Grundriß des Schuldrechts

Von

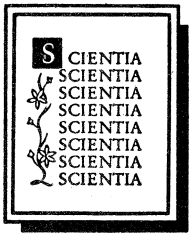
Dr. Philipp Heck
Professor in Tübingen

PD 3606 H48
Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht
Bibliothek
52 - 3596

Tübingen 1929

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)

Unveränderter Nachdruck 1958



SCIENTIA ANTIQUARIAT
AALEN

Fotomechanischer Nachdruck, Verlag Anton Hain K.G., Meisenheim/Glan

Einleitung.

a) Grundbegriffe. § 1.

1. „Forderungsrecht" oder „Anspruch" nennen wir das subjektive Recht einer Person, des Gläubigers, von einer anderen Person, dem Schuldner, eine Handlung, die Leistung, zu verlangen (§§ 241, 194). Diesem Recht entspricht auf seiten des Schuldners eine Pflicht, die „Schuld" oder „Verbindlichkeit". Das Rechtsverhältnis wird auch als „Schuldverhältnis", „Obligation" bezeichnet.

a) Die vorstehende Begriffsbestimmung verwendet Merkmale des Gebotsinhalts. Sie ergibt einen „Gebotsbegriff" oder, wie man auch sagen kann, einen „Strukturbegriff". Solche Begriffe sind „Rechtsbegriffe i. e. S."[1]) und bilden das System des objektiven Rechts.

b) Die Gleichbedeutung der neben einander gestellten Worte ist bestritten. Namentlich wird das Bestehen unterscheidender Merkmale zwischen „Schuldverhältnis" und „Anspruch" angenommen, wobei freilich Meinungsverschiedenheit darüber besteht, welches Merkmal unterscheidend sei. Die Unterscheidung ist abzulehnen. Weder die Gesetzesvorschriften noch der wissenschaftliche Sprachgebrauch geben Veranlassung, die Uebereinstimmung des usuellen Wortsinns zu verneinen. Das Anwendungsgebiet der beiden Bezeichnungen ist in seinen Umrissen dasselbe, wenn auch bei Anspruch die Beziehung zum Gläubiger betont wird, während bei Schuldverhältnis diese Betonung fehlt.

c) Die Bezeichnungen können in ihrer Einzelanwendung auf verschieden abgegrenzte Lebensinhalte gehen. Wir können bei dem Forderungsrecht des Zimmermieters an alles denken, was der Vermieter zu leisten hat, aber auch an einzelne Leistungsteile, so an die Ansprüche auf Bedienung, auf Frühstück, aber auch an das Recht auf das Einzelfrühstück an dem und dem Tage. Was im Einzelfall gemeint ist, ergibt sich aus dem Zusammenhang.

2. Die Forderungsrechte enthalten wie alle subjektiven Rechte eine Abgrenzung menschlicher Interessen und zwar erfolgt die Abgrenzung bei den Forderungsrechten durch das Gebot einer *Interessenverschiebung*. Durch die gebotene Leistung sollen die Interessen des Gläubigers gefördert werden und wird dem Schuldner ein *Opfer* auferlegt. Die Gläubigerbefriedigung ist der Zweck des Gebotsgebildes. Auf

1) Vgl. Anhang.

dieser Interessenwirkung beruht die Lebensbedeutung der Obligation, und in der Abwägung der einander gegenüberstehenden Gläubiger- und Schuldnerinteressen besteht die Hauptaufgabe des Schuldrechts.

a) Durch die Hervorhebung der für die Interessenwirkung bezeichnenden Merkmale gewinnen wir den „Interessenbegriff" der Obligation, man kann auch sagen den „materiellen" Begriff oder den „Funktionsbegriff". Diese Interessenbegriffe treten bei dem Aufbau des Rechtssystems zurück, sind aber für die Rechtsanwendung sehr bedeutsam. Sie sind das Ergebnis einer „funktionellen", auf die Lebenswirkung gerichteten Betrachtungsweise.

b) Die Interessenkonflikte, über die das private Schuldrecht entscheidet, spielen sich zunächst zwischen Privatpersonen ab. Aber bei der Entscheidung können auch Interessen der Allgemeinheit beteiligt sein. Dies gilt sowohl hinsichtlich der allgemeinen Beschränkungen durch Verbote und gute Sitten (§ 134, 178 u. a.) als auch der besonderen Probleme des Obligationenrechts. Die öffentlichen Interessen wirkten besonders stark in der Notlage der Kriegs- und Inflationszeit. Sie haben damals zu einer weitgehenden Einschränkung der Privatautonomie geführt, zu Höchstpreisen und zur Zwangswirtschaft. Aber sie sind auch heute wirksam, wenn auch nicht auf allen Gebieten gleichmäßig. Besonders bedeutsam treten sie im Arbeitsrecht, in dem derzeitigen Mietsrecht und bei der Regelung der unerlaubten Handlungen hervor.

3. Durch ihren Interessengehalt vermitteln die Obligationen den Wechsel von Lebensgütern: sie sind soziologisch betrachtet die juristischen Werkzeuge für den Güterumlauf, den Verkehr, und zwar nicht nur für den Umlauf fertiggestellter Güter, den Verkehr i. e. S., sondern auch für die Zusammenfügung der Produktionselemente, für die Organisation. Der Aufbau und die Wirkung des modernen Wirtschaftssystems beruht in der Hauptsache auf dem Bindemittel privatrechtlicher Obligationen.

Schäffle hat in seinem „Leben und Bau des sozialen Körpers" den lehrreichen Versuch gemacht, das soziale Leben durch biologische Parallelen zu veranschaulichen. Wenn wir diesen Versuch bei den Rechtsgebilden durchführen wollten, so würden die Obligationen dem Blute, dem Muskel- und Nervengewebe zu vergleichen sein. Auch die Obligationen sind in der Regel keine Dauererscheinungen. Sie werden ständig verbraucht und ständig neu geschaffen. Ihnen gegenüber würden die Sachen-, Urheber- und Familienrechte als stabilere Elemente erscheinen, dem Knochengerüste vergleichbar.

4. Die Obligationen sind *relative* Rechte. Das Gebot geht nur an den Schuldner, nicht an andere Personen. Die Gläubigerinteressen sind nur auf Kosten der Schuldnerinteressen geschützt, nicht auf Kosten der Interessen Dritter. Ein Dritter kann die Obligation nicht verletzen. Durch diese Schutzbeschränkung unterscheiden sich die Forderungsrechte von den „absoluten Rechten", bei denen das Schutzgebot an alle geht, wie bei den Sachenrechten, den Urheberrechten und anderen gewerblichen Vermögensrechten. Das absolute Recht gleicht einer Ringschanze, die nach allen Richtungen Schutz gewährt, das obligatorische Recht einer Wegsperre, welche nur nach einer Richtung sichert, aber Angriffe aus anderer Richtung nicht verhindert.

a) Wer die geschuldete Sache rechtswidrig und schuldhaft zerstört, so daß der Gläubiger sie nicht erhalten kann (§ 275), hat dem Eigentümer Ersatz zu leisten, aber nicht etwa dem Gläubiger dafür, daß er dessen Forderungsrecht vernichtet hat. Der Täter hat keine Pflicht dem Gläubiger gegenüber verletzt, weil eine solche Pflicht für ihn nicht bestand.

b) Die Beschränkung der Obligation auf relativen Schutz ist alte Ueberlieferung und durchaus herrschende Meinung in Literatur und Praxis. Nur vereinzelt wird aus § 823 Abs. 1 gefolgert, daß die Obligation in gewissen Fällen eine Außenwirkung habe und von Dritten verletzt werden könne (Enneccerus, Cosack, Oertmann). Die Ansicht ist aber abzulehnen (vgl. § 150).

c) Der Gegensatz zwischen den Obligationen und den absoluten Rechten, z. B. den Sachenrechten ist durch den Schutzumfang gegeben, nicht durch das Lebensgut. Dasselbe Interesse kann in verschiedener Form geschützt werden, in einer relativen oder in einer absoluten. Die Miete war vor dem 1. Januar 1900 in einigen Rechtsgebieten, z. B. im Gebiete des gemeinen Rechts nur obligatorisch geschützt. In anderen Rechtsgebieten, z. B. im großen Gebiete des ALR. absolut, als dingliches Recht. Aber die Art der Benutzung einer Mietwohnung war in den verschiedenen Gebieten ganz dieselbe. In der Regel wußten die Mieter gar nicht, ob sie ein obligatorisches Recht hatten oder ein dingliches. Ebenso kann das Monopol einer gewerblichen Produktion nicht nur durch Patent, sondern auch durch obligatorische Abreden mit den Konkurrenten gesichert sein.

5. Der dingliche Schutz ist immer stärker als der obligatorische, weil das Gebot an alle geht.

Dieser Unterschied ist namentlich nach drei Richtungen bedeutsam, wie z. B. bei der Vergleichung von Nießbrauch und Leihe hervortritt. a) Das dingliche Recht schützt gegen dritte Störer und gibt eine Klage gegen diesen Dritten. Das obligatorische Recht gibt eine solche Klage nicht. b) Das dingliche Recht an einer fremden Sache wirkt grundsätzlich gegen neue Erwerber. Das obligatorische Recht nicht. c) Das dingliche Recht an einer fremden Sache wird durch den Konkurs des Eigentümers nicht berührt. Das obligatorische Recht beschränkt sich auf eine Entschädigungsforderung pro rata.

6. Der stärkeren Wirkung der dinglichen Rechte entsprechen Beschränkungen und besondere Anforderungen an die Entstehung, von denen die Forderungsrechte frei sind, weil bei den dinglichen Rechten die Allgemeinheit betroffen wird.

Bei den dinglichen Rechten gilt der numerus clausus. Bei den Obligationen herrscht Typenfreiheit. Die Obligationen können grundsätzlich durch formlosen Vertrag entstehen, während bei den Sachenrechten Sichtbarmachung durch ein Rechtszeichen gefordert wird. § 873, § 929 ff.

7. Das Nebeneinanderbestehen relativer und absoluter Schutzformen gestattet den Parteien, die Schutzformen der jeweiligen Interessenlage anzupassen. Man wählt die leichter zu erlangende Obligation, wenn der Schutz gegen den Schuldner ausreicht, um den Gläubiger zu sichern. Die Wegsperre wird gewählt, wenn der Angriff nur von einer Seite zu erwarten ist. In anderen Fällen folgen die Schutzformen aufeinander. Der Käufer eines Grundstücks gewinnt schon obligatorischen Schutz, bevor durch Auflassung und Eintragung die Voraussetzungen für den dinglichen erfüllt sind.

Die Regel, daß der relative Schutz genügt, trifft nicht für alle Fälle gleichmäßig zu. Es ergeben sich Grenzfälle, die in den einzelnen Rechtsordnungen verschieden behandelt werden. Das Recht auf Uebertragung des Eigentums an einer bestimmten Sache ist in erster Linie durch den Schuldner verletzbar, aber ein Dritter kann eingreifen, wenn er vor der Erfüllung selbst Eigentum an der Sache erwirbt. Das ALR. schützte in solchen Fällen den Gläubiger durch ein „Recht zur Sache" gegen den schlechtgläubigen Dritten. Das BGB. hat diesen Schutz versagt und gibt dem Gläubiger aus seiner Forderung kein Recht gegen den Dritten. Aber es kann § 826 eingreifen und die Parteien können bei Grundstücken dem Anspruche durch Eintragung einer Vormerkung absolute Wirkung verschaffen. Der Mieter wurde, wie erwähnt, durch das gemeine Recht nur obligatorisch, durch das ALR. dinglich geschützt. Das BGB. steht grundsätzlich auf dem Standpunkte des gemeinen Rechts, gibt aber bei der Miete von Grundstücken in den Hauptfällen Schutz gegen Dritterwerber (Kauf bricht nicht Miete, §§ 571 ff., vgl. unten § 100).

8. Die Leistung kann, wie § 241 hervorhebt, nicht nur in einem positiven Tun, sondern auch in einer Unterlassung bestehen. Denn es gibt menschliche Interessen, die durch Handlungen einer bestimmten Person verletzt und durch die Unterlassung gewahrt werden.

Forderungsrechte auf ein positives Tun, Leistung von Geld und anderen Sachen, Diensten usw. spielen im Leben die Hauptrolle. Aber auch Rechte auf Unterlassung kommen in verschiedener Form vor. Als Inhalt besonderer Rechtsgeschäfte, z. B. von Verträgen auf Unterlassung eines gewerblichen Wettbewerbs, Nichtverrat geschäftlicher Geheimnisse, Nichtveräußerung von Sachen, Nichtbieten bei Versteigerungen usw. Oft auch als Element umfassenderer Schuldverhältnisse. Dahin gehören die Unterlassungspflichten des Mieters, die sich in den Hausordnungen großstädtischer Mietverträge in erheblichem Umfange finden. Besonders wichtig sind die obligatorischen Unterlassungspflichten als Mittel der Absatzregelung durch Kartelle usw. in der gewerblichen Organisation der Gegenwart.

Wesentlich ist aber für den Begriff der Obligation die Beziehung auf einen bestimmten Schuldner. Die Unterlassungspflichten, die jedermann bei den absoluten Rechten obliegen, werden nicht zu den Obligationen gerechnet und dem Schuldrecht unterstellt. Ein „Anspruch" entsteht erst dann, wenn ein Einzelner durch Verletzung dieser Pflichten aus der Allgemeinheit hervortritt. Gelegentlich wird die allgemeine Gebundenheit als „verhaltener" Anspruch bezeichnet. Nicht empfehlenswert.

9. In der Wissenschaft des gemeinen Rechts wurde darüber gestritten, was als „Objekt", „Gegenstand" der Obligation zu denken sei, die Leistung, der Wille des Schuldners oder der Schuldner selbst. Auch heute wird diese Frage gelegentlich erörtert (Enneccerus, Hedemann, Oertmann, Kreß u. a.). M. E. handelt es sich um kein Problem der Erkenntnis, sondern um verschiedene Ausdrucksweisen, die alle und nicht allein zulässig sind, da jede „Beziehung" als „Gegenstand" bezeichnet werden kann. Besteht z. B. eine Beziehung des Forderungsrechts zu einer Sache, so können wir auch die Sache als Gegenstand des Rechts bezeichnen. Wir können sagen, das Mietrecht des Mieters X umfaßt die Wohnung Y Straße Nr. Z. Es ist daher weder sprachwidrig noch unjuristisch, wenn auch das Gesetz in § 242 Abs. 1 voraussetzt, daß eine Sache geschuldet werde und dadurch die Sache als Gegenstand einer Schuld behandelt.

10. Die Schuldverhältnisse des Privatrechts entstehen teils durch Vorgänge, die kein bestehendes Recht voraussetzen. So durch schuldrechtlichen Vertrag, Kauf, Miete usw. oder durch Verstoß gegen ein Schutzgesetz § 823

Abs. 2. Man redet in solchen Fällen von selbständigen Schuldverhältnissen oder Schuldverhältnissen schlechthin. Aber Ansprüche gegen bestimmte Personen können auch als Folge anderer, z. B. absoluter Rechte entstehen, als Mittel ihrer Geltendmachung (sog. Schutzansprüche).

Auch die Ansprüche des Eigentümers auf Herausgabe seiner Sache gegen den Besitzer (§ 985), auf Beseitigung einer Störung und Unterlassung drohender Störungen gegen den Störer (§ 1004), die Unterhaltsansprüche der Ehegatten, der Erbschaftsanspruch und der Pflichtteilsanspruch, die Ansprüche, durch welche die Urheberrechte geltend gemacht werden, sind ihrem Inhalte nach Obligationen. Man pflegt in diesen Fällen von „unselbständigen" und je nachdem von dinglichen, familienrechtlichen, erbrechtlichen oder urheberrechtlichen Ansprüchen zu reden.

11. Subjektive Rechte mit den in Nr. 1 angegebenen Merkmalen, die also nach der gegebenen Begriffsbestimmung „Obligationen" sein würden, finden sich nicht nur im Privatrechte, sondern auch in den anderen Rechtsgebieten im Prozeßrechte, Strafrechte, im Staats-, Verwaltungs-, Steuer- und Völkerrechte. Auch der Sprachgebrauch findet sich auf diesen Rechtsgebieten.

Das Recht des Beamten auf Gehalt ist ein subjektives Recht des öffentlichen Rechts, pflegt aber anstandslos als Forderung bezeichnet zu werden. Die Pflicht zur Entrichtung einer Steuer wird nicht nur im Leben als „Schuld" empfunden, sondern auch in der Literatur des öffentlichen Rechts als Schuld bezeichnet und dargestellt.

b) Hauptprobleme. § 2.

1. Die Lebenserscheinung der Obligationen stellt an die Rechtsordnung zahlreiche Aufgaben die sich in zwei Gruppen ordnen lassen: Einmal handelt es sich darum, für jeden Einzelfall den Leistungsinhalt zu bestimmen, zu entscheiden, was der Gläubiger fordern darf und dementsprechend, was der Schuldner tun soll. Man kann diese Probleme als die des „Leistungsinhalts" oder die der „Schuld" bezeichnen. Zweitens kommt es darauf an, dem Gläubiger die zugebilligte Befriedigung auch zu sichern, den Schuldner zu der auferlegten Leistung zu zwingen. Man kann diese Probleme als die des „Leistungszwanges" oder die der „Haftung" bezeichnen.

Beide Problemgruppen sind zu allen Zeiten vorhanden, aber die Art der Lösung ist heute eine vielfach andere als im älteren Recht.

2. Für die Bestimmung des Leistungsinhalts gelten im Recht der Gegenwart zwei leitende Grundsätze: die Herrschaft der Privatautonomie und das Ziel der Angemessenheit, die Anpassung des Rechts an die Lebensinteressen.

An dritter Stelle ließe sich allenfalls ein gewisser „Schuldnervorzug" anreihen.

3. Die Privatautonomie besteht in dem Rechte der Einzelnen, ihre Beziehungen durch Rechtsgeschäfte nach ihrem Willen zu gestalten,

soweit nicht öffentliche Interessen entgegenstehen. Nach der wichtigsten Form der Betätigung pflegt man die Privatautonomie auch als „Vertragsfreiheit" zu bezeichnen.

Die Privatautonomie ergibt sich unmittelbar aus der Bestimmung des Rechts, den Lebensbedürfnissen auch der Einzelnen zu genügen und aus der Erkenntnis, daß kein Gesetzgeber heute imstande ist, die Mannigfaltigkeit des Lebens zu überschauen. Deshalb wird es den Privaten überlassen, ihre Rechtsverhältnisse zu ordnen, soweit nicht die Interessen der Gemeinschaft beteiligt sind. Eine solche Beteiligung ist allerdings in wachsendem Umfange wahrzunehmen.

Die Privatautonomie ist auf allen Gebieten des Privatrechts anerkannt, aber weder im Sachenrecht noch im Familien- noch im Erbrecht in demselben Umfang wie im Schuldrecht, weil in dem Schuldrecht der Kreis der jeweils Beteiligten enger und die Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse besonders groß ist. Die Bedeutung der Privatautonomie in dem Schuldrecht tritt in zwei Eigentümlichkeiten hervor: 1. Die Normen des Schuldrechts sind ganz überwiegend dispositiv. Sie gelten nur, wenn die Parteien nicht etwas anderes bestimmt haben. 2. Der Typenzwang, der die anderen Gebiete in erheblichem Umfang beherrscht, ist im Schuldrecht nicht vorhanden. Die Rechtsordnung verzichtet angesichts der Unübersehbarkeit der Lebensverhältnisse darauf, die Parteien auf besonders anerkannte und bewährte Schutzmittel zu beschränken. Sie gibt ihnen normschöpferische Macht, so weit nicht öffentliche Interessen entgegenstehen.

Das ältere Recht beschränkte die Privatautonomie auch auf dem Gebiet des Schuldrechts auf die Herbeiführung typischer Wirkungen und den Gebrauch typischer Formen. Typenzwang und Formalismus beherrschten das deutsche, wie das römische Schuldrecht der alten Zeit.

4. Die Anpassung an die Lebensbedürfnisse, die Normgewinnung auf Grund der Abwägung entgegenstehender Interessen findet sich auf allen Rechtsgebieten. Dieser Grundzug tritt aber im Schuldrecht deshalb besonders deutlich hervor, weil in der Regel nur zwei Beteiligte einander gegenüberstehen. Gläubigerinteressen und Schuldnerinteressen, das sind die beiden Größen, die abzuwägen sind. Auf einer solchen Abwägung beruhen die Vorschriften des G e s e t z e s. Aber gerade bei den Schuldverhältnissen muß der Gesetzgeber darauf verzichten, von vornherein alle maßgebenden Interessenlagen zu übersehen und selbst abzugrenzen. In höherem Maße als auf anderen Gebieten, wird auch der R i c h t e r als Gehilfe herangezogen und durch allgemeine und spezielle Anweisungen (Delegationsnormen) beauftragt, die Normen selbst zu gewinnen.

Das Recht regelt zu allen Zeiten Interessenkonflikte. Aber auch auf dem Gebiet des Privatrechts sind die Normen in alter Zeit in der Hauptsache das Ergebnis ringender Mächte, wie heute im Völkerrecht. Die Abwägungen der Interessen durch eine übergeordnete Gewalt ist Ergebnis späterer Entwicklung. Auch die Stellung des Richters ist in alter Zeit eine unfreie. Er ist bei der Auslegung von Gesetz und Rechtsgeschäft an die Beachtung des typischen Inhalts, an die buchstäbliche Deutung gebunden. Die Freiheit der Auslegung und die interessengemäße Ergänzung sind ein vergleichsweise

jüngeres Recht, notwendig durch wachsende Vielgestaltung der Lebensverhältnisse und möglich geworden durch die Gestaltung des Rechtsgangs.

Das Altertum kannte die Sage von einem Ringkampfe zwischen Menelaos und Proteus. Die Stärke von Proteus bestand darin, daß er in jedem Augenblick eine neue Gestalt annehmen konnte. Die Entwicklung des Schuldrechts in Gesetz und Rechtsübung bietet eine Parallele. Auch sie zeigt das Bild eines Ringens zwischen dem Menelaos des Rechts und dem Proteus des Lebens, der immer neue Gestaltungen aufweist.

5. Der Grundsatz des Schuldnervorzugs hat nur eine sekundäre Bedeutung. Er wurde gemeinrechtlich in der Parömie zum Ausdruck gebracht: „in dubio pro reo" und läßt sich als „juristischer Satz vom zureichenden Grunde wiedergeben". Die Obligation fordert vom Schuldner ein Opfer, das er nicht ohne zureichenden Grund zu bringen hat. Ergeben die beiden ersten Bestimmungsgründe nicht, daß die Leistung geschehen soll, so wird damit die Pflicht verneint. Lassen die beiden Bestimmungsgründe Zweifel hinsichtlich der Höhe des Opfers, so ist nur die geringere Leistung festgestellt und daher geschuldet. Deshalb enthält das Gesetz so oft Entscheidungen zugunsten des Schuldners und deshalb hat der Richter sich bei der Ergänzung entsprechend zu verhalten. Aber dieser Grundsatz hat, wie zu betonen ist, nur eine nachgeordnete Bedeutung. Auch die Normgewinnung durch Lückenergänzung geht ihm vor.

6. Die Sicherung des Gläubigers beruht in erster Linie auf der Möglichkeit prozessualer Geltendmachung. Die wichtigste Form der Haftung ist die prozessuale Haftung. Ihre Darstellung ist dem Prozeßrecht zu überlassen. Erwähnt sei nur, daß in der Gegenwart auch für den Prozeß ein relativ mildes Haftungssystem herrscht. Der Gläubiger ist in der Hauptsache darauf beschränkt, seine Befriedigung durch Zugriff auf das Vermögen des Schuldners zu erreichen. Die prozessuale Haftung ist „Vermögenshaftung" und auch in dieser Hinsicht begrenzt (Ausschluß unpfändbarer Sachen und Forderungen).

Das Prozeßrecht der Vergangenheit war ungleich härter. Der Gläubiger konnte sich an die Person des nicht erfüllenden Schuldners halten. Nach deutschem Recht wurde der Schuldner ursprünglich friedlos und der Willkür des Gläubigers überantwortet. Eine spätere Entwicklung brachte Schuldknechtschaft und Schuldhaft. Die Schuldhaft hat sich im Wechselrecht noch weit in das 19. Jahrhundert erhalten. Stärkere Wirkungen konnten zeitweise vertragsmäßig ausbedungen werden. Die Strenge des römischen Schuldrechts tritt noch in den 12 Tafeln hervor, die den zahlungsunfähigen Schuldner seinen Gläubigern überantworten und nach erfolglosem Ausbieten anordnen (III, 6): „tertiis nundinis partis secanto". Dem bekannten Motto „fiat justitia, pereat mundus" ließe sich als Kennzeichnung des älteren Schuldrechts der Satz gegenüberstellen: „fiat solutio, pereat debitor".

7. Neben der Prozeßhaftung stehen materielle Rechtssätze, welche der Sicherung dienen, materielle Nachteile, welche den Schuldner bei Nichtleistung bedrohen, oder Hilfsrechte, die dem Gläubiger zur Befriedigung verhelfen, teils in allgemeiner Verbreitung, wie Schadensersatz bei Nichterfüllung, Verlust des Rechts auf Gegenleistung, teils in besonderen Fällen, wie Vertragsstrafen, Zugriff auf Bürgen oder Pfand.

Auch die Ausgestaltung dieser Sicherungsrechte wird von den Grundsätzen der Privatautonomie und der Interessenabwägung beherrscht. Gläubigerbefriedigung

und Schuldnerschonung sind auch bei diesen Problemen die beiden Richtpunkte, die für die Normgebung maßgebend werden.

Auch die materielle Haftung war im alten Recht anders und strenger gestaltet. Das allgemein geltende Bußensystem wurde auch bei Verletzungen obligatorischer Pflichten angewendet. Der Schuldner sollte dem Gläubiger typische, feste Leistungen entrichten, die weder Schaden des Gläubigers noch Verschulden an der Nichtleistung voraussetzten, Privatstrafen, die sich lange erhalten haben (Verzugsbußen). Dem geltenden Recht sind diese Privatstrafen fremd. Die Bußen, die sich im Strafgesetzbuch und in den Nebengesetzen finden, sind nicht als Privatstrafen, sondern als freier gestalteter Schadensersatz gedacht (vgl. unten § 16, 5).

8. Der Gegensatz des alten und des modernen Schuldrechts tritt anschaulich hervor, wenn wir die Rechtsfrage in Shakespeares Kaufmann von Venedig ins Auge fassen. Wenn nach Shakespeare das Recht von Venedig den Anspruch Shylocks auf ein Pfund Fleisch seines Schuldners Antonio als rechtmäßig anerkennt, so würde dies dem alten Recht entsprechen. Uns sind Urkunden erhalten, in denen der Schuldner sich tatsächlich derartigen Maßnahmen unterwirft. Dem alten Recht entspricht aber auch das Urteil der Porzia, die in buchstäblicher Auslegung dem Shylock nicht mehr noch weniger zu schneiden gestattet, als ein genaues Pfund und so den Anspruch vereitelt. Wie sehr auch diese buchstäbliche Auslegung dem alten Recht vertraut war, ergibt sich daraus, daß die 12 Tafeln zu dem oben zitierten Satz hinzufügen: „si plus minusve secuerunt, se (sine) fraude esto." Die Möglichkeit einer Porzia-Auslegung war vorausgesehen und wurde durch den Zusatz vorsorglich ausgeschaltet.

c) Die Rechtsnormen des Schuldrechts. § 3.

1. Das private Schuldrecht ist das für die Rechtspflege wichtigste Gebiet des Zivilrechts. Die große Mehrzahl der Zivilklagen ist auf Leistung gerichtet und macht Ansprüche geltend, und die große Mehrzahl der Rechtsfragen, die vor den Zivilgerichten streitig werden, betrifft das Schuldrecht. Die Bedeutung des Schuldrechts ist noch im Zunehmen begriffen. Denn das Schuldrecht ist, wie hervorgehoben, das Recht des Verkehrs. Mit dem ständigen Wachsen des Verkehrs muß auch die Bedeutung des Schuldrechts sich steigern.

In primitiven Verhältnissen war das Anwendungsgebiet ungleich beschränkter. Die Anwendung des Schuldrechts wurde zurückgedrängt durch die größere Bedeutung der mehr oder weniger geschlossenen Hauswirtschaft und dadurch, daß die Leistungen durch persönliche und dingliche Abhängigkeitsverhältnisse erzwungen wurden (Herrschaft über Sklaven und Hörige — Reallasten). Auch heute steht neben dem privaten Schuldrechte ein öffentliches Verkehrsrecht, das die Verkehrsbeziehungen in großem und wachsendem Umfange ergreift. Am weitesten geht diese Zurückdrängung des privaten Schuldrechts natürlich in der sozialisierten Wirtschaft der Sowjetrepublik.

2. Unser Grundriß behandelt das private Schuldrecht, das im zweiten Teile des BGB. geregelt ist, dessen Anwendbarkeit aber sehr weit reicht:

a) Die allgemeinen Vorschriften dieses Buches finden nicht nur auf die selbständigen Schuldverhältnisse Anwendung, deren Entstehung in diesem Buche geregelt ist, sondern sie gelten auch für die unselbständigen Ansprüche, die dinglichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche, so weit sich nicht aus der Eigenart Abweichungen

ergeben. Das BGB. setzt diese Anwendbarkeit überall voraus. Das folgt aus einer Reihe von Einzelbestimmungen, z. B. §§ 870, 990 und ist auch allgemein anerkannt (105, 88).

b) Auch selbständige Schuldverhältnisse sind nicht nur im zweiten Buche enthalten, sondern gelegentlich in den anderen Büchern. Der Abschnitt 7 des allgemeinen Teils (Sicherheitsleistung) bestimmt den Inhalt von Leistungspflichten und könnte auch im ersten Abschnitte des zweiten Buches stehen. Das Sachenrecht regelt selbständige Schuldverhältnisse, z. B. in dem Institute des uneigentlichen Nießbrauchs § 1067, im Sachfunde, als Pfandrecht und Nießbrauch an Forderungen. Die Unterhaltsansprüche des Familienrechts sind Obligationen. Die Vermächtnisanordnung begründet eine Forderung § 2174 und das Recht der Vermächtnisobligationen § 2147 bis 2191 behandelt überwiegend Probleme des Schuldrechts. Diese Verteilung des Stoffes beruht in der Hauptsache auf dem Zusammenhange der geregelten Lebensverhältnisse. Es wäre sicher unzweckmäßig, das Vermächtnis deshalb, weil es eine Obligation begründet, aus dem Erbrechte auszuschalten. Aus denselben Gründen ist diese Verteilung auch für die wissenschaftliche Darstellung beizubehalten.

c) Das Recht der privaten Schuldverhältnisse steht nicht nur im BGB., sondern findet sich in großem Umfange in anderen Gesetzen. Denn das ganze Handels- und Wirtschaftsrecht, wie es in dem HGB. und den Nebengesetzen enthalten ist, mit allen seinen Teilen, Gesellschaftsrecht, Seerecht, Wechsel-, Scheck- und Versicherungsrecht, ist mit geringen Ausnahmen Schuldrecht und auch das Arbeitsrecht, das sich heute zu einem selbständigen Rechtsgebiete entwickelt hat, ist in seinen privatrechtlichen Elementen Schuldrecht. Gewiß gilt für diese besonderen Verhältnisse Sonderrecht, aber ergänzend greift überall das Schuldrecht des BGB. ein.

3. Das private Schuldrecht ist heute mit verschwindenden Ausnahmen Reichsrecht. Landesrechtliche Vorbehalte fehlen nicht ganz, sind aber von verhältnismäßig geringer Bedeutung.

Schuldrecht findet sich z. B. innerhalb der großen Vorbehaltsgebiete auf Grund des E. G. Art. 59 (Fideikommißschulden), im Wasserrecht (Art. 65) und Bergrecht (Art. 67). Das Schuldrecht allein wird z. B. betroffen in Art. 70—72 (Wildschaden), Art. 77 bis 79 (Haftung für Beamte), Art. 92 (Zahlung an öffentliche Kassen), Art. 93 (Räumungsfristen bei Miete), Art. 94 (Pfandleihe), Art. 96 (Leibgedinge bei Gutsübergabe).

4. Das Schuldrecht des BGB. ist nicht für andere als privatrechtliche Schuldverhältnisse bestimmt. Es gilt bei den obligatorischen Tatbeständen der andern Rechtsgebiete z. B. denen des öffentlichen Rechts nicht als Gesetzesgebot. Nun können auch in öffentlich-rechtlichen Verhältnissen Interessenkonflikte vorkommen, die im Privatrechte entschieden sind (z. B. Staatspflichten hinsichtlich der Dienstwohnung des Beamten, Verantwortung für das Gehilfenverschulden § 278). Selbstredend ist überall mit dem Eingreifen besonderer öffentlicher Interessen zu rechnen. Aber wenn diese Beteiligung nicht zutrifft und die Interessenlage wirklich die gleiche ist, dann ist auch Gleichbehandlung geboten so bei der Dienstwohnung (91, 22 und konstante Praxis. Vgl. auch 102. 6; 107, 190 und 112, 290 (§ 278)).

Das RG. erklärt allerdings auch „eine entsprechende Anwendung" für unzulässig. Nur ein allgemeiner Rechtsgedanke, der zuerst im Privatrechte Ausdruck gefunden hat, müsse auch für das öffentliche Recht gelten. Aber dieses Verfahren ist trotz des Pro-

testes methodologisch als Analogie zu bezeichnen. Die Ablehnung geht wohl in letzter Linie auf eine Ueberschätzung der Tragweite zurück, welche der Zuteilung der Rechtsverhältnisse an die großen Rechtsgebiete zukommt (Privatrecht, öffentliches Recht, Prozeß usw.). (Vgl. Anhang.)

5. Ob das Schuldrecht des BGB. überwiegend auf römischem oder auf deutschem Recht beruhe, ist bestritten. Bei dieser Fragestellung wird in der Regel der Gegensatz, der zwischen dem römischen und dem deutschen Rechte auf dem Gebiete des Schuldrechts bestand, überschätzt. Die allgemeinen Wertideen, die auch heute für die Abwägung der Interessen in Frage kommen, sind in beiden Rechten in der Hauptsache dieselben. Die vorhandene Verschiedenheit der überlieferten Normen ist durch die geschichtlich gewordenen, aber auch geschichtlich vergangenen Gestaltungen der Lebenszustände verursacht. Dem deutschen Recht war eigentümlich die Vorherrschaft der ländlichen Verhältnisse und damit die dingliche Bindung obligatorischer Beziehungen (Reallast, Lehen usw.). Das römische Recht war beeinflußt durch das Institut der Sklaverei und durch die führende Rolle der Stipulationsobligationen in der Ausbildung der allgemeinen Lehren des Schuldrechts. Diese Faktoren der Rechtsverschiedenheit sind heute verschwunden. Das BGB. hat das gemeine Recht und die Partikularrechte als Vorbilder benutzt und sich je nach der Sachlage dem einen oder dem anderen dieser Vorbilder näher angeschlossen. Aber das sind äußerliche Anlehnungen. Für die Rechtsgewinnung, die dem Juristen der Gegenwart obliegt, sind die Lebensverhältnisse und Lebensanschauungen der Gegenwart maßgebend. Zu einer Stichwahl zwischen deutsch-rechtlichen und römisch-rechtlichen Rechtsidealen ergibt sich m. E. keine Veranlassung.

Die gegenteilige Ansicht von der Schärfe des Gegensatzes zwischen dem deutschen und dem römischen Recht ist zum Teil durch die begriffsjuristische Methode entstanden. Ein Hauptunterschied zwischen beiden Rechten wird darin gesehen, daß das römische Recht die Obligation als eine streng persönliche Beziehung, ein „iuris vinculum inter personas" aufgefaßt habe. Das deutsche Recht habe dagegen in Forderung und Schuld „Vermögensbestandteile" erblickt. Wegen dieser Verschiedenheit der Allgemeinbegriffe oder richtiger der begrifflichen Formulierung habe z. B. das römische Recht Zession und Schuldübernahme für unzulässig erklärt, das deutsche Recht aber für zulässig. Diese Meinung ist m. E. unzutreffend. Die Rechtsnormen über Zession und Schuldübernahme zeigen in beiden Gebieten eine gleichartige Geschichte, die freilich nicht durch solche Formeln bedingt war, sondern durch die Lebensbedürfnisse (vgl. § 69 und § 72). Auch die beiden angegebenen Kennzeichnungen der Obligation lassen sich für jedes der beiden Rechte nachweisen. Sie bilden überhaupt keinen Gegensatz, sondern sind miteinander sehr wohl vereinbar. Es sind gleichsam Wiedergaben von zwei Ansichten desselben Gegenstandes, die von verschiedenen Seiten aufgenommen sind und nun irrtümlich für widersprechend gehalten werden. Die beiden Formeln sind auch heute möglich und üblich. Der Jurist wird für die Bestimmung des Gebotsbegriffs die Beziehung zwischen den Personen hervorheben, wie dies oben (§ 1 N. 1) geschehen ist. Wer aber die Interessenwirkung ins Auge faßt z. B. eine Bilanz aufstellt, wird auch heute Forderungen und Schulden als Vermögensbestandteile behandeln. Er wird die Forderungen auf die Aktivseite und die Schulden auf die Passivseite setzen. Er wird den Interessenbegriff bilden (§ 1 Nr. 2). Es ist kein Recht denkbar, das nur eine dieser beiden Auffassungen gekannt haben sollte.

Die vorhandene historische Anlehnung ist bei den einzelnen Instituten des BGB. natürlich eine verschiedene. Die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung stehen z. B. zu dem römischen Kondiktionenrecht in engster Beziehung. Dagegen fehlt jede römisch-rechtliche Grundlage bei den Inhaberpapieren.

6. Bei den Normen des Schuldrechts läßt sich eine besondere Tendenz zu örtlicher

Rechtseinheit beobachten. Sie beruht auf zwei Ursachen: die Obligationen dienen dem Verkehr, aber nicht nur dem innerstaatlichen, sondern auch dem zwischenstaatlichen, heute dem Weltverkehr. Diese Funktion wird durch örtliche Rechtsverschiedenheit sehr gestört. Andererseits sind die maßgebenden Wertideen nicht national verschieden und auch die Gestaltung der Interessenlagen, die Rechtstatsachen, zeigen heute wenigstens in der europäischen Kulturwelt weitgehende Uebereinstimmung, so daß eine einheitliche Ordnung sachlich möglich ist. Die Tendenz der internationalen Rechtseinheit hat bei den Verkehrsobligationen schon Erfolge gezeitigt (Postrecht, Eisenbahnrecht, Seerecht). Die Einheit des Wechsel- und Scheckrechts ist mit Sicherheit zu erwarten. Aber auch für das bürgerliche Schuldrecht sind zum Teil erfolgversprechende Bestrebungen im Gange. Sie gelten zur Zeit dem wichtigsten aller obligatorischen Geschäfte, dem Kaufgeschäfte.

Auch für die Rechtsannäherung wird sich die Methode der Interessenjurisprudenz als wertvoll erweisen. Die nationalen Rechte unterscheiden sich weniger in der Entscheidung der Interessenkonflikte als in den angewendeten Gebotsbegriffen und Gebotssystemen. Auch in dieser Hinsicht findet sich eine Aequivalenz der Konstruktionen und der Gebotssysteme. Die Verlegung des Schwergewichts auf die Interessenwirkung verringert den Gegensatz.

7. Das BGB. gliedert das 2. Buch in sieben Abschnitte, von denen aber der letzte, der die einzelnen Schuldverhältnisse behandelt, mehr als zweimal so umfangreich ist als die sechs anderen zusammen (420 Paragraphen zu 192). In diesem 7. Abschnitt werden grundsätzlich diejenigen Rechtsfolgen behandelt, welche den einzelnen Entstehungsgründen der Obligationen eigentümlich sind. In der wissenschaftlichen Darstellung ist es allgemein üblich, den Inhalt der sechs ersten Abschnitte als allgemeinen Teil dem siebenten Abschnitte als dem speziellen Teile gegenüberzustellen. Dabei werden die einzelnen Materien verschieden aufgeteilt. So stellt z. B. Titze abstraktes Schuldversprechen, Anweisung, Vergleich, Inhaberpapiere und Bürgschaft in den allgemeinen Teil. Die Gliederung in den allgemeinen und den speziellen Teil beruht in letzter Linie nur auf dem Bedürfnisse übersichtlicher und einfacher Darstellung. Die verschiedenen Ordnungen haben je ihre Vorzüge. Für einen Grundriß scheint mir die Anlehnung an die Ordnung des Gesetzes besonders wichtig zu sein. Deshalb wird diese Ordnung im allgemeinen beibehalten werden.

d) Grundzüge der Rechtsfindung. § 4.

1. Die Rechtsprechung der Gegenwart beruht auf der Grundanschauung, daß unsere Gesetze lückenhaft sind und daß der Richter nicht darauf beschränkt ist, die Gebote des Rechts dadurch anzuwenden, daß er die Sachlagen des Lebens in die Tatbestandsbegriffe des Rechts einordnet, subsumiert, sondern daß er dazu berufen ist, die Lücken durch normschaffende Tätigkeit auszufüllen. Er ist nicht nur Rechtsautomat, sondern Gehilfe des Gesetzgebers in der Ordnung des Lebens (Delegationsnormen).

Dieser Grundsatz hat für das Schuldrecht besondere Bedeutung, gilt aber auch für die anderen Teile des Privatrechts. Deshalb ist die nähere Erörterung, wie die ganze Lehre von dem objektiven Recht dem allgemeinen Teil und methodologischen Untersuchungen zu überlassen[1]). An dieser Stelle sind nur Einzelheiten hervorzuheben,

1) Eine Skizze meiner persönlichen Ansichten gibt der Anhang.

die für das Schuldrecht von besonderer Bedeutung sind. Dies gilt von den drei wichtigsten Delegationsvorschriften, den §§ 242, 157 und 826.

2. Die richterliche Normergänzung wird von der in Literatur und Praxis wohl vorwiegenden Meinung als „Rechtsfindung nach § 242" bezeichnet, auch wohl in erster Linie auf § 242 begründet. Diese Bezugnahme ist nicht ohne Widerspruch geblieben (Oertmann, Enneccerus, Kreß u. a.). Nach der Gegenmeinung bezieht sich § 242 nur auf den Inhalt einer bestehenden Schuld. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Es werde also vorausgesetzt, daß eine Pflicht zur Leistung besteht und nur die Inhaltsfrage zu beantworten sei. Die vorwiegende Meinung erstreckt § 242 aber auch m. E. mit Recht auf die Frage nach dem Bestande. Sie gibt dem Richter die Befugnis, einen Anspruch, der sich aus anderen Bestimmungen ergeben würde, zu verneinen, wenn seine Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen würde und umgekehrt die Befugnis, einen Anspruch anzuerkennen, wenn die Leistung durch Treu und Glauben gefordert wird, auch wenn andere Vorschriften nicht ausreichen würden.

a) Zu der Anwendung des § 242 ist zu bemerken: Den Gegnern der umfassenden Anwendung ist zuzugeben, daß § 242 unmittelbar nur die Inhaltsfrage regeln sollte. Das ergibt sich aus der Wortfassung und wohl auch aus dem historischen Zusammenhang mit den „iudicia bonae fidei". Diese Feststellung steht aber einer analogen Ausdehnung nicht im Wege und diese Ausdehnung ist m. E. geboten, weil sich die beiden Fragen gar nicht trennen lassen und weil die Gründe, die es rechtfertigen, dem Richter die Macht zur Beantwortung der Inhaltsfrage zu gewähren, auch für seine Stellung zu der Bestandsfrage maßgebend sein müssen. Die richterliche Ergänzungsbefugnis ergibt sich endlich aus dem gesamten Aufbau unserer Rechtsordnung, nicht erst aus der streitigen Analogie des § 242. Bezeichnend ist, daß auch die Vertreter der engeren Auslegung die allgemeine Ergänzungsbefugnis zugeben, nur die Ableitung dieser Befugnis aus § 242 wird beanstandet (Oertmann, Enneccerus, Kreß). Da diese allgemeine Begründung aber gleichfalls zutrifft, die Grundsätze der Ergänzung in beiden Fällen die gleichen sind und wir einen kurzen Ausdruck für diese Richterbefugnis brauchen, so ist es zulässig und praktisch, diese Tätigkeit als Rechtsfindung nach § 242 zu bezeichnen. Dieser Sprachgebrauch soll festgehalten werden.

b) Das Anwendungsgebiet der Rechtsgewinnung nach § 242 ist sehr groß (vgl. im einzelnen die Kommentare). Beispiele: 1. Kann der Vermieter einer Villa von dem Mieter verlangen, daß er Kaufreflektanten die Besichtigung der Villa gestattet? Das Gesetz sagt nichts, der betreffende Mietvertrag bestimmt nichts. Das Reichsgericht bejaht nach § 242 und bestimmt rechtsschöpferisch, daß die Besichtigung in jeder Woche an einem zu vereinbarenden Werktage während der Vormittagsstunden, aber nur durch Personen mit Ausweis zu gestatten sei (106, 272). Ebenso entscheidet es sich nach Treu und Glauben, ob dem Mieter die Anbringung einer Dachantenne für die Zwecke des Rundfunks zu gestatten ist (116, 93). — 2. Der Vermieter kann nach § 554 bei Zinsrückstand kündigen. Kann er dies auch dann, wenn nur unwesentliche Teile der Mietsrate rückständig geblieben sind. Nach § 242 nein! (86, 334). — 3. Umfaßt die Miete eines Geschäftslokals auch die Außenwand des Hauses (Firmenschild)? Nach § 242 ja! (80, 284. § 157). — 4. A hat für ein Darlehen dem B Aktien mit Nummernangabe verpfändet. Die Gesellschaft hat Konkurs gemacht und B die wertlos gewor-

denen Aktienpapiere verbrannt. Ist A verpflichtet, andere Nummern anzunehmen? § 242 würde m. E. die Bejahung ergeben (96, 184 nach BGB. §. 226). Nach § 242 richten sich namentlich Einzelheiten des Orts, der Zeit und der Modalität (69, 406; 78, 142; 79, 361 usw.).

c) Auf der Grundlage des § 242 sind in der Praxis wichtige Rechtsgedanken zur Anerkennung gelangt, so die Befreiung wegen Unerschwinglichkeit der Leistung, der Rücktritt bei Dauerverträgen wegen Vertragsverletzung, der Rücktritt wegen mangelnder Geschäftsgrundlage, vor allem aber in neuerer Zeit die Ausbildung der freien Aufwertung.

d) Vielfach wird § 242 bei dinglichen Ansprüchen ausgeschlossen, weil er im Schuldrecht stehe (9, 106; auch wohl 108, 86; vgl. RGR.). Diese Ansicht ist m. E. abzulehnen. Schon deshalb, weil das richterliche Ergänzungsrecht vor dem Sachenrecht nicht Halt macht und § 242 nur eine einzelne Anerkennung darstellt. Der Eigentümer, der die Herausgabe von vertretbaren Sachen verlangt, muß sich gefallen lassen, daß ihm andere Stücke geleistet werden, wenn er keinerlei Interesse an den Stücken hat, z. B. bei Reichsbanknoten oder bei entwerteten Aktien (vgl. oben Beispiel 4).

3. Von den anderen Delegationsvorschriften hat § 157 eine fast ebenso große, wie auch zum Teil dieselbe Bedeutung. Er lautet: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordert." — Die Vorschrift weist den Richter nicht an, einen historisch wirklichen Bewußtseinsinhalt der Parteien zu erforschen und zur Geltung zu bringen, sondern die Vertragsnormen so zu gestalten, wie sie unter Berücksichtigung der Parteierklärungen und Parteiwahrnehmungen den Anforderungen von Treu und Glauben entsprechen würden. Die Auslegung nach § 157 gibt Antworten auf Fragen, an die keine der beiden Parteien gedacht hat (67, 433). Auch diese Vorschrift stellt daher dem Richter die Aufgabe, Normen zu schaffen. Die Vertragsnorm ist auf den gegebenen Grundlagen ebenso durch Interessenprüfung zu gewinnen wie nach § 242. Deshalb fällt in den Bereich des § 157 auch die richterliche Ausfüllung von Vertragslücken (92, 308, 417, aber auch 97, 250).

4. Für die Ablehnung von Ansprüchen greifen ferner ein § 138, § 226 und § 826. Besonders bedeutsam ist § 826. Aus der Pflicht des Schadensersatzes nach § 826 wird das Recht gefolgert, einen Anspruch nicht zu erfüllen, wenn diese Erfüllung eine Vermögensschädigung gegen die guten Sitten bewirken würde.

Streitig, aber zu bejahen ist die Ausdehnung auf sittenwidrige Ansprüche, bei denen es sich nicht um das Vermögen, sondern um ideelle Güter handelt. Die Gewährung der Einrede folgt aus der Gleichheit der Interessenlage, aus § 242 und aus der allgemeinen Richterstellung.

Die herrschende Lehre und vor allem das RG. bezeichnen die Möglichkeit der Ablehung aus § 826 und 242 als Anerkennung einer „exceptio doli generalis" im modernen Recht, wogegen von anderer Seite entschiedener Widerspruch erhoben wird. Die Streitfrage hat nur terminologische Bedeutung. An eine Verweisung auf römische Rechtssätze, die deshalb anwendbar wären, denkt niemand. Die Parallele soll keine praktischen Folgerungen ergeben. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß die genannte Einrede im römischen und im gemeinen Recht für das Rechtsleben eine analoge Be-

deutung gehabt hat, wie sie heute der Einrede wegen Verstoß gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten zukommt. Deshalb ist die Parallele als Mittel der Veranschaulichung nicht abzulehnen.

5. Das Verhältnis der besprochenen Delegationsnormen zueinander ist bestritten. Dies gilt namentlich für das Verhältnis der §§ 157 und 242. Vielfach wird angenommen, daß § 157 immer vorgehe und § 242 bei Vertragsverhältnissen nur eingreife, wenn § 157 keine Norm ergebe. Diese Voraussetzung wird sich selten verwirklichen, da eben auch nach § 157 die Rechtsgestaltung mit Rücksicht auf allgemeine Lebensverhältnisse zulässig ist. Richtiger ist m. E. die Auffassung, daß die Anwendungsgebiete sich in weitem Umfang decken, so daß die Entscheidung im gegebenen Falle sowohl auf die eine wie auf die andere Norm gestützt werden kann. Auch sonstige Delegationsnormen können eingreifen. Diese Erscheinung beruht darauf, daß es sich um verschiedene Anwendungen desselben Grundgedankens handelt, um die Anweisung an den Richter, die Normen des Gesetzes für den Einzelfall in Anlehnung an die Werturteile der Gemeinschaft zu ergänzen. Die Aequivalenz verschiedener Gesetzesnormen läßt sich auch sonst oft beobachten.

Das RG. hat in der oben zitierten Entscheidung Bd. 106, 272 das Besichtigungsrecht des Hauskäufers aus § 242 abgeleitet. Ebensogut konnte der § 157 verwertet werden. Kommt der Richter zu einer Ablehnung des auf Vertrag gestützten Anspruchs, so kann außerdem § 826 und gelegentlich auch § 226 zutreffen. Die Entscheidung über die Aktiennummern (96, 184), die das RG. auf § 226 stützt, würde sich m. E. auch unmittelbar aus § 242, aber ebenso auch aus § 157 und schließlich auch aus § 826 ergeben.

6. Die Normengewinnung durch den Richter zeigt analoge psychologische Vorgänge, wie die Ordnung durch den Gesetzgeber. Auch die Gesetzesnormen beruhen auf der Anschauung der verschiedenen Interessenkonflikte, die das Leben bringt, und der Wertung der beteiligten Interessen. Der Richter braucht die gleiche Anschauung und hat gleiches zu tun. Allerdings steht er nicht frei, sondern ist bei der Abwägung an die Werturteile gebunden, die im Gesetz enthalten oder in der Rechtsgemeinschaft auch im Unterbewußtsein der Rechtsgenossen gegeben sind. Er darf keinen Gesetzeszweck deshalb vereiteln, weil er ihn mißbilligt. Aber er kann allerdings zu dem Zwecke, die Absichten des Gesetzgebers zu verwirklichen, von dem Wortlaute und auch von dem Inhalt einzelner Gesetzesgebote abweichen.

Eine solche Befugnis der Gesetzesberichtigung ist bei Redaktionsversehen allgemein anerkannt. Sprachliche Entgleisungen sind Redaktionsversehen (vgl. zu § 252 unten § 11 Nr. 8 u. zu § 416 unten § 74 Nr. 1). Auch darüber hinaus gibt es Fälle erlaubter Gesetzesberichtigung[1]). Wenn der Gesetzgeber durch sein Gebot nichts anderes beabsichtigt, als eine vorausgesetzte Interessenlage angemessen zu regeln, also den Grundgedanken des § 242 zu verwirklichen und wenn es sich herausstellt, daß die Interessenlage in einem Einzelfall eine andere ist als die vorausgesetzte, so verwirklicht der Richter die Absicht des Gesetzgebers, wenn er an die Stelle der ausgesprochenen Regelung die angemessene einsetzt. Daß die dispositiven Normen auch durch Auslegung nach § 157 ersetzt werden können, ist allgemein anerkannt. Aber auch dem § 242 ist die gleiche Wirkung beizulegen. Diese Ausschaltung eines seinen Zweck verfehlenden Gebotes ist nicht bloß dann zulässig, wenn die konkrete Sachlage einen seltenen Ausnahmefall darstellt, sondern auch dann, wenn solche Fälle häufig vorkommen. Die Gesetzestreue des Richters besteht nicht darin, daß er jeder, auch der mißglückten Ge-

1) Vgl. die näheren Ausführungen Arch. 112, S. 196 ff.

setzesvorschrift durch umfassende Anwendung Reverenz erweist, sondern darin, daß er die erkennbare Absicht des Gesetzgebers verwirklicht.

Durch den Umfang der richterlichen Rechtsschöpfung gestaltet sich das Schuldrecht des BGB. zu einem beweglichen, den verschiedensten Sachlagen anpaßbaren Rechte. Es hat sich in dieser Richtung bei den raschen Umgestaltungen der wirtschaftlichen Verhältnisse in Krieg und Inflation bewährt.

Von freirechtlicher Seite (E. Fuchs) ist gesagt worden, daß das Schuldrecht des BGB. nur in einigen wenigen, zwingenden Vorschriften Gesetz sei. In der Hauptsache sei es ein Lehrbuch. Es enthalte nur wertvolle, aber unverbindliche Ratschläge an den Richter, Rezepte für die Behandlung der Einzelfälle, denen gegenüber er im Grunde souverän sei. Das ist eine starke Uebertreibung. Aber sie beleuchtet in paradoxer Form die tatsächlich große Bedeutung der richterlichen Interessenprüfung.

7. Die Mängel des Gesetzes, die durch die Richtertätigkeit zu beseitigen sind, bestehen nicht nur in Lücken im technischen Sinn, der Nichtregelung vorkommender Interessenlagen, sondern auch in Unstimmigkeiten des Gebotsystemes, in Doppelentscheidungen desselben Konflikts und in Widersprüchen. Auch bei solchen Mängeln hat die Rechtsprechung helfend einzugreifen. Man kann ein solches Vorgehen als Ausgleichsnormierung oder Systemergänzung bezeichnen.

Bei einer großen Kodifikation, wie sie das BGB. darstellt, sind Mängel der erwähnten Art nicht vermeidbar. Es ist nicht möglich, während der Kodifikation die Tragweite aller beschlossenen Normen und der in ihnen enthaltenen Werturteile vollständig zu übersehen. Die Rechtsprechung wird durch Doppelnormen nicht wesentlich behindert. Wenn eine Vorschrift sich als entbehrlich herausstellt, so liegt ein ästhetischer Mangel vor, aber eine Schädigung des Lebens ist nicht zu befürchten. Dagegen braucht die Rechtsprechung Freiheit von Widersprüchen. Dieses Ziel ist aber nicht durch Ignorierung der vorhandenen zu erreichen. Es ist unzulässig, auf Kosten der Angemessenheit die Rechtsnormen so umzudeuten, daß jede von ihnen ihr eigenes Sondergebiet hat und Widersprüche als nicht vorhanden erscheinen, sondern auch bei diesen Aufgaben ist die Angemessenheit das Endziel. Wenn es sich herausstellt, daß im Tenor oder im Werturteil einander widersprechende Gebote vorliegen, so ist das angemessenere vorzuziehen, auch wenn es notwendig sein sollte, eine Auffassung der Kommission als irrig zu behandeln oder die eine der widersprechenden Normen zu berichtigen.

8. Der Richter kann die hohen, ihm gestellten Aufgaben nur lösen, wenn er das Recht und das Leben und den Zusammenhang kennt, der zwischen Recht und Leben besteht. Diese Anforderungen bestimmen auch die Art der Rechtsaneignung und deshalb gewisse Grundzüge des juristischen Studiums, die für das Schuldrecht besonders bedeutsam sind. Das Studium darf sich nicht beschränken auf den Gebotsgehalt der Rechtssätze und das Gebotssystem des Gesetzes, sondern es muß auch den Zusammenhang umfassen, der zwischen den Rechtsgeboten und den Lebensinteressen besteht. Kein Rechtssatz darf als erkannt gelten, bevor nicht sein Interessengehalt, die Wirkung, die er auf die Interessen ausübt, erkannt ist. Kein Rechtsinstitut ist verstanden, solange keine Vorstellung von seiner Verwendung im Leben errungen ist.

a) Für die Lösung der gestellten Aufgabe bedarf es der juristischen Phantasie, der

Fähigkeit, sich in das Leben einzufühlen. Ein unentbehrliches Hilfsmittel sind die Beispiele und die Gerichtsentscheidungen. Diese Kasuistik wurde früher gering geachtet. Aber sie ist es, die das Recht erst lebendig macht. Der heutige Lehrbetrieb mit seinen zahlreichen Uebungen wird dem gerecht.

b) Auch die Beschäftigung mit der Gestalt der Rechtsinstitute im Leben ist in der früheren Rechtswissenschaft zurückgetreten. Man kann diese Beschäftigung als „Interessenforschung" bezeichnen (Heck). Andere reden von „Rechtssoziologie" oder von „Rechtstatsachenforschung" (Nußbaum). Eine vollständige Erkenntnis oder gar Darstellung der Lebensverwendung ist natürlich unmöglich, weil die Mannigfaltigkeit des Lebens nicht übersehbar ist. Aber wem das Interesse für diese Seite des Rechts aufgegangen ist, der wird selbst ergänzendes Material finden.

9. Die Erkenntnis des Lebenszusammenhangs verschafft allein diejenige Rechtskenntnis, die der Richter braucht. Aber sie hat noch einen zweiten Vorzug: sie erleichtert, das ist meine feste Ueberzeugung, das Rechtsstudium.

Gebote und Regelungen, deren Grund nicht verstanden wird und die man gläubig von einer höheren Autorität in Empfang nimmt, werden schwer behalten. Das hat wohl jeder an den Regeln der Grammatik erfahren, wie sie in den unteren und mittleren Klassen gedächtnismäßig eingeprägt wurden. Diese Erfahrung wird auch der Anfänger machen, wenn er versucht, die Gesetzesgebote als Offenbarungen zu memorieren. Anders wird, wie mir scheint, die Lage, wenn er in die Lebenszusammenhänge eindringt. Dann stößt er alsbald auf die Erkenntnis: „tua res agitur" und diese Erkenntnis ergibt gleichsam Widerhaken, die den Rechtssatz halten und sein Entgleiten aus dem Gedächtnis erschweren. Die Frage nach dem Lebenszusammenhang ist nicht etwa ein Thema für spätere Semester, sondern eine Aufgabe, die schon der Anfänger sich stellen soll und die schon ihm wertvolle Dienste erweisen wird.

Auch in mnemotechnischer Hinsicht ist die Beschäftigung mit Rechtsfällen und Beispielen wichtig. Deutsche Weistümer berichten, daß bei Grenzbegehungen Knaben mitgenommen wurden, die an wichtigen Grenzsteinen Ohrfeigen erhielten, um ihr Gedächtnis zu stärken. Auch die Grenzen der Rechtsgebote und Institute werden am sichersten behalten, wenn es dem Studierenden gelingt, sich eine fühlbare Einwirkung auf seine eigenen Interessen vorzustellen. Noch stärker würde allerdings die wirkliche Erfahrung in einem Rechtsstreite wirken. Aber eine solche Lernmethode würde kostspielig sein.