ist dann nur angreifbar, wenn mit Erfahrungsätzen gearbeitet worden ist (WarnererRspr. 1911 Nr. 100). Der Richter muß zwar die erhobenen Beweise würdigen, aber er braucht seine Schadensabschätzung nicht im einzelnen zu begründen (LJ. 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; ZW. 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, 265 u. 35; 40, 422; ZW. 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 (ZW. 09, 194¹³; 07, 310¹¹). Die Regeln über die Beweislast sind naturgemäß für § 287 ZPO. nicht ausschlaggebend (RG. 21, 90; LJ. 1910, 217²⁷). Die Partei muß zwar ihren Schadenserlassanspruch 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. 45, 357; 40, 422; 21, 205). Ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit kann insofern genügen, als die tatsächliche Schadenszufügung als bewiesen anzusehen ist (RG. 95, 249; 83, 65; ZW. 1910, 292²⁸); nur darf keine Willkür geübt werden; es muß daher aus den Gründen ersichtlich sein, daß die Beweisansätze und die Umstände, letztere vielleicht nur allgemein, gewürdigt sind (RG. 40, 424; ZW. 1913, 1035⁴). Die Vorschriften des § 287 Abs. 1 Satz 1 u. 2 ZPO. sind ausgebehnt auf alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten, soweit eine Forderung streitig ist, die vollständige Aufklärung schwierig ist und in keinem Verhältnis zur Bedeutung des streitigen Teils steht (§ 287 Abs. 2 ZPO.; B. vom 13. Februar 1924). 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 ein Schaden entstanden sein

könnte, und wenn die Partei selbst sich außerstande erklärt, weiteres zu behaupten (RG. § 347. 79, 60; 25, 78; WarnererMpr. 09 Nr. 534; JW. 04, 574⁶; 98, 69⁸). Die Aufwertungsfrage hat mit § 287 ZPO. nichts zu tun; lediglich § 242 BGB. ist maßgebend (JW. 1925, 935⁹).

Wegen mangelnder tatsächlicher Begründung darf danach ein Schadensersatzanspruch nicht abgewiesen werden, wenn nicht das Fragerecht vergeblich ausgeübt ist oder sich dessen Ausübung als zwecklos erweist (RG. 79, 61; 77, 206; 63, 288; 62, 385). Der Klageantrag braucht nicht auf einen ziffernmäßigen Betrag gerichtet zu sein; es genügt, wenn sich der Anspruch durch richterliches Ermessen oder durch Sachverständige bestimmen läßt (RG. 79, 61; JW. 1912, 78²¹; WarnererMpr. 1913 Nr. 388); vgl. hierüber oben Anm. 15; § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO. und § 377 Anm. 87. Das Urteil, das von grundsätzlich falschen Gesichtspunkten bei der Schadensbemessung ausgeht, ist mit der Revision angreifbar; die tatsächlichen Erwägungen des Berufungsrichters, also die Feststellung des Tatbestandes eines Verschuldens (RG. 98, 59; 95, 104; JW. 1916, 423¹⁸) bilden dagegen nicht den Gegenstand der Nachprüfung in der Revisionsinstanz; für sie kommen die §§ 139, 286, 287 ZPO. nicht mehr in Betracht (oben Anm. 15). Daß nicht nur das schadenbringende Ereignis für sich, sondern auch in seinen Folgen zu würdigen ist, wurde oben Anm. 17 u. 18 bemerkt. Dafür, was als Folge des Ereignisses anzusehen, entscheiden die Grundsätze über adäquate Verursachung (unten Anm. 27). Nach § 287 Abs. 1 S. 3 und § 4 ZPO. ist auch ein Schätzungsseid in der Weise zulässig, daß, nachdem ein schadenbringendes Ereignis und die Ersatzpflicht feststeht, der Beschädigte seinen Schaden bis zu einer vom Gericht zu bestimmenden Höhe schätzen darf (JW. 1895, 293⁸ u. 294⁹).

Ausgleichung von Vorteil und Schaden — *Compensatio lucri cum damno* Anm. 25. — (Lit.: Decker, Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruch, 07; Dertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, 01; ders. LZ. 1916, 1513; Stinzing, Findet Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch statt? 05). Die Vorteilsausgleichung (*Compensatio lucri cum damno*) 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, wenn der Schadensersatz in Geldleistung besteht, auf die Ersatzsumme der Vorteil angerechnet werden, der dem Beschädigten durch dasselbe 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, 455⁹). Zum Zweck dieser Ausgleichung findet keine Aufrechnung, sondern eine Abrechnung statt, weil schon die Ersatzpflicht mit dieser Beschränkung besteht (RG. 65, 60; 54, 140; 10, 51). 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 (RG. 65, 60; 54, 137; Anh. zu § 346 Anm. 7 a. E.; Vorbem. 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; SeuffA. 43, 38). Es muß ein notwendiger natürlicher Zusammenhang bestehen (adäquater Zusammenhang). Schaden und Vorteil brauchen nicht selbsttätig aus demselben Ereignis hervorzugehen; es genügt, wenn, wie sich RG. 103, 407 ausdrückt, die Wurzel des Tatbestandes, der den Schaden verursacht hat, nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge auch zu einem Vorteil für den Geschädigten führt. Der Zusammenhang darf also kein bloß tatsächlicher sein; er muß sich aus dem gewöhnlichen Verlauf, wenn auch nur mittelbar, ergeben, und es dürfen Schaden und Vorteil nicht durch eine selbständige Entstehungsursache mitbedingt sein; auch Billigkeitsrücksichten sprechen mit (RG. 93, 145; 80, 155; 65, 60; 40, 176; 10, 51; JW. 1911, 644⁸; 01, 229¹⁰; LZ. 1911, 697⁹). Deshalb müssen

§ 347. sich Nachteil und Vorteil wesentlich gleichzeitig gegenüberstehen (RG. 93, 144; JW. 1916, 1016³). Dieser Zusammenhang ist vorhanden, wenn der wegen grundloser Entlassung auf Ersatz klagende Handlungsgehilfe seine Arbeitskraft anderweit verwertet (RG. 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), oder wenn der Hypothekengläubiger vom Ausbietungsverpflichteten den Ausfall begehrt, aber das Grundstück so billig erworben hat, daß sein Ausfall gedeckt ist (JW. 1912, 791⁶; 08, 46⁶), oder wenn der in der Vollstreckung ausgefallene Hypothekengläubiger das Grundstück unter dem Wert ersteht; den Gewinn muß er sich auf seinen Verlust anrechnen lassen; ob aber der Ersteher durch den Erwerb unter dem Wert einen wirklichen Vorteil erlangt hat, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen (RG. 93, 144; 84, 389; 80, 161; JW. 1914, 756; 1912, 791⁶). Das Grundstück muß zur Zeit der Ersteherung und des Ausfalls an Wert den Kaufpreis (Meistgebot nebst Ersteherungskosten) übersteigen oder ihm gleichkommen (RG. 100, 255). Ein Ausgleich findet also nicht statt, wenn das Grundstück später durch nicht voraussehbare Umstände um soviel wertvoller geworden ist (RG. 100, 257; 96, 52). Der Grundsatz der Vorteilsausgleichung beschränkt sich auf die Schadenserstattungsforderung; er findet keine Anwendung gegenüber der Klage des Ersteherers eines Grundstücks, der als Darlehensgläubiger den in der Zwangsvollstreckung ausgefallenen Teil seiner Forderung betreibt (RG. 80, 154; JW. 1919, 571⁶; 1913, 19⁶; dagegen Obernied JW. 1919, 571), oder wenn der Gläubiger die ihm verpfändeten beweglichen Sachen des Schuldners billig ersteigert oder sie nach der Ersteigerung mit Gewinn weiterveräußert (vgl. JW. 1916, 400⁶; dagegen Fuchs ebenda). Ebenso sind die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung gegeben, wenn der Verkäufer beim anderweiten Verkauf (Anh. zu § 374 Anm. 32) oder der Käufer beim Deckungslauf (Anh. zu § 374 Anm. 73) Gewinn erzielt, oder wenn dem Gläubiger infolge Schuldnerverzugs auch ein Vorteil zugegangen ist (Anh. zu § 374 Anm. 22). Dagegen handelt es sich um ein anderes Ereignis, wenn der Wirt, der vom Brauer wegen Nichtbezugs auf Schadenserstattung 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 Unterschleiben mangelhafter Ware anstatt der ausgesuchten betrogene 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.; vgl. § 377 Anm. 87).

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 (§ 304 ZPO.) und die Möglichkeit völligen Ausgleichs besteht, weil feststehen muß, ob er nach Abrechnung seines Vorteils noch einen Schaden hat (RG. 103, 407). 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.

Anm. 26. e) Die Voraussehbarkeit des eingetretenen Schadens ist gleichgültig (RG. 51, 32; 42, 293; LZ. 1922, 617²); auch der Schaden ist zu ersetzen, dessen Entstehung der Ersatzpflichtige nicht hat voraussehen können, wenn nur im allgemeinen ein schädlicher Erfolg der eingetretenen Art voraussehbar war (RG. 81, 361; 69, 344; JW. 1915, 577⁹; LZ. 1922, 617²). Hatte der Ersatzberechtigte es unterlassen, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weiter kannte noch kennen mußte, so liegt ein die Schadenserstattungspflicht 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; LZ.

07, 54); diese Aufklärungspflicht entfällt, wenn der Ersatzberechtigte mit den Verhält- § 347.
nissen vertraut war und die Entstehung des Schadens selbst voraussehen konnte. Hat 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 vorausgesehenen 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; JZB. 06, 780⁴⁸). Denn alsdann lag der Erfolg nicht mehr in der Richtung des Verschuldens, wie sich RG. 42, 294 und das OLG. Hamburg HansRG. 05 Spätl. Nr. 88 ausdrücken; er war nicht mehr „verursacht“ durch das Verhalten des Schuldners, sondern nur etwa „veranlaßt“, wie Dernburg II 1 § 27 II a bemerkt. Entschuldbarer Irrtum (auch Rechtsirrtum) beseitigt ein Verschulden (RG. 73, 337; JZB. 1912, 26; Anh. zu § 374 Anm. 13; § 366 Anm. 24).

6. Der **ursächliche Zusammenhang** wird erst fraglich, wenn der Schaden so, wie er ein- Anm. 27.
getreten ist, nicht voraussehbar war. War er voraussehbar, so war er in den Willen aufgenommen; der Wille war schon auf die Schadenszufügung gerichtet; begrifflich liegt darin schon der ursächliche Zusammenhang als ein gewollter. Erst wenn der Schaden nicht voraussehbar war, kommt es darauf an, ob er doch als eine Folge der natürlichen Weiterentwicklung der schuldhaften Handlung oder Unterlassung erscheint (RG. 81, 361). Der ursächliche Zusammenhang ist dann von dem Gesichtspunkt aus zu prüfen, daß der Schaden 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). Nach der philosophischen Kausaltheorie, die das Strafrecht beeinflusst, sind alle Bedingungen des Erfolgs gleichwertig in ihrer Gesamtheit als Ursache. Das Rechtsleben geht jedoch von einem anderen Standpunkt aus. Nicht alle zum Erfolg zusammenwirkenden Umstände sind als Ursachen des Erfolgs anzusehen, sondern nur die Bedingungen und Umstände, die wegen ihrer besonderen Verbindung mit dem Erfolg zu dessen Eintritt wesentlich mitgewirkt haben (RG. 77, 314). Hier kommt die Lehre vom mitwirkenden Verschulden in Betracht, über die oben Anm. 14, 14a u. 15 das Rötige gesagt ist. 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; JZB. 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 (RG. 88, 409; JZB. 09, 136¹⁰; 08, 526¹¹; 05, 690¹²; vgl. RG. 69, 57; 66, 109). Haben mehrere eine schuldhafte Handlung begangen, so ist jeder für den ganzen Schaden verantwortlich. Hat eine Person mehrere Handlungen begangen, so haftet sie für den ganzen Schaden, sofern auch nur eine Handlung schuldhaft und für den Schaden gesamtursächlich war. Haben Mehrere teils berechnete, teils schuldhafte Handlungen vorgenommen, die zusammen die einheitliche Schadensursache gebildet haben, so ist nur derjenige für den ganzen Schaden verantwortlich, der eine schuldhafte Handlung begangen hat (RG. 73, 290; WarnegerRspr. 1912 Nr. 429; LZ. 1922, 617²). Sind mehrere Personen für einen Schaden verantwortlich, den der Ersatzberechtigte mitverschuldet hat, so ist die Schadenersatzpflicht jedes einzelnen nach seinem Verschulden und der von ihm ausgehenden Verursachung

§ 347. des Schadens im Verhältnis zu der dem Verletzten zur Last fallenden Schuld und Verursachung verschieden auszumessen. Dies gilt auch für den Fall, wenn mehrere Personen aus verschiedenen Haftungsgründen verantwortlich sind (RG. bei Gruch. 54, 414; WarneherMpr. 1912 Nr. 244; JWB. 09, 361⁷). Vermutungen über den ursächlichen Zusammenhang zwischen einer Handlung oder Unterlassung und dem Schaden kennt das BGB. nicht, auch nicht das BVB. Es bedarf immer der Gewißheit. Aber ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit erbringt diese Gewißheit, wenn entgegenstehende Möglichkeiten nicht vorhanden sind und die Entstehung des Schadens nach dem notwendigen natürlichen Zusammenhange aufgeklärt erscheint. Sache des Gegners ist es dann, andere Ursachen nachzuweisen (RG. 95, 249; WarneherMpr. 1915 Nr. 50; 1911 Nr. 219; JWB. 08, 196¹⁰). Das heißt: hohe Wahrscheinlichkeit stellt den ursächlichen Zusammenhang noch nicht von selbst her; sie ist nur ein prozessuales Hilfsmittel, um die tatsächliche Schadenszufügung als erwiesen zu betrachten; das Gericht muß daher seine Überzeugung vom Vorhandensein des Zusammenhanges aussprechen; es darf nicht bloß die hohe oder höchste Wahrscheinlichkeit feststellen (RG. 95, 249; 83, 66; WarneherMpr. 1909 Nr. 46). Es kommt im letzten Ende immer darauf an, welche Ursache nach den Erfahrungen des Lebens bei normalem Verlauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit den Erfolg herbeiführen mußte. Die sog. adäquate Verursachung — der notwendige natürliche Zusammenhang — entscheidet; (RG. 98, 58; 50, 222; 42, 291; 28, 168; JWB. 1911, 579¹⁷; Auskunft; 1912, 581¹ oben Anm. 25; über zeitlich weit auseinanderliegende Ursachen s. RG. 95, 75). Wenn man danach auch im allgemeinen sagen kann, daß ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit des ursächlichen Zusammenhanges in dem soeben erörterten Sinne genügt (RG. 29, 140; 15, 339; JWB. 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. 12ff.; JWB. 08, 299⁶). Der Schuldner haftet für alle Folgen der Vertragsverletzung (oben Anm. 11 u. 17ff.). Er ist frei, soweit der Schaden infolge eines Ereignisses eingetreten ist, das sich entgegen dem natürlichen Verlauf der Dinge eingestellt hat (JWB. 1913, 546¹²). Ein ursächlicher Zusammenhang ist aber, wenn der Schade nur unter Mitwirkung eines zweiten Ereignisses zustande gekommen ist, gegeben, sofern der Eintritt des zweiten Ereignisses nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge durch das erste Ereignis begünstigt worden ist. Dann ist das zweite Ereignis eine natürliche Folge des ersten (RG. 81, 361; 69, 59). — Unterbrochen wird der ursächliche Zusammenhang, wenn außergewöhnliche Umstände, die notwendigerweise außer aller Berechnung zu bleiben hatten und auf die Einwirkung des Verschuldens nicht zurückzuführen sind, eintreten mußten, um den nicht gewollten Erfolg herbeizuführen; alsdann ist der Schaden ein zufälliger, von niemandem verschuldet (RG. 105, 117; 98, 54; 42, 293). Weist aber nichts auf das Vorhandensein solcher ungewöhnlicher Umstände hin, so kommt es lediglich auf den engen Zusammenhang an, wie er im Eingange 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 (JWB. 05, 170⁹) oder durch die Schuld des Beschädigten veranlaßt war (RG. 29, 120). Die infolge der wirtschaftlichen Umwälzung eingetretene allgemeine Preissteigerung hat den ursächlichen Zusammenhang nicht unterbrochen (RG. 105, 151; vgl. RG. 109, 375, 346, 290, 195). — Alle diese Grundsätze gelten auch beim Mitverschulden (oben Anm. 12ff.) hinsichtlich des ursächlichen Zusammenhanges. Wo der Gesetzgeber für Zufall und höhere Gewalt haften lassen will, ist dies ausdrücklich gesagt (§ 287 S. 2 BGB. Schuldnerverzug; § 300 Abs. 2 BGB. Gläubigerverzug; § 701 Abs. 1 S. 2; § 848; § 203 Abs. 2 BGB.).

Die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 287 ZPO. (nicht etwa § 347. § 286 ZPO.) beherrscht dieses ganze Gebiet des ursächlichen Zusammenhangs, und Anm. 28. zwar auch hinsichtlich des Zeitpunkts der Schadensentstehung (RG. 46, 407; 31, 88; ZB. 06, 471²¹; oben Anm. 14a u. 24). Fällt die Frage nach der Entstehung eines Schadens mit der nach dem Betrage zusammen, so kann über beide Fragen ein Schätzungsseid entscheiden (ZB. 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; ZB. 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 verstoßendes Verhalten vereitelt wurde (RG. 76, 297; 60, 152); vgl. § 377 Anm. 128a u. 130.

7. Die Haftung für Sorgfaltverletzung kann durch Vertrag ausgeschlossen werden, und Anm. 29.

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. und öffentlich-rechtliche Betriebsvorschriften entgegenstehen (RG. 81, 316; 67, 431; 68, 367; 65, 19 u. 317; ZB. 07, 287⁶⁰; 1911, 28⁵ und 714¹⁴; RGKomm. Vorbem. 4b vor § 823; a. M. Staubinger § 276 II). 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. Freizeichnung für Verschulden Angestellter ist in der Weise statthaft, daß die Angestellten der einen Partei bei Verrechnung eines einzelnen Geschäfts zu Angestellten der anderen Partei vertraglich erklärt werden (RG. 86, 429); auch eine Beschränkung der Haftung für bestimmte Versehen ist zulässig (vgl. RG. 74, 338). Die Haftung für eigenen Vorfall kann bei Strafe der Nichtigkeit (§ 134 BGB.) nicht im voraus wegbedungen werden (§ 276 Abs. 2 BGB.; RG. 89, 8; 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 Vertragsschluß sein sollen, unwirksam. Ob damit der ganze Vertrag nichtig wird, hängt von § 139 BGB. ab (§ 350 Anm. 74). Wohl aber ist eine Vereinbarung dahin statthaft, daß selbst im Falle vorsätzlicher Schadenszufügung der Schadensersatz eine gewisse Höhe nicht überschreiten soll. Der Ausschluß für Schadensersatz jeder Art oder für jedes Verschulden bedeutet nur Freizeichnung für Fahrlässigkeit jeder Art, nicht aber für Arglist (ZB. 1922, 223⁷; 1911, 30⁸); es können aber Umstände vorliegen, welche nach Treu und Glauben eine Berufung auf die Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit verbieten (Anh. zu § 346 Anm. 36). Weil es keine Freizeichnung von Arglist des Geschäftsherrn selbst gibt, können dessen wissentliche Vertragsverletzungen auch nicht durch Geschäftsbedingungen mit den weitestgehenden Freizeichnungen gedeckt werden (RG. 110, 64). Nach Eintritt des Schadens ist jede Art der Einigung in allen Fällen statthaft.

Eine Schranke ist jedoch allen Befreiungsklauseln dahin gezogen, daß Anm. 30. sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen dürfen (§ 138 Abs. 1 BGB.; Anh. zu § 346 Anm. 1ff. u. 17ff.). Unfittlich wäre die im voraus erteilte Einwilligung des Verletzten in eine unerlaubte Handlung, durch die in ein Rechtsgut eingegriffen wird, über welches dem Verletzten nach sittlicher Anschauung die Verfügung nicht zusteht (RG. 68, 431; 66, 306). mag es sich auch nur um eine fahrlässige Verübung handeln. Der Ausschluß der Haftung ist ferner nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig, wenn der sich so Entlastende tatsächlich eine Monopolstellung einnimmt und diese Macht mißbraucht, um dem anderen unbillige Bedingungen aufzuerlegen (Anh. zu § 346 Anm. 35; § 417 Anm. 7). Hierher gehören auch Staub, BGB., 12. u. 13. Aufl. Bd. III. (Roeninge.)

§ 347. die Anbelegungsverträge (Anh. zu § 346 Anm. 16b) und die Freizeichnungsklauseln von monopolartigen Anstalten (Anh. zu § 346 Anm. 36). Haben sich Gewerbetreibende (Frachtführer, Spediteure) oder Unternehmer, deren das Publikum sich zu bedienen gezwungen ist (z. B. Hoteliers), zu Verbänden oder auch lose durch bloße Verabredung geeinigt, ihre Dienste nur unter gewissen Freizeichnungen zu gewähren, so haben sie sich damit eine monopolartige Stellung gesichert, die aber auch besondere Pflichten mit sich bringt; ihre Freizeichnung von jeder Haftung oder die Beschränkung der Haftung auf einen ganz geringen, dem wahren Wert auch nicht entfernt entsprechenden Betrag ist nichtig, wenn die Freizeichnung den Geschäftsinhaber oder seine leitenden Angestellten betrifft; auch von grober Fahrlässigkeit können sich diese nicht freizeichnen (RG. 106, 386; 103, 82; JW. 1925, 1395²⁰). Auch den Banken gilt dieser Satz. Der Bankier kann sich freizeichnen, daß er für Depots nicht wie ein Verwahrer fremden Gutes sondern nur für Sorgfalt wie in eigener Angelegenheit haftet. Würde er sich von jeder eigenen Sorgfalt, soweit sie nicht Arglist betrifft, und von Arglist seiner Angestellten, was zulässig ist, freizeichnen, so würde er doch gegen die guten Sitten verstoßen, wenn er sich nun um gar nichts kümmern, seine Angestellten nicht dahin überwachen wollte, daß sie sorgsam verfahren, daß sie die eingehenden Unterschriften, die Identität von Personen prüfen, wenn ihnen etwas auffallen muß; allen Bedenken muß der Bankier im Interesse seiner Kunden nachgehen, wie es Geschäftsleuten zuzumuten ist (vgl. Anh. z. § 372 Anm. 71). Bei der Vorlage von Inhaberpapieren darf ja an jeden Inhaber gezahlt werden, trotzdem darf der Bankier die Augen nicht zumachen (Anh. zu § 363 Anm. 9; Anh. zu § 365 Anm. 2ff.). Über die Stellung des Eigentümers beschädigter oder verlorener Sachen zu den Geschäftsbedingungen s. Anh. zu § 346 Anm. 36.

§ 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.

Lit.: Schreiber, Schuld und Haftung, 1914, Bb. 1.

Einleitung. 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 werden das Bestreben, die ganze Strafbestimmung zu Fall zu bringen, weil eine Zurückführung auf das richtige Maß dem Richter untersagt ist. Insbesondere sind die Kartelle zu warnen, sich zum Richter in eigener Sache zu machen.

Anm. 1. 1. Die Grundsätze über die Vertragsstrafe sind im BGB. in den §§ 339—349 abgehandelt. Das Gesetz stellt zunächst die Grundsätze für Verwirkung der Strafe auf, wenn das Strafgebot in Zahlung einer Geldsumme besteht. Wird durch das Strafgebot ein Tun gesichert, so löst nur Verzug, also Verschulden, die Strafe aus (§ 339 Abs. 1 BGB.; unten Anm. 10). Wird durch die Strafe eine Unterlassung gesichert, so bedarf es keines Verschuldens; die einfache Zuwiderhandlung löst die Strafe aus (§ 339 Abs. 2 BGB.; unten Anm. 9). Sodann unterscheidet das Gesetz die Folgen der Strafverwirkung, wenn die Strafe eine Geldstrafe ist, je nachdem die Strafe für Nichterfüllung (§ 340 BGB.; unten Anm. 15ff.) oder für nicht gehörige, insbesondere nicht rechtzeitige Erfüllung (§ 341 BGB.; unten Anm. 19ff.) versprochen ist. Endlich läßt § 342 BGB. (unten Anm. 24) alle diese Vorschriften mit einer Einschränkung Anwendung finden, wenn eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme Gegenstand des Strafversprechens ist. In allen diesen Fällen findet bei zu hoher Strafe das richterliche Ermäßigungsrecht statt (§ 343 BGB.; unten Anm. 25ff.). Nur dieses Ermäßigungsrecht hebt unser § 348 für den Handelsverkehr auf.

2. Der Begriff und der rechtliche Charakter der Vertragsstrafe. Eine Vertragsstrafe § 348.

(Konventionalstrafe) ist eine neue, weitere, neben die Hauptleistung tretende Leistung; Anm. 2. Sie liegt vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit eine Geldsumme oder eine andere Leistung, z. B. Erlaß, Aufrechnung, Verzicht auf eine Vertragsleistung, z. B. auf einen Teil des Lohnes, des Kaufpreises für Verspätung der Lieferung (RG. 90, 182; 68, 42; SeuffA. 74 Nr. 25; JW. 81, 172; WarneyerHspr. 1918 Nr. 164) oder Erhöhung des Preises (LJ. 1911, 545¹⁴), oder ein Abstandsgeld (WarneyerHspr. 1915 Nr. 42), einen Nachlaß oder einen Abzug am Preis (RG. 68, 42; JW. 08, 238¹⁰) als Folge einer Vertragsverletzung als Strafe verspricht (§§ 339, 342 BGB.; vgl. unten Anm. 39 und § 218 Anm. 6 sowie das Folgende und unten Anm. 6). Verspricht ein Dritter als Vertragspartei für den Schuldner dem Gläubiger eine Strafe (WarneyerHspr. 1915 Nr. 42), so ist dies ein Strafgebing, mag auch die Zahlung der Strafe an einen Dritten zu erfolgen haben (WarneyerKomm. z. BGB. § 339 Fußn. 6; a. M. Enneccerus I 2 § 261 Fußn. 1). Wird aber einem anderen als dem Gläubiger ein Strafversprechen abgegeben, so liegt Garantievertrag vor (Enneccerus I 2 § 261 Fußn. 1).

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 (sog. kassatorische Klausel; § 346 Anm. 19) keine Vertragsstrafe (RG. 4, 51; JW. 1914, 527⁴; § 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 BGB.), und nicht immer die Erhöhung des Kaufpreises (RG. 84, 393) oder des Zinsfußes bei Säumnis des Schuldners (§ 353 Anm. 4 u. 14; vgl. unten Anm. 39 und § 426 Anm. 16 wegen der Frachtzuschläge für falsche Deklaration; Dernburg II 1 § 100 II 3). Keine Vertragsstrafen sind Strafvereinbarungen für den Fall der Unrichtigkeit einer Zusicherung über vergangene Verhältnisse (unten Anm. 6) oder für den Fall, daß ein künftiges Ereignis eintrete oder nicht eintrete (Erfolgshaftung, Garantieverprechen). Das Versprechen einer Entschädigung für mangelhafte Erfüllung ist Strafgebing, wenn sich aus der Höhe der Strafe ergibt, daß der Gläubiger nicht auf bloßen Schadenserfaß beschränkt sein soll (Warneyer 1909 Nr. 443). Über den Unterschied der Vertragsstrafe vom Reugeld Anh. zu § 348 Anm. 6.

Uneigentliche Strafgebänge, d. h. selbständige Strafverträge oder strafähnliche Verprechen, welchen es an einer durch die Strafe zu sichernden Hauptleistung fehlt, die nur die Vornahme oder die Unterlassung einer Handlung gewährleisten, unterliegen mit zwei Ausnahmen nicht den Vorschriften über Vertragsstrafen. Die eine Ausnahme besteht darin, daß kraft besonderer Vorschrift (§ 343 Abs. 2 BGB.) daselbe Ermäßigungsrecht Platz greift wie bei Vertragsstrafen (unten Anm. 26 ff.), damit der § 343 Abs. 1 BGB. nicht umgangen werden kann; die zweite Ausnahme besteht darin, daß das Strafversprechen, ebenso wie das Versprechen einer eigentlichen Vertragsstrafe, unwirksam ist, wenn das Hauptversprechen kraft Gesetzes unwirksam ist; § 344 BGB. hat eben allgemeine Geltung (sog. Anm.). Solche uneigentliche Strafgebänge stehen, von diesen zwei Ausnahmen abgesehen, wohl nicht den Bedingungen (wie Pfand § 339 Erl. 1a und § 344 Erl. I annimmt), sondern den Verwirkungs- oder Verfallklauseln am nächsten (§ 346 Anm. 19); sie sind wie diese zu behandeln. Zu solchen uneigentlichen Strafgebängen gehören die Fälle der Verpflichtung, innerhalb einer gewissen Frist bei Vermeiden einer bestimmten Entschädigung oder Strafe eine rechtserzeugende Erklärung abzugeben oder sich an einen befristeten „Offertvertrag“ bei Vermeiden des Verfalls einer Anzahlung zu binden (RG. 95, 201; Anh. zu § 361 Anm. 43 u. 47a), sowie das Strafversprechen des Eigentümers, sein Haus oder Mobiliar im Interesse des Gläu-

§ 348. bigers zu versichern (vgl. DZWR. 20, 408; RÜZ. 22 A 167), und das Versprechen, bestimmte Waren gegen Übertragung des Alleinverkaufs nur von dem einen Verkäufer zu beziehen (RG. 85, 243; Anh. zu § 346 Anm. 16 u. 16a), sowie das Versprechen des Verkäufers, dem Käufer den Schaden zu ersetzen, falls der Vertrag nicht zustande komme (Garantievertrag; § 349 Anm. 65). Hierher gehört auch das Versprechen einer Strafe für den Fall, daß der Gegner des Antragenden sich an den Kauf oder Verkaufsantrag nicht hält, nicht abschließt (Anh. zu § 361 Anm. 43); in diesem Falle kann sich der die Strafe Versprechende nicht deshalb ohne weiteres vom Vertrag lossagen, weil der Gegner den Vertrag nicht abschließen will oder Schwierigkeiten macht oder den Inhalt des Antrags bestreitet. Denn der Sinn einer solchen mit Strafgebing gesicherten Vereinbarung ist nach Treu und Glauben, daß in Verhandlungen eingetreten werden soll, um den Hauptvertrag zustande zu bringen. Erst wenn nach Treu und Glauben feststeht, daß ein Abschluß auf der vorgesehenen Grundlage nicht zu ermöglichen ist, kann der Rücktritt erklärt werden; der § 326 BGB. findet keine Anwendung, weil es sich nicht um eine Leistung handelt; die Bindung erschöpft sich in dem Strafgebing; es gibt keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung neben der Strafe; auch § 344 BGB. findet keine Anwendung. Nur der freiwillige unbegründete Rücktritt zieht den Verfall der Strafe nach sich, wenn also die Handlung nicht durch Umstände verhindert worden ist, die der Versprechende nicht zu vertreten hat. Wenn also die Leistung dem Versprechenden nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, ist er frei. Über die Sperre als Vertragsstrafe § 9 der KartellVO.; hierüber *Stah-IschirskyKartellVO.* § 9 Anm. 7—14; § 8 Anm. 9.

Anm. 3. a) Die Vertragsstrafe setzt einen Schuldner und einen Gläubiger, somit eine bestehende Verbindlichkeit voraus; sie hat also atzessorischen Charakter. 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.). § 344 BGB. gilt auch dann, wenn beide Teile sich der Nichtigkeit des Strafversprechens bewußt waren. (RG. 79, 437); diese Vorschrift hindert aber nicht die Anwendung des § 139 BGB. (RG. 1923, 491³). Die Vertragsstrafe ist hiernach unwirksam, wenn die Hauptverbindlichkeit unwirksam ist. Diese kann unwirksam sein wegen Formmangels (RG. 107, 39; *WarneherMpr.* 1915 Nr. 42; § 350 Anm. 81; Anh. zu § 301 Anm. 14 u. 43), wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz (z. B. wegen der Beschränkung des Kündigungsrechts des § 723 Abs. 3 BGB.; RG. 75, 238; 61, 328; *JB.* 05, 688¹⁰; vgl. RG. 78, 301), oder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB., z. B. ein Wettbewerbsverbot unter Anwälten, Ärzten und approbierten Zahnärzten, *Vorbem.* vor § 373 Anm. 3, über amerikanische Zahnärzte und -techniker ebenda, ehrenwörtliche Bindung; Anh. zu § 346 Anm. 22), wegen Erlöschens der Hauptschuld (RG. 33, 221). Nicht unsittlich ist die Vereinbarung einer Strafe, falls an einen Käufer bestimmter Nationalität verkauft oder weiterverkauft werde (RG. 84, 391; 77, 419; 73, 17; 55, 78; *WarneherMpr.* 1913 Nr. 311, *Polenkaufel*). Die Hauptverbindlichkeit ist hinfällig wegen Unmöglichkeit der Leistung (§ 306 BGB.), wegen Anfechtung (§ 142 BGB.), wegen Rücktritts (z. B. § 326 BGB.), als Spielschuld oder Wettschuld (Anh. zu § 376 Anm. 190), als Eheversprechen (§ 1297 BGB.). Fallen die Umstände nachträglich hinweg, die die Einforderung der Strafe als unzulässig (nicht als unsittlich) erscheinen lassen, so kann die Strafe nun gefordert werden (Goldheim 15, 106). Ist nur ein Teil des Rechtsgeschäfts unwirksam, so entscheidet § 139 BGB., ob deswegen das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist; hierüber § 350 Anm. 28, 74, 81, 90; Anh. zu § 346 Anm. 22.

Anm. 4. Wettbewerbsverbote selbständiger Kaufleute (im Gegensatz zu Handlungsgehilfen und Lehrlingen — §§ 74 ff., 76 Abs. 1, Anh. zu § 62; Anm. 8 zu § 112 —, Angestellten und Gewerbetreibenden — §§ 133 f. *GewD.*, sind unsittlich 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 § 348. Umfange in seiner Gesamtheit zur Zeit des Vertragschlusses gegen die guten Sitten verstieß. Beim Fehlen zeitlicher Grenze ist die Auslegung im Sinne angemessener Dauer zu ergänzen (MuW. 20, 36 u. 110). Spätere Ereignisse und Umstände sind nur so weit mit zu berücksichtigen, als sie entweder zur Zeit des Vertragschlusses voraussehbar waren, oder als mit ihnen als Erfahrungstatsachen damals von den Parteien gerechnet worden ist (LJ. 1910, 546⁹; 09, 151³; Anh. 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, oder künftig zu erwartende Erhöhung seiner Einnahmen wegfällt, oder umgekehrt, daß der Verpflichtete ein reicher Mann mit vielen Möglichkeiten anderen Erwerbs ist. Mit solchen Tatsachen rechnen die Parteien bei Vertragschluß. 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 Unfittlichkeit des Wettbewerbsverbots nicht daraus herleiten können, daß ihm nichts übrigbleibe, als ein Konkurrenzgeschäft anzufangen. Es gibt hier auch keine nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung. Die Vertraglichkeit 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; MuW. 21, 62). 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 (LJ. 1912, 920¹; RG. in MuW. 20, 39 u. 190; 23, 220 u. 53; Warn. 1914 Nr. 73) und auf die Höhe der Strafe (unten Anm. 25) mit Rücksicht auf seine Arbeitskraft, seine Fähigkeiten, seine Ausbildung, sein Alter an. Die Rechte aus Wettbewerbsverboten gehen mit Veräußerung des Geschäfts auf den neuen Erwerber in der Regel über (§ 74 Anm. 24; § 22 Anm. 38). Deshalb kommt der Schutz jedem Inhaber zu (RG. 102, 129). Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn der Verkäufer persönlich die Haftung dafür übernimmt, daß auch andere Personen (seine Söhne) das Verbot einhalten (MuW. 23, 220). Über die Beurteilung von Wettbewerbsverboten nach Treu und Glauben unten Anm. 6 u. 7. Die Umgehung eines Wettbewerbsverbots, z. B. durch Vorschieben der Frau (MuW. 20, 21), steht der unmittelbaren Verletzung gleich. Eine Umgehung liegt nicht darin, daß ein Mitglied einer GmbH., dem alle Geschäftsanteile gehören, das seiner Gesellschaft auferlegte Verbot des Wettbewerbs persönlich für sein eigenes Geschäft nicht beachtet; denn persönlich ist er nicht gebunden (MuW. 22, 142); auch nicht darin, daß der Verpflichtete außerhalb des Schutzbezirks ein Geschäft gründet und von da aus im Schutzbezirk Wettbewerb macht (JW. 01, 726), oder wenn der Verpflichtete gegen Ende der Verbotsdauer Vorbereitungen für seinen freiverdenden Betrieb trifft (RG. 90, 100; JW. 1914, 142⁵; § 60 Anm. 3; § 74 Anm. 20 ff.). Das Verbot der Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen beschränkt sich nicht auf das Verbot gesellschaftlicher Beteiligung, auch eine bloß unterstützende Tätigkeit kann getroffen sein; die Verhältnisse kommen in Betracht (RG. 53, 354; 40, 99; JW. 1910, 279²; 1909, 387¹; RG. in MuW. 22, 138; 19, 148). Die Unterjagung (direkter und) indirekter Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen läßt sich je nach den Anschauungen dahin verstehen, daß nur die Beteiligung am Gewinn, nicht aber Kapital- oder Kreditgewährung, unter das Verbot fallen soll (JW. 06, 736⁴; OLG. 12, 254; vgl. MuW. 23, 200), und daß selbst der zu Sicherungszwecken erworbene Geschäftsanteil an einem Konkurrenzunternehmen keiner Beanstandung unterliegt (RG. in MuW. 20, 37). Über den Begriff direkter Lieferung MuW. 20, 36. Das Verbot der „Etablierung“ bedeutet nicht das Verbot einer

§ 348. Agentenbestellung (MuB. 20, 249). Das Verbot der Betreibung eines Geschäfts „gleicher Branche“ heißt, es darf kein Geschäft betrieben werden, das gleiche Ware führt (Dresden OLG. 16, 349). Wer sich beim Kauf eines Zigarren- und Zigarettengeschäfts die Nichterrichtung eines Konkurrenzgeschäftes ausbedingt, hat damit noch nicht den Betrieb eines Tabakgeschäfts verboten (MuB. 20, 62). Stehen beiderseitige Wettbewerbsverbote in unlöslichem Zusammenhang, so muß die Partei, die das Verbot geltend macht, sich auch selbst an das ihr auferlegte Verbot halten; es gibt keine Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 220 BGB.). Es ist vielmehr nach Treu und Glauben zu prüfen, ob die Verletzung durch den Gegner so bedeutsam ist, daß der andere Teil auch an sein Verbot nicht mehr gebunden ist (RG. 102, 130; 96, 174; MuB. 20, 21, 14 u. 11). Wird ein Wettbewerbsverbot eingegangen gegen das Versprechen der Aufrechterhaltung der Geschäftsverbindung, so ist das Wettbewerbsverbot hinfällig, wenn die Aufrechterhaltung der Geschäftsverbindung infolge wirtschaftlicher Umwälzung unmöglich wird (§ 323 BGB.; JW. 1921, 27). Ein Wettbewerbsverbot samt Strafe erlischt, wenn veränderte Umstände den Rücktritt rechtfertigen (MuB. 23, 30) und die Gefahr nicht übernommen war (MuB. 20, 88). Widersinnige Verbote sind ohne weiteres nichtig (MuB. 23, 30).

Anm. 5. b) Natürlich kann auch die Vereinbarung der Vertragsstrafe aus selbständigen Gründen nichtig sein, z. B. weil sie gegen die guten Sitten verstößt (RG. 90, 182; § 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. und dazu § 350 Anm. 23 und 74; RG. 73, 18; 61, 285; 57, 165; WarnererHspr. 1913 Nr. 218). Und hier ist es entscheidend, ob nur eine nebensächliche Leistung unter Strafe gestellt war (Goldheim 14, 235), oder ob sich die in dem Strafgebot enthaltene Unfittlichkeit auf eine Hauptverbindlichkeit miterstreckte; letzteres trifft z. B. zu, wenn ein Wettbewerbsverbot durch Strafe gesichert und das Strafverbot unfittlich 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 (SeuffW. 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 Schadensersatzes 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 (RG. 103, 99 und im „Recht“ 1915 Nr. 175; JW. 95, 404⁷⁷; jedoch unten Anm. 8). Bezweckt die Strafe aber, den Schaden festzulegen, so macht sich der Schuldner durch Erlegung der Strafe von Ersatz des weiteren Schadens frei.

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 überhaupt von einer Verwirkung der Strafe die Rede sein kann. Denn, was mit Treu und Glauben im Widerspruch steht, können die Parteien nicht gewollt haben (JW. 1923, 825²;

04, 139⁴); daher kann der, der lange Zeit die Übertretung eines Wettbewerbsverbots § 348. geduldet hat, nicht plötzlich die Strafe fordern (WarneherMpr. 1914 Nr. 44). Ein Rechts-
satz, nach dem Strafverträge oder Wettbewerbsverbote 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. 17
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. so-
lange die Umstände nichts anderes ergeben, anzunehmen, daß den Verkäufer eines
Geschäfts das Wettbewerbsverbot nur bindet, solange der Erwerber persönlich das Ge-
schäft fortführt (RG. 47, 238; LZ. 08, 595⁷), und daß der Verkäufer nicht auf ein
Wettbewerbsverbot zum Nachteil seines Geschäftsabläufers verzichten will, 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 Ge-
schäftsnachfolger nicht über; sie muß ihm besonders auferlegt werden (RG. 68, 294). Es
kann Parteiville sein, daß auch bei Geschäftsverlegung des geschützten Geschäfts das
Wettbewerbsverbot noch wirken soll (JW. 01, 726²¹), oder daß eine beim Geschäftsverkauf
bereits betätigte Konkurrenz überhaupt (RG. 53, 383) oder in gewisser Beschränkung
(JW. 06, 34⁴⁴) geduldet werden muß. Die Regel ist es jedoch, daß das Wettbewerbsverbot
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 persön-
lich, sei es durch eine vorgeschobene Person, Wettbewerb treibt. Hierüber und über das
verschärfte Verbot jeder Beteiligung sowie über Umgehungen s. § 22 Anm. 35; § 74 An-
merk. 15, 20 ff.; § 75 d; oben Anm. 4; LZ. 1911, 783³.

- e) Im Hinblick auf den Vertragszweck fällt die Vertragsstrafe ganz weg, Anm. 8.
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 (§ 74a Anm. 2) oder
wegen Fehlens eines Schadens (JW. 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 (JW.
1923, 825²; 04, 139⁴; Kolmar LZ. 09, 82¹); derselbe Grundsatz muß nach dem Geist des
BGB. bei einer unbedeutenden Verspätung und überhaupt bei einer vereinzelter, 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; JW. 09, 387¹; 07, 20²³; 06, 34⁴⁴; 736⁴; LZ. 08, 226¹⁹), oder
wenn der Gläubiger auf pünktliche Erfüllung keinen Wert legte, oder wenn dem Schuldner
ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, das vor dem Verstoß entstanden ist, wegen dessen
die Strafe gefordert wird; denn die Strafe wird dann nicht fällig, weil der Gläubiger
zuerst vertragsuntreu geworden ist. Ebenso verhält es sich, wenn der Vertrag infolge
veränderter Umstände aufgehoben ist (oben Anm. 4), oder wenn dem Strafverpflichteten
wegen besonders schwerer vorangegangener Verfehlung des Strafberechtigten die fernere
Bindung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann (BGB. § 320; RG.
96, 174), oder wenn der Berechtigte sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht
hat (Anh. zu § 374 Anm. 178 u. 179). Dabei ist aber zu beachten, daß eine an sich un-
erhebliche, scheinbar kleine Zuwiderhandlung durch Wiederholung oder durch ihre Ausdehnung
zu einer erheblichen werden kann; es darf aber auch erwartet werden, daß der Gläubiger
wiederholte Vertragsverletzungen nicht schweigend hinnimmt. 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

§ 348. von Waren bei Verkauf eines Warenlagers nach Inventar mit garantierter Stückzahl, oder daß nach Höhe und Abstufung der Strafe für einzelne Übertretungen außer der Strafe keine Schadensansprüche weiter gegeben sein sollen (RG. 95, 193).

3. Voraussetzung der Strafverwirkung.

Anm. 9. a) Besteht die geschuldete Leistung in einer Unterlassung, so ist die Strafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt (§ 339 S. 2 BGB.), im Gegensatz zu einem Versuch einer Zuwiderhandlung (§ 60 Anm. 3, § 74 Anm. 20). Gegenüber dieser ausdrücklichen Vorschrift, die bewußt gewollt war (Mot. 2, 278), ist es nicht zulässig, mit Planck (§ 339 Erl. 2b) und dem OLG. Hamburg (SeuffW. 72, 255) zu verlangen, daß die Zuwiderhandlung eine schuldhaft oder gar eine bewußte sein müsse (RG. 79, 36; 63, 117; 55, 79; JW. 1916, 444²; 1911, 38¹⁸; WarnheymSpr. 1913 Nr. 311; LZ. 1914, 173³). Von diesen Urteilen neigt sich RG. 63, 116 der Mittelmeinung zu, es sei der Gläubiger lediglich vom Nachweis des Verschuldens frei; dem Schuldner sei es überlassen, fehlendes Verschulden als Befreiungsgrund geltend zu machen und zu beweisen, während LZ. 1921, 140³ und Gruch. 57, 929 grundsätzlich Verschulden verlangen. Die in LZ. 1921, 140³ erfolgte Bezugnahme auf JW. 1916, 1584³ trifft nicht zu; denn JW. 1916, 1584³ handelt von einem Rücktrittsrecht (§ 554 BGB.), nicht von § 339 S. 2 BGB. Die herrschende Meinung ist dagegen die Eingangs verteidigte, daß es nämlich nicht darauf ankommt, ob die Unterlassung vom Schuldner zu vertreten ist (RGKomm. § 339 Nr. 2; WarnheymKomm. z. BGB. § 339 Fußn. 25). Allerdings bleibt es immer noch Sache der Auslegung, ob die Parteien ein Verschulden zur Voraussetzung des Verfalls der Strafe machen wollten. Aus der außerordentlichen Höhe der Strafe kann auf den Parteivillen geschlossen werden, daß die Strafe nur bei schuldhaftem oder bewußt rechtswidrigem Verhalten verwirkt sein soll (WarnheymSpr. 1911 Nr. 425; RG. in SeuffW. 76, 123; Genauerer unten Anm. 33). Jeder einzelne Fall der Zuwiderhandlung macht in der Regel die Strafe fällig. Ist wegen einer Zuwiderhandlung die Strafe rechtskräftig ausgesprochen, so steht die Rechtskraft der Verhängung einer neuen Strafe wegen einer erst später entdeckten Zuwiderhandlung nicht entgegen; denn eine Teillage steht dem Erfolg einer Klage auf den Rest auch dann nicht entgegen, wenn der Restanspruch in der Teillage nicht vorbehalten worden ist (vgl. JW. 99, 36²³). Sind aber mehrere Zuwiderhandlungen durch die Einheit des Vorfalls zu einer einheitlichen Zuwiderhandlung verbunden, z. B. wenn ein Kartellmitglied entgegen dem Kartellvertrag auf Grund 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). Dasselbe ist anzunehmen, wenn durch die Verfenbung mehrerer Verkaufsangebote in ein geschütztes Gebiet eingegriffen wird. Ein Rücktritt von der Zuwiderhandlung vor Eintritt des Schadens ändert an der Verwirkung der Strafe nichts (JW. 93, 507³⁰). Die Zuwiderhandlung muß vor der Klage erfolgt sein; spätere Zuwiderhandlung erfordert neue Klage (JW. 01, 750⁴). Die Strafe verfällt nicht, wenn der Gläubiger selbst die Zuwiderhandlung verschuldet hat (Bolz 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 Holzheim 20, 185); oder wenn der Gläubiger sich die Arglist eines Dritten zunutze machen will, der den zur Unterlassung Verpflichteten unbewußt zur Verletzung des Verbots veranlaßt hat (Hamm OLG. 28, 81). Ähnliche Beurteilung tritt ein, wenn der Berechtigte Zuwiderhandlungen fortgesetzt duldet, ohne Widerspruch zu erheben, während ihm nach Treu und Glauben ein solcher Widerspruch zugumuten ist; hier stützt der Berechtigte auf die Einrede der Arglist. Der Schuldner steht für Zu-

widerhandlungen seiner Gehilfen ein, wenn die Gehilfeneigenschaft deutlich in die Erscheinung tritt. Gehilfe kann dann auch ein Vermittler sein, nicht nur Angestellte, Geinde, Ehefrau des Zuwiderhandelnden (RG. 79, 36, bes. 42); er wird nicht dadurch befreit, daß er die Zuwiderhandlung besonders verboten hat (RG. 63, 116). Es gibt kein Zurückbehaltungsrecht an einer Unterlassungspflicht, so daß der Verpflichtete zu einem Tun übergehen könnte, weil der Gegner auch seinerseits gegen den Vertrag verstoßen hat; denn Zurückbehaltung ist begrifflich nicht so zu deuten, daß eine Verpflichtung zu einer Unterlassung einhalten werde und sich in ein Recht zu einer Zuwiderhandlung verwandelt (RG. 102, 30).

- b) Bei Verpflichtungen positiver Art wird die Strafe verwirkt, wenn der Schuldner in Anm. 10. Verzug gerät (§ 339 BGB.); also wenn die Leistung trotz erfolgter Mahnung (Anh. zu § 374 Anm. 15) oder trotz Ablaufs eines für die Leistung bestimmten Kalendertags (Anh. zu § 374 Anm. 17) auf Grund eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner zu vertreten hat (§§ 284, 285 BGB.), also im Fall eines Verschuldens; Handeln gegen Treu und Glauben ist Verschulden. Hat der Schuldner widerstreitende Verpflichtungen übernommen, so treffen ihn die Folgen, z. B. wenn er der Strafe entgeht, aber dann andere Verpflichtungen verlegt (JW. 1914, 297⁴). Die Strafe verfällt nicht, wenn die Leistung durch Zufall (Streik, Hochwasser, Kälte, Eisenbahnunfälle u. dgl.) unmöglich geworden oder der Strafverpflichtete einer berechtigten Aussperrung beigetreten ist (Gruch. 50, 943; Darmstadt Hess. Rspr. 15, 81); daß die Aussperrung den Verbandsbedingungen entsprach, genügt nicht (JW. 1914, 296⁴). Haftet der Schuldner vertragsmäßig auch für Zufall, und ist ein bestimmter Lieferungsstermin vereinbart, so daß bei Nichteinhaltung des Termins die Strafe verwirkt sein soll, so ist es Sache der Auslegung, wie diese Vereinbarung gemeint ist. Daß sie so gemeint ist, daß der Ablieferungsstermin um die infolge des Zufalls ausgefallene Zeit verlängert werde, ist im Zweifel nicht anzunehmen, weil man einem Termin nicht eine abstrakte Zahl von Tagen hinzurechnen kann. Das ist nur bei einer Frist möglich. Es wird also Termin mit Strafverpflichtung wegfallen. Das ist keine Formaljurisprudenz. Die Strafe verfällt nicht, wenn der Schuldner die Leistung zurückbehalten durfte (§§ 320, 273 BGB.; Anh. vor § 369 Anm. 11), auf deren Nichterfüllung die Strafe stand, oder wenn der Zeitpunkt, zu welchem der Schuldner leisten sollte, durch Schuld des Gläubigers verstrichen ist (eine spätereögerung macht die Strafe nicht fällig, SeuffA. 46, 394), oder wenn der Gläubiger den Vertrag als nichtig ansieht (RG. 75, 334). 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 (JW. 1916, 1584³). Im Verschulden befindet sich die Brauerei, die fortgesetzt schlecht liefert; sie muß ihr Verschulden beseitigen, indem sie vertragsmäßiges Bier anbietet; erst damit setzt 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 zuflatten (vgl. RG. bei Goldheim 16, 300; „Recht“ 07, 55 Nr. 18; Anh. zu § 346 Anm. 16). Bloße Geschäftsaufgabe (ohne zwingende Gründe) läßt die Strafe aber regelmäßig verfallen. Auch die Gestaltung des Falles ist möglich, daß die Verzögerung zum Teil auf Verschulden des Gläubigers, zum Teil auf Zufall zurückzuführen ist. Hier wird die Rechtslage dann zweifelhaft, wenn der Schuldner auch die Haftung für Zufall vertraglich übernommen hat; dann fallen Lieferungsstermin und das Strafgebot überhaupt weg, wenn das Verschulden des Gläubigers die Wirkung hat, daß dem Schuldner die Erfüllung in höherem Grade erschwert wird, als es ohne das Verschulden des Gläubigers, allein durch den eingetretenen Zufall, der Fall gewesen wäre. Diese Lösung ergibt sich aus einer