

Das Recht
des
Bürgerlichen Gesetzbuchs
in
Einzeldarstellungen.

IV.

Schollmeyer,
Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.

Zweite Auflage.



Berlin 1904.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Das
Recht der einzelnen Schuldverhältnisse
in
Bürgerlichen Gesetzbuche.

Eine Darstellung und Erläuterung der Hauptbestimmungen

von

Dr. Friedrich Schollmeyer,
Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin.

Zweite, völlig neu bearbeitete Auflage.



Berlin 1904.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Die erste Auflage ist seit ungefähr drei Jahren vergriffen. Wenn ich jetzt erst mit einer zweiten Auflage hervortrete, so erklärt sich dies einmal aus den vielerlei mir hier obliegenden Amtsgeschäften, weiter aber auch daraus, daß es einer vollständigen Neubearbeitung bedurfte. Die erste Auflage war aus einem von mir gehaltenen Vortrage hervorgegangen. Sie mußte sich naturgemäß mit der Erläuterung der Hauptbestimmungen begnügen. Jetzt dagegen waren die sehr umfangreiche, inzwischen erschienene Literatur und die Rechtsprechung heranzuziehen und die aus beiden gewonnenen Ergebnisse zu verwerten.

Gleichwohl habe ich mich bemüht, den Charakter des Buches, nur zur Orientierung zu dienen, beizubehalten. Doch sind dabei auch die Bedürfnisse der Studierenden berücksichtigt.

Literatur habe ich im Interesse der Raumerparnis nur wenig zitiert. Doch sind den einzelnen Abschnitten Literaturverzeichnisse beigegeben, bei deren Anfertigung mir Herr Referendar Kügler, dem ich auch an dieser Stelle herzlichen Dank sage, freundlichst geholfen hat.

Berlin, im April 1904.

F. Schollmeyer.

Inhalts-Übersicht.

Erster Titel: Kauf, Tausch.		Seite
I. Begriff		15
II. Gegenstand		16
III. Die Vertragsschließenden		17
IV. Die Gefahr		17
V. Die Verpflichtungen des Verkäufers		19
A. Haftung für Mängel im Recht		20
B. Haftung für Sachmängel		24
1. Begriff der Sachmängel		24
2. Haftungsgründe		25
3. Gewährschaftsansprüche		26
a) Ihr Verhältnis zueinander		27
b) Vollziehung von Wandlung und Minderung		29
c) Wandlung und Minderung, wenn mehrere Sachen zusammen verkauft oder mehrere Verkäufer oder Käufer bei einem Kaufvertrag beteiligt sind		32
d) Minderung und Wandlung bei Weiterveräußerung der fehlerhaften Kaufsache		34
e) Verjährung		35
f) Die Einrede des Wandlungs- oder Minderungsanspruchs		36
VI. Die Verpflichtungen des Käufers		37
1. Zahlungs- und Verzinsungspflicht		37
2. Rechtzeitigkeit der Fristung		37
3. Abnahmepflicht		38
VII. Besondere Arten des Kaufes		38
1. Kauf nach Probe		38
2. Kauf zur Probe		39
3. Kauf auf Probe		39
4. Wiederkauf		39
5. Vorkauf		42
Zweiter Titel: Schenkung.		
I. Begriff und Arten		45
II. Form		48
III. Verpflichtungen des Schenkers		49
IV. Schenkungswiderruf		51

	Seite
V. Notbedarf	52
1. Einrede des Notbedarfs	52
2. Klage wegen Notbedarfs	53
VI. Besondere Arten der Schenkung	54
1. Schenkung des ganzen Vermögens	54
2. Schenkung zur Vergeltung	54
3. Schenkung unter einer Auflage	54

Dritter Titel: **Miete, Pacht.**

I. Begriff	57
II. Form	58
III. Verpflichtungen des Vermieters oder Verpächters	58
IV. Verpflichtungen des Mieters oder Pächters	62
V. Sicherungsmittel	67
1. Gesetzliches Pfandrecht des Vermieters und Verpächters	67
2. Gesetzliches Pfandrecht des Pächters	70
VI. Beendigung des Miet- oder Pachtverhältnisses	71
VII. Stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses	73
VIII. Kauf bricht nicht Miete und Pacht	74

Vierter Titel: **Leihe.**

I. Begriff und Gegenstand	83
II. Verpflichtungen des Verleihers	83
III. Verpflichtungen des Entleihers	84
IV. Verjährung	86
V. Beendigung der Leihe	86

Fünfter Titel: **Darlehen.**

I. Begriff	87
II. Darlehensfähigkeit	88
III. Rechtsverhältnis zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer	88
1. des Darlehensgebers aus dem Vorvertrag	88
2. des Darlehensnehmers aus dem Hauptvertrag	89

Sechster Titel: **Dienstvertrag.**

I. Begriff	90
II. Gegenstand	90
III. Abschluß	92
IV. Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsschließenden	92
1. Art des Rechtsverhältnisses: dauernd, nicht dauernd, Sub- oder Koordination	92
2. Verpflichtungen des Dienstpflichtigen	93
3. Verpflichtungen des Dienstherrn	95
V. Beendigung und Verlängerung	96
VI. Die im B. u. V. nicht geregelten Dienstverträge	98

Siebenter Titel: **Werkvertrag.**

I. Begriff	98
II. Vertragsgegenstand	99
III. Verpflichtungen des Unternehmers	101
IV. Verpflichtungen des Bestellers	105
V. Sicherungsmittel des Unternehmers	106
VI. Beendigung	107
VII. Werklieferungsvertrag	109

Achter Titel: **Mäflervertrag.**

I. Begriff	111
II. Vertragsgegenstand	112
III. Verpflichtungen des Mäflers	113
IV. Verpflichtungen des Auftraggebers	113
V. Die Endigung des Mäflervertrags	114

Neunter Titel: **Auslobung.**

A. Die Auslobung schlechthin	115
I. Begriff und Erfordernisse	115
II. Pflichten des Auslobenden	116
III. Endigung der Auslobung	117
B. Das Preisauschreiben	118

Zehnter Titel: **Auftrag.**

I. Begriff	120
II. Vertragsgegenstand	121
III. Verpflichtungen des Beauftragten	121
IV. Verpflichtungen des Auftraggebers	123
V. Endigung	124

Elfte Titel: **Geschäftsführung ohne Auftrag.**

A. Die echte Geschäftsführung	127
I. Begriff	127
II. Verbindlichkeiten des Geschäftsführers	127
III. Verpflichtungen des Geschäftsherrn	129
B. Die unechte Geschäftsführung	130

Zwölfter Titel: **Verwahrung.**

I. Begriff	131
II. Verpflichtungen des Verwahrers	132
III. Verpflichtungen des Hinterlegers	134
IV. Endigung	135
V. Das Hinterlegungsdarlehen	135

Dreizehnter Titel: **Einbringung von Sachen bei Gastwirten.**

I. Rechtsbeziehungen	137
II. Die Voraussetzungen der Haftpflicht des Gastwirts	138

	Seite
III. Die Haftpflicht des Wirts im allgemeinen	140
IV. Haftpflicht für Geld, Wertpapiere, Kostbarkeiten	140
V. Das gesetzliche Pfandrecht des Gastwirts	141
VI. Haftpflicht der Transportanstalten	141
Vierzehnter Titel: Gesellschaft.	
I. Begriff	142
II. Vertragsform	142
III. Rechtliche Natur der Gesellschaft	143
IV. Rechtsverhältnisse unter den Gesellschaftern	145
1. Verpflichtungen	145
2. Gegenseitigkeit des Gesellschaftsvertrages	147
3. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsrecht	148
V. Rechtsverhältnisse zu Dritten	151
1. Forderungen der Gesellschaft	151
2. Gesellschaftsschulden	152
VI. Ausscheiden und Eintreten von Gesellschaftern	153
VII. Endigung der Gesellschaft	155
VIII. Auseinandersetzung bezüglich des Gesellschaftsvermögens	156
Fünftehnter Titel: Gemeinschaft.	
I. Begriff	158
II. Rechtsverhältnisse nach Innen	158
III. Rechtsverhältnisse nach Außen	159
IV. Klagerechte der Gemeinschaftler	160
V. Die Aufhebung der Gemeinschaft	161
VI. Teilungstreitigkeiten	162
Sechszehnter Titel: Leibrente.	
I. Begriff	163
II. Entstehung der Leibrente	164
III. Die Verpflichtungen	164
IV. Endigung	165
Siebzehnter Titel: Spiel und Wette.	
I. Begriff	166
II. Wirkung von Spiel- und Wettvertrag	167
III. Die der Förderung des Spiels mittelbar dienenden Verträge	169
IV. Das Differenzgeschäft	169
Achtzehnter Titel: Bürgschaft.	
I. Begriff und Arten	170
II. Umfang der Bürgschaftsschuld	171
III. Natur der Bürgschaftsschuld. Abschwächung der Akzessorietät	172
IV. Rechtswohlthaten des Bürgen	174
1. beneficium divisionis	174

	Seite
2. beneficium cedendarum actionum	174
3. beneficium excussionis (Rechtswohlthat der Vorausklage) und Schadlosbürgschaft	177
V. Ende der Bürgschaft	178
Neunzehnter Titel: Vergleich.	
I. Begriff	180
II. Form des Vergleichs	182
III. Wirkung	182
IV. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit	183
Zwanzigster Titel: Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis.	
I. Begriff des Schuldversprechens	185
1. Selbstständigkeit desselben	185
2. Verhältnis desselben zu seinem Verpflichtungsgrund	187
II. Form und Gegenstand	187
III. Das Schuldanerkenntnis	188
Einundzwanzigster Titel: Anweisung.	
I. Begriff	188
II. Die Zwecke der Anweisung	189
1. Im Verhältnis zum Anweisungsempfänger	190
2. Im Verhältnis zum Angewiesenen	190
III. Rechtsverhältnisse der Beteiligten	190
1. Rechtsstellung des Angewiesenen zum Anweisenden	190
2. Rechtsstellung des Angewiesenen zum Anweisungsempfänger	191
3. Rechtsstellung des Anweisenden und des Anweisungsempfängers	193
IV. Die Abtretung der Anweisung	194
1. der schon angenommenen	195
2. der noch nicht angenommenen Anweisung	195
V. Erlöschen der Anweisung	195
VI. Die nicht auf Geld oder vertretbare Sachen lautende Anweisung	196
Zweiundzwanzigster Titel: Schuldverschreibung auf den Inhaber.	
I. Begriff und rechtliche Natur	197
II. Erfordernisse der Ausstellung	198
III. Ausübung des Gläubigerrechts	199
IV. Einwendungen	200
V. Sicherungsmittel des Gläubigers	201
1. Zahlungssperre	201
2. Aufgebot zum Zwecke der Kraftlosklärung	202
3. Recht auf Ausstellung einer neuen Schuldverschreibung	202
VI. Sonderbestimmungen für einzelne Arten	202
VII. Inhaberzeichen und Legitimationspapiere	204
Dreiundzwanzigster Titel: Vorlegung von Sachen.	
I. Begriff	205
II. Voraussetzungen des Anspruchs auf Vorlegung	206

	Seite
III. Inhalt des Vorlegungsanspruchs	207
IV. Die Urkundeneidition	207
V. Die Herausgabe von Sachen oder Urkunden	208
Vierundzwanzigster Titel: Ungerechtfertigte Bereicherung.	
I. Voraussetzungen der Bereicherungsklage	209
II. Vom Gesetz hervorgehobene Einzelfälle	211
1. Erfüllung eines durch dauernde Einrede gehemmten Anspruchs (condictio indebiti)	211
2. Leistung zwecks Herbeiführung eines Erfolges (condictio causa data causa non secuta)	213
3. Leistung unter Verstoß des Empfängers gegen Verbotsgesetz oder Sitte durch Annahme der Leistung (condictio ob turpem vel iniustam causam)	213
4. Verfügungen seitens eines Nichtberechtigten mit bindender Kraft für den Berechtigten und Leistungen an einen Nichtberechtigten mit bindender Kraft für den Berechtigten	214
5. Sonstige Fälle	215
III. Natur und Inhalt der Bereicherungsklage	216
Fünfundzwanzigster Titel: Unerlaubte Handlungen.	
I. Allgemeiner Standpunkt	218
II. Die einzelnen Deliktstatbestände	219
1. Verletzung von Leben, Körper u. eines anderen	219
2. Verstoß gegen ein Schutzgesetz	221
3. Verstoß gegen die guten Sitten	224
III. Die allgemeinen Voraussetzungen der aus den einzelnen Tatbeständen entstehenden Schadensobligation	225
1. Widerrechtlichkeit	225
2. Verschulden. — Ausnahme: Schadensersatzpflicht der Unzurech- nungsfähigen	225
3. Ein Schaden	227
4. Kausalzusammenhang. — Mittäter; Beteiligung mehrerer ohne gemeinschaftliche Verursachung des Schadens	227
IV. Inhalt des Schadensersatzanspruchs	228
1. Bei Personenbeschädigung	229
2. Bei Tötung	229
3. Bei Sachbeschädigung und Entziehung von Sachen	230
V. Ersatzberechtigter und Ersatzverpflichteter	230
1. Ersatzberechtigung nur des unmittelbar Geschädigten. Ausnahmen	230
2. Einwände des Ersatzpflichtigen	232
VI. Verjährung	232
VII. Konkurrenz von Delikts- und Vertragsansprüchen	233
VIII. Ausdehnung der Ersatzpflicht	234
1. Ersatzpflicht für fremde Schadenszufügungen	234
2. für Tiere	236
3. für durch Gebäude u. verursachten Schaden	240

Verzeichnis der Abkürzungen bei den Literaturangaben.

- A. f. b. R. = Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ort-
mann, Ring.
A. f. c. P. = Archiv für die civilistische Praxis.
A. österr. G. Z. = Allgemeine österreichische Gerichtszeitung.
Bl. f. R. i. Bez. d. K. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammer-
gerichts.
D. J. Z. = Deutsche Juristen-Zeitung.
D. R. = Das Recht.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von
Goldschmidt.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von
Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegen-
wart, herausgegeben von Grünhut.
Hans. G. Z. = Hanseatische Gerichtszeitung.
Iherings J. = Iherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
J. M. f. P. = Juristische Monatschrift für Posen.
J. W. = Juristische Wochenschrift.
Sächs. Archiv = Sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß.
Seufferts Bl. f. R. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
-

Die Lehrbücher sind mit den Namen ihrer Verfasser zitiert.



Erster Titel.

Kauf. Tausch.

Bechmann, Der Kauf 1876—1884. Frankenburg, Zur Lehre vom Kaufvertrage, nach bürgerlichem und Handelsrecht, Seufferts Bl. f. R. Bd. 65 S. 409—418, 425—435. Leo, Fragen aus dem Rechte des Kaufvertrages (Vortrag) Hans. G. Z. Bd. 21, S. 21—27. Dernburg II §§ 167 ff.; Cofad I §§ 121 ff.; Enneccerus I §§ 239 ff.; Endermann I §§ 157 ff.; Matthias I §§ 104 ff.; Windscheid-Kipp II §§ 385—398.

1.

Begriff.¹⁾

Der Tauschvertrag ist das gegenseitige Versprechen von Sache oder Recht gegen Sache oder Recht, nicht gegen Geld und untersteht durchweg den Grundsätzen des Kaufvertrages (§ 515).

Der Kaufvertrag aber ist ein gegenseitiger Vertrag, durch welchen der eine Kontrahent Geld, der andere eine Sache oder ein Recht zu leisten sich verpflichtet. Er ist zustande gekommen, sobald Einigung über Gegenstand und Preis vorliegt. Auch der aufschiebend bedingte oder betagte Kaufvertrag ist schon ein Kaufvertrag, wenngleich er während der Schwebezeit nur die rechtlich gesicherte Aussicht auf den Eintritt der Wirkungen eines unbedingten oder unbetagten Kaufvertrages erzeugt.

Die Einigung bedarf regelmäßig nicht der Erklärung in bestimmter Form. Ausnahmen: §§ 311, 313, 2371. Haben Kontrahenten Beurkundung des beabzieligten Vertrags — schriftliche, notarielle, gerichtliche — vereinbart, so ist der Vertrag im Zweifel erst mit der Beurkundung zustande gekommen (§ 154 Abs. 2).

Die Einigung der Vertragsschließenden braucht nicht der Erfüllung des Vertrags vorauszu gehen, sondern kann mit ihr zusammenfallen. Geschieht dies, so liegt ein sog. Handkauf vor, welcher aber nicht sowohl ein dinglicher Vertrag, als vielmehr ein wirklicher Kaufvertrag

¹⁾ Emerich, Kauf- und Verlieferungsvertrag nach dem B. G. B. 1899 in Fischer Abhandl. Bd. 4, S. 213 ff.

ist. Demgemäß ist der gegen die Klage auf Zahlung des Kaufpreises erhobene Einwand, es sei ein Handkauf geschlossen, nicht Beugnen des Klagegrundes, sondern Einwand der stattgehabten Erfüllung, weshalb auch den Beklagten die Beweislast trifft.

II.

Gegenstand.¹⁾

Nicht nur bewegliche und unbewegliche, gegenwärtige und zukünftige (*emptio spei* und *emptio rei speratae*), erst anzufertigende, einzelne Sachen und Mehrheiten von Sachen können verkauft werden, sondern auch veräußerliche dingliche Rechte, sei es, daß sie schon bestehen, sei es, daß sie erst begründet werden sollen, endlich auch Besitz und Forderungen. Selbst Geld kann verkauft werden, da Stücke einer bestimmten Sorte nicht nur als Zahlungsmittel, sondern auch als Ware in Betracht kommen können. Daß die verkaufte Sache dem Verkäufer gehört, ist nicht erforderlich, nur darf sie nicht dem Käufer gehören; denn sonst wäre der Vertrag wegen ursprünglicher Unmöglichkeit der Vertragserfüllung nichtig (§§ 306 und 433 Abs. 1 S. 1). Auch der Verkauf einer gestohlenen Sache ist im allgemeinen gültig, soweit er nicht gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 Abs. 1). Dies tut er, wenn beide Teile die Eigenschaft der Sache als einer gestohlenen kannten.

Von seiten des Käufers ist Gegenstand des Kaufvertrags eine Geldsumme. Doch kann neben dem Geld noch eine andere Leistung versprochen werden (l. 6 § 1 *D. de act. emt. vend.* 19. 1. u. § 473 BGB.). Der Preis muß bestimmbar sein (§§ 315 ff.). Auch der Marktpreis kann als Kaufpreis festgesetzt werden; dann gilt im Zweifel der Marktpreis am Erfüllungsort und zur Erfüllungszeit (§ 453). Ein angemessenes Verhältnis des Preises zum Wert des Kaufgegenstandes (*pretium iustum*) ist nicht erforderlich. Selbst das gemeinrechtliche Rücktrittsrecht wegen *laesio enormis* ist beseitigt. Dagegen darf der Kaufpreis nicht nur zum Schein verabredet sein — *pretium verum esse debet*. Sonst liegt kein Kauf vor, möglicherweise aber eine Schenkung als dissimuliertes Geschäft.

¹⁾ Schröder, Der Verkauf einer ärztlichen Praxis im Lichte der Rechtsprechung. *J. W. Bd.* 31, S. 645 und 646.

III.

Die Vertragsschließenden.

Im allgemeinen kann jeder Geschäftsfähige einen Kaufvertrag schließen (§§ 104 ff.). Doch bestehen Ausnahmen bei notwendigen Verkäufen, mögen dieselben im Wege der Zwangsvollstreckung — einerlei ob öffentlich oder aus freier Hand (§§ 814, 821, 825 CPO.) — oder außerhalb der Zwangsvollstreckung, aber kraft gesetzlich erteilter Ermächtigung für Rechnung eines anderen (§§ 383, 966 Abs. 2, 979, 983, 1233 BGB. u. 117, 126 u. 127 R.D.). — erfolgen (§§ 456 ff.). In diesen Fällen darf weder der mit Vornahme oder Leitung des Verkaufs betraute Versteigerungsrichter, Gerichtsvollzieher, Auktionator — noch einer seiner Gehilfen, einschließlich des Protokollführers, weder für sich persönlich oder durch einen offenen oder stillen Stellvertreter, noch als Stellvertreter eines anderen kaufen. Derjenige aber, auf dessen Veranlassung der Verkauf erfolgt, darf kaufen; — ob auch der Konkursverwalter, ist mindestens zweifelhaft. Der Grund dieser Vorschriften ist nicht die Unmöglichkeit des Kontrahierens mit sich selbst (§ 181 BGB.), sondern das Streben, eine Garantie für Unparteilichkeit der genannten Personen in der Ausführung ihrer Obliegenheiten zu schaffen, ein Gesichtspunkt, auf welchem wohl auch schon die Verbote des röm. Rechts — Vormund darf nicht Sachen seines Mündels (l. 34 § 1 u. l. 46 D. 18. 1), der verkaufende Pfandgläubiger darf die Pfandsache nicht kaufen (l. 10 C. 8, 27) — beruhen. Der gegen diese Verbotsgesetze erfolgende Kauf ist, entgegen der Regel des § 134, nur heilbar nichtig (§ 458).

IV.

Die Gefahr.¹⁾

Während das röm. und gemeine Recht gemäß des Satzes: *periculum est emptoris* dem Käufer die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises auch dann auferlegte, wenn die Kaufsache zwischen Kaufabschluss und Übergabe zufällig untergegangen oder verschlechtert worden war, läßt das BGB. im Anschluß an das preuß. *RR.* § 95 I 11 und die preuß. *Praxis* (RG. 7, 241, Gruchot 23, 916)

¹⁾ Martinius, Zur Lehre von der Gefahr beim Kaufe nach dem BGB. Arch. f. b. R. Bd. 17, S. 50—77. Witthof, ein Beitrag zur Lehre von der Gefahr beim Kauf, D. Z. B. Bd. 8, S. 149—50. Rahn, Gefahrübergang beim Verkauf mit Eigentumsvorbehalt. D. R. Bd. 7, S. 546 und 547. Schröder, Der Eigentumsübergang bei versendeten Sachen, Goldschmidts Z. Bd. 51, S. 39—46.

gemäß der Natur des gegenseitigen Vertrags mit der Übergabe und bei Grundstücken mit der grundbuchmäßigen Eintragung des Käufers als Eigentümer, falls diese der Übergabe vorausgehen sollte, die Gefahr auf den Käufer übergehen (§ 446).

Hat danach der Verkäufer mehrfach verkauft, dem ersten Käufer übergeben und dem zweiten aufgelassen, so kann derselbe, wenn nach der Eintragung des zweiten Käufers das Grundstück durch Naturgewalt vom Erdboden verschwindet, doppelte Zahlung des Kaufpreises verlangen, da der zweite Kaufvertrag nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten verstößt, ebensowenig, wie es ohne weiteres der Verkauf einer fremden Sache tut.¹⁾

Die Übergabe ist entweder körperliche Übergabe, *constitutum possessorium* oder *brevi manu traditio*. Hat sich der Käufer vom Eigentümer-Verkäufer — die *rei vindicatio* zum Zweck der Eigentumsverschaffung abtreten lassen, so ist dadurch die Übergabe ersetzt (§ 931) und also die Gefahr auf den Käufer übergegangen.

Übergabe und Eintragung sind nicht die einzigen Akte, an welche der Gefahrübergang geknüpft ist. Vielmehr tritt der Übergang der Gefahr ein:

1. beim Erbschaftskauf mit dem Abschluß des Kaufvertrages (§ 2380),

2. beim Versendungskauf — bei welchem Bestimmungs- und Erfüllungsort sich nicht decken — mit der Absendung (§ 447),

3. beim Spezies- und Gattungskauf mit Eintritt des Annahmeverzugs des Käufers (§§ 300 u. 324 Abs. 2),

4. bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken mit dem Zuschlag, soweit es sich um die Gefahr bezüglich des Grundstücks selbst handelt, — mit dem Schluß der Versteigerung hinsichtlich der übrigen, von der Zwangsversteigerung mit ergriffenen Gegenstände (§§ 56 resp. mit 55 u. 20—24 ZB.),

5. bei suspensiv bedingten Verkäufen mit Eintritt der Bedingung. Geht also die Sache beim Käufer während des Schwebens der Bedingung durch Zufall unter, so ist der Käufer von Zahlung des Kaufpreises frei; wird sie während dieser Zeit kasuell verschlechtert, so mindert sich die Gegenleistung des Käufers (§ 323 Abs. 1).

Die Vorschriften der §§ 446 u. 447 über den Gefahrübergang finden auch auf den Verkauf von zum Besitz befugenden

¹⁾ Vgl. auch Martinius im Archiv f. b. R. Bd. 17, S. 75.

Rechten an fremder Sache entsprechende Anwendung (§ 451), z. B. auf den Verkauf des Nießbrauchs an einer Herde der Ausübung nach, oder eines Erbbaurechts. Die Gefahr geht also auch hier über mit der Übergabe der belasteten Sache, bei im Grundbuch eingetragenen Rechten mit der Eintragung des Erwerbers, falls sie der Übergabe vorausging und, falls der Gegenstand des Rechts an den Erwerber des Rechts versendet werden mußte, mit der Absendung.

V.

Die Verpflichtungen des Verkäufers.¹⁾

Der Verkäufer einer Sache muß dem Käufer dieselbe übergeben — und zwar frei von Fehlern — und Eigentum an ihr verschaffen. Der Verkäufer eines Rechtes muß dem Käufer das Recht verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt wie z. B. das Nießbrauchsrecht, die Sache übergeben (§ 433

¹⁾ A. Wegen Mängel im Recht: Kabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel im Recht, Leipzig, Veit & Co. Erster Teil: Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg. 1902.

B. Wegen Sachmängel. Crome, Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache (§ 459 Abs. 2 BGB.) in D. R. Bd. 6 S. 333—336. Schneider, Zusicherung beim Kauf in D. R. Bd. 7, S. 522 u. 523. Beer, Arglistiges Verschweigen in D. Z. Bd. 9, 88—93. Süßheim, Rechtsfolgen arglistigen Verschweigens bei Kauf, Schenkung und Miete in Seufferts Bl. f. R. Bd. 66, 205—214, 223—230, 237—243. Nissen, Rechtsstellung des Kaufpreiszürger bei mit Gewährsmängeln behafteter Sache in Z. W. Bd. 31, 460. Böhm, Beitrag zur Lehre von der Wandelung in D. R. Bd. 5, 308. Flechtheim, Zur Konstruktion des Wandelungsanspruchs in D. Z. Bd. 7, 319ff. Haymann, Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandelungsanspruchs, Gruchot, Bd. 46, 509—549. Feuer, Klageantrag und Urteilstenor bei Wandelungsklagen, Hanf. G.-Z. Bd. 22, 77—80. Scherer, ebenda Bd. 22, 126. Matthias, Die Wandelung nach dem BGB. in D. Z. Bd. 7, 205—209. Thiele, Vollziehung v. Wandelung u. Minderung, Arch. f. c. Pr. Bd. 93, 387 bis 432. Ortman, Zur Lehre von der Wandelung in D. R. Bd. 8, S. 4—6 u. 29—32. Werner, Streitfragen aus dem Gebiet des Wandelungsanspruchs in D. R. Bd. 6, S. 282—284, 338—340, 476 u. 477.

Simon, Die Verfügung des Käufers über den Kaufgegenstand und ihr Einfluß auf den Gewährleistungsanspruch in Z. W. f. Pr. Bd. 5, 141—143. Conze über denselben Gegenstand, Diff., Berlin 1903. Nissen, Ein Beitrag zu § 478 (Wandelungseinrede) in Z. W. Bd. 31, S. 565—569. Dernburg, Erhaltung der Einreden wegen Mängel mittels Anzeige des Käufers nach § 478 BGB. in D. R. Bd. 7, 137 u. 138.

Abf. 1). Handelt es sich um den Verkauf eines Erbbaurechts, so muß außer der Übergabe des Grundstücks auch die Auflassung des Rechts erfolgen (§ 1017). Die Verpflichtungen des Verkäufers einer Sache erstrecken sich im Zweifel auch auf das zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene Zubehör (§ 314). Sowohl für Mängel im Recht, als für Sachmängel hat der Verkäufer einzustehen.

A. Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht.

Mit der Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung von Eigentum stellt sich das BGB. auf deutschrechtlichen Boden und hat dadurch auch eine Umgestaltung der Eviktionsleistungspflicht, d. h. der Verpflichtung des Verkäufers, für Mängel im Recht einzustehen, herbeigeführt. Denn während nach röm. Recht die Entwehrung erst eingetreten sein mußte, bevor eine Interessensforderung wegen Mangels im Recht des Verkäufers vom Käufer erhoben werden konnte, so kann nach dem BGB. der Käufer Ansprüche wegen Vorhandenseins von Mängeln im Recht schon geltend machen, sobald er nur erfahren hat, daß der Verkäufer nicht Eigentümer oder Verfügungsberechtigter des Kaufgegenstandes ist.

Kannte dagegen der Käufer schon beim Vertragsabschluß den Mangel im Recht, so haftet der Verkäufer nicht (§ 439, Ausnahmen: 439 Abs. 2). Daraus folgt, daß der Käufer eines Grundstücks, falls der Verkäufer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, nur dann wegen fehlenden Eigentums des Verkäufers klagen kann, wenn er zwischen Kaufabschluß und Auflassung das Fehlen des Eigentums des Verkäufers erkannte. Denn tritt die Kenntnis erst nach der Auflassung ein, so hat der Käufer kraft seines guten Glaubens trotz des fehlenden Eigentums des Verkäufers Eigentum erlangt (§§ 891—892 BGB.).

Die Kenntnis des Käufers beim Vertragsabschluß wird fingiert bei allen öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen Lasten, welche zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind (§ 436 u. Art. 10 des preuß. Ausführungsges. zur GrbB.). Doch bezieht sich die Fiktion naturgemäß nicht auf Abgabenrückstände.

Nach § 434 haftet der Verkäufer für alle Mängel im Rechte, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Dahin gehören: fehlendes Eigentum des Verkäufers, Vorhandensein dinglicher Rechte Dritter, einerlei ob sie dem Dritten

das Recht auf den Besitz gewähren oder nicht (z. B. Grunddienstbarkeiten, Reallasten), Vorhandensein persönlicher Rechte Dritter, wenn sie nur gegen den Käufer geltend gemacht werden können, z. B. die Rechte des Mieters (§ 571) und des Pächters (§ 581) bezüglich des ihnen bereits überlassenen Vertragsgrundstücks.

Die Haftung für Rechtsmängel umfaßt zunächst die beim Vertragschluß schon bestehenden Mängel, ferner aber auch die durch das Verhalten des Verkäufers bis zum Eigentumsübertragungsakt hinzugetretenen Mängel. Denn aus dem Kaufvertrag ergibt sich die Verpflichtung des Verkäufers, weitere Mängel fernzuhalten.

Diese Haftungsgrundsätze sind dispositiver Natur. Deshalb kann der Verkäufer eine weitergehende Haftung übernehmen, indem er z. B. die Abwesenheit öffentlicher Lasten ausdrücklich zusichert und umgekehrt der Käufer vertragsmäßig die Haftpflicht des Verkäufers erleichtern oder sie ganz ausschließen (*pactum de non praestanda evictione*). Doch ist jede Beschränkung der Haftung des Verkäufers nichtig, wenn Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hatte (§ 443). Selbstverständlich kann aber der Käufer nach erlangter Kenntnis von dem Mangel auch dem arglistigen Verkäufer die Haftpflicht erlassen.

Die dem Käufer wegen vorhandener Mängel im Recht zustehenden Rechte sind folgende:

a) Der Käufer kann das Kaufgeld bis zur Verschaffung freien Eigentums zurückbehalten (§ 440 Abs. 1 mit § 320 Abs. 1).

b) Der Käufer kann auf Verschaffung freien Eigentums klagen, sei es, daß ihm überhaupt noch kein Eigentum verschafft war, sei es, daß es nicht frei von Rechten Dritter ist. Den Mangel des Rechts hat er zu beweisen (§ 442). Die Klage ist die Kaufklage auf Vertragserfüllung.¹⁾ Aber der Käufer kommt mit dieser Klage nicht weit. Denn aus dem verurteilenden Erkenntnis findet oft keine Zwangsvollstreckung statt, weil die Leistung des Eigentums oder die Beseitigung des dem Dritten zustehenden Rechtes keine fungible und

¹⁾ Wenn *Uccius* in *Raffows* und *Rünzels* Beiträgen, Bd. 41 S. 885, meint, die Klage sei bei beweglichen Sachen auf Übergabe, bei Grundstücken auf Auflassung zu richten, so ist dies zu eng. Denn die Übergabe oder Auflassung können bereits erfolgt sein, ohne daß Eigentum übertragen wurde, weil der Empfänger der beweglichen Sache zur Zeit der Übergabe nicht in gutem Glauben war (§ 983) oder der Käufer des Grundstücks im Moment der Auflassung wußte, daß der Auflassende nur Bucheigentümer sei.

ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängige Handlung ist.¹⁾ Immerhin kann der Käufer mit der Erfüllungsklage, falls Verkäufer im Verzug ist, gleichzeitig auch Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern. Auch kann er nach § 283 vorgehen.

c) Der Käufer kann, anstatt auf Erfüllung, auf Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung klagen,²⁾ wenn entweder die Beseitigung des Mangels im Recht dem Verkäufer schuldhaft unmöglich geworden ist (§ 325 Abs. 1 S. 1) oder der Verkäufer im Verzug und eine ihm gesetzte angemessene Präklusivfrist fruchtlos abgelaufen ist (§ 326 Abs. 1).³⁾ War der Verkäufer bereits beim Vertragsschluß unvermögend, den Mangel zu

1) § 888 ZPO. u. Entsch. des OLG. Jena bei Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 7, 114.

2) Vgl. S. 27 Anm. 1.

3) Kann Käufer mit der Klage auf Erfüllung die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf Grund Verzugs des Verkäufers kumulieren? Eccius a. a. O. S. 886 bejaht dies ohne weiteres mit Rücksicht auf § 255 CPO. Aber aus dieser Bestimmung ergibt sich nur das Recht des auf Erfüllung klagenden Käufers, mit dem Antrag auf Verurteilung zur Erfüllung den Antrag auf Festsetzung einer Präklusivfrist für die Erfüllung zu verbinden, keineswegs aber das Recht, für den Fall des fruchtlosen Ablaufes dieser Frist zugleich auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu klagen. Letztere Befugnis ist aber gleichwohl anzuerkennen, da es sich bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung um einen suspensiv bedingten Anspruch handelt (dagegen Langheinen: Anspruch und Einrede S. 35 ff.), abhängig von dem Eintritt zweier Tatsachen: dem Setzen der Frist und ihrem fruchtlosen Ablauf, während auf der anderen Seite der Anspruch auf Erfüllung durch dieselben Tatsachen resolutiv bedingt ist. Daß nun resolutiv bedingte Ansprüche sofort eingeklagt werden können, ist zweifellos. Aber auch die Eintragung suspensiv bedingter Ansprüche ließ die bisherige Praxis schon zu (RG. VIII, 415, vgl. auch Förster in Buschs Zeitschrift Bd. VIII, S. 128 ff. und Bayer: Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilprozeß, 9. Aufl., Bd. I, S. 540) und die Verurteilung hat zu erfolgen, wenn nur die Bedingung zur Zeit der Urteilsfällung bereits eingetreten ist. Ist dies freilich nicht der Fall, die gesetzte Präklusivfrist also noch nicht abgelaufen, so wird Kläger mit seiner Interessenforderung nicht durchdringen, der Beklagte aber zur Eigentumsverschaffung zu verurteilen sein. Ausnahmsweise kann auch dann die Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung erfolgen, wenn die gestellte Frist zur Zeit der Urteilsfällung noch nicht abgelaufen sein sollte. Dies setzt aber voraus, daß den Umständen nach die Annahme gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung (des Schadensersatzes) entziehen (§ 259 CPO.), indem er z. B. fluchtverdächtig ist. Nur in diesen letzteren Fällen wird es also dem Käufer, welcher Erfüllungsanspruch und Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kumuliert, möglich sein, von der Befugnis des § 255 CPO. Gebrauch zu machen. — Auch für den Fall kann der Anspruch auf Schadensersatz wegen

beseitigen, so haftet er ohne Weiteres auf Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung.

d) Der Käufer kann bei verschuldeter teilweiser Unmöglichkeit und Verzug des Verkäufers den Nachweis führen, daß die Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse mehr hat und dann ohne Fristsetzung Schadensersatz wegen der ganzen Leistung verlangen — nötigenfalls unter Rückgewähr des seinerseits bereits Empfangenen — oder vom Vertrage zurücktreten (§§ 325 Abs. 1 S. 2 und 326 Abs. 2).

e) Der Käufer kann auch, beim Vertrage stehen bleibend, wegen der Mängel im Recht Minderung seiner Gegenleistung geltend machen (§§ 325 Abs. 3 S. 3 und 323 Abs. 1 u. 7), wenn die Beseitigung des Mangels im Recht unmöglich ist.

Die Rechte des Käufers einer beweglichen Sache weichen von den vorher angegebenen insofern ab, als er — im Anschluß an das röm. Recht — nach der zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgten Übergabe der Sache eine Interessensforderung wegen nicht erfolgter Übertragung freien Eigentums so lange nicht erheben kann, als er die Kaufsache zurückbehält und also im Genuß derselben bleibt (§ 440 Abs. 2). Will der Käufer daher einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geltend machen, so muß er die Sache entweder dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht an der Sache oder dem Verkäufer herausgegeben oder sie durch zufälligen Untergang verloren haben. Daß die Herausgabe an den Dritten erst auf Grund Verurteilung hierzu erfolgte, ist nicht nötig. Der Käufer muß aber beweisen, daß das Recht dem Dritten zustand. Von dieser Beweislast wird er frei, wenn er im Prozeß mit dem Dritten dem Verkäufer den Streit verkündete. Denn das Urteil wirkt dann auch gegen den Verkäufer (§§ 74 u. 68 CPO.). Der Herausgabe bedarf es nicht, wenn der Käufer das Recht des Dritten durch Beerbung oder anderweit erwirbt, wenn er den Dritten wegen seines Rechtes abfindet, oder wenn der Dritte den Käufer beerbt (§ 440 Abs. 3). Hat der Käufer die Sache nicht hinter sich, wohl aber einen Anspruch gegen einen anderen auf Rückgewähr derselben, so genügt die Abtretung dieses Anspruchs an den Verkäufer, z. B. Abtretung der Besitzlage, der *actio depositi directa* (§ 440 Abs. 4).

Nichterfüllung mit der Klage auf Erfüllung kumuliert werden, daß die Erfüllung durch Verschulden des Verkäufers unmöglich werden sollte. Denn auch der Anspruch auf die Ersatzleistung ist bedingt. Vgl. auch Hellwig, Anspruch S. 102, Anm. 4 und S. 385.

B. Haftung des Verkäufers für Sachmängel.

1. Begriff der Sachmängel. Die Verpflichtung des Verkäufers, für Mängel der Sache Gewähr zu leisten, berührt sich mit seiner Verpflichtung, für Mängel im Recht aufzukommen. Im preuß. Recht war diese Berührung eine zu intime geworden, weil man physische und juristische Mängel unter „Gewähr der Mängel“ zusammenfaßte und zu den juristischen auch den Fall teilweiser Eviktion zählte.¹⁾

Das BGB. nimmt hier im Anschluß an das gemeine Recht eine reinliche Grenzsecheidung vor. Denn nach ihm umfaßt die Gewährleistungspflicht wegen Mängel nur physische Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit der Kaufsache zu dem gewöhnlichen d. h. dem der Art der Sache entsprechenden oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern und außerdem das Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Sache ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit ihres Fehlens (§ 459).

Daß der Fehler gerade den Gebrauchswert schmälerte, ist nicht nötig, es genügt auch Schmälerung des Verkaufswertes. Auch ist nicht erfordert, daß der Fehler schlechthin, nach Anschauung des Verkäufers, als solcher erscheint, sondern es genügt, wenn der Fehler die volle Tauglichkeit der Kaufsache zu dem nach Inhalt des Vertrags — nicht nach der lediglich einseitigen Erklärung des Käufers — beabsichtigten Gebrauch beeinträchtigt (z. B. das gekaufte Pferd soll nach dem Inhalt des Vertrags sowohl gefahren als geritten werden können. Es stellt sich heraus, daß dasselbe gar nicht zugeritten ist).

Als zugesicherte Eigenschaft wird auch das Versprechen einer bestimmten Größe des Kaufgrundstücks behandelt (§ 468), während bei beweglichen Sachen es Frage des einzelnen Falles ist, ob in dem Fehlen der Quantität ein Mangel liegt, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert, oder ob die Quantität als zugesicherte Eigenschaft, ihr Fehlen also als Qualitätsmangel anzusehen ist.

Es ist ersichtlich, daß der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch sich mit den zugesicherten Eigenschaften eng berührt. Denn die letzteren können gerade solche sein, welche den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch erst ermöglichen. So kann z. B. der Käufer

¹⁾ §§ 164 ff. I 11 mit § 323 I 5 A.R. und Plenarbeschuß des Obertribunals von 21. Juni 1847 Bd. 15 S. 3 ff.

eines Deckhengstes sich als Eigenschaft desselben die Fortpflanzungsfähigkeit zusichern lassen. Fehlt diese, so liegt zugleich ein Mangel vor, der die Tauglichkeit des Hengstes zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt. Es kann danach im einzelnen Falle schwierig sein, zu entscheiden, ob ein Mangel der letzteren Art vorliegt oder ob eine zugesicherte Eigenschaft fehlt. Und doch ist die Abgrenzung wichtig, weil die Haftung des Verkäufers für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft schärfer ist, da er gegebenen Falles für das volle Interesse haftet (§ 464).

Der Unterschied dürfte folgender sein: der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch ist ein solcher, den beide Kontrahenten als möglich ansehen. Die zugesicherte Eigenschaft aber ist eine solche, welche der Verkäufer geradezu (ausdrücklich oder stillschweigend) garantiert hat. Auch braucht sich die zugesicherte Eigenschaft gar nicht auf die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch zu beziehen z. B. wenn eine bestimmte Farbe des Hengstes — ganz schwarz — ausgemacht war und sich dann herausstellt, daß der eine Vorderfuß gefärbt ist.

Gewöhnlich wird die Zusicherung beim Abschluß des Kaufvertrags erfolgen und demgemäß auch in den Formen, in denen der Kaufvertrag abgeschlossen wurde. Eine Zusicherung, welche einem gesetzlich in bestimmter Form (z. B. § 313) abzuschließenden und abgeschlossenen Kaufvertrag hinterher zugefügt wurde, ist nur gültig, wenn die für den Hauptvertrag vorgeschriebene Form gewahrt wird. Denn wenn das Gesetz allgemein für einen Kaufvertrag über einen gewissen Gegenstand eine besondere Form verlangt, die vertragsmäßige Zusicherung der Eigenschaft aber ebenfalls diesen Gegenstand betrifft, so kann mangels einer besonderen Gesetzesbestimmung keine Ausnahme gemacht werden.¹⁾

2. Haftungsgrundsätze. Der Verkäufer haftet nun regelmäßig für die zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandenen offenen und heimlichen Mängel (physische Fehler und fehlende zugesicherte Eigenschaften), also auch dann, wenn etwaige tauglichkeits- oder gebrauchsmindernde Fehler erst zwischen Kaufabschluß und Gefahrübergang entstanden sind.

Jedoch ist er von jeder Mängelhaftung nach § 460 S. 1 frei, wenn der Käufer den Mangel beim Abschluß des Kaufvertrags kannte. Die Haftung

¹⁾ V. M. ist Dernburg BR. II § 184 Nr. III.