



# Schuld und Schuldursache (causa)

<https://hdl.handle.net/1874/253442>

SCHULD UND  
SCHULDURSACHE  
(CAUSA)

J.W.HUYSINGA

A. qu.

192





Mr. W. FRANCKEN  
'S-GRAVENHAGE.

SCHULD

UND

SCHULDURSACHE

(CAUSA).



*4. okt. 1901*  
Mr. W. FRANCKEN  
'S-GRAVENHAGE.

# SCHULD UND SCHULDURSACHE (CAUSA).

## PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT

OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

D<sup>R</sup>. A. A. W. HUBRECHT,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE,

VOOR DE FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID TE VERDEDIGEN

op Dinsdag 8 October 1901, des namiddags te 4 uren,

DOOR

JOANNES WILLEM HUYSINGA,

GEBOREN TE AMSTERDAM.

AMSTERDAM,

G E B R S . S C H R Ö D E R .

(H. GERLINGS).

1901.



Gegenstand dieser Schrift ist die sogenannte *causa* der obligatorischen Verträge. Sie beschränkt sich im wesentlichen auf eine Darstellung des in Bezug auf die *causa* in den Niederlanden geltenden Rechts. Dasselbe Recht jedoch hat früher zu verschiedenen Zeiten in einem grossen Teil Europas gegolten; unsre Ergebnisse können daher auch zum Verständnis des heutigen Rechts anderer Länder beitragen. Das B. W., eine Bearbeitung des Code Napoléon, enthält, wie dieser, über die *causa* kaum mehr als die Bestimmung, dass, soll aus einem Vertrage eine Obligation entstehen, eine *oorzaak*, und zwar eine erlaubte *oorzaak*, vorhanden sein muss. Es hat ausserdem, darin abweichend vom Code Napoléon, ausser Zweifel gestellt, dass derjenige, der sich auf das Bestehen der Obligation beruft, das Vorhandensein einer *oorzaak* beweisen muss. Bei der Auslegung dieser Bestimmungen kann es sich bloss darum handeln, welche Bedeutung in der ersten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts das Wort *oorzaak* hatte in diesem Zusammenhang; m. a. W. was im früheren französischen und niederländischen Recht die Regel bedeutete, dass aus einem Vertrage eine Obligation nur entstehen kann, wenn eine *oorzaak*, *cause*, *causa*, vorhanden ist. Um auf diese Frage eine Antwort zu finden, hat man zu untersuchen, wie die Regel angewandt wurde. Auf diesem Wege sind wir zu einem Ergebnis gelangt, das von den, freilich unter sich nicht weniger verschiedenen, Ansichten fast sämmtlicher Schriftsteller

erheblich abweicht. Ein Teil dieses Ergebnisses, die Bedeutung der *causa* für die Wirksamkeit des Vertrages, findet sich bei NABER (Hand. d. Ned. Jur. Ver. 1889 I. S. 34 f.), der jedoch erklärt, eine Definition der *causa* könne nicht gegeben werden, und der Richter dürfe als eine *causa* betrachten, was er wolle. Die Praxis dagegen ist sich bis in die letzten Jahre mehr oder weniger der früheren Bedeutung des *causa*-erfordernisses bewusst geblieben; vielleicht die Mehrzahl der richterlichen Entscheidungen seit 1838 (Jahr der Einführung der niederländischen Gesetzbücher) ist nur vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung zu erklären. Dieselbe soll hier nicht verteidigt werden, sondern nur auseinandergesetzt. Was hier gegeben wird, hat also nur die Bedeutung einer Hypothese. Der Beweis für ihre Richtigkeit soll in einer späteren Arbeit versucht werden, welche die Geschichte dieses merkwürdigen Instituts behandeln wird. Vielleicht wird diese Schrift auch andre veranlassen, bei der Sammlung des dazu erforderlichen Materials behülflich zu sein. Der vorläufige Beweis für die Richtigkeit unsrer Hypothese soll darin liegen, dass sie gewisse allgemein bekannte Erscheinungen erklärt. Allgemein bekannte, aber bisher wenig beachtete Erscheinungen; Anwendungen der Regel in einzelnen Fällen, und die dabei gebrauchte Terminologie; Aussprüche und Entscheidungen, die in der Regel ohne weiteres als unrichtig zurückgewiesen werden. Sie soll z. B. erklären, weshalb die *causa* im niederländischen Recht *oorzaak* genannt wird; weshalb die ältern Schriftsteller das *nudum pactum*, von dem im fr. 7 § 4 D. 2, 14 die Rede ist, als Vertrag ohne *causa* im heutigen Sinne auffassten; weshalb sich immer wieder die Meinung vorfindet, dass bei einer Schenkung keine *causa* vorhanden ist; besonders aber, weshalb schon im sechzehnten Jahrhundert vom Pariser Parlament, und noch im neunzehnten vom H. R., angenommen wurde, dass ein Schuldschein die Existenz einer *causa* beweist, wenn darin eine *Schuld* erwähnt wird, und weshalb auch die Worte „*Wert erhalten*“ die Existenz einer *causa* beweisen. Das schliesst jedoch nicht aus, dass in einzelnen

Punkten, namentlich auch was die Terminologie betrifft, von der herkömmlichen Auffassung abgewichen ist.

Die *causa-lehre*, welche hier dargestellt werden soll, lässt sich zusammenfassen in dem Satze, dass ein formloser einseitiger Vertrag nur dann eine Obligation erzeugt, wenn eine Schuld vorhanden ist. Das Wort „Schuld“ wurde zuerst von BRINZ in Anspruch genommen als Name einer bestimmten Art oder eines bestimmten Stadiums der Obligation; dann von KARL VON AMIRA, in seiner Darstellung des altschwedischen Obligationenrechts, als Name eines von dem der Obligation (Haftung) verschiedenen Begriffs. Des letztern vortreffliche Methode, an erster Stelle den Sprachgebrauch zu untersuchen, lässt sich auch auf das heutige Recht anwenden; wir finden dabei, dass das Wort Schuld auch heutzutage nicht gleichbedeutend ist mit Obligation. Unbewussterweise hat sich ein, freilich nicht überall folgerichtig durchgeföhrter, jedoch deutlich erkennbarer, sprachlicher Unterschied bis auf unsre Zeit erhalten. Dieser Sprachgebrauch ist indessen ein doppelter. Erstens werden häufig Obligationen als Schulden bezeichnet, aber immer nur Obligationen einer bestimmten Art, die im Folgenden „Schuldverbindlichkeiten“ genannt werden sollen. Versteht man in der oben gegebenen Regel, dass der einseitige Vertrag eine *causa* hat, wenn eine Schuld vorhanden ist, das Wort Schuld in diesem Sinne, dann ist der Fehler nicht sehr gross. Verständlich wird jedoch die Regel erst, wenn man dabei das Wort Schuld in jenem spezifischen Sinne versteht, der gehörigen Orts (§ 4) näher angedeutet werden soll. — Dass das Wort Schuld eine spezifische Bedeutung hat, namentlich auch in der Sprache unsrer Gesetze, zeigt sich nirgends deutlicher als bei der Bürgschaft; „der Bürge“, sagt VON AMIRA (Nordgermanisches Obligationenrecht I. S. 694), „ist der Typus der blos Haften-den, nicht zugleich Schuldenden.“ Die Haftung des Bürgen unterscheidet sich nur wenig, mitunter überhaupt nicht, von der des Schuldners. Dennoch wird vom Bürgen niemals gesagt, dass er schulde, und wird er niemals Schuldner genannt, wo doch die

Worte *schuldeischer* und *schuldenaar* die einzig verfügbaren sind, auch um den, wem gehaftet wird, und den Haftenden anzudeuten. Besondres Gewicht legen wir darauf, dass der Bürge auch niemals bekannt zu schulden, auch nicht wo er als Selbstschuldner haftet. Der debtor principalis wird abwechselnd *hoofdschuldenaar* (Hauptschuldner) oder kurzweg *de schuldenaar* genannt. Die Haftung des Bürgen, welche nach der Hauptverbindlichkeit entstehen kann, und vor dieser untergehen, und auch anders geartet sein kann, ist notwendig eine andre *verbintenis* (Verbindlichkeit) als die des Hauptschuldners; sonst hätte auch das Wort *hoofdverbintenis* (Hauptverbindlichkeit) keinen Sinn. Sie ist eine Verbindlichkeit des Bürgen. Dagegen ist immer nur von einer einzigen *schuld* die Rede, und diese ist nicht seine Schuld, sondern die eines andern, des Hauptschuldners. Auch nach dem heutigen Sprachgebrauch ist die Bürgschaft „Haftung für fremde Schuld“ (VON AMIRA, I. S. 704). Dieser Sprachgebrauch ist um so bemerkenswerter, weil der Gedanke, dass der Bürge nicht verpflichtet wäre zu leisten, sondern nur dazu gezwungen werden könnte, vollständig in Vergessenheit geraten ist. Man sagt unbedenklich vom Bürgen, dass er leisten soll, wenn vom Schuldner keine Leistung zu erhalten ist. Wenn dennoch nicht vom Bürgen gesagt wird, dass er schuldet, so hat das einen andern Grund. Das Wort „schulden“ ist nach unsrer Ansicht heutzutage auch nicht gleichbedeutend mit „sollen“. Wir werden selbständig versuchen, den Begriff der Schuld zu definieren; diese Definition soll nur für das heutige Recht gelten.

Eine selbständige Meinung soll hier namentlich über die Entstehung der Schuld entwickelt werden. Wie der Schuld-Begriff die causa erklärt, so erklärt die causa, im Sinne, in welchem das Wort hier gebraucht wird, umgekehrt die Schuld. Es ist kein Fehler, keine falsche Übersetzung des lateinischen Wortes, wenn die causa in Art. 1371 B. W. (Art. 1131 C. C.) *oorzaak* (Ursache) genannt wird. Nur ist es als eine freiere, aber sprachlich nicht unrichtige, Redewendung zu betrachten, wenn von der *oorzaak*

der Obligation oder des Vertrages gesprochen wird. Es ist dann der Umstand gemeint, *oorzaak* genannt, der für die Wirksamkeit des Vertrages, d. h. die Begründung der Obligation, eine gewisse Bedeutung hat. Beide Wendungen sind daher auch als gleichberechtigt zu betrachten, denn beide treffen nicht ganz das richtige. Die *oorzaak* ist weder die Ursache des Vertrages noch die der Obligation in dem Sinne, dass sie den Vertrag oder die Obligation verursacht hätte. Das, was die *causa* wirklich verursacht, dessen Ursache sie ist im gewöhnlichen Sinne, ist die Schuld; sie ist, wie sie früher vorzugsweise genannt wurde, und auch jetzt noch von ältern Juristen genannt wird, *schuldoorzaak*. Ein einseitiger Vertrag (Schuldversprechen) „hat eine *causa*“ (im oben bezeichneten Sinne), wenn das Versprochene geschuldet wurde; ebenso uneigentlich sagt man heutzutage, die Schuld sei die *causa* des Versprechens. In Wirklichkeit handelt es sich um die Thatsache, welche die Schuld verursacht hat; es ist in einem Schuldschein eine *causa* „ausgedrückt“, wenn daraus hervorgeht, wie die Schuld, welche die Abgabe des Schuldscheins veranlasst hat, entstanden ist. — Umgekehrt entsteht die Schuld immer aus einer solchen *oorzaak*, niemals aus einem Vertrag.

Ist die in dieser Schrift behandelte Erscheinung als eine Antiquität zu betrachten, die auch für die Niederlande bald nur noch historische Bedeutung haben wird? Wir glauben es nicht. Ohne Zweifel muss die Beweislast anders geregelt werden. Die Pflicht des Gläubigers, die Existenz einer *causa* zu beweisen, würde den Verkehr in seinem heutigen Umfang schlechthin unmöglich machen, wenn nicht der Beweis zu erbringen wäre durch die Berufung auf ein dem Versprechen zugefügtes (schriftliches) Anerkenntnis. Dieses giebt nur eine sehr geringe Garantie für die wirkliche Existenz einer *causa*. Um so deutlicher tritt in andern Fällen die Ungerechtigkeit zum Vorschein, wenn eine Klage abgewiesen werden muss, weil der Schuldschein ein solches Anerkenntnis nicht enthält. Dennoch soll man nach unsrer Ansicht das Prinzip, dass ein Schuldversprechen nur dann bindend ist, wenn eine

causa vorhanden ist, wenn das Versprochene geschuldet wird, aufrecht erhalten, wenn auch mit der Massgabe, dass das Schuldversprechen als bindend zu betrachten ist, so lange nicht das Fehlen der causa durch richterliches Erkenntnis festgestellt ist. Eine nähere Erörterung dieser Materie de lege ferenda muss ebenfalls für eine spätere Arbeit vorbehalten werden; es werden jedoch schon hier in dieser Richtung einige Andeutungen gemacht.

## INHALTSÜBERSICHT.

---

	Seite.
§ 1. Die Haftung, insbesondere die persönliche Haftung (Obligation). . . . .	1
§ 2. Einteilung der Obligationen; Schuldverbindlichkeit und Verbindlichkeit auf Gegenleistung. . . . .	7
§ 3. Einteilung der Verträge; die einzelnen Verträge und die daraus entstehenden Verbindlichkeiten . . . . .	33
§ 4. Die Schuld. . . . .	42
§ 5. Die Schuldursache . . . . .	53
§ 6. Schuld und Gesetz . . . . .	59
§ 7. Schuld und Vertrag . . . . .	62
§ 8. Der Beweis der causa, insbesondere mittelst Anerkenntnisses. . . . .	81
§ 9. Ausnahmen und besondere Fälle . . . . .	111
§ 10. Das Schuldversprechen auf Gegenleistung . . . . .	121

---

## A B K Ü R Z U N G E N.

- B. W.        *Burgerlijk Wetboek* (Bürgerliches Gesetzbuch).  
W. v. K.      *Wetboek van Koophandel* (Handelsgesetzbuch).  
W. v. B. Rv.    *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (Civil-  
prozessordnung)  
Fw.          *Faillissementswet* (Konkursordnung).  
H. R.        *Hooge Raad der Nederlanden* (das niederländische  
Gericht höchster Instanz).  
W.           *Weekblad van het Recht* (Juristische Wochenschrift).
-

## § 1. Die Haftung, insbesondere die persönliche Haftung (Obligation).

Haftung ist vorhanden, wo jemandem eine Befugnis eingeräumt ist, um ihm eine Leistung zu verschaffen; oder genauer, wo eine concrete Rechtsnorm bestimmt, dass jemandem eine Befugnis zusteht, zustehen wird, oder in gewissen Fällen zustehen wird, um ihm die Möglichkeit zu verschaffen, zu bewirken, dass ihm eine gewisse Leistung gemacht wird. Dabei ist im Auge zu behalten, dass die Ausübung einer solchen Befugnis regelmässig nicht dazu führt, dass dem Berechtigten geleistet wird, und sehr oft, namentlich im ältern Recht, auch nicht dazu, dass er ein Äquivalent für die Leistung erhält. Das macht aber die Definition nicht weniger richtig. Denken wir uns den hypothetischen Fall, dass jemand berechtigt ist, einen andern zu töten, wenn ihm nicht eine gewisse Geldsumme gezahlt wird. Dadurch, dass er diesen andern tötet, bekommt er das Geld nicht; aber der Umstand, dass er ihn töten darf, soll bewirken, und bewirkt auch tatsächlich, dass der andre zahlt, wenn es ihm nur einigermassen möglich ist, oder sogar dass ein anderer für ihn zahlt. Dasselbe gilt von der Schuldhaft. Im neuern Recht wird die Befugnis vorzugsweise so erteilt, dass der Berechtigte durch die Ausübung derselben dasjenige erhält,

was er erhalten haben würde, wenn ihm geleistet wäre, oder, wenn das nicht möglich ist, ein Äquivalent. Es ist aber noch immer der Hauptzweck der Haftung, den Haftenden (bezw. den Eigentümer der haftenden Sache) dazu zu bewegen, dass er freiwillig leistet.

Eine solche Befugnis bezieht sich auf Personen oder auf Sachen. Bezieht sie sich auf eine individuell bestimmte Sache, ohne Unterschied wem diese gehört, dann liegt Sachhaftung vor, welche nicht zum heutigen Obligationenrecht gehört; der Begriff der Haftung ist dem Sachenrecht und dem Obligationenrecht gemeinschaftlich. Wir werden uns im folgenden auf die obligationenrechtliche, sogenannte persönliche, Haftung beschränken. Was die vertragsweise Gewährung einer Sachhaftung anbetrifft, gilt allerdings in Bezug auf die *causa* dasselbe wie für die vertragsweise Übernahme einer persönlichen Haftung; die Sachhaftung hat aber nach niederländischem Recht, ausser im Fall der Rentenschuld (vgl. Art. 786 B. W.), das gleichzeitige Bestehen einer Obligation zur Voraussetzung.

Die Befugnisse, welche dem Berechtigten zustehen, wo eine persönliche Haftung, eine Obligation, vorhanden ist, bezogen sich ursprünglich auf die Person (den Körper) des Haftenden. Nach heutigem Recht giebt es deren mehrere, und auch bei verschiedenen Obligationen verschiedene; die meisten aber beziehen sich auf das Vermögen des Haftenden, und die bei weitem bedeutendste besteht wesentlich darin, dass der Berechtigte den Verkauf von Bestandteilen dieses Vermögens bewirken, und sich dadurch die Auszahlung einer Geldsumme verschaffen kann. Der einzige Rest der früheren körperlichen Haftung, die Schuldhaft, verschwindet immer mehr, und hat nur noch den Zweck, das Vermögen des Haftenden zu erreichen; schon nach

römischem Recht konnte, wenn ein anderer Zweck damit verfolgt wurde, dieser vom Haftenden immer dadurch verhindert werden, dass er sein Vermögen auslieferte. Wenn man jetzt sagt, jemand hafte persönlich, so meint man, dass er mit seinem Vermögen haftet, mit seinem eigenen oder mit seinem ganzen Vermögen. Diese Haftung wird aber auch deshalb noch immer mit vollstem Recht als eine persönliche bezeichnet, im Gegensatz zur Sachhaftung, weil die letztere, wie gesagt, sich bezieht auf eine bestimmte Sache (oder ein bestimmtes Vermögensbestandteil), ohne Unterschied wem sie gehört, und die persönliche Haftung auf die Bestandteile des Vermögens einer bestimmten Person.

Haften mehrere Personen, dann sind ebensoviele Haftungen vorhanden; die sogenannten subjektiven Beziehungen, deren bei der Correalobligation nach der Theorie von KELLER und RIBBENTROPP eine Mehrheit vorhanden sein soll, sind Haftungen, und werden hier daher Obligationen genannt. Hat aber jemand das Recht der unmittelbaren Zwangsvollstreckung in ein Vermögen, das mehreren gemeinschaftlich zukommt (Gesellschaftsvermögen, Nachlass, eheliche Gütergemeinschaft), dann besteht insofern eine einzige Haftung; haften die Inhaber dieses Vermögens außerdem noch persönlich, dann sind neben der genannten noch ebensoviele besondere Haftungen vorhanden; also giebt es z. B. bei einer offenen Handelsgesellschaft mit zwei Gesellschaftern für jede Schuld drei Haftungen. Die unmittelbare Haftung des Gesellschaftsvermögens, wie die der ehelichen Gütergemeinschaft und des Nachlasses, ist, seitdem der Begriff der juristischen Person auf diese Fälle nicht mehr angewandt wird, als besondres Rechtsverhältnis wenig beachtet worden, und entbehrt daher einer eigenen, passenden Construktion.

Die Haftung ist, wie in der oben gegebenen Definition

gesagt wurde, vorhanden, schon ehe der Berechtigte die in ihr enthaltene Befugnis tatsächlich hat, wenn es feststeht, dass er sie haben wird, oder in gewissen Fällen haben wird. In demselben Sinne gebraucht man das niederl. Wort *aansprakelijheid* (etwa Verantwortlichkeit, eigentl. „Ansprechbarkeit“). Man sagt, jemand sei *aansprakelijk* (verantwortlich, er hafte) für Schaden einer gewissen Art, ohne dass noch von einem wirklich entstandenen Schaden die Rede ist, und also zu einer Zeit, wo er noch tatsächlich nicht angesprochen oder zur Verantwortung gezogen werden kann, nur weil es feststeht, dass er wird angesprochen werden können, wenn ein solcher Schade entsteht. Dasselbe wird aber noch besser ausgedrückt durch das Wort *Obligation*, Verbindlichkeit, *verbintenis*. Wer haftet, ist verbunden, gebunden, ob-ligatus; gebunden ist jemand, wenn zu seinen Lasten eine Norm gilt, ein *vinculum juris*, die er nicht aufzuheben vermag. Man sagt auch von einer Sache, sie sei *verbonden* für eine Schuld. — Nicht überall, wo jemand in diesem Sinne haftet, pflegt man von einer schon vorhandenen *Obligation* zu sprechen; jedenfalls dann nicht, wenn die Haftung eine allgemeine und selbstverständliche ist, z. B. bei der Haftung für jeden Schaden im allgemeinen, den man einem andern eventuell unrechtmässigerweise zufügen wird. Es entsteht dadurch ein eigentümlicher Unterschied in der Construktion wesentlich gleichartiger Verhältnisse. Wenn jemand vertragsweise die Verpflichtung übernimmt, eine gewisse Handlung nicht vorzunehmen, ist nach der üblichen Auffassung gleich anfangs eine *Obligation* vorhanden, und besteht die Leistung, die Erfüllung dieser Verbindlichkeit, darin, dass die verbotene Handlung nicht vorgenommen wird. Handelt der Obligierte dem Vertrage zuwider, dann hat er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, also eine

Geldsumme zu zahlen als Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Ist dagegen eine Handlung gesetzlich verboten, dann entsteht eine Obligation erst, wenn dem Verbote zuwider gehandelt und Schade entstanden ist; die Erfüllung dieser Verbindlichkeit besteht in der Zahlung einer Geldsumme als Schadenersatz. Praktische Folgen hat dieser Unterschied kaum.

Für den Begriff der Haftung ist es unerheblich, ob es die Pflicht des Haftenden ist, zu leisten. Die Haftung ist in dieser Beziehung zu vergleichen mit der Strafe. Wenn einmal feststeht, dass, wer stiehlt, gestraft wird, ist es in einem gewissen Sinne gleichgültig, ob stehlen verboten ist oder nicht. Wenn aber auf eine Handlung Strafe gestellt ist, schliessen wir daraus, dass sie verboten ist. Und das ist richtig, denn der Zweck der Strafbestimmung ist nicht, dass gestraft wird, sondern dass nicht gestohlen wird. Wenn also auf eine Handlung Strafe gestellt ist, geht daraus hervor, dass der Gesetzgeber sie nicht gewollt hat; die Strafbestimmung enthält daher implicite ein Verbot. Auch das gilt nun ebenfalls für die Haftung, wenigstens für die persönliche Haftung und für das heutige Recht. Das Gesetz erteilt jemandem die Befugnis, sich aus dem Vermögen eines andern eine Geldsumme zu verschaffen, es sei denn, dass diese Summe freiwillig gezahlt wird. Der Zweck einer solchen Bestimmung ist, dass freiwillig gezahlt wird, und nicht dass die Zwangsvollstreckung stattfindet; bei andern Exekutionsmitteln ist das sogar noch deutlicher. Es ist also, wo eine persönliche Haftung vorhanden ist, der Wunsch des Gesetzgebers, dass geleistet wird, und die Bestimmung, welche sagt, dass jemand haftet, enthält implicite ein Leistungsgebot. In diesem Sinne giebt es bei jeder persönlichen Haftung ein Sollen oder ein künftiges Sollen oder ein even-

tuelles Sollen. — Wenn also das Gesetz erklärt, dass jemand haftet, muss angenommen werden, dass er (eventuell) leisten soll; tatsächlich sagen die Gesetze, wo bestimmt werden soll, dass jemand haftet, ebenso oft, dass er verpflichtet sei, zu leisten. Dass jemand zahlen soll, oder dass von ihm gefordert werden kann, ist heutzutage vollkommen gleichbedeutend. Man sagt auch vom Bürgen, dass er zahlen soll, und nach dem soeben gesagten ist das nicht unrichtig. Verschiedene Gesetzesvorschriften sagen vom Bürgen, er sei verpflichtet, zu leisten (z. B. § 668, Entw. I. Les. des B. G. B.), und nicht selten wird auch wohl die Bürgschaft in der Weise übernommen, dass der Bürge, für den Fall, dass vom Schuldner keine Leistung zu erhalten ist, zu leisten verspricht. — Damit soll jedoch nicht gesagt werden, dass die Haftung als eine Folge der Leistungspflicht zu betrachten ist. Wahrscheinlich hat man sich das Verhältnis nicht immer so zu denken, (und darin würde sich dann die Haftung von der Strafe unterscheiden), dass Zwang gegen den Haftenden gerechtfertigt ist, weil er dadurch, dass er nicht leistet, seine Pflicht verletzt. Vielleicht kann man z. B. vom Bürgen sagen, dass Zwang gegen ihn erlaubt ist, nicht weil er unrechtmässig handelt, wenn er nicht zahlt, sondern weil er dem Gläubiger das Recht eingeräumt hat, Zwang gegen ihn anzuwenden, wenn nicht gezahlt wird. Solche Fragen können hier jedoch unentschieden bleiben; es handelte sich in diesem § nur um die Terminologie. Es musste gerechtfertigt werden, dass die Obligation als Haftung betrachtet wird, und trotzdem bei jeder Obligation gesprochen wird von einer Leistungspflicht, von einem Sollen.

## § 2. Einteilung der Obligationen; Schuldverbindlichkeit und Verbindlichkeit auf Gegenleistung.

Die Tradition und das B. W. verlangen bei allen Verträgen ohne Ausnahme, sollen sie obligatorisch wirken, das Vorhandensein einer *causa*. In der Gestalt lässt sich die Regel nur aufrecht erhalten, wenn man unter *causa* in verschiedenen Fällen etwas sehr verschiedenes versteht. Es ist daher notwendig, zwischen den einzelnen Verträgen, für welche die in weiterm Sinne als *causa* bezeichneten Umstände nicht dieselbe Bedeutung haben können, zu unterscheiden. Dazu haben wir uns jedoch vorher mit der Einteilung der Obligationen zu beschäftigen. Es handelt sich hauptsächlich um die Obligationen aus gesenseitigen Verträgen. Auf den Begriff des gegenseitigen Vertrags selbst kommt es dabei weniger an. Man pflegt zu sagen, ein Vertrag sei gegenseitig, wenn daraus auf beiden Seiten Verpflichtungen entstehen, „so dass jeder Teil zugleich Gläubiger und Schuldner wird“ (DERNBURG). Es ist wahrscheinlich, dass man in der That, wo von gegenseitigen Verträgen gesprochen wird, etwas andres im Auge hat. Dazu soll nur bemerkt werden, dass Verträge, welche regelmässig gegenseitig sind in diesem Sinne (Kauf, Miete u. s. w.), auch so abgeschlossen werden können, dass daraus (zunächst) nur

auf der einen Seite eine Verpflichtung entsteht. Dadurch aber verlieren dieselben in keiner Weise ihren sonstigen Charakter, und es ist bei keiner der für gegenseitige Verträge geltenden Bestimmungen ein Grund vorhanden, sie in solchen Fällen nicht anzuwenden. Hier kommt es in erster Reihe nicht auf die Einteilung der Verträge an, sondern auf die der Obligationen; im nächsten § soll dann versucht werden, die Verträge einzuteilen nach den aus ihnen entstehenden Obligationen.

Zuerst können diejenigen Verbindlichkeiten ausgesondert werden, bei denen die Leistung in einer persönlichen Bemühung (Aufsicht, Sorge überhaupt, Vertretung bei Rechtsgeschäften u. s. w.) oder nur in einem Unterlassen besteht, und aus diesem Grunde, ungenau ausgedrückt, den Leistenden nichts kostet, — d. h. dass durch die unentgeltliche Übernahme oder sonstige Entstehung der Verpflichtung, eine solche Leistung zu machen, das Vermögen des Obligierten nicht verringert wird. In diesem § ist fortan ausschliesslich von Wertleistungen die Rede.

Verspricht nun jemand einem andern, ihm eine Wertleistung zu machen, z. B. ihm ein Pferd zu liefern, dann ist die daraus entstehende Verpflichtung zunächst danach zu unterscheiden, ob sie selbständig ist, oder ob die Lieferung stattfinden soll gegen Zahlung eines Preises, oder gegen eine sonstige Leistung, die dem Wert des Pferdes wenigstens ungefähr entspricht (Gegenleistung). Der Unterschied in der vermögensrechtlichen Bedeutung dieser beiden Verträge und der aus ihnen entstehenden Verbindlichkeiten beträgt ebensoviel wie der volle Wert des Pferdes. Die einfache (einsitzige) Verpflichtung, einem andern eine Wertleistung zu machen, soll hier, wegen ihres engen Zusammenhangs mit der Schuld, Schuldverbindlichkeit genannt wer-

den, vom Standpunkt des Berechtigten Schuldforderung; dagegen wird die Verbindlichkeit, welche in näher zu erörternden Weise mit einer künftigen Gegenleistung in Verbindung steht, Verbindlichkeit (Forderung) auf Gegenleistung genannt.

Über die Schuldverbindlichkeit, — die einfache Verpflichtung, eine Leistung zu machen ohne weiteres, die Obligation, an welche man an erster Stelle denkt, wenn von einer Obligation im allgemeinen die Rede ist, und wie sie z. B. nach römischem Recht aus der Stipulation entstand, — soll zunächst nur bemerkt werden, dass sie nicht bloss aus einseitigen Verträgen (Versprechen) entsteht, sondern auch aus gegenseitigen Verträgen nach von einer Seite erfolgter Leistung, und dass sie auch die meisten Obligationen umfasst, die nicht aus einem Vertrag entstehen. Dass sie auch aus einem gegenseitigen Vertrag entstehen kann, bedarf der Erläuterung. Die in der Regel gegenseitigen Verträge können auch als sogenannte Realverträge zu stande kommen. Es ist dann, wenn von der einen Seite geleistet ist, der andre Teil zur Gegenleistung (oder doch zur Rückerstattung der erhaltenen Leistung) verpflichtet; solange aber noch von keiner Seite geleistet wurde, ist keiner verpflichtet, zu leisten, oder auch nur die Leistung des andern anzunehmen. Es ist von vornherein klar, dass aus einem solchen Vertrag nur von einer Seite eine Hauptverbindlichkeit entstehen kann (etwaige Nebenverbindlichkeiten kommen für die hier zu entscheidenden Fragen nicht in Betracht), und die Hauptverbindlichkeit ist von der aus einem in der Regel einseitigen Geschäft nicht wesentlich verschieden. So entstand z. B. nach römischen Recht aus einem Darlehn nur die einseitige Verpflichtung, das Erhaltene zurückzugeben. Aber auch aus einem Tausch z. B. entstand, nachdem von der einen Seite

geleistet war, nur eine einseitige Verpflichtung, es möchte nun die sein, die versprochene Sache zu liefern, oder die, die erhaltene zurückzugeben; es hatte nur noch eine Leistung stattzufinden, und damit war das ganze Geschäft erledigt. — Nun sind aus einem gegenseitigen Vertrag im heutigen Sinne in der Regel die Vertragschliessenden schon verbunden vom Augenblick des Vertragsschlusses an, ehe noch eine Leistung stattgefunden hat; die schon vorher auf beiden Seiten bestehende Verpflichtung kann im allgemeinen bezeichnet werden als die Verpflichtung zum Austausch von Leistung und Gegenleistung mitzuwirken. Dadurch aber, dass eine solche Verpflichtung in einem fröhern Stadium des Geschäfts bestanden hat, wird in dieser Hinsicht das Wesen der nach von einer Seite geschehener Leistung auf der andern Seite bestehenden Verpflichtung zur Gegenleistung nicht berührt. Es hat auch in diesem Fall nunmehr nur noch eine Leistung stattzufinden, damit das ganze Geschäft erledigt sei. Vom hier eingenommenen Gesichtspunkt aus besteht, wenn von der einen Seite geleistet ist, auf der andern Seite eine einseitige Verbindlichkeit, und zwar eine Schuldverbindlichkeit; dass sie ihren Ursprung hat in einem gegenseitigen Vertrag, fällt dabei nicht ins Gewicht. Die Unterscheidung, welche hier vorgeschlagen wird, bezieht sich nicht auf den Ursprung der Obligation, wie das bei den üblichen Einteilungen der Fall ist, sondern auf ihren Inhalt. Wenn nun z. B. jemand für den rückständigen Kaufpreis empfangener Waren ein Schuldversprechen abgibt, kann man sagen, dass er vorher aus einem Kauf verbunden ist, und nachher aus einem Schuldversprechen; die Lage kann sich auch insofern geändert haben, dass der andre Teil, um seine Forderung als eine einseitige geltend zu machen, nicht mehr zu beweisen braucht, dass er seinerseits geleistet hat; die

Verpflichtung den Kaufpreis zu zahlen, ist trotzdem nicht einseitiger geworden als sie war, und sie hat keinen andern Inhalt bekommen. Ebenso ist die Verpflichtung dieselbe, wenn z. B. wegen zugefügten Schadens ein Geldbetrag geschuldet wird, oder aus diesem Grunde ein Schuldversprechen abgegeben ist. Damit soll nicht gesagt werden, dass der Ursprung der Obligation für ihr weiteres Schicksal unerheblich ist; der gemeinsame Charakter der verschiedenen Obligationen, die hier Schuldverbindlichkeiten genannt werden, ist aber ausgeprägt genug, um sie gemeinsam Verbindlichkeiten anderer Art gegenüberstellen zu können.

Die Verbindlichkeit auf Gegenleistung besteht wesentlich darin, dass der Obligierte verpflichtet ist, zum Austausch von Leistung und Gegenleistung mitzuwirken; er hat, soviel das an ihm liegt, dafür zu sorgen, dass der Berechtigte die Leistung A für die Leistung B bekommt. Sie kann in drei Gestalten auftreten: 1. Der Obligierte braucht nur zu leisten nach Empfang der Gegenleistung; findet dieselbe statt, dann entsteht eine Schuldverbindlichkeit, kraft welcher er zu leisten verpflichtet ist; vor Empfang der Gegenleistung besteht seine Verpflichtung darin, dass er die Gegenleistung anzunehmen hat. 2. Er braucht nur zu leisten, wenn ihm die Gegenleistung angeboten wird; d. h. er ist nur zur Erfüllung Zug um Zug verpflichtet. 3. Es kann Vorleistung von ihm gefordert werden. In der Regel ist auch in den beiden letztern Fällen anzunehmen, dass er, wenn der andre Teil vorzuleisten wünscht, verpflichtet ist, die Gegenleistung anzunehmen. Was diese verschiedenen Fälle unter sich verbindet, und sie unterscheidet von der Schuldverbindlichkeit, ist, dass die Verbindlichkeit auf Gegenleistung, obwohl sie zu einer Wertleistung verpflichtet, dennoch das Vermögen des Obligierten nicht verringert, wenigstens nicht mit den

vollen Wert der Leistung, zu welcher er verpflichtet ist. Dass weiter die Gegenleistung, soll sie als solche betrachtet werden können, wenigstens ungefähr denselben Wert haben muss wie die Leistung, ist schon gesagt. Aber schon der Vertrag selber macht es wahrscheinlich, dass derjenige, der die Verbindlichkeit übernimmt (also in der Regel beide Teile), zur Zeit des Vertragsschlusses den subjektiven Wert der Gegenleistung für sich für höher gehalten hat als den der von ihm versprochenen Leistung, und dass also jener Wert wahrscheinlich wirklich höher war. Einen Vermögensnachteil bildet die Verbindlichkeit für ihn nur dann (abgesehen von einer möglichen freigebigen Absicht), wenn er sich geirrt hat, oder wenn das Wertverhältnis der beiden Leistungen sich seitdem geändert hat. Der Nachteil beschränkt sich aber jedenfalls auf einen Wertunterschied; ist dieser Unterschied sehr gross, dann kann er sich in einigen Fällen von der Verbindlichkeit befreien. Für die verschiedenen Gestalten der Verbindlichkeit auf Gegenleistung ist über die Beziehung zwischen Leistung und Gegenleistung folgendes zu bemerken. Ist der Obligierte nur nach empfangener Gegenleistung zu leisten verpflichtet, dann ist, wie wir wissen, seine Verpflichtung zu leisten eine Schuldverbindlichkeit; die schon vorher auf ihn ruhende Verbindlichkeit auf Gegenleistung hat nun eigentlich diesen Inhalt, dass er verpflichtet ist, durch Annahme der Gegenleistung jene Schuldverbindlichkeit entstehen zu lassen. Sie lastet auf seinem Vermögen mit dem Wert eines möglichen Wertunterschieds dadurch, dass der Wert der so entstehenden Schuldverbindlichkeit für ihn höher sein kann als der der Gegenleistung. Dasselbe gilt für alle Fälle, in welchen jemand verpflichtet ist, Vorleistung anzunehmen. Weshalb die Verpflichtung zur Erfüllung Zug um Zug auf

dem Vermögen des Obligierten nur lastet mit einem eventuellen Wertunterschied, braucht nicht erklärt zu werden. Bei der Verpflichtung vorzuleisten liegt hierfür der Grund darin, dass durch die Leistung eine Schuldverbindlichkeit zu Gunsten des Obligierten entsteht. Diese Schuldverbindlichkeit ist unter normalen Umständen gleichbedeutend mit der Gewissheit, dass er die Gegenleistung erhalten wird. Dass er nicht zu leisten braucht, wenn diese Gewissheit nicht besteht, oder es sogar feststeht, dass er die Gegenleistung nicht erhalten wird, ist im B. G. B. für zwei Fälle anerkannt; 1. für den Fall, dass die Gegenleistung unmöglich geworden ist infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat (§ 323 und das Rücktrittsrecht des § 325), und 2. für den Fall, dass die Vermögensverhältnisse des andern Teils die Erhaltung der Gegenleistung unsicher machen (§ 321). Weder das eine noch das andre ist im niederländischen Recht im allgemeinen anerkannt; letzteres nur für den Fall des Konkurses (Art. 37 Fw.). In normalen Fällen ist die Gewissheit der Gegenleistung so gross, dass bei den meisten gegenseitigen Verträgen unbedenklich von der einen oder andern Seite vorgeleistet wird, auch ohne dass eine Verpflichtung dazu besteht; überhaupt kommt es in der Regel auf die Reihenfolge der Leistungen wenig an. Wenn daher, wie nach dem B. G. B. (§§ 320 und 322), überall wo keine Verpflichtung, vorzuleisten, übernommen ist, nur ein Anspruch auf Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug besteht, kann daraus nicht geschlossen werden, dass die Vertragschliessenden immer auch wirklich Erfüllung Zug um Zug beabsichtigten, und ist z. B. nicht anzunehmen, dass da überall nur dadurch, dass der eine Teil leistet, der andre in Verzug gerät.

Bei der Verpflichtung, vorzuleisten, muss noch einen

Augenblick stillgestanden werden. Erstens weil sich die Verbindlichkeit auf Gegenleistung in dieser Gestalt am wenigsten von der Schuldverbindlichkeit unterscheidet; ist auf Grund der erstgenannten Verpflichtung eine Verurteilung erfolgt, dann kann die Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden in derselben Weise, wie eine einseitige. Zweitens ist, wie sich später zeigen wird, für das niederländische Recht die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass überall, wo nicht derfordernde Teil zur Vorleistung verpflichtet ist, oder ausdrücklich Erfüllung Zug um Zug verabredet war, der andre Teil verurteilt werden kann, vorzuleisten. Die Verpflichtung, vorzuleisten, unterscheidet sich nach dem soeben gesagten von der Schuldverbindlichkeit dadurch, dass durch den Empfang der Leistung der Empfänger zur Gegenleistung verpflichtet wird (falls er nicht schon freiwillig vorher geleistet hat). Es besteht also eine gewisse Beziehung zwischen der erstgenannten Verpflichtung und einer Verpflichtung des andern Vertragsteils. Betrachtet man nun das aus gegenseitigen Verträgen entstehende obligationenrechtliche Verhältnis als bloss zusammengestellt aus zwei Verpflichtungen, welche je nur die Bewirkung der von jeder Seite versprochenen Leistung zum Objekt haben — eine Betrachtungsweise, über welche das römische Recht nie hinaus gekommen ist — dann lässt sich diese Beziehung nicht gehörig erklären. Dazu ist es unbedingt notwendig, zu unterscheiden zwischen der vom Vertragsschluss an bestehenden Verbindlichkeit auf Gegenleistung und der nach erhaltener Gegenleistung entstehenden Schuldverbindlichkeit. Wenn A dem B versprochen hat, ihm ein (bestimmtes) Pferd zu liefern für fl. 500, hat die daraus für A entstandene Verpflichtung ihren besondern Charakter (als Verbindlichkeit auf Gegen-

leistung) dem Umstand zu verdanken, dass, wenn die Lieferung des Pferdes stattfindet, eine Schuldverbindlichkeit entsteht, kraft welcher B verpflichtet ist dem A fl. 500 zu zahlen, und nicht einer gleichzeitig mit der des A (vom Vertragsschluss an) etwa bestehenden Verpflichtung des B, das Pferd anzunehmen. Letztere kann, wie oben schon angedeutet wurde, und jetzt näher ausgeführt werden soll, auch fehlen, ohne dass dadurch die Verpflichtung des A einen wesentlich andern Charakter erhält.

Nur dadurch, dass man, wie hier geschehen ist, auf jeder Seite die unmittelbar aus dem Vertrag entstandene Verbindlichkeit für sich und als unabhängig von der mitunter auf der andren Seite gleichzeitig bestehenden Gebundenheit ähnlicher Art behandelt, und sie nur in Verbindung bringt mit einer später eventuell aus einer Vorleistung entstehenden Schuldverbindlichkeit, — nur dadurch können die verschiedenen Fälle aufgeklärt werden, in denen aus in der Regel gegenseitigen Verträgen nur auf einer Seite eine Gebundenheit entsteht. Man denke zunächst an den Fall, dass ein solcher Vertrag von zwei handlungsfähigen Personen absichtlich so abgeschlossen wird, dass nur die eine obligiert sein soll. Wie die Folgen des Vertrages sich für beide Vertrags-teile darauf beschränken können, dass, wenn von der einen Seite geleistet wird, auch die Gegenleistung zu erfolgen hat, so dass keiner der Vertragschliessenden vorher zu etwas verpflichtet ist (Realvertrag), so können auch für den einen Vertragsteil die Folgen des Vertrages sich darauf beschränken, dass er zu leisten verpflichtet ist, wenn er die Gegenleistung annimmt, während der andre Teil sofort obligiert ist. A kann sich dem B verpflichten, ihm, wenn er es wünscht, für fl. 500 ein Pferd zu liefern, ohne dass B sich verpflichtet, dem A das Pferd für den Preis abzunehmen;

oder umgekehrt, B verpflichtet sich, es dem A abzunehmen, ohne dass A sich verpflichtet, es ihm zu liefern. Auch diese einseitige Verbindlichkeit auf Gegenleistung kann in den drei oben beschriebenen Gestalten auftreten: Der Obligierte braucht nur zu leisten, nachdem er die Gegenleistung empfangen hat, die er jedoch anzunehmen verpflichtet ist, — oder er braucht nur zu leisten, wenn ihm die Gegenleistung angeboten wird, — oder er ist verpflichtet, vorzuleisten. — In der Regel nun ist die Verpflichtung, zum Austausch von Leistung und Gegenleistung mitzuwirken auf beiden Seiten vorhanden. Dann ist das Bestehen einer ähnlichen Verpflichtung auf der andern Seite insofern erheblich, dass das Unterbleiben der Erfüllung nach einer angemessenen Frist (nach niederländischem Recht vom Richter zu bestimmen, Art. 1302 B. W.) dem andern Teil das Recht giebt, sich von der auf ihm ruhenden Verpflichtung zu befreien (nach niederl. R.: Auflösung des Vertrags; nach dem B. G. B.: Rücktritt). Dieses nun findet allerdings auf den Fall, dass nur der eine Vertragsteil gebunden ist, keine buchstäbliche Anwendung, denn der nicht gebundene Teil kann sich nicht befreien von einer Verpflichtung, welche für ihn nicht besteht. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb ihm nicht dennoch das Recht gewährt werden sollte, seine Leistung zurückzufordern, falls er sie schon bewirkt hatte. Und auch wenn er noch nicht geleistet hatte, is die sogenannte Auflösung (*ontbinding*) des Art. 1302 B. W. für ihn nicht ohne Interesse, denn diese bewirkt nicht nur die Befreiung des Klägers, sie ist auch nötig um das dort erwähnte Recht auf Schadenersatz zu begründen, welches voraussetzt, dass auch vom Beklagten keine Erfüllung mehr gefordert werden kann. (Das Rücktrittsrecht des § 326 B. G. B. ist nicht mit einem Anspruch auf Schadenersatz verbunden.) — Die

Gebundenheit kann aus verschiedenen Gründen eine einseitige sein; es gehören hierher z. B. die sogenannten negotia claudicantia, aus denen nur der eine Teil gebunden ist, weil der andre Teil nicht geschäftsfähig war, und die Gebundenheit aus dem Angebot eines gegenseitigen Vertrags an einen Abwesenden. In der Regel entsteht auch für den anfangs nicht gebundenen Teil, schon ehe er die Leistung des gebundenen Teils empfangen hat, eine Verbindlichkeit (auf Gegenleistung), infolge einer Erklärung seinerseits, welche je nach dem besondern Fall einen verschiedenen Inhalt hat. Auch der oben behandelte fertige, vollgültige Vertrag, welcher eine einseitige Gebundenheit absichtlich erzeugen soll, ist in der Regel nicht, wie oben angenommen wurde, auf der einen Seite Realvertrag; auch dort soll in der Regel der anfänglich nicht gebundene Teil, schon ehe ihm geleistet ist, sich durch eine Erklärung binden. Diese später eintretende Verbindlichkeit auf Gegenleistung auf der andern Seite ist aber ebenso unerheblich wie eine gleichzeitige. Hier soll auch nur betont werden, dass eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung auf der einen Seite vorhanden sein kann, ohne dass sie gleichzeitig auf der andern Seite vorhanden ist, und dass sie sich von einer einseitigen Verbindlichkeit im gewöhnlichen Sinne (Schuldverbindlichkeit) dadurch unterscheidet, dass, wenn der Obligierte später wirklich zu leisten hat, auch die Gegenleistung stattfinden muss.

Die Verbindlichkeit auf Gegenleistung kommt nicht nur vor bei den in der Regel gegenseitigen Geschäften, wie Kauf, Miete u. s. w., sondern mitunter auch bei in der Regel einseitigen Geschäften, welche übrigens, auch wenn sie in dieser Gestalt auftreten, nicht zu den gegenseitigen gerechnet zu werden pflegen. Insbesondere wird hier ge-

dacht an die durch Vertrag übernommene Verpflichtung, ein Darlehn zu geben. Hat ausserdem der andere Vertragsteil sich verpflichtet, das Darlehn anzunehmen (der Darlehngeber kann daran ein Interesse haben, wenn Zinsen bedungen sind), dann sind alle Elemente anwesend eines, wie man sagen könnte, beiderseitig bindenden gegenseitigen Vertrages. Was unterscheidet einen solchen Vertrag von denjenigen, welche man gegenseitige zu nennen pflegt? Die Frage ist äusserst lehrreich. Nehmen wir an, dass A dem B versprochen hat, ihm am 1 Jan. 1901 fl. 500 auszuzahlen, und B dem A, ihm am 1 Jan. 1902 diesen Betrag nebst 5% Zinsen, also im ganzen fl. 525, zurückzugeben. Es ist nun erstens von vornherein klar, dass hier an zwei selbständige einseitige Verpflichtungen, eine des A, dem B Anfang 1901 fl. 500 zu zahlen, und eine des B, dem A Anfang 1902 fl. 525 zu zahlen, nicht gedacht werden kann; völlig abstrakte Verträge in diesem Sinne, das würde heissen völlig sinnlose, giebt es nicht. Die Verpflichtung des A ist nicht, fl. 500 zu geben schechthin, sondern fl. 500 zu geben als Darlehn, d. h. mit der Massgabe, dass B. ihm nach einiger Zeit denselben Betrag zurückzahlte. Ebensowenig ist die Verpflichtung des B, fl. 525 zu geben schlechthin, sondern fl. 500 zurückzugeben, und fl. 25 zu zahlen als Zinsen, d. h. als Entgelt für ein erhaltenes Darlehn. Beide Verpflichtungen setzen voraus, dass die Darlehnssumme wirklich ausgezahlt ist. Besonders die Verpflichtung, das Dargeliefene zurückzuzahlen, entsteht erst durch die Auszahlung, und sogar aus der Auszahlung der Darlehnssumme, mehr noch als aus dem Vertrag. Beim Darlehn hat man diesen Zusammenhang im allgemeinen nie verkannt. Ungefähr dasselbe aber kommt, wie wir wissen, auch bei gegenseitigen Verträgen vor. Nehmen

wir an, dass A dem B versprochen hat, ihm den 1. Jan. 1901 ein Pferd zu liefern, und B dem A, ihm den Kaufpreis ad fl. 500 nebst 5% Zinsen zu zahlen ein Jahr nach der Lieferung. Aus diesem Vertrag kann im Prinzip ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises auch nur entstehen durch die Lieferung der verkauften Sache. Zwischen beiden Fällen besteht aber folgender Unterschied. Wenn auch im letztern Fall verabredet ist, dass erst einige Zeit nach der Lieferung gezahlt werden soll, so würde doch der Zweck des Vertrags als Kaufvertrag, d. h. der Austausch von Sache und Kaufpreis, ebensogut dadurch erreicht werden können, dass gleichzeitig geliefert und gezahlt würde, oder zuerst gezahlt und dann geliefert. Es ist daher z. B. denkbar, dass man dem Verkäufer, falls der Käufer länger als ein Jahr im Verzug der Annahme bleibt, das Recht einräumt auf Zahlung des Kaufpreises zu klagen (anders § 322 Abs. 2 B. G. B.). Beim Darlehn dagegen hätte erstens eine gleichzeitige Auszahlung und Rückzahlung keinen Sinn, und würde auch der Zweck des Vertrags als Darlehnsvertrag, d. h. ein Darlehn von A an B, verfehlt werden, wenn B zuerst etwas an A auszahlte, und dieser später dieselbe Summe an B zurückgab. Die Reihenfolge der Leistungen ist für den Kaufvertrag im allgemeinen gleichgültig, für den Darlehnsvertrag wesentlich. Zur Erfüllung des letztern gehört notwendig, erstens dass zwischen den beiden Leistungen einige Zeit vergeht, und zweitens dass die Leistung des Darlehngabers vorangeht. Es entsteht also beim Darlehn notwendig eine Schuldverbindlichkeit, und zwar notwendig auf Seiten eines vorher bestimmten Vertragsteils. Dass der Darlehnsvertrag zu den einseitigen gerechnet zu werden pflegt, hat darin seinen ersten Grund. Zu den Realverträgen des römischen Rechts

wurde oben bemerkt, dass auch beim Tausch immer nur eine Hauptverbindlichkeit, und zwar eine Schuldverbindlichkeit, entsteht; es ist dann aber in der Regel nicht im voraus bestimmt, auf welcher Seite sie entstehen wird. Ein zweiter Grund liegt darin, dass beim Darlehn die Verpflichtung, es zu geben, oder die, es anzunehmen, erst in späterer Zeit vorkommt (vgl. für das römische Recht in Bezug auf das erste fr. 68 D. 45,1; in Bezug auf das letzte fr. 30 D. 12,1). Drittens kann vielleicht auch jetzt noch im Zweifel angenommen werden, dass bei einem verabredeten Darlehn die Vertragschliessenden sich nicht haben verpflichten wollen, es zu geben und es anzunehmen, während bei in der Regel gegenseitigen Verträgen sofortige Gebundenheit auf beiden Seiten zu vermuten ist. — In Bezug auf die in der Regel gegenseitigen Verträge geht aus dem Gesagten hervor, dass sie wesentlich T a u s c h v e r t r ä g e sind in einem weiten Sinne, zu deren essentialia die Verschiedenheit der Leistungen gehört; sie sollen hier fortan so genannt werden, und, wenn nötig, als einseitig und beiderseitig bindende Tauschverträge unterschieden werden. Zu den Verträgen der andern Kategorie, welche K r e d i t v e r t r ä g e genannt werden sollen, gehört nur das Versprechen, ein Darlehn zu geben, obwohl es nicht undenkbar wäre, dass nur zum Zweck der Kreditverleihung die Rückgabe von etwas anderm als dem Empfangenen verabredet würde. Eher lässt sich sagen, dass eine Verabredung, nach welcher dasselbe zurückgegeben werden soll, nur Kreditverleihung bezeichnen kann; dabei macht es keinen Unterschied, wenn mit der Kreditverleihung eine Art Aufbewahrung in genere bezeichnet wird (*depositum irregulare*, das heutige *Deposito*), oder vielmehr eine fruchttragende Verwaltung des Dargelehenen durch den Darlehnsempfänger auf eigene Gefahr.

für den Darlehnsgeber (vgl. § 700 B. G. B.). Wie bei jeder Einteilung, so kann auch hier die Unterbringung einiger Verträge bei der einen oder der andern Kategorie ihre Schwierigkeit haben; wie aus dem Obigen hervorgeht, ist es denkbar, dass zwei Verträge sich hauptsächlich nur unterscheiden durch ihre Analogie mit weiter aus einander liegenden Fällen.

Die letzten Seiten handeln schliesslich mehr von der Einteilung der Verträge als von der der Obligationen; es war das aber nötig, um zu zeigen, wie aus verschiedenartigen Verträgen gleichartige Verbindlichkeiten entstehen können. Wenn auch, wie aus den oben gegebenen Beispielen hervorgeht, die Verpflichtung, ein Darlehn zu geben, nicht in jeder Beziehung dieselbe ist, wie die Verpflichtung, vorzuleisten bei einem Kauf, so sind doch beide Verbindlichkeiten auf Gegenleistung, weil bei beiden der Obligierte, wenn er leistet, dadurch einen Anspruch gewinnt auf eine Gegenleistung. Ebenso sind die Verpflichtung, ein erhaltenes Darlehn zurückzuzahlen, und die Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen für ein erhaltenes Pferd, beide Schuldverbindlichkeiten.

Der Hauptunterschied zwischen Schuldverbindlichkeit und Verbindlichkeit auf Gegenleistung liegt, wie gesagt, im Vermögenswert; erstere hat im Prinzip den Wert der Leistung, zu welcher der Obligierte verpflichtet ist, der Wert des letztern ist das sogenannte Erfüllungsinteresse. Der Unterschied spricht sich daher am deutlichsten aus, wo das Unterbleiben der Erfüllung zu einer Ästimation des Interesse führt, entweder so, dass der Obligierte von vornherein nur zur Zahlung eines Geldbetrages verurteilt wird, oder in der Weise, dass er zwar zu einer bestimmten Leistung verurteilt wird, bei deren Unterbleiben aber im Wege der Zwangs-

vollstreckung nur ein Geldbetrag erhalten werden kann. Bezeichnend ist es in dieser Beziehung, dass nach römischem Recht, wer sich mittelst Stipulation verpflichtet hatte, ein Darlehn zu geben, nicht verurteilt werden konnte zur Zahlung des versprochenen Betrages, sondern nur zur Erstattung des Interesse, weshalb es sich empfahl, eine Conventionalstrafe zu stipulieren (vgl. das oben citierte fr. 68 D. 45, 1). Daraus geht hervor, dass die römische condemnatio sich nicht nur auf eine Geldecondemnation beschränkte, sondern in der That auf eine Erstattung des Interesse, und diese Eigentümlichkeit somit nicht ausschliesslich durch die Technik der Zwangsvollstreckung bedingt war. Bemerkenswert ist auch, dass man sich in diesem Fall nicht der einfachen Stipulation auf geben (spondesne C dare?) bediente, m. a. W. dass eine stipulatio credendi causa nicht vorkam. Es fehlte also im römischen Recht entweder die Möglichkeit oder die Sitte, sich die wirkliche Auszahlung eines Darlehns zu sichern. Nach niederländischem Recht ist es fraglich, ob demjenigen, der in obligierender Weise (im Zweifel muss, wie schon bemerkt wurde, angenommen werden, dass nur ein Realvertrag beabsichtigt war) versprochen hat, ein Darlehn zu geben, im Wege der Zwangsvollstreckung der versprochene Betrag genommen werden kann. Auch die Tauschverträge bieten in dieser Beziehung viel Unklares, wie überhaupt das sogenannte materielle Prozessrecht, für welches eine Litteratur fast gänzlich fehlt, und wobei die Praxis sich hauptsächlich leiten lässt von einem, durch Tradition entstandenen, unmittelbaren Empfinden. Es soll hier nur zweierlei bemerkt werden: 1. Wer aus einem Tauschvertrage klagt, pflegt, wenn er seinerseits geleistet hat, dieses in der Klageschrift zu behaupten. 2. Wenn noch von keiner Seite geleistet ist, wird fast immer Auflösung

des Vertrags und Erstattung des Erfüllungsinteresse gefordert. — Nach dem B. G. B. soll derjenige, welcher auf Grund der Nichterfüllung von Seiten des andern Teils vom Vertrage zurücktritt, keinen Anspruch haben auf das Erfüllungsinteresse. In den Motiven zum Entw. I. Les. (II, S. 211, ad § 369) wird darüber gesagt: „Rücktritt und aus „dem Vertrage entspringender Anspruch auf Schadenersatz „schliessen sich aus. Denn der Rücktritt soll die Beteiligten „in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen „wäre (§ 427). Hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das „Erfüllungsinteresse nicht.“ Es ist jedoch die Frage gestattet, ob es wirklich richtig oder angemessen war, dieses Rücktrittsrecht dem vertragsmässigen Rücktrittsrecht gleichzustellen, das nicht wie dieses voraussetzt, dass die Erfüllung durch die Schuld des andern Teiles unterbleibt. A und B haben einen Tauschvertrag geschlossen. Nehmen wir an, es sei ein Tausch in engerm Sinne vereinbart; A soll dem B die Sache a liefern, und dieser dafür dem A die Sache b. A wünscht, dass der Vertrag erfüllt werde; B verweigert seine Mitwirkung. Wird nun dem B, entweder nach Art. 1302 B. W. vom Richter, oder nach § 326 B. G. B. von A, eine Nachfrist bestimmt, und ist B bis nach deren Ablauf säumig geblieben, dann ist davon die Wirkung, dass, wenn auch A es ist, der die Erfüllung ablehnt, doch nicht dieser, sondern B, für die Nichterfüllung verantwortlich zu machen ist. A kann das in zweifacher Weise ausnutzen. Er kann seinerseits leisten, oder, wenn er schon geleistet hatte, B das schon Geleistete behalten lassen, und hat dann Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er dadurch leidet, dass ihm die Sache b nicht geliefert ist. Er kann aber auch die Sache a behalten, oder, falls er sie schon geliefert hatte, zurückfordern. Erhält er sie zurück, dann ist allerdings der Zu-

stand hergestellt, der bestanden haben würde, wenn das Geschäft nicht zu stande gekommen wäre. Das ist indessen nicht genug, denn B war verpflichtet, dafür zu sorgen, dass er statt der Sache a die Sache b bekommen sollte, und es ist seine Schuld (die Schuld des B), dass das nicht geschehen ist; er ist also verpflichtet, dem A das Interesse zu erstatten, das er daran hatte (daran, dass er die Sache b bekam statt der Sache a). — Es war hier deshalb über diese Frage zu sprechen, weil in der Verpflichtung, das Erfüllungsinteresse zu erstatten, sich das Wesen der Verbindlichkeit auf Gegenleistung klar und deutlich ausspricht. Das Erfüllungsinteresse ist der Wert der Verbindlichkeit auf Gegenleistung. So hat man es übrigens auch immer verstanden, wenn die Erfüllung infolge des Konkurses des einen Vertragsteils unterbleibt.

Fast immer, sagten wir, wird, wenn noch von keiner Seite geleistet ist, Auflösung und Schadenersatz gefordert. Kann in jenem Stadium auch Leistung gefordert werden, und unter welchen Voraussetzungen? Muss der Kläger vor oder bei Erhebung der Klage seinerseits Leistung anbieten? Muss er sich wenigstens bereit erklären, auch seinerseits zu leisten? Ist infolgedessen der Beklagte so zu verurteilen, dass er nicht zu leisten braucht, wenn ihm nicht die Leistung des Klägers angeboten wird (Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug)? Muss die Klage von vornherein beschränkt werden auf eine Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug? Die niederländischen Gesetzbücher enthalten darüber keine Bestimmungen; es ist lediglich zu entscheiden nach der Natur der gegenseitigen Verträge und der mutmasslichen Absicht der Vertragschliessenden. Hier soll nur folgendes bemerkt werden. Wie von vielen behauptet wird, ist im allgemeinen keiner verpflichtet, zu leisten, wenn ihm nicht

die Gegenleistung angeboten wird. Dass etwas derartiges dem praktischen Bedürfnis entspricht, oder entsprechen würde, soll hier nicht in Frage gestellt werden; ob es nicht im allgemeinen der Absicht der Vertragschliessenden entspricht, soll ebenfalls dahingestellt bleiben; dass es aber logischerweise aus dem Wesen der Tauschverträge hervorgehe, muss entschieden verneint werden. Dass der Kläger ein verschiedenes Recht hat, je nachdem er schon geleistet hat oder noch nicht, wird hier darzulegen versucht; es kommt aber im letztern Fall weniger an auf die Erfüllung Zug um Zug, als auf etwas andres. Es wird sowohl von denen, die nur ein Recht auf Erfüllung Zug um Zug annehmen, wie auch hier, davon ausgegangen, dass, wenn der Kläger noch nicht geleistet hat, die Leistungspflicht des Beklagten sich dadurch von einer einseitigen Verbindlichkeit unterscheidet, dass sie in einer gewissen Beziehung steht zu einer künftigen Leistung, oder, wenn man will, zu einer Leistungspflicht, auf Seiten des Klägers. Diese Beziehung besteht aber nicht darin, oder braucht nicht notwendig darin zu bestehen, dass der Beklagte nur nach oder gleichzeitig mit dem Kläger zu leisten hat, sondern darin, dass der Kläger überhaupt noch zu leisten hat. KELLER (Jahrb. f. d. gem. Recht, IV, S. 341) unterstellt, dass ein Pferd verkauft ist für 200 Thlr., und fragt dann: „Wird etwa der Käufer denken: der ist mir dies „Pferd schuldig geworden, gleich als wenn es ihm schenkweise versprochen wäre? oder der Verkäufer: „der ist mir 200 Thlr. schuldig geworden, gleich als wenn er ihm diese Summe dargeliehen hätte? „Gewiss nicht.“ Nach KELLER liegt nun der Unterschied darin, dass diese Leistungen nur beansprucht werden können, wenn die Gegenleistung angeboten wird. Wir können aber

fragen: Wenn einer der beiden verpflichtet ist, vorzuleisten, schuldet er dann etwa seine Leistung, als ob er sie schenkweise versprochen hätte, oder als ob er ein Darlehn erhalten hätte? Einfache Verurteilung zur Leistung ohne weiteres kann nur derjenige fordern, sagt KELLER (p. 343), der seinerseits geleistet hat. „Soll er dies mit Recht fordern können, dann muss die von seiner Seite bereits geschehene „Erfüllung, oder was ihr gleichkommt, vorliegen, und solche „gehört dann allerdings unentbehrlich zu seinem Klagegrund, „denn durch diese Thatsache erst ist seine Forderung zu „einer einseitigen, selbständigen und absoluten geworden.“ Wenn aber der Beklagte verpflichtet ist, vorzuleisten, dann ist seine Verpflichtung ebensowenig eine „einseitige, selbständige und absolute“ und doch muss er da verurteilt werden können, zu leisten, ohne dass ihm die Gegenleistung angeboten wird. Darin kann also nicht das Merkmal liegen der Verbindlichkeit auf Gegenleistung. Und zwar nicht nur, weil das Recht, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, in bestimmten Fällen vertragsmässig ausgeschlossen sein kann, sondern weil, ohne dass dadurch das Wesen der gegenseitigen Verträge verkannt würde, auch angenommen werden kann, dass es, wo die Gesetze darüber schweigen, nur vorhanden ist, wenn es ausdrücklich vereinbart ist. Es kann auch angenommen werden, dass die Reihenfolge der Leistungen, wenn darüber nichts vereinbart ist, den Vertragschliessenden gleichgültig war, und dass derjenige zuerst zu leisten hat, von dem zuerst Leistung gefordert wird. Ob das im allgemeinen der Absicht der Parteien widersprechen würde, ist hier die Frage nicht, sondern ob es dem Wesen der gegenseitigen Verträge widersprechen würde. Es würde das ebensowenig wie die Zulässigkeit einer vertragsmässigen Vorleistungspflicht. Im normalen Fall, wenn

freiwillig geleistet wird, und von einem Prozess keine Rede ist, wird unbedenklich vom einen oder vom andern Teil vorgeleistet. Weshalb das möglich ist, haben wir oben gesehen. Wer zuerst leistet, erhält dadurch ein einseitiges Forderungsrecht auf die Gegenleistung; wo auf der andern Seite anfangs ebenfalls nur eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung bestand, besteht, nachdem die erste Leistung stattgefunden hat, eine Schuldverbindlichkeit. Dieses einseitige Forderungsrecht auf die Gegenleistung hat unter normalen Umständen den Wert der Gegenleistung. Das Zurückbehaltungsrecht ist, wo es vorhanden ist, nur eine Sicherung der Gegenleistung (vgl. fr. 13, § 8 D. 19, 1); das Wesentliche ist der Anspruch auf die Gegenleistung, und ein solcher Anspruch entsteht aus der ersten Leistung immer, ungeachtet, ob freiwillig vorgeleistet wird oder infolge einer Verurteilung, und im letztern Fall ungeachtet, ob die Verpflichtung, vorzuleisten, vertragsmässig übernommen war, oder nur versäumt war, die Leistungspflicht auf Erfüllung Zug um Zug zu beschränken.

Wir nehmen also für das niederländische Recht an, dass, wo nicht der Kläger vorzuleisten hat, oder aus irgend einem Grunde nur eine Verpflichtung zur Erfüllung Zug um Zug als vorhanden zu betrachten ist, auch auf Grund einer Verbindlichkeit auf Gegenleistung auf Verurteilung zur Leistung ohne weiteres geklagt werden kann, und nicht nur auf Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug. Steht nun eine solche Verurteilung völlig gleich mit der Verurteilung auf Grund einer Schuldverbindlichkeit, wie sie z. B. erfolgt, wenn der Kläger schon geleistet hat? Das ist gewiss nicht der Fall, wenn es auch aus der eigentlichen Verurteilung, dem Tenor des Urteils, nicht hervorgeht. Darin spricht sich in diesem Fall nun allerdings die Be-

deutung des Urteils nicht so deutlich aus, wie es zu wünschen wäre. Auch wenn nicht verurteilt wird zur Erfüllung Zug um Zug, sollte doch möglichst deutlich im Urteil ausgedrückt werden, dass verurteilt wird zu einer Leistung auf Gegenleistung. Der Umstand, dass durch den Empfang einer Leistung eine Schuldverbindlichkeit entsteht, kraft welcher der Empfänger eine Gegenleistung zu machen hat, macht in einem gewissen Sinne die Leistung zu einer andern; jedenfalls wird dadurch die Leistungspflicht eine andre, und ebenso die Verurteilung zur Leistung. Am deutlichsten tritt das beim versprochenen Darlehn zum Vorschein. Wenn A dem B versprochen hat, ihm ein Darlehn zu geben von fl. 500, wird er ihm diesen Betrag nicht geben auf die Behauptung des B hin, dass er diesem aus einem früheren Geschäft noch fl. 500 schuldet; er wird das Geld nur geben, wenn B anerkennt, durch den Empfang Schuldner des A zu werden. Verlangt er einen schriftlichen Beweis der Auszahlung, dann wird er sich nicht begnügen mit einer einfachen Quittung, aus welcher zu schliessen wäre, dass er dem B die Summe geschuldet hätte, sondern er lässt ihn erklären, dass er sie als Darlehn empfangen hat, oder auch nur dass er ihm fl. 500 schuldet oder zu zahlen verspricht. Ist es in einem solchen Falle möglich, den A verurteilen zu lassen zur Zahlung von fl. 500, dann sollte er auch nur verurteilt werden, sie als Darlehn zu zahlen. Dasselbe gilt nun auch für Tauschverträge, wenn es dort auch nicht so deutlich zum Vorschein tritt. Wie derjenige, welcher aus einer Schuldverbindlichkeit zu fordern berechtigt ist, nur eine Leistung anzunehmen braucht, die ihm gemacht wird als eine geschuldete, so braucht derjenige, welcher zur Leistung auf Gegenleistung verpflichtet ist, nur zu leisten, - wenn seine Leistung angenommen wird als eine nicht geschuldete, im

Gegenteil, als eine, infolge deren der Empfänger zu schulden anfängt. Später soll bemerkt werden, dass es nach der heutigen Sitte nicht üblich ist, auf Grund einer Verbindlichkeit auf Gegenleistung ein Schriftstück abzugeben, in welchem einfach eine Leistungspflicht anerkannt wird, unbedingt, ohne die für die Leistung erwartete Gegenleistung zu erwähnen. Wenn nun auch das Urteil eine Erkennung, ein Erkenntnis, sein soll, und nicht bloss eine Ermächtigung zur Zwangsvollstreckung, wenn es das zwischen den Parteien bestehende Verhältnis klarstellen soll, dann müsste, wenn jemand auf Grund einer Verbindlichkeit auf Gegenleistung verurteilt wird, zu leisten, auch dabei die Gegenleistung erwähnt werden. Wer ein Pferd verkauft hatte für fl. 500, müsste verurteilt werden, das Pferd zu liefern „gegen Zahlung“, d. h. mit der Massgabe, dass der Käufer zu zahlen hätte, wenn auch nicht Zug um Zug. Darauf, nämlich auf die Anerkennung, dass der Kläger, wenn er die Leistung erhält, auch seinerseits zu leisten hat, kommt es an, mehr als auf die Erfüllung Zug um Zug. Auch in einer solchen Verurteilung würde der wirkliche Charakter der Verbindlichkeit auf Gegenleistung sich deutlich aussprechen. — Nun ist aber zu bemerken, das in der jetzigen Praxis auf einem Umwege thatsächlich dasselbe erreicht wird. Nehmen wir einen Augenblick an, dass auf Grund einer Verbindlichkeit auf Gegenleistung nur eine Verurteilung wie die soeben beschriebene erfolgen könnte, dann müsste selbstverständlich die Klage eine ähnliche Klausel enthalten. Nun enthält aber tatsächlich, wenn auch in andrer Form, die Klageschrift nach der jetzigen Praxis schon dasselbe. Denken wir uns, dass A dem B für fl. 500 ein Pferd verkauft hat. Möglicherweise kann nun A, auf die einfache Behauptung hin „dass B ihm ein Pferd verkauft habe für

fl. 500", ohne weiteres fordern, dass dieser verurteilt werde, es ihm zu liefern. Er kann aber keineswegs ohne weiteres geltend machen, „dass B ihm versprochen habe, ihm ein Pferd zu liefern", ohne etwas von Kauf oder Kaufpreis zu erwähnen. Mit einer solchen Klage würde er in den Niederlanden, wie in Frankreich und in Deutschland, ohne Zweifel abgewiesen werden, wenn es sich herausstellte, dass kein einseitiges Versprechen, sondern ein Tauschvertrag zu stande gekommen war. Man hat das in verschiedener Weise zu motivieren versucht. Nach der herrschenden Auffassung enthielt der Kaufvertrag allerdings ein solches Versprechen, es könnte aber nur unter Angabe des „Bestimmungsgrundes" oder etwas derartigem geltend gemacht werden; der Kläger hätte die das Versprechen begleitenden Umstände darzulegen, u. s. w. Das alles ist immer ziemlich unbestimmt geblieben; ein allgemeiner Ausdruck für das, was der Kläger in den weit auseinander liegenden Fällen, in denen nach dieser Theorie ein „materieller" oder „Causal"-vertrag vorliegt, anzuführen hätte, war nicht zu finden. Man musste notwendig auf ein *jus in causa positum* verweisen, m. a. W. auf das juristische Empfinden. Eben die Gesetze dieses Empfindens hat aber die Rechtswissenschaft an erster Stelle zu erforschen. Der eigentliche Grund, weshalb die oben erwähnte Klage im angedeuteten Falle nicht genügen würde, ist, dass B überhaupt nicht versprochen hat, schlechthin ein Pferd zu liefern (nicht, dass er es nicht schlechthin versprochen hat), sondern nur, ein Pferd zu liefern gegen Zahlung von fl. 500, m. a. W. dass er nicht eine Schuldverbindlichkeit, sondern eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung übernommen hat. — Wird nun, wie also erforderlich ist, vom Kläger ausgeführt, „B habe ihm versprochen, ihm ein Pferd zu liefern gegen Zahlung von fl. 500", oder,

was dasselbe ist, „B habe ihm für fl. 500 ein Pferd verkauft“, und erfolgt daraufhin die Verurteilung des B, das Pferd zu liefern, dann wird thatsächlich nicht nur aus der Klage, sondern auch aus dem Urteil hervorgehn, dass es sich handelt um eine Leistung auf Gegenleistung, und zwar weil das Urteil als Ganzes auch die Klage zu enthalten pflegt. Der eigentliche Inhalt der Verurteilung ist in der Klage zu suchen; diese ist wie eine Bitte, welche vom Richter in der Regel nur mit „bewilligt“ oder „nicht bewilligt“ beantwortet wird.

Das veranlasst indessen noch eine andre Frage. Wenn Klage erhoben wird aus einem gegenseitigen Vertrag, und noch von keiner Seite geleistet ist, wird das in der Regel aus der Klage hervorgehn. Muss das auch zur Bedingung gestellt werden für die Richtigkeit der Klage? Muss in der Klage in irgendwelcher Form anerkannt werden, dass von Seiten des Klägers noch nicht geleistet ist? Das in diesem § Ausgeführte giebt zu einer solchen Frage einige Veranlassung. Nur nachdem der Kläger geleistet hat, ist seine Forderung eine einseitige; sie kann also vorher nicht wie eine einseitige geltend gemacht werden. Wenn in der Klage nur eine Leistungspflicht des Beklagten behauptet, und keine Leistungspflicht des Klägers erwähnt wird, und daraufhin eine Verurteilung erfolgt, könnte daraus geschlossen werden, die Leistungspflicht des Beklagten sei eine einseitige gewesen, und der Kläger hätte schon geleistet. Wäre eine solche Schlussfolgerung gerechtfertigt, dann müsste die Klage abgewiesen werden; der Beklagte könnte verlangen, dass im Prozesse, wie bei der Leistung, feststände, dass noch eine Gegenleistung zu erfolgen hat. Einem derartigen Zweck, wenn auch keinem andern, könnte die Erklärung des Klägers dienen, er sei bereit, wenn der Beklagte, die

geforderte Leistung macht, auch die Gegenleistung zu machen. Eine solche Erklärung wird immer dazu beitragen, den Rechtstreit klarzustellen, auch wenn sie sonst keine direkten materiellen Folgen hat. Im allgemeinen ist es fast undenkbar, dass während des ganzen Prozesses dahingestellt bleibt, und auch aus dem Urteil nicht ersichtlich ist, ob der Kläger schon geleistet hat oder nicht. Dennoch muss die gestellte Frage verneint werden. Allerdings ist in zehn Fällen neunmal die einfache Klage auf Leistung aus einem Tauschvertrag, sagen wir die Klage auf Zahlung eines Kaufpreises, eine Klage auf Zahlung für verkauftes und gelieferte Waren. Wenn aber einmal auch vor der Lieferung ohne weiteres auf Zahlung des Kaufpreises geklagt werden kann, ist sie es nicht, wenn nicht ausdrücklich behauptet wird, die Lieferung hätte stattgefunden. Dann aber muss auch angenommen werden, dass, wenn eine Verurteilung erfolgt auf die Klage hin: „der Beklagte hat von mir ein Pferd gekauft für fl. 500, und nun fordre ich, dass er verurteilt werde, mir diesen Betrag zu zahlen“, — dass damit dann auch nicht ausgemacht ist, dass der Kläger das *Pferd schon geliefert hatte*. Der Beklagte kann also später noch die Lieferung des Pferdes fordern, und der ursprüngliche Kläger hat, wenn er dann behauptet, die Lieferung *hätte damals schon stattgefunden, das zu beweisen*. Wollte man das letztere verneinen, dann müsste man die oben gestellte *Frage bejahen*.

### § 3. Einteilung der Verträge; die einzelnen Verträge und die daraus entstehenden Verbindlichkeiten.

Wie aus verschiedenartigen Verträgen gleichartige Verbindlichkeiten entstehen können, und also die Verbindlichkeiten nicht eingeteilt werden können nach den Verträgen, aus welchen sie entstanden sind, so können aus demselben Vertrag verschiedenartige Verbindlichkeiten entstehen, und ist also auch eine consequent durchgeführte Einteilung der Verträge nach den aus ihnen entstehenden Verbindlichkeiten nicht möglich. Nur aus einem Vertrag entsteht eine einzige Verbindlichkeit, nämlich aus dem sogenannten Schuldversprechen, dem auf das Erzeugen einer unbedingten Schuldverbindlichkeit gerichteten Vertrag. Hier aber kommt es weniger an auf die Einteilung der Verträge, als darauf, die wichtigsten der üblichen Verträge zu untersuchen in Bezug auf die Art der durch sie erzeugten Verbindlichkeiten. Bei den meisten Verträgen ist indessen eine Hauptverbindlichkeit zu unterscheiden, und daraus kann, wenn auch keine Einteilung, doch eine gewisse Reihenfolge für die Behandlung der verschiedenen Verträge entlehnt werden.

Zuerst können danach die Verträge genannt werden, aus denen eine Hauptverbindlichkeit entsteht, welche nicht zu einer Wertleistung verpflichtet; es wird dabei jedoch nur an solche Verpflichtungen gedacht, an welchen, wenn sie

auch für den Obligierten keinen Vermögensschaden bedeuten, dennoch der Berechtigte ein Vermögensinteresse hat. Zu diesen Verträgen muss nun aber gleich bemerkt werden, dass, wenn einer solchen Verpflichtung nicht nachgekommen wird, eine Schuldverbindlichkeit entsteht, kraft welcher der Obligierte den Schaden zu ersetzen hat, der für den Berechtigten aus dem Nichtnachkommen entstanden ist. In diesem Sinne entsteht aus jedem obligatorischen Vertrag unter Umständen eine Schuldverbindlichkeit; daher ist es auch, wie wir später sehen werden, manchmal zweifelhaft, ob nicht der Vertrag unmittelbar auf die Begründung dieser eventuellen Schuldverbindlichkeit gerichtet war.

Als reiner Freundschaftsdienst kann eigentlich nur die (unentgeltliche) Annahme eines Auftrags betrachtet werden. Dabei zeigt sich jedoch die Eigentümlichkeit, dass der Obligierte sich durch einfache Kündigung (zur rechten Zeit) von seiner Verpflichtung befreien kann, dass er also überhaupt nicht eigentlich obligiert, gebunden, ist; oder man müsste das Vorhandensein einer alternativen Obligation annehmen, die entweder auf Besorgung des übernommenen Geschäfts oder auf Kündigung ging, eine Konstruktion, die nicht gerade natürlich wäre. Ebenfalls ein reiner Freundschaftsdienst wäre die Übernahme der Verpflichtung, eine Sache in Verwahrung zu nehmen; dieselbe kommt jedoch selten vor. Der Verwahrungsvertrag, wie er vorzukommen pflegt, ist Realvertrag; nach der Übergabe der zu verwahren den Sache entsteht jedoch nicht nur die Verpflichtung, für dieselbe zu sorgen, sondern auch die Verpflichtung, sie zurückzugeben. Das letzte ist ebenfalls keine Wertleistung, aber doch eine Leistung ganz anderer Art als z. B. die Besorgung eines Geschäfts oder ein sonstiger Freundschaftsdienst; sie steht der Wertleistung sehr nahe, und wurde

im ältern Recht ihr bisweilen in gewissen Beziehungen gleichgestellt. Dieselben Verpflichtungen, für die Sache zu sorgen und sie zurückzugeben, sind auch bei der Leih vorhanden; diese bildet jedoch einen Freundschaftsdienst in umgekehrter Richtung, vom Eigentümer gegenüber dem Inhaber. Dieser Umstand hat einen modifizierenden Einfluss auf untergeordnete Punkte. Der Entleiher kann z. B. verpflichtet sein, gewisse Aufwendungen zu machen, welche ihm nicht vom Verleiher zu erstatten sind, oder den Wert der Sache zu erstatten, auch wenn sie ohne sein Verschulden verloren geht. Die Übernahme solcher Verpflichtungen (welche z. B. bei der unentgeltlichen Verwahrung der *causa* entbehren würde) wird gerechtfertigt durch den in der Gebrauchsüberlassung liegenden Vorteil; sie pflegt jedoch nicht als eine eigentliche Gegenleistung betrachtet zu werden. Selten wird in obligierender Absicht das Versprechen erteilt, einem andern den Gebrauch einer Sache unentgeltlich zu überlassen; auch der Leihvertrag ist im Zweifel Realvertrag. In Bezug auf die Verpflichtung, für ein Faustpfand zu sorgen und es zurückzugeben, gilt dasselbe wie bei der Leih; über die Übernahme der Verpflichtung, ein Pfand zu geben, kann vorläufig nur gesagt werden, dass sie in Bezug auf die *causa* der Übernahme einer Bürgschaft gleichsteht. — Zu den Verträgen dieser Art soll noch zweierlei bemerkt werden. Erstens dass der Obligierte manchmal verpflichtet ist, Aufwendungen zu machen, welche ihm vom Berechtigten erstattet werden müssen. Eine solche Verpflichtung ist eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung, denn die Aufwendung ist eine Wertleistung, und wenn dabei auch nicht immer im gewöhnlichen Sinne dem Forderungsberechtigten geleistet wird, so wird doch für ihn geleistet. Sie führt aber nicht dazu, dass der Obligierte verurteilt

wird, die Aufwendung zu machen; auch hier besteht die Wirkung darin, dass der Obligierte verpflichtet ist, den Schaden zu vergüten, der dadurch entstanden ist, dass er die Aufwendung nicht gemacht hat, also darin, dass eine Schuldverbindlichkeit entsteht. Zweitens bemerken wir folgendes. Die persönlichen Bemühungen, von denen hier die Rede ist (Besorgung von Geschäften, Sorge für eine fremde Sache), sind hauptsächlich nur deshalb keine Wertleistungen, weil sie nicht als solche betrachtet werden, was aus der unentgeltlichen Übernahme der Verpflichtung dazu hervorgeht. Leistungen derselben Art, allein dann in der Regel umfangreicher, können auch als Wertleistungen betrachtet werden und als solche Gegenstand von Tauschverträgen sein. In einigen Fällen könnte die persönliche Bemühung so aufgefasst werden, dass sie ungefähr wie eine Aufwendung, etwa als Zeitaufwand, vergütet werden müsste. Das pflegt jedoch bei Obligationen aus Verträgen nicht vorzukommen; die Vergütung wird, wo sie vereinbart ist, in der Regel als Besoldung aufgefasst, und der Vertrag ist dann als ein Tauschvertrag zu behandeln. — Von „unbenannten“ Verträgen gehört hierher u. a. noch die Übernahme der Verpflichtung, etwas zu unterlassen, das dem andern Teil schaden würde, welche einer äusserst mannigfachen Anwendung fähig ist.

Über die Tauschverträge und über den Kreditvertrag ist im vorigen § schon eingehend gesprochen. Aus dem letztern entstehen eine oder zwei Verbindlichkeiten auf Gegenleistung, nämlich die Verpflichtung, ein Darlehn zu geben, und bisweilen auch die, es anzunehmen — welche beide, wenn ihnen nicht nachgekommen wird, wohl in der Regel dazu führen, dass das Interesse zu erstatten ist — und nach der Auszahlung der Darlehnssumme eine Schuldverbindlichkeit.

Aus den Tauschverträgen entsteht in der Regel auf beiden Seiten eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung, und, wenn die Erfüllung nicht Zug um Zug stattfindet, durch die Leistung von der einen Seite eine Schuldverbindlichkeit auf der andern. Ausserdem entsteht aus dem Vertrag oft die Verpflichtung, für eine dem andern Teil zu liefernde Sache zu sorgen, oder zu sorgen für eine dem andern Teil gehörige Sache und dieselbe zurückzugeben.

Der Gesellschaftsvertrag ist nicht zu den Tauschverträgen zu zählen. Aus demselben können eine grosse Anzahl verschiedenartiger Verpflichtungen entstehen, welche hier nicht behandelt werden können; es braucht nur bemerkt zu werden, dass die unmittelbar aus dem Vertrag entstehende Verpflichtung, an der Bildung des Gesellschaftsvermögens mitzuwirken oder in einer sonstigen Weise im gemeinsamen Interesse thätig zu sein, wenn sie auch nicht völlig den Charakter einer Verbindlichkeit auf Gegenleistung hat, ihr doch wesentlich gleichsteht.

Als besondere Vertragsart sind noch die Glücksverträge zu erwähnen. Sie unterscheiden sich dadurch, dass für einen der Vertragsteile oder für beide, aber jedenfalls in ungleicher Weise, vom Zufall abhängig gemacht wird, ob sie zu leisten haben werden oder nicht, oder welche Höhe die von ihnen zu machende Leistung haben soll. Insbesondere kann vom Zufall abhängig gemacht werden, entweder a. welcher Teil zu leisten haben wird, ev. auch in welcher Höhe, oder b. für den einen Teil (während der andre auf jeden Fall zu leisten hat), ob er leisten soll oder nicht, ev. auch in welcher Höhe, oder nur in welcher Höhe er zu leisten haben wird. „Vom Zufall“ bedeutet hier: von einem unbekannten Umstand, der keine Schuldursache ist. Wird es vom Zufall abhängig gemacht, ob auf beiden Seiten geleistet

werden soll oder nicht, dann ist kein Glücksvertrag, sondern ein bedingter Tauschvertrag vorhanden; ebenso wenn die Beträge beider Leistungen in entsprechender Höhe von demselben Umstand abhängig gemacht werden. Wird eine einseitige Leistung vom Zufall abhängig gemacht, dann ist ebenfalls kein Glücksvertrag vorhanden, sondern eine bedingte Schenkung. Es entsteht aber auch aus dem Glücksvertrag nur auf einer Seite, und zwar auf einer im voraus bestimmten, eine Verbindlichkeit, wenn der Glücksvertrag Realvertrag ist; es ist dann die eventuelle Leistungspflicht des einen Teils ausser vom Zufall auch davon abhängig, dass vom andern Teil (vor der Entscheidung) eine gewisse Leistung gemacht ist, welche dieser aber nicht verpflichtet ist, zu machen. Die aus dem Glücksvertrag entstehenden Verbindlichkeiten sind in der Regel Schuldverbindlichkeiten. Als besondere Art der Glücksverträge sind die Versicherungsverträge zu nennen.

Die unmittelbar auf Erzeugung einer Schuldverbindlichkeit gerichteten Verträge sind zunächst danach zu unterscheiden, ob eine bedingte oder eine unbedingte Leistungspflicht begründet werden soll. Im letztern Fall wird der Vertrag hier Schuldversprechen genannt. Etwas ganz andres ist in der Regel ein bedingtes Versprechen, namentlich wenn man nicht an die abstrakten Schulbeispiele und die manchmal excentrische Casuistik des Corpus Juris denkt, sondern an die thatsächlich üblichen Verträge. Als Bedingung findet man eigentlich nur den Empfang einer Gegenleistung oder einen eventuell entstehenden Schaden (oder eine Handlung des Versprechenden, aus der für den andern Teil Schade entstehen kann). Ist die Bedingung der Empfang einer Gegenleistung, dann liegt ein Realvertrag vor; wird jedoch, wie es in den wichtigern Fällen die Regel ist, der

Vertrag schriftlich geschlossen, dann nimmt er selten die Gestalt eines bedingten Versprechens an. So könnte z. B. ein Darlehnsvertrag (als Realvertrag) so geschlossen werden, dass der eine Teil verspricht, dem andern die Darlehnssumme zurückzugeben, falls er sie erhält. Wenn er aber nicht verpflichtet sein soll, sie anzunehmen, ist die Abgabe dieses Versprechen vor der Auszahlung des Darlehns überflüssig; ausserdem müsste, um die Rückforderung zu ermöglichen, später in einer zweiten Urkunde der Empfang des Darlehns bescheinigt werden. Darum ist es einfacher und genügt es, erst bei der Auszahlung ein Versprechen abzugeben, und zwar das unbedingte Versprechen, das zugleich als erhalten anerkannte Darlehn zurückzuzahlen, oder einfach diesen bestimmten Betrag zu zahlen. — Die Bedingung kann auch sein ein eventueller Schade, in der Regel entweder ein aus einer Handlung des Versprechenden ev. entstehender Schade, oder doch ein solcher, der im allgemeinen von ihm verhütet werden kann. Das Versprechen ist dann manchmal von der Übernahme der Verpflichtung, eine derartige Handlung nicht vorzunehmen, oder das Entstehen des Schadens zu verhüten, schwer zu unterscheiden. Die Vereinbarung, dass ein Schade vom Versprechenden erstattet werden soll, gleichviel ob er ihn hat verhüten können oder nicht, würde, wie sich später zeigen wird, als selbständiges Versprechen der causa entbehren. Dagegen kann vereinbart werden, dass der Versprechende eine im voraus bestimmte Leistung machen soll, wenn er eine gewisse Handlung vornimmt, welche dem andern Theil schaden könnte, bis zu einem gewissen Grade unabhängig von der Höhe des wirklichen Schadens, oder sogar unabhängig davon, ob wirklich Schade entstanden ist.

Über das (unbedingte) Schuldversprechen, das uns im

folgenden fast ausschliesslich beschäftigen wird, ist hier weiter nichts zu sagen; es ist der Vertrag in seiner einfachsten Form, gerichtet auf Erzeugung der Obligation in ihrer einfachsten Form, die Schuldverbindlichkeit. Werfen wir aber zugleicherzeit einen Blick zurück auf die andern Verträge, dann sehen wir, dass bei allen Schuldverbindlichkeiten entstehen können, dass aber nur aus dem Schuldversprechen (vorausgesetzt, dass es verbindlich ist) ohne weiteres eine Schuldverbindlichkeit entsteht. Bei allen andern Verträgen muss noch etwas dazu kommen. Beim bedingten Versprechen ist es die Erfüllung der Bedingung; bei den Realverträgen, von denen hier nur die in Betracht kommen, bei welchen die Gebundenheit durch eine Wertleistung entsteht, (also nicht die, bei welchen sie dadurch entsteht, dass eine Sache nur in die Detention eines andern gebracht wird), ist es die Vorleistung; ebenso bei den Tauschverträgen, welche, wie im vorigen § ausgeführt wurde, immer einen Realvertrag enthalten; bei den Glücksverträgen ist es der unbekannte Umstand, von dem die Leistungspflicht abhängig gemacht ist. Endlich entsteht aus allen Verbindlichkeiten, welche keine Schuldverbindlichkeiten sind, eine Schuldverbindlichkeit, wenn durch ihre Nichterfüllung dem Berechtigten Schade entsteht. Um also eine Schuldforderung geltend machen zu können, genügt in keinem dieser Fälle der Beweis, dass ein Vertrag zustande gekommen ist; es muss immer noch etwas andres bewiesen werden, in der Regel entweder eine Vorleistung oder ein entstandener Schade. Allerdings haben wir gesehen, dass es möglich ist, aus einem Tauschvertrag eine Wertleistung zu fordern, auch ohne dass eine geschehene Vorleistung behauptet wird; es wird dann aber auch keine Schuldforderung geltend gemacht (auch wenn die Vorleistung wirklich stattgefunden haben

sollte), und die Verurteilung ist nur aufzufassen als die Verurteilung zu einer Leistung auf Gegenleistung.

Es kann aber noch bemerkt werden, dass die Verträge hier nur unterschieden worden sind nach den Verbindlichkeiten, welche sie nach der Meinung der Vertragschliessenden erzeugen sollten; es ist dahingestellt geblieben, z. B. auch bei den Glücksverträgen, ob sie eine solche Verbindlichkeit wirklich erzeugen. Im folgenden wird sich nun zeigen, dass nach niederländischem Recht auch das Schuldversprechen nicht zur Geltendmachung einer Schuldforderung ausreicht; wie bei den andern Verträgen irgend ein Ereignis bewiesen werden muss, das nach dem Abschluss des Vertrages stattgefunden haben soll, so muss bei der Klage aus einem Schuldversprechen ausser dem Beweis des Vertrags noch ein anderer Beweis geführt werden, der sich bezieht auf etwas, das dem Vertragsschluss vorangegangen sein soll, die Schuld.

#### § 4. Die Schuld.

Der Begriff der Schuld, wie er unsren späteren Ausführungen zu Grunde liegt, und in diesem § klargestellt werden soll, fällt nicht zusammen mit dem der Obligation, aber ebensowenig mit dem des Sollens in der jetzigen Bedeutung; wahrscheinlich ist die Schuld in jenem Sinne ein älteres Sollen. „Schulden“ war aber ursprünglich gleichbedeutend mit „sollen“, und auch heutzutage werden die Wörter „Schuld“, „schulden“, „schuldig“ in einer weitern, ethischen Bedeutung gebraucht, überall wo eine Pflicht, ein Sollen in ethischem Sinne vorhanden ist. Andrerseits hat, wie sich auf ethischem Gebiet der Begriff der Pflicht erweitert hat, auf dem Gebiete des Rechts sich der Unterschied zwischen sollen und müssen verwischt, und wird auf das Vorhandensein einer Leistungspflicht geschlossen, überall wo für eine Leistung persönlich gehaftet wird. Es werden daher auch Verbindlichkeiten als Schulden bezeichnet; jedoch ist dabei wiederum ein doppelter Sprachgebrauch zu unterscheiden. In theoretischen Erörterungen, in Überschriften (wie z. B. über dem II. Buch des B. G. B. „Recht der Schuldverhältnisse“, wo es „Recht der Verbindlichkeiten“ heissen sollte) u. s. w. bedeutet Schuld dann und wann im allgemeinen Obligation; wo sonst von Schulden gesprochen wird, namentlich in Gesetzesvorschriften (wie z. B. in Fw.

oder K. O.), in Urkunden, und unbewussterweise regelmässig auch in juristischen Abhandlungen, werden damit nur Schuldverbindlichkeiten gemeint. Den erstern Sprachgebrauch können wir bei Seite lassen; es handelt sich hier also nur darum, den Begriff der Schuld in der ältern, eigentlichen Bedeutung einerseits zu unterscheiden von dem des Sollens in ethischem Sinne, andererseits von dem der Schuldverbindlichkeit. — Besonders rein hat sich der Schuldbegriff erhalten in der kaufmännischen Buchführung; bezeichnenderweise wird dabei umgekehrt noch das Wort „sollen“ in der Bedeutung von „schulden“ gebraucht.

Eine Schuld (im eigentlichen Sinne) ist vorhanden, wenn die Billigkeit (aequitas) fordert, dass jemand von einem andern eine Leistung eines gewissen Wertes erhält. Die Schuld deutet auf ein gestörtes Gleichgewicht in den Vermögensverhältnissen zweier Personen. Das Vermögen des einen ist, wenn man das in der Regel gleichzeitig bestehende Forderungsrecht nicht als Vermögensbestandteil mitrechnet, geringer als es nach Billigkeit sein sollte, oder genauer gesagt, es würde geringer sein als es sein soll, wenn man kein Forderungsrecht erteilte. Vom andern verlangt die Billigkeit, dass er diesen Zustand aufhebt. Der Grund dafür ist nicht immer, dass er sonst auf Kosten des erstern bereichert sein würde, sondern oft, dass er für eine Vermögensminderung des erstern verantwortlich zu machen ist; manchmal auch beides. Aber eben weil er jene Vermögensminderung zu ersetzen hat, ist er, so lang das nicht von ihm oder einem andern gethan wird, reicher als er sein sollte, wenn man, wie oben, die in der Regel zugleicherzeit bestehende Schuldverbindlichkeit bei der Berechnung seines Vermögens nicht in Minderung bringt. In diesem Sinne wird, was wir hier Schuld nennen, von GROTIUS (*Inleidinge*

*tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid, B. III, D. 2, §§ 14—18),* als *onevenheid* (Ungleichheit) bezeichnet.

Aus dieser Umschreibung geht hervor, dass keine Schuld vorhanden ist, wo eine Leistung gemacht werden soll, welche keine Wertleistung ist. Wichtiger ist, dass auch der nicht schuldet, welcher verpflichtet ist, eine Leistung auf Gegenleistung zu machen. Die Leistung, die infolge einer Schuld stattzufinden hat, ist eine endgültige; man könnte sie eine Endleistung nennen. Wenn durch eine Leistung der Empfänger verpflichtet wird, das Erhaltene zurückzugeben oder eine Gegenleistung zu machen, wenn dadurch der Empfänger zu schulden anfängt, hat der Zustand des Gleichgewichts eben vor der Leistung bestanden. Dass also, wer versprochen hat, ein Darlehn zu geben, den versprochenen Betrag nicht schuldet, ist ohne weiteres klar. Er trägt diesen Betrag nicht als Debet-posten in seine Bücher ein, und könnte es auch nicht thun, ohne zugleicherzeit sein späteres Recht auf Rückzahlung als Credit-posten einzutragen; ein ziemlich sicheres Merkmal, dass keine Schuld vorhanden ist. Ebenso ist klar, dass aus einem Tauschvertrag anfänglich auf keiner Seite etwas geschuldet wird. Eine Schuld von A an B und eine in demselben Wert von B an A würden sich gegenseitig aufheben: jedenfalls kann aus demselben Geschäft nicht zugleicherzeit auf beiden Seiten eine Schuld bestehen. In den Büchern wird daher auf Grund eines Tauschgeschäfts ein Debet- bzw. Creditposten erst eingetragen, wenn die erste Leistung stattfindet. Auch wird erst dann ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis abgegeben. Wenn aus irgend etwas, muss aus dem Gebrauch des Schuldanerkenntnisses hervorgehen, was das Wort „schulden“ bedeutet; es bezeichnet dort immer nur eine Schuldverbindlichkeit. Eine Schrift mit diesem Inhalt: „Ich bekenne,

dem A fl. 500 zu schulden für ein Pferd, das er mir liefern wird", wäre fast unverständlich, und könnte nur durch Deutung einen Sinn erhalten; und zwar nicht als Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 B. G. B., sondern nur als schriftlicher Beweis eines abgeschlossenen Kaufvertrags. Dagegen würde aus folgendem Inhalt: „Ich bekenne, dem A fl. 500 zu schulden für ein Pferd", ohne weiteres hervorgehen, dass der Aussteller das Pferd erhalten hätte; ebenso ginge aus dem Inhalt: „Ich bekenne, dem A fl. 500 zu schulden aus einem Kauf", unmittelbar hervor, dass dem Aussteller das Gekaufte geliefert wäre. Eine übliche Form ist: „Ich bekenne, dem A fl. 500 zu schulden für gekaufte und erhaltene Waren"; dieselbe Wendung findet man auf den Rechnungen der Detailhändler (*„De Heer A — debet aan — B — voor aan Ued. verkocht en geleverd:”*) und in Klageschriften (*„Aangezien de eischer aan den gedaagde heeft verkocht en geleverd, gelijk deze van genen heeft gekocht en ontvangen” . . . .*). Ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis pflegen heutzutage nicht abgegeben zu werden vor dem Empfang der Gegenleistung, oder doch nur wenn diese in kürzester Zeit, Zug um Zug, erwartet wird; die Abgabe eines unbedingten Versprechens für eine erst für später erwartete Gegenleistung liegt (glücklicherweise) nicht in unsren Sitten, wie in denen der Römer. Nur im Handel kommt etwas derartiges vor, eine Erscheinung, die uns später besonders beschäftigen wird. Hier genügt es, zu bemerken, dass, wenn in solchen Fällen das Wort „schulden“ gebraucht wird, es sich in Wirklichkeit nur um die Fiktion einer Schuld handelt; die Absicht des Ausstellers ist, sich zur Zahlung einer Geldsumme so zu verpflichten, wie er dazu verpflichtet sein würde, wenn er sie schuldete.

Geschuldet wird also nur eine endgültige Wertleistung,

und ein Sollen, das nicht der Inhalt sein kann einer Schuldverbindlichkeit, kann auch nicht der Inhalt sein einer Schuld. Dagegen giebt es nicht in allen Fällen, in welchen eine Schuldverbindlichkeit besteht, auch eine Schuld; nicht immer wenn jemand einem andern eine endgültige Wertleistung machen soll, wird sie von ihm auch geschuldet. Nach GROTIUS entsteht eine Verbindlichkeit entweder aus der oben erwähnten *onevenheid* oder aus *toezegging* (Zusage, Versprechen). In unsrer Definition sagten wir, dass eine Schuld besteht, wo eine Leistung von der Billigkeit gefordert wird; damit sind namentlich die Fälle ausgeschlossen, in denen sie stattzufinden hat, ausschließlich weil sie versprochen ist. Darin unterscheidet sich die Schuld nicht nur von der Schuldverbindlichkeit, sondern auch vom Sollen in ethischem Sinne; denn nach der heutigen Moral soll man thun, was man versprochen hat.

Eine Schuldverbindlichkeit eines nicht Schuldenden besteht, wie wir wissen, in erster Reihe wo jemand infolge eines Vertrages haftet für die Schuld eines andern, d. h. bei der Bürgschaft. Nach dem oben Gesagten gilt das nun nicht nur, wenn man annimmt, dass der Bürge überhaupt nur haftet, und nicht verpflichtet ist eventuell zu leisten, sondern auch wenn man in der Bürgschaftsübernahme das Versprechen sieht, zu leisten, wenn vom Schuldner keine Leistung zu erhalten ist. Abgesehen von der Übernahme der Bürgschaft, ist kein Grund vorhanden, weshalb der Bürge leisten soll; dass jemand, der nach Billigkeit selber leisten sollte, die Bürgschaft übernimmt, ist doch wohl ein selten vorkommender Fall. Wenn jemand neben einem andern die Haftung für eine Schuld übernimmt, und es geht aus dem Geschäft hervor, dass die Schuld auch ihn angeht, wenn auch nur teilweise, dann haftet er als Mitschuldner und nicht als Bürge.

Eine Schuldverbindlichkeit und keine Schuld besteht weiter, wo jemand einem andern etwas versprochen hat, das ihm überhaupt nicht geschuldet wurde, auch nicht von einem Dritten, m. a. W. wo die Abgabe des Versprechens eine Schenkung war. Sie ist eine Schenkung, eben weil nichts geschuldet wurde, der Promittent das wusste, und dennoch versprach; aber auch dadurch, dass er verspricht, fängt er nicht zu schulden an. Die Verbindlichkeit aus einem schenkweisen abgegebenen Versprechen ist sogar der einzige Fall einer Schuldverbindlichkeit ohne Schuld; daher ist auch in diesem Falle die Schuld in der eigentlichen technischen Bedeutung, wenn nicht am leichtesten, dann doch am schärfsten zu unterscheiden. Wenn jemand einem andern etwas auf Gegenleistung versprochen hat, z. B. ein Pferd zu liefern gegen Zahlung eines Kaufpreises, kann man von ihm sagen, er sei dem andern schuldig, er schulde ihm, dem Vertrage nachzukommen, den Vertrag zu halten, ihn zu erfüllen, — man kann nicht von ihm sagen, er schulde dem andern ein Pferd, er stehe für den Wert des Pferdes in der Schuld des andern. Das würde nur zutreffen, wenn er mehr zu geben als zu erhalten hätte. Es könnte daher insofern auch zutreffen, wo er schenkweise versprochen hat, ein Pferd zu liefern; man kann dann nicht nur sagen, es sei seine Pflicht und Schuldigkeit seinem Versprechen nachzukommen, sondern auch, er stehe in der Schuld der andern, er schulde ihm ein Pferd (in ethischem Sinne). Wenn aber jemand sagt, auf ihm ruhe allerdings die Pflicht, einem andern einen gewissen Betrag zu zahlen, nicht aber weil er ihm diesen Betrag schulde, sondern nur weil er es ihm aus reiner Liberalität versprochen habe, — dann kann man nicht behaupten, was er sagt sei unverständlich. Er hat dann eben das Wort „schulden“ in der spezifischen Bedeu-

tung gebraucht, von der hier die Rede ist. Es lässt sich auch nicht leugnen, dass nach der allgemeinen ethischen Anschauung die Leistungspflicht auf Grund eines schenkweisen erteilten Versprechens eine andre ist, als z. B. die Pflicht, ein erhaltenes Darlehn zurückzugeben. Dass man auch sprachlich berechtigt ist, nur in Fällen der letztern Art von einer Schuld im eigentlichen Sinne zu sprechen, geht daraus hervor, dass man im uneigentlichen Sinne auch vom Bürgen sagen kann, er sei, weil er die Verpflichtung dazu nun einmal übernommen habe, auch schuldig, den Gläubiger schadlos zu halten, wenn vom Schuldner keine Zahlung zu bekommen ist, während doch, wie wir wissen, vom Bürgen niemals ohne weiteres gesagt wird, er schulde den Betrag der Forderung. — Eine Schwierigkeit liegt scheinbar auch darin, dass der Schenker nicht selten ein Schuldanerkenntnis abgibt; das ist jedoch in der That nicht schwer zu erklären. Dass es ihm nicht schaden kann, ist leicht einzusehen. Wer auf Gegenleistung verbunden ist, erklärt nicht, dass er schuldet, weil daraus zu schliessen wäre, dass er endgültig zu leisten hätte. Auch der Bürge erklärt nicht, zu schulden, sogar wenn er sich als Selbstschuldner verpflichtet, in welchem Falle er doch auch haften soll, als ob er schuldete, weil aus der Erklärung, dass er wirklich schuldete, hervorgeinge, dass noch eine zweite Schuld bestünde. Der Schenker aber hat endgültig zu leisten, und haftet allein, als ob er schuldete; die Erklärung, dass er schuldet, kann ihm also nicht schaden. Aber sie kann ihm nicht nur nicht schaden; es ist auch ein Grund vorhanden, weshalb er sie abgeben soll. Denn Bürgschaft und bindendes Schenkungsversprechen sind zwar die wichtigsten Fälle einer Schuldverbindlichkeit ohne Schuld; unendlich wichtiger aber sind die Fälle, in welchen eine

Schuldverbindlichkeit nicht zur Existenz gelangt ist, eben weil die Schuld fehlte. Dazu ist, wie wir später sehen werden, auch zu zählen die Unverbindlichkeit eines formlosen Versprechens, wenn es schenkweise erteilt wurde. Wenn daher mittelst notarieller Urkunde eine Schenkung gemacht wird, spricht man darin nicht von einer Schuld; wo aber versucht wird, die Formvorschrift zu umgehen, darf nicht aus dem Versprechen hervorgehn, dass es schenkweise erteilt wird, und wird darin eine Schuld erwähnt, eben weil keine vorhanden ist.

Giebt es also nicht überall eine Schuld, wo eine Schuldverbindlichkeit vorhanden ist, so giebt es umgekehrt fast immer eine Schuldverbindlichkeit, wenn eine Schuld besteht. Man könnte letztere auch so definieren: „Eine Schuld ist vorhanden, wo die Billigkeit das Bestehen einer Schuldverbindlichkeit verlangt;“ man begreift leicht, dass es dann in der Regel auch eine Schuldverbindlichkeit wirklich giebt. Ursprünglich muss dieser Zusammenhang ein unmittelbarer gewesen sein, und verstand es sich wohl, wie eigentlich auch jetzt noch, von selbst, dass, wer schuldete, auch hafte; die Fälle, in denen geschuldet und nicht gehaftet wurde, waren Ausnahmen, welche jedenfalls nicht vermutet werden konnten. Wer daher zu schulden bekannte, bekannte damit auch zu haften, und das ist wohl der Grund, weshalb auch heute noch ein Schuldanerkenntnis als die Anerkennung einer Verbindlichkeit aufgefasst werden darf. Wie nun also das Wort Schuld auch das Vorhandensein einer Schuldverbindlichkeit andeutete, hat man schliesslich umgekehrt auch alle Schuldverbindlichkeiten als Schulden bezeichnet. Dazu hat wahrscheinlich beigetragen, dass die Existenz der Schuld hauptsächlich nur Bedeutung hat für die Entstehung der Verbindlichkeit, und dass es, wo einmal mit oder ohne Schuld

eine Schuldverbindlichkeit entstanden ist, in einem gewissen Sinne gleichgültig ist, ob eine Schuld besteht oder nicht. Wer aus einer Schuldverbindlichkeit haftet, haftet schliesslich immer, als ob er schuldete. Das gilt sogar vom Bürgen, und auch wo dieser nicht als Selbstschuldner haftet; wenn einmal die Voraussetzung für ein aktives Forderungsrecht gegen ihn eingetreten ist (erfolgloser Versuch der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner), kann gegen ihn vorgeschritten werden wie gegen den Schuldner selbst. Es ist jedoch zu bemerken, dass zwar, wo von Schulden im allgemeinen gesprochen wird, z. B. beim Konkurse, dabei in der Regel auch die Schuldverbindlichkeiten ohne Schuld mit einverstanden sind, dass aber selten, wo es sich nur um eine solche handelt, von einer Schuld gesprochen wird.

Die Schuld im eigentlichen Sinne unterscheidet sich, auch wo sie gleichzeitig mit einer Schuldverbindlichkeit vorhanden ist, von dieser u. a. noch dadurch, dass sie nicht wie diese eine bestimmte Leistung zum Gegenstand hat; jedenfalls kommt es bei ihr weniger an darauf, dass eine bestimmte Leistung gemacht wird, als auf den Wert der zu machenden Leistung. Wo daher z. B. die bindende Kraft eines Vertrages bedingt wird durch das Bestehen einer Schuld, sind die Vertragschliessenden frei in der Wahl der zu versprechenden Leistung, und muss nur der Wert dieser Leistung dem Betrag der Schuld ungefähr entsprechen. Wenn manchmal dennoch eine bestimmte Leistung, oder besonders eine bestimmte Sache, als geschuldet bezeichnet wird, deutet das entweder auf eine Schuldverbindlichkeit, oder man meint damit nur, dass im Werte dieser Leistung oder dieser Sache geschuldet wird. Im täglichen Leben bedeutet „Ich schulde Ihnen noch drei Glas Bier“ oder „drei Tage Arbeit“ ebenso oft, dass für das genannte noch zu zahlen ist, als dass es

noch zu leisten ist. In der Regel wird nur ein Geldbetrag als geschuldet erwähnt. Auch damit wird dann eine Schuldverbindlichkeit bezeichnet; der Fehler ist aber nicht sehr gross, wenn man sich auch bei der eigentlichen Schuld so ausdrückt. Wenn daher im Folgenden gesagt wird, jemand schulde einem andern fl. 500, dann ist das so zu verstehen, dass er ihm schuldet im Betrage von fl. 500; oder wenn gesagt wird, er schulde ihm ein Pferd, dann bedeutet das, dass er ihm schuldet im Werte eines Pferdes. Dabei ist im Auge zu behalten, dass die Schuld an sich keine unmittelbare aktive Bedeutung hat; es kann nicht aus einer Schuld geklagt werden. Sie hat nur secundäre aber höchst wichtige Wirkungen, und äussert sich hauptsächlich darin, dass, wo sie vorhanden ist, eine Schuldverbindlichkeit entsteht oder mittelst Vertrages zur Entstehung gebracht werden kann. Die Schuldverbindlichkeit nun hat einen bestimmten Inhalt, verpflichtet zu einer bestimmten Leistung. Der Schuld am nächsten steht die Geldschuld(-verbindlichkeit). Wenn aber einmal eine Verbindlichkeit eine Geldzahlung zum Gegenstand hat, dann kann sie ebensowenig durch eine Leistung anderer Art aufgehoben werden (es sei denn, dass der Gläubiger damit einverstanden ist) als, wo eine andere Leistung zu machen ist, der Obligierte sich von dieser Verpflichtung befreien kann durch eine Geldzahlung. — Die Schuld hat überhaupt eine weniger ausgeprägte Individualität als die Verbindlichkeit; sie ist sozusagen eine amorphe Masse. Man kann kaum sagen, dass zwei Schulden von demselben an denselben sich zu einer verschmelzen; überhaupt besteht zwischen zwei Personen nur „Schuld“ zu einem gewissen Betrage. Daher heben sich auch zwei Schulden in entgegengesetzter Richtung ipso jure im Betrage der kleinsten auf. Natürlich ist diese Eigenschaft der Schuld nicht sehr wichtig, wo die

Verbindlichkeiten diese Wandlungen nicht mitmachen. Das Mittel, die Verbindlichkeiten in Übereinstimmung zu bringen mit der Schuld, ist die Abrechnung. Am deutlichsten aber kommt die erwähnte Beschaffenheit der Schuld zur Geltung, wo ein sogenanntes Conto-corrent-verhältnis besteht. Letzteres besteht wesentlich darin, dass zwischen zwei Personen auf Grund ihrer Handelsbeziehungen auch ohne Abrechnung immer nur eine einzige (Geld-)schuldverbindlichkeit besteht zu Lasten des jeweilig Schuldenden im Betrage der jeweiligen Schuld.

Über das Verhältnis zwischen Schuld und Schuldverbindlichkeit, wo letztere befristet oder bedingt ist, kann folgendes bemerkt werden. Vorausgesetzt, dass die Verbindlichkeit in normaler Weise mit einer Schuld zusammenhängt, d. h. dass infolge der Verbindlichkeit eine Leistung stattzufinden hat, wo eine Leistung geschuldet wird, — ist eine Schuld vorhanden vor dem Ablauf der Frist, aber nicht vor der Erfüllung der Bedingung. Ungenau, aber vielleicht deutlicher, ausgedrückt: Die Schuld kann befristet sein, aber nicht bedingt; die befristete Schuld besteht schon von Anfang an, die bedingte besteht erst nach der Erfüllung der Bedingung. Die Behandlung einer eventuell entstehenden Schuld als schon vorhandenen Schuld im Werte des Risico gehört der späteren Zeit an; in England hat man eine Berücksichtigung bedingter Forderungen im Konkurse erst in neuester Zeit für möglich gehalten (vgl. jedoch fr. 45 § 1, fr. 73 § 1 D. 35, 2).

---

## § 5. Die Schuldursache.

Die oben gegebene Definition der Schuld lässt, trotz ihrer Form, nur erkennen was eine Schuld ist, nicht wann es eine Schuld giebt, denn sie veranlasst sofort die weitere Frage, wann denn eigentlich die Billigkeit fordert, dass eine Wertleistung gemacht wird. Scheinbar ist diese Frage einer einigermassen bestimmten Beantwortung nicht fähig, denn nichts scheint zweifelhafter als die Billigkeit. Und dennoch, wenn auch in einem concreten Fall die Meinungen darüber geteilt sein können, so lässt es sich doch im allgemeinen mit ziemlicher Sicherheit bestimmen. Eine Angabe der Umstände, denenzufolge die Billigkeit fordert, dass eine Wertleistung gemacht wird, eine Angabe der verschiedenen Schuldursachen also, ist leichter als sie scheint. Sie soll zugleicherzeit das Bild der Schuld vervollständigen.

Schuldursachen giebt es nur von zweierlei Art: Zugefügter Schade und erhaltener Wert; d. h. eine Schuld entsteht entweder infolge des Umstandes, dass demjenigen, zu dessen Gunsten sie entsteht, ein Schade zugefügt wird, oder infolge des Umstandes, dass derjenige, der anfangen soll zu schulden, auf Kosten des erstern eine Wertleistung erhält. Beiden Arten gemein ist der oben schon erwähnte Umstand, dass das Vermögen des Gläubigers eine Schmälerung

erlitten hat, und daher geringer ist, als es sein sollte (wenn man die in der Regel zugleicherzeit mit der Schuld bestehende Forderung nicht als Vermögensbestandteil mitrechnet); verschieden ist der Grund, weshalb im einen oder im andern Fall diese Lücke vom Schuldner ausgefüllt werden soll. Was den erhaltenen Wert anbetrifft, liegt dieser Grund wohl zum Teil in der Bereicherung, zum Teil aber auch darin, dass der Schuldner durch die Annahme der Leistung dazu mitgewirkt hat, und also für den dadurch vom Gläubiger erlittenen Schaden verantwortlich gemacht werden kann. GROTIUS unterscheidet ebenfalls zwei Arten der *onevenheid*: die *onevenheid*, durch welche jemand bereichert (*gebaetet*) ist oder sein würde, und die, welche von einem andern verursacht ist. Letztere verteilt er aber wiederum in zwei Unterarten; die eine ist durch *misdAAD* (hier: unerlaubte Handlung), die andre *ter minne* (in Güte) verursacht. Diese letzte Unterart rechnet damit, dass aus einer erhaltenen Leistung, besonders beim Realvertrag, gehaftet wird über das Mass der Bereicherung hinaus im Betrage des erhaltenen Werts. Gehaftet, denn GROTIUS' Unterscheidung bezieht sich auf die Obligation. Hier wird diese Unterart mit der Bereicherung zusammengefasst als erhaltener Wert, und hinzugefügt, dass möglicherweise in einzelnen Fällen der Betrag der Schuld bestimmt wird durch die Bereicherung, im allgemeinen aber durch den Wert der erhaltenen Leistung. In den Fällen der erstern Art ist es aber fraglich, ob nicht auch dort eine sogenannte *obligatio naturalis* entsteht über das Mass der Bereicherung hinaus.

Wegen zugefügten Schadens entsteht eine Schuld in denselben Fällen, in denen deswegen nach der allgemeinen Regel eine Obligation entsteht (Art. 1401, B. W.; Art. 1382 C. C.; § 823 B. G. B.); wenn auch die

Vorschrift in den verschiedenen Gesetzgebungen verschieden lautet, so ist doch in allen versucht, den Anspruch auf Schadenersatz zu erteilen, wo die Billigkeit fordert, dass ein Schade von einem andern ersetzt wird, und werden sie auch alle von der Praxis in diesem Sinne angewandt. Dass eine der Voraussetzungen der Ersatzpflicht darin besteht, dass der haftbar gemachte den Schaden ~~verschuldet~~ hat, daran Schuld hat, wird hier nur bemerkt, um erinnern zu können an die Verwandschaft der Begriffe Schuld (Verschulden, culpa) und Schuld (debitum).

Wegen erhaltenen Wertes entsteht keine Schuld, wenn durch die empfangene Leistung eine Schuld getilgt wurde, oder wenn eine Schenkung vorlag; in allen andern Fällen entsteht eine Schuld, also namentlich, wenn die Leistung stattfand in der Erwartung einer Gegenleistung oder infolge der irrtümlichen Annahme, dass sie geschuldet wurde, oder wenn etwas aus dem Vermögen des einen ohne Leistung in das Vermögen eines andern geraten ist (z. B. jemand eignet sich in gutem Glauben ein fremdes Tier an, das sich unter seine Heerde gemischt hat).

Schon aus diesen kurzen Angaben ist ersichtlich, dass die causa als Schuldursache etwas bedeutend weniger unbestimmtes ist als die causa-begriffe der andern causa-lehren. Sie sind natürlich in mannigfacher Weise der Berichtigung und Vervollständigung fähig; ebenso lassen sie, auch wenn sie richtig sein sollten, in manchen einzelnen Fällen Zweifel übrig, ob eine Schuld besteht oder nicht. Hier kann auf Einzelheiten nicht eingegangen werden; es soll nur bemerkt werden, dass es in manchen Fällen nicht weniger zweifelhaft ist, ob eine Obligation besteht oder nicht, und dass man sich dennoch zur Entscheidung der letztern Frage nicht

zu berufen braucht auf die scheinbar wenig bestimmte Billigkeit, sondern nur das Gesetz anzuwenden hat.

In einem Punkt jedoch ist es nötig etwas tiefer einzudringen, weil sonst eine oben aufgestellte Behauptung missverstanden und als unrichtig bezeichnet werden könnte. In der Einleitung wurde gesagt, dass eine Schuld niemals entsteht aus einem Vertrag. Man hat das so zu verstehen, dass eine Schuld nicht beliebig mittelst Vertrages erzeugt werden kann; auf einem Umwege kann es vorkommen, dass die Schuld tatsächlich ihre einzige Ursache in einem Vertrag hat. Dennoch entsteht auch in solchen Fällen die Schuld aus einer der genannten Schuldursachen und zwar aus zugefügtem Schaden; es kommt nur auf den Begriff des Verschuldens und auf den des Schadens an. In der Regel wird Schade zugefügt durch eine That, mitunter aber auch durch ein Unterlassen. Wenn nämlich jemand verpflichtet war, das Entstehen eines Schadens zu verhüten, und das nicht gethan hat, wo er es doch konnte, wird gesagt, dass er den Schaden verursacht, verschuldet hat. Nun kann die Verpflichtung, einen Schaden zu verhüten, vertragsmässig übernommen werden; das Vorhandensein einer Schuldursache ist, wie wir später sehen werden, dabei nicht erforderlich. Entsteht dann der Schade, dann entsteht auch eine Schuld; die Ursache dieser Schuld ist der Schade, aber aus dem Schaden entsteht nur deshalb eine Schuld, weil der Schuldner infolge des Vertrages verpflichtet war, ihn zu verhüten. Wäre der Vertrag nicht zu stande gekommen, dann wäre auch keine Schuld entstanden. In diesem Falle entsteht die Schuld jedoch immer noch nicht ausschliesslich aus dem Vertrage; es ist seitdem noch etwas andres vorgefallen. Es giebt nun auch Fälle, in welchen nach dem Vertragsschluss nichts vorfällt, und eben

dadurch eine Schuld entsteht. Z. B. jemand übernimmt unentgeltlich die Verpflichtung, für einen andern ein Geschäft zu besorgen (Auftrag); das Vorhandensein einer Schuldursache ist auch dabei nicht erforderlich. Wird nun der Auftrag nicht ausgeführt, dann entsteht eine Schuld; denn dadurch, dass der Auftrag nicht ausgeführt wird, sagt man, gehe dem Auftraggeber der Vorteil verloren, den er aus der Besorgung des Geschäfts gehabt hätte, und dieses sei ein Schade, der, wie oben, vom Beauftragten verschuldet sei. Wäre hier kein Vertrag zustandegekommen, dann hätte nicht nur kein Verschulden, sondern auch kein Schade bestanden, denn ein Schade ist nur deshalb vorhanden, weil der Auftraggeber infolge des Vertrags einen Anspruch daran hatte, dass das Geschäft für ihn besorgt wurde. Die philosophische Frage, ob nicht doch etwas nach dem Vertragsschluss Vorgefallenes, nämlich die Nichtausführung des Auftrags, als Ursache der Schuld betrachtet werden könnte, wollen wir nicht berühren. Es kann aber bemerkt werden, dass eine solche Schuld denn doch nicht nach Belieben durch Vertrag erzeugt werden kann, denn dazu ist erforderlich die Möglichkeit, dass der Beauftragte durch Besorgung des Geschäfts, also ohne sein eigenes Vermögen anzugreifen, dem Auftraggeber einen bedeutenden Vorteil verschafft. — Diese Erscheinung war besonders deshalb zu erwähnen, weil sie sich bei der Übernahme einer Verbindlichkeit auf Gegenleistung, sowohl bei den Tauschverträgen wie beim Kreditvertrag, wiederholt. Wer eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung übernimmt, schmälert dadurch zunächst sein Vermögen nicht, vorausgesetzt, dass der Wert der Gegenleistung dem der von ihm versprochenen Leistung entspricht; dadurch aber, dass er dieser Verbindlichkeit nicht nachkommt, kann dem andern Teil Schade entstehen, und

somit infolge des Vertrags auch eine Schuld und eine Schuldverbindlichkeit, kraft welcher er diesen Schaden zu ersetzen hat.

Endlich kann noch bemerkt werden, dass die Schuldursache zum Teil zusammenfällt mit der *causa*, von der in fr. 7, §§ 2 und 4, D. 2, 14 gesprochen wird. Diese umfasst insofern weniger als die Schuldursache, als sie nur eine erhaltene Leistung und nicht einen zugefügten Schaden berücksichtigt. Sie umfasst mehr als die Schuldursache, weil sie auch bestehen könnte in der Übergabe einer Sache, welche aber im Eigentum des Übergebenden verblieb, und eine solche Übergabe ist nicht immer eine Leistung und nie eine Wertleistung. Man kann sagen, dass dennoch der Inhaber, wenn er die Sache nicht zurückgiebt, sich dadurch auf Kosten des Eigentümers bereichert, doch das ist nicht eine Folge der Nichtzurückgabe, sondern der eventuell darin liegenden Aneignung, und diese ist keine Voraussetzung der Klage auf Rückgabe. — Fällt also die *causa* in dieser Bedeutung nicht vollständig zusammen mit der Schuldursache, so war doch die Rolle, welche sie im römischen Recht spielte, eine ähnliche wie die, welche die Schuldursache in unserm Recht spielt: *nuda pactio obligationem non parit*.

## § 6. Schuld und Gesetz.

Die bedeutendste Wirkung der Schuld, welche aber in dieser Schrift weiter nicht in Betracht kommt, ist die, dass der Gesetzgeber versuchen wird, wo es eine Schuld giebt, auch ein Forderungsrecht (Schuldforderung) zu erteilen. Es ist das im allgemeinen auch geschehen; von den oben genannten Fällen fehlen im B. W. (wie im C. C.) nur die zuletzt genannte zufällige Bereicherung, welche sehr selten vorkommt (vgl. jedoch Art. 1397 Abs. 2 B. W.; Art. 1377 Abs. 2 C. C.), und die Leistung in der Erwartung einer Gegenleistung, welche regelmässig von einem Vertrag begleitet ist, aus dem eine Obligation entsteht.

Wo eine Schuld besteht und keine Verbindlichkeit, giebt es eine sogenannte natürliche Verbindlichkeit. Es versteht sich, dass, was man eine obligatio naturalis nennt, keine Haftung ist; man könnte es eher als Schuld ohne Haftung bezeichnen. Dabei muss jedoch im Auge behalten werden, dass, wo man von einer natürlichen Verbindlichkeit zu sprechen pflegt, nicht immer eine Schuld im eigentlichen Sinne vorhanden ist, sondern sehr oft ein ethisches Sollen anderer Art. Nicht selten beruht sogar die ethische Leistungspflicht auf einem Versprechen, das keine Obligation erzeugt hat, eben weil eine Schuld fehlte; vorzugsweise in solchen Fällen pflegt man von einer Ehrenschuld zu sprechen. Der

Begriff der natürlichen Verbindlichkeit ist daher ein ziemlich verschwommener, und die rechtlichen Wirkungen können nicht bei allen natürlichen Verbindlichkeiten dieselben sein.

Kommt es umgekehrt auch vor, dass im Gesetz ein Forderungsrecht (Schuldforderung) erteilt wird, wo keine Schuld besteht? Die Frage kann nicht unbedingt verneint werden. Abgesehen von seltenen Ausnahmen, z. B. von der Alimentationspflicht, welche auf einer ethischen Pflicht beruht, die der eigentlichen Schuld vollkommen gleichsteht, beruhen die unmittelbar aus dem Gesetz fliessenden Schuldverbindlichkeiten entweder auf Bereicherung (im französischen und niederländischen Recht nur die *condictio indebiti*) oder auf zugefügtem Schaden. Im letztern Fall nun ist *in concreto* nicht immer beim Haftenden das Verschulden vorhanden, das wir als Element der Schadenzufügung als Schuldursache erwähnt haben. Es darf dabei indessen zweierlei nicht vergessen werden. Erstens: Wenn auf jemandem eine gesetzliche Verpflichtung ruht, welche keine Schuldverbindlichkeit ist, z. B. die Verpflichtung, eine gewisse Sorge anzuwenden, und es entsteht Schade dadurch, dass er dieser Pflicht nicht nachkommt, dann wird es dafür gehalten, dass er den Schaden verursacht hat; etwas ähnliches haben wir schon bei den Obligationen aus Verträgen kennen gelernt (S. 56). Zweitens muss im Auge behalten werden, dass es, auch wo einfach ausgesprochen wird, jemand habe einen in gewisser Weise entstandenen Schaden zu ersetzen, oder hafte für einen gewissen eventuellen Schaden, — dass es auch da die Absicht ist, ihm die Pflicht aufzuerlegen, einen solchen Schaden zu verhüten. Aber auch wenn man das im Auge behält, kann es vorkommen, dass jemand infolge einer derartigen Bestimmung einen Schaden ersetzen muss, \*welchen er nicht verschuldet hat. Nicht nur ist die

Beweislast befreffend das Verschulden vielfach eine umgekehrte; in manchen Fällen ist der Beweis, dass der Ange sprochene den Schaden nicht verschuldet habe, oder dass er ihn sogar unmöglich habe verhüten können, ausgeschlossen. In concreto kann es also vorkommen, dass die Schuld fehlt. Es giebt aber wohl kaum eine Vorschrift, welche jemand haftbar macht für einen Schaden, welchen er nicht im allgemeinen und in der Regel zu verhüten im stande ist. Deshalb (und aus historischen Gründen) darf angenommen werden, dass auch in solchen Fällen ein Forderungsrecht erteilt wird auf Grund einer präsumierten Schuld, welche unter Ausschluss des Gegenbeweises für bewiesen gehalten wird, und also thatsächlich eine fingierte Schuld sein kann.<sup>9</sup> Mit Sicherheit lässt sich das indessen nicht feststellen, da der Gesetzgeber unmittelbar bestimmt, dass es eine Verbindlichkeit giebt, und in einem gewissen Sinne sich um die Frage, ob eine Schuld besteht oder nicht, nicht zu kümmern braucht.

## § 7. Schuld und Vertrag.

Das eigentliche Gebiet der Schuld und der Schuldursache ist das der obligatorischen Verträge. Der Gesetzgeber kann eine Schuldverbindlichkeit erzeugen, ungeachtet ob eine Schuld besteht oder nicht, und wo unmittelbar aus dem Gesetz hervorgeht, dass es eine Schuldverbindlichkeit giebt, haben wir nicht mehr zu fragen, ob auch eine Schuld vorhanden ist. Der Gesetzgeber hat aber auch dem Individuum die Befugnis eingeräumt, Verbindlichkeiten zu erzeugen durch Vertrag, und dabei spielt die Schuld eine bedeutende Rolle. Das dabei obwaltende Prinzip ist, dass ein formloser Vertrag nur insofern eine Schuldverbindlichkeit erzeugen kann, als vor oder gleichzeitig mit dieser eine Schuld besteht oder entsteht. Dabei lassen sich die folgenden einzelnen Fälle unterscheiden. — Der Vertrag, der (einseitig) eine unbedingte Schuldverbindlichkeit erzeugen soll (Schuldbesprechen), ist nur dann bindend, wenn im Werte der versprochenen Leistung geschuldet wird, d. h. wenn dem Versprechen eine Schuldursache vorangegangen ist oder das Versprechen gleich beim Entstehen der Schuld (z. B. beim Empfang eines Darlehns) erteilt wird. Jedoch kann angenommen werden, dass das Versprechen auch dann bindend ist, wenn es erteilt wurde in der Erwartung, dass eine Schuldursache ex continentia eintreten würde (z. B. das Ver-

sprechen, ein Darlehn zurückzuzahlen, wird erteilt vor dem Empfang des Darlehns, welcher aber unmittelbar in Aussicht steht), und die Schuldursache thatsächlich eingetreten ist. — Der Vertrag, der eine bedingte Schuldverbindlichkeit erzeugen soll, ist bindend, wenn in der Erfüllung der Bedingung zugleichzeitig eine Schuldursache liegt. Es ist dies eine ziemlich selbstverständliche aber dennoch notwendige Ergänzung des soeben Gesagten. Wenn das unbedingte Versprechen, eine gewisse Geldsumme zu zahlen, bindend ist, wenn der Promittent vom andern Teil ein Darlehn erhalten hatte oder erhält, versteht es sich von selbst, dass ebenso bindend ist der Vertrag, bei dem jemand verspricht, ein Darlehn zurückzuzahlen, wenn er es erhält. Andrereits versteht es sich, dass ein Vertrag, bei dem eine Leistungspflicht abhängig gemacht wird vom Eintreten eines beliebigen Umstandes, der keine Schuldursache ist, ebensowenig bindend ist, wie ein unbedingtes Versprechen ohne causa. Es kann aber auch eine vom Zufall abhängig gemachte Leistungspflicht übernommen werden auf Grund einer bestehenden Schuld oder beim Empfang einer Gegenleistung. — Die Verträge endlich, die entweder eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung erzeugen sollen oder die Verpflichtung, eine Leistung zu machen, welche keine Wertleistung ist, bedürfen der causa nicht. Dabei kann in Erinnerung gebracht werden, dass aus den Verträgen dieser Art eine Schuldverbindlichkeit nur erstehen, wenn entweder eine erste Leistung stattfindet oder durch die Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtung Schade erlitten wird, — dass es aber eine Folge des Vertrages sein kann, entweder dass von einem Schaden überhaupt die Rede ist oder dass aus dem Schaden eine Schuld entsteht.

Was die Art der versprochenen Leistung anbetrifft, ist man

bei den Verträgen, die eine Schuldverbindlichkeit erzeugen sollen, nicht gebunden durch die Schuld oder ihre Ursache; es ist das einer der Gründe, weshalb hier der Schuld kein bestimmter Inhalt beigelegt wird, sondern nur ein gewisser Wert. Was den Wert der versprochenen Leistung anbetrifft, sind die Vertragschliessenden nicht streng gebunden an den Betrag der Schuld, wie er durch ihre Ursache bestimmt wird. In der Regel wird umgekehrt vom Wert der versprochenen Leistung auf die Höhe der Schuld geschlossen, was allerdings eine Beweisfrage ist; es ist aber mehr als eine Beweisfrage, wenn auch der Gegenbeweis, nämlich dass der Wert der Schuldursache geringer war als der der versprochenen Leistung, ausgeschlossen ist oder nicht zur Herabminderung der Verbindlichkeit führt. Damit hängt aufs engste zusammen, dass eine Verbindlichkeit nicht so gleich aufhört eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung zu sein, wenn der Wert der Gegenleistung geringer ist als der Wert der dafür versprochenen Leistung. Wenn jemand verspricht, für eine Sache einen Preis zu zahlen, ist der Vertrag ein Kaufvertrag, auch wenn der versprochene Preis den Wert der Sache um etwas übersteigt; wenn jemand versprochen hat, für eine Sache einen Preis zu zahlen, und die Sache erhalten hat, dann wird im allgemeinen angenommen, dass er den Kaufpreis schuldet, auch wenn dieser etwas mehr betragen sollte, als der Wert der Sache. Dasselbe gilt auch für das Schuldversprechen. Eine Grenze ist im allgemeinen nicht zu bestimmen. Für den Fall z. B. dass ein Käufer sich im Irrtum befunden hat über den Wert der gekauften Sache, enthalten manche Gesetzgebungen besondere Bestimmungen; für andre Fälle fehlt in der Regel jede Vorschrift. Wenn z. B. jemand, der einem andern durch eine unerlaubte Handlung Schaden zuge-

fügt hat, aus diesem Grunde versprochen hat, ihm eine gewisse Geldsumme zu zahlen, kann er sich im allgemeinen nicht durch den Beweis, dass der Schade weniger betragen hat, von der Verpflichtung befreien, zu zahlen, was er darüber hinaus versprochen hat. Nur wenn der Unterschied sehr gross wäre, könnte er behaupten, dass für das Versprechen keine genügende *causa* vorhanden wäre. Überhaupt ist es auffallend, dass immer nur von einer fehlenden oder einer unerlaubten *causa* die Rede ist (die falsche *causa* ist keine besondere Art), und niemals von einer ungenügenden. Könnte er beweisen, dass er überhaupt keinen Schaden zugefügt hatte, dann wäre sein Versprechen wegen Mangels einer *causa* unbedingt kraftlos. — Eigentümlich ist, dass weder C. C. noch B. W. eine Beschränkung der Conventionalstrafe enthalten, dagegen nach dem B. G. B. (§ 343) eine unverhältnismässig hohe Strafe vom Richter herabgesetzt werden kann. Die *causa* des Strafversprechens ist der durch die Nichterfüllung dem Forderungsberechtigten entstehende Schade; in § 343 B. G. B. kommt das ausgezeichnet zur Geltung. In Übereinstimmung mit dem oben gesagten braucht die Strafe nicht gleich als „unangemessen“ betrachtet zu werden, wenn sie höher ist als der durch die Nichterfüllung verursachte Schade; sie soll aber, wenn sie einmal als unangemessen betrachtet wird und herabgesetzt werden soll, durch das Erfüllungsinteresse bestimmt werden.

Die materielle Bedeutung der *causa* für das Recht der obligatorischen Verträge ist damit erledigt und bedarf nur noch der Verdeutlichung. Wir beschränken uns dabei auf die fehlende *causa*; die ungenügende *causa* bleibt von jetzt an ausser Betracht, und über die unerlaubte *causa* wird später besonders zu sprechen sein.

Das Vorhandensein einer Schuldursache ist nach dem

oben gesagten erforderlich beim Schuldversprechen; soll aus einem Vertrag infolge eines späteren Umstandes eine Schuldverbindlichkeit entstehen, dann muss dieser Umstand zugleicherzeit eine Schuldursache sein; Verbindlichkeiten, welche keine Schuldverbindlichkeiten sind, können durch Vertrag erzeugt werden ohne Rücksicht auf eine Schuldursache. Nach der herrschenden Lehre, wie übrigens auch nach Art. 1371 B. W., ist bei allen obligatorischen Verträgen das Vorhandensein einer *causa* erforderlich. Es versteht sich, dass man nun auch bei allen anerkanntermassen gültigen Verträgen irgend etwas als *causa* zu bezeichnen bestrebt gewesen ist. Die verschiedenen Umstände, die infolgedessen als *causa* bezeichnet werden, sind nicht nur sehr verschiedener Natur, sie stehen auch in sehr verschiedenen Beziehungen zum Vertrag und zur Obligation. So wird z. B. bei manchen Verträgen der Umstand, dass der Vertrag diesen oder jenen Inhalt hat, als *causa* bezeichnet. Das gilt namentlich von den gegenseitigen Verträgen; was man dabei als *causa* zu bezeichnen pflegt, ist tatsächlich nur der Umstand, dass der Vertrag eben ein gegenseitiger ist. Allerdings pflegte man früher die Gegenleistung, oder die Verpflichtung zur Gegenleistung, als die *causa* der Verpflichtung zur Leistung oder dessen Übernahme zu bezeichnen. Das könnte jedoch nur dann richtig sein, wenn nicht nur aus dem gegenseitigen Vertrag zwei einseitige Verbindlichkeit entstünden, sondern auch der Vertrag sich eigentlich aus zwei einseitigen Verträgen zusammenstellte. Das ist jedoch entschieden unrichtig. Was hier als Schuldursache bezeichnet wird, ist immer etwas ausserhalb des Vertrags liegendes. Damit steht nicht in Widerspruch, dass bei den bedingten einseitigen Verträgen, und bei den anderen Verträgen, aus denen eventuell eine Schuldverbindlichkeit entsteht, schon aus dem Inhalt des

Vertrages hervorgeht, dass eine Schuldverbindlichkeit daraus nicht entstehen soll, ohne dass eine Schuldursache eingetreten ist; aus solchen Verträgen kann dennoch eine Schuldforderung nicht geltend gemacht werden, ohne dass, ausser dem Vertragsschluss, noch etwas andres, das Eintreten der Schuldursache nachgewiesen wird. In Art. 1371 B. W. ist hauptsächlich nur an das Schuldversprechen mit vorhergehender oder ungefähr gleichzeitiger *causa* gedacht. Das soll hier nicht bewiesen werden; wir bemerken nur, dass thatsächlich nur das Schuldversprechen die eigentümlichen Schwierigkeiten der *causa-lehre* veranlasst. Bei den Verträgen, bei welchen die Verpflichtung übernommen wird, eine Leistung zu machen, welche keine Wertleistung ist, ist die Frage, ob eine *causa* vorhanden sei, niemals ernstlich gestellt worden. In England hat man sich vergebens angestrengt z. B. beim Auftrag etwas zu finden, das als *consideration* betrachtet werden könnte. Wenn solche Verträge eine *causa* haben, ist es jedenfalls etwas, das schon aus dem Inhalt des Vertrags hervorgeht, also etwas, das nach unsrer Ansicht keine *causa* (Schuldursache) ist, und wenn es eine *causa* sein soll, von selbst gegeben ist. Dasselbe gilt von gegenseitigen Verträgen in Bezug auf die daraus gleich anfangs entstehenden Verbindlichkeiten auf Gegenleistung; in Bezug auf die nach der ersten Leistung entstehende Schuldverbindlichkeit, wie überhaupt in Bezug auf Verträge, aus denen durch eine spätere Schuldursache eine Schuldverbindlichkeit entstehen soll, gilt das soeben gesagte, dass erstens schon aus dem Vertrag hervorgeht, dass die Schuldverbindlichkeit nicht entstehen soll ohne *causa*, und zweitens die Schuldursache immer zu beweisen ist. Der einzige Vertrag, bei welchem die Frage, wie es sich mit der *causa* verhält, wirkliche Schwierigkeiten macht,

ist das Schuldversprechen. Auch dabei wird nicht selten eine *causa* in der Vertragsurkunde erwähnt; das gehört dann aber nicht zum Inhalt des Vertrags, sondern es ist ein in derselben Urkunde aufgenommenes Anerkenntnis. Es bleibt übrigens auch dann nicht nur die Frage übrig, ob die *causa* mit genügender Deutlichkeit bezeichnet ist, sondern es kann auch in Zweifel gestellt werden, ob die *causa* wirklich vorhanden war. Bei keinem der andern Verträge sind solche Schwierigkeiten denkbar, denn was die anfängliche Gebundenheit unmittelbar aus dem Vertrage antrifft, kommt kein ausserhalb des Vertrags stehender Umstand in Frage, und wenn aus dem Vertrag eine Schuldverbindlichkeit entstanden sein soll, ist es infolge eines später eingetretenen Umstandes, der auf alle Fälle bewiesen werden muss.

Beschränken wir uns nun weiter auf das Schuldversprechen, dann finden wir zwischen der am Anfang dieses § gegebenen Darstellung und der herrschenden Meinung noch diesen Unterschied, dass nach der erstern das Schuldversprechen auch dann einer *causa* entbehrt, wenn es schenkweise erteilt wurde. In materieller Hinsicht ist kein Unterschied vorhanden, denn es ist oben ausdrücklich nur von formlosen Verträgen die Rede gewesen, und die Schenkung, welche in der Erteilung eines Versprechens besteht, bedarf der notariellen Beurkundung. Es lässt aber der genannte Unterschied auf eine tiefer gehende Verschiedenheit schliessen in der Auffassung der *causa* überhaupt. Wenn von zahlreichen Schriftstellern, besonders unter den ältern, und bis in die letzte Zeit auch von richterlichen Entscheidungen, davon ausgegangen wird, dass das schenkweise erteilte Versprechen der *causa* entbehrt, dann ist es, weil die *causa* nicht nur etwas ausserhalb des Vertrags stehendes, sondern auch etwas objektives ist, die Schuldursache; hat es

eine causa, dann ist die causa etwas subjektives. Und daraus ist wieder folgendes zu schliessen. Wenn die causa etwas subjectives ist, etwas in der Vorstellung des Promittenten, das ihn veranlasst, das Versprechen zu erteilen, ist eine causa eigentlich immer vorhanden, und kann das Fehlen der causa nur bedeuten, dass die Vorstellung des Promittenten nicht der Wirklichkeit entsprach, dass er sich im Irrtum befand. Das letzte kann nicht vermutet werden; wenn dagegen die causa etwas objektives ist, ist sie Quelle der Obligation neben dem Vertrag, und muss ihre Existenz bewiesen werden. Darüber im nächsten §. Derselbe Unterschied deutet aber zugleicherzeit auf eine verschiedene Auffassung der bindenden Kraft der Verträge in ihrem Prinzip. Wenn die causa etwas subjektives ist, kommt es nur darauf an, was der Promittent gewusst und gewollt hat; das Versprechen ist bindend, sobald wie es erteilt wurde bei voller Kenntnis der Sachlage. Ist die causa etwas objektives, etwas, das unabhängig ist von der Einigung der Vertragschliessenden, dann ist es die Frage, ob der Promittent befugt war, sich durch ein formloses Versprechen zu binden. Ist das letztere richtig für das niederländische Recht, dann gilt darin nicht die Formfreiheit der obligatorischen Verträge, die nach der herrschenden Ansicht das Prinzip des heutigen Vertragsrechts im Gegensatz zum römischen sein soll. Die Kategorien des römischen Rechts sind abgeschafft, aber die causa ist als allgemeines Erfordernis an ihre Stelle getreten. Eine Folge davon ist, dass z. B. jetzt alle gegenseitigen Verträge Consensualverträge sind. Aber was die einseitigen Verträge anbetrifft, ist der Zustand nicht so, dass sie jetzt alle die Kraft der Stipulation haben, mit der sie inhaltlich übereinstimmen, sondern dass die Stipulation im heutigen Recht fehlt. Dabei war

die Stipulation eine sehr wenig umständliche Form. Sie bestand eigentlich nur darin, dass die Vertragschliessenden deutlich sagten, dass es sich um die Begründung einer Obligation handelte, und nicht um eine blosse Verabredung; das gilt auch für die Zeit, wo nur das Wort „spondeo“ diese Bedeutung hatte. In Deutschland ist die Stipulation ersetzt durch das schriftliche, also auch nicht völlig formlose, Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis. Nach niederländischem Recht hat der formlose, mündliche oder schriftliche, einseitige Vertrag nur ungefähr die Bedeutung des constitutum debiti proprii. Für das Versprechen einer nicht geschuldeten Leistung, d. h. für das schenkweise erteilte Versprechen, das Versprechen, das eigentlich der „reine“ Vertrag ist, der „Vertrag an sich“, weil es nicht nur „abstrahiert“ von der Existenz einer Schuld, sondern offen bekundet, dass eine Schuld nicht vorhanden ist, — für den Fall also, dass jemand sagt: „Ich verspreche dem A, ihm fl. 500 zu zahlen, ausschliesslich weil es mir gefällt, ihm das zu versprechen“, — dafür ist die sehr kostbare und sehr umständliche Form der notariellen Beurkundung erforderlich. Die objektive causa kann definiert werden als ein Grund, kraft dessen schon geleistet werden sollte, abgesehen vom erteilten Versprechen. Nach niederländischem Recht kann ein bindendes Schuldversprechen nur dann formlos erteilt werden, wenn schon eine Schuld, und daher, abgesehen von einigen seltenen Fällen, auch schon eine Schuldverbindlichkeit vorhanden ist.

In materieller Hinsicht weicht dieses Ergebnis weniger ab von der herrschenden Ansicht, als es vielleicht scheint. Sehen wir das Schuldversprechen etwas näher an. Dabei ist abzusehen von den Fällen, in denen äusserlich eine selbständige Leistungspflicht übernommen, tatsächlich aber

das Schuldversprechen in Erwartung einer künftigen Ge-  
genleistung erteilt wird; darüber wird in § 10 die Rede  
sein. Wir nehmen also an, dass der Promittent sich wirk-  
lich hat verpflichten wollen, eine endgültige Wertleistung  
zu machen, und unterscheiden dann folgende Möglichkeiten.  
Entweder es hat eine Schuld bestanden, oder es hat keine  
Schuld bestanden. Im letztern Fall hat der Promittent ge-  
wusst, dass er nicht schuldete, oder er hat es nicht gewusst. Im  
letztgenannten Fall ist auch nach der herrschenden Meinung  
das Schuldversprechen nicht verbindlich wegen mangelnder  
causa. Hat der Promittent nicht geschuldet, und wusste er  
das, dann liegt eine Schenkung vor (vgl. HAMAKER, *Weekbl.*  
*v. Priv. R., Not. A. en Reg.* 1899 S. 249). Das letzte kann  
nun allerdings wieder bestritten werden; in der Regel verlangt  
man als positives Merkmal der Schenkung den sogenann-  
ten *animus donandi*, den man bezeichnen könnte als den  
Wunsch, den andern Teil zu bereichern. Der Wille,  
den andern Teil zu bereichern, ist vorhanden, sobald der  
Promittent (oder Tradent) weiss, dass er nicht schuldet. Es  
lässt sich fragen, ob nicht dieser Wille als Merkmal der  
Schenkung genügt, und ob nicht der *animus donandi* im  
oben bezeichneten Sinne zu den juristisch unerheblichen  
Motiven der Handlung gehört. Es lässt sich behaupten,  
dass die Schenkung z. B. von den römischen Juristen in  
diesem negativen Sinne aufgefasst wurde; lässt man das  
*credendi causa* oder ob *causam datum* oder *promissum* aus-  
ser Betracht, dann lässt sich die Definition „*donari videtur,*  
*quod nullo jure cogente conceditur*“ (fr. 82 D. 50, 17)  
sehr wohl verteidigen. Lassen wir jedoch die genauere  
Definition der Schenkung dahingestellt, und fragen wir:  
Wenn nun aber der Promittent gewusst hat, dass er nicht  
schuldete, und doch auch nicht den *animus donandi* hatte?

Dann ist das Versprechen wiederum in keiner Form bindend. Die Lehre vom *animus donandi* hatte eben den Zweck, derartigen Versprechen die bindende Kraft zu versagen. Dieser Punkt soll jetzt noch etwas näher ausgeführt werden.

Nach römischem Recht genügte zur Erzeugung einer Schuldverbindlichkeit eine Stipulation. Unter Umständen war dieselbe anfechtbar; dazu gehörte unbedingt der Fall, dass sie zustande gekommen war unter der Voraussetzung, dass der versprochene Betrag geschuldet wurde und eine Schuld in Wirklichkeit nicht bestand. Diese Voraussetzung jedoch war eine subjective; es kam nur darauf an, was die Vertragschliessenden, besonders der Promittent, gewusst und gewollt hatten. Die *condictio indebiti* war also nur dann begründet, wenn der Promittent sich über das Bestehen der Schuld im Irrtum befunden hatte, und dieser Irrtum musste sogar, wie allgemein angenommen wird, ein entschulbarer gewesen sein. Hatte der Promittent gewusst (oder sogar auch nur wissen müssen), dass er nicht schuldete, und hatte er dennoch das Versprechen erteilt, dann war es nach römischem Recht unantastbar. Wie wurde das nun von den römischen Juristen gerechtfertigt? Damit, dass der Promittent (bezw. der Tradent) dann eben hatte schenken wollen; fr. 47 D. 38, 1; fr. 7, § 2 D. 41, 4; fr. 12 D. 46, 2; fr. 53 D. 50, 17. Auch BÄHR hat sich dieses Argument nicht entgehen lassen. Er unterstellt, dass zwar die Nichtexistenz der Schuld, welche angeblich die Erteilung des Versprechens veranlasst haben soll, nachgewiesen ist, aber nicht, dass der Promittent sich darüber im Irrtum befunden hat, und sagt dann (Anerkennung, § 19, 3. Ed. S. 55): „Wenn nun bei diesem zwischen Schuld und Nichtschuld „schwebenden Non liquet der Richter gleichwohl sich dahin

„entscheidet, dass es bei der geschehenen Zahlung zu verbleiben habe, so liegt der letzte Rechtfertigungsgrund hierfür darin, dass der Zahlende ja auch ohne allen Rechtsgrund sich seines Vermögens entäussern, d. h. schenken kann; und dass daher Derjenige, welcher zwar ohne erkennbare Schuld, aber auch ohne erkennbaren Irrtum zahlte, als ein solcher angesehen werden dürfe, der habe schenken wollen. Dieser Gedanke hat in einer Mehrzahl von Stellen seinen Ausdruck gefunden“: (folgen die soeben citierten Stellen). Das letzte ist nun nicht ganz richtig; in den citierten Stellen wird nicht von einem Non liquet, sondern vom Fall gesprochen, dass es positiv feststeht, dass der Tradent oder Promittent wusste, dass er nicht schuldete. Aber anderseits war, wie oben schon bemerkt wurde, in diesem Fall nach der Ansicht der römischen Juristen eine wirkliche Schenkung vorhanden; der Schenkungswille war nach ihrer Auffassung nichts als der Wille, eine nicht geschuldete Zuwendung zu machen. Die Hauptsache ist aber von BÄHR richtig erfasst, nämlich, dass jene Stellen den Zweck hatten, zu erklären, weshalb die *condictio indebiti* nur begründet war, wenn ein Irrtum vorlag. Ein in Stipulationsform erteiltes Versprechen war unanfechtbar, wenn es erteilt war bei voller Kenntnis der Sachlage; hatte keine Schuld bestanden und hatte der Promittent das gewusst, dann hatte er eben schenken wollen. Natürlich wurde dabei nicht gedacht an die Beschränkungen, denen auch in Rom die Schenkung unterworfen war, namentlich durch die *lex Cincia*, sonst hätte die Construktion des Versprechens als eine Schenkung gerade dazu führen müssen, es nicht bindend zu erklären. — Wenden wir uns nun vom römischen Recht der klassischen Zeit unmittelbar zu der herrschenden Auffassung im 17. und 18. Jahrhundert. Dort finden

wir erstens die Auffassung, dass die Verträge im allgemeinen nunmehr von jeder Form entbunden seien; an der Stelle der Stipulation finden wir also ein formloses Versprechen. Andrerseits wurde indessen angenommen, dass alle Verträge ohne Unterschied eine causa haben müssen; von abstrakten Verträgen wusste man nichts. Als causa wurde unter anderm der animus donandi betrachtet. Endlich finden wir die ganze Materie beherrscht durch das Prinzip, dass Schenkungsabsicht nicht leicht anzunehmen ist. Denken wir uns nun folgenden Fall. Jemand hat ein Schuldversprechen erteilt; wir können annehmen, ein formloses. Es steht fest, dass er nichts geschuldet hat; er kann aber nicht behaupten, sich im Irrtum befunden zu haben. Er erklärt, er habe allerdings gewusst, dass er nicht schuldete, er habe das aber damals dem scheinbaren Beweise seiner Schuld gegenüber nicht beweisen können, der Kläger habe ihm mit sofortiger Verfolgung gedroht, welche ihn in grosse Ungelegenheiten gebracht haben würde, oder sogar den Konkurs über ihn verhängen lassen wollen, was seinen Kredit erschüttert, und seinen Ruin herbeigeführt hätte. Von einem eigentlichen Zwang soll hier nicht die Rede sein; das Versprechen wäre dann unverbindlich, auch ohne dass das Fehlen der Schuld bewiesen zu werden brauchte. Konnte nun der Kläger behaupten, wenn es sich so zugetragen habe, habe der Promittent schenken wollen? Hätte man die Schenkungsabsicht noch ebenso aufgefasst, wie die römischen Juristen sie auffassten, dann hätte auch das Prinzip, dass eine Schenkung nicht vermutet werden sollte, nichts genutzt, denn hier war unzweifelhaft bewiesen, dass eine Schenkung in dem Sinne stattgefunden hatte. Man verstand aber zugleicherzeit unter einer Schenkung etwas andres. Um sich darauf berufen zu können,

hätte der Kläger wahrscheinlich machen müssen, dass der Promittent sich bei der Erteilung des Versprechen hatte leiten lassen von Gefühlen der Freundschaft und des Wohlwollens, dass er den Wunsch gehabt hatte, den Kläger zu bereichern, dass Freigebigkeit das Motiv seiner Handlung gewesen war. Und wenn man den Begriff der Schenkung in dieser Weise beschränkte, war es nicht um die dafür geltenden positive Formvorschrift ebenfalls zu beschränken, sondern um in Fällen wie dem oben erwähnten eine Berufung auf den *animus donandi* als *causa* unmöglich zu machen. — Lassen wir die Formvorschrift einen Augenblick dahingestellt. Nehmen wir an, dass die Schenkung zwar keine *causa* hat, dass sie aber kraft positiver Gesetzesvorschrift dennoch verbindlich ist. Oder, was auf dasselbe hinauskommt, nehmen wir an, dass der *animus donandi* eine genügende *causa* ist. Auf welche *causa* kann dann in einem Fall wie dem soeben erwähnten der Kläger sich berufen, wenn die Erteilung eines Schuldversprechens unter solchen Umständen nicht als Schenkung betrachtet werden darf? So verschiedenartiges man auch früher und später als *causa* betrachten zu dürfen geglaubt hat, darunter ist nichts zu finden, das hier anwendbar wäre; eher noch wird man finden, dass solche Fälle unter den Gesichtspunkt der unerlaubten *causa* gebracht werden. In der allerletzten Zeit hat man allerdings versucht, schon den Willen sich zu verpflichten, oder etwas derartiges, als hinreichende *causa* zu betrachten. Wenn aber die *causa* ein positives Erfordernis für die Gültigkeit des Versprechens sein soll, oder wenn sogar dessen Vorhandensein selbständig bewiesen werden muss, kommt etwas derartiges nicht in Betracht. Die *causa* im Sinne des B. W. muss doch zum mindesten etwas sein, von dem bewiesen werden kann, dass es nicht vorhanden gewesen ist. — Wie

man es nimmt, nach der Auffassung, der die Bestimmungen des B. W. entstammen, ist ein Schuldversprechen, wenn auch der Promittent gewusst hat, dass er nicht schuldete, aber auch nicht hat schenken wollen, nicht bindend. Um das zu erreichen, hat man einerseits den Begriff der Schenkung eingeschränkt. Andrerseits hat man aber dazu auch nicht selten den Begriff der Schenkung wieder ausgedehnt auf jede wissentlich nicht geschuldete Zuwendung, und sich gleichzeitig auf die Formbedürftigkeit der Schenkung berufen. Dass es ursprünglich der Zweck jener Formvorschrift gewesen ist, gerade die Versprechen zu treffen, welche ohne Schuld, aber auch ohne eigentliche Schenkungsabsicht, erteilt sind, soll hier nicht behauptet werden; sie ist aber oft dazu benutzt, die Klage aus einem solchen Versprechen abzuweisen. Wo der Kläger nicht im stande war, die Existenz einer gehörigen *causa* zu beweisen, ist wiederholt entschieden, dass in der Erteilung des Versprechens bestenfalls eine Schenkung gesehen werden könnte, welche, weil sie der vorgeschriebenen Form entbehrte, unverbindlich sei. Mitunter wurde sogar erwogen, das vom Kläger angeführte sei keine genügende *causa*, und die Erteilung der Versprechens somit als eine Schenkung zu betrachten. Es war nicht nur eine weitverbreitete Ansicht, dass die Schenkung keine *causa* habe; man begegnet nicht selten der Ansicht, dass ein schriftliches Leistungsversprechen, wenn darin keine *causa* angegeben, oder auch nur das Versprochene als geschuldet bezeichnet ist, eine Schenkung sei, oder wenigstens so lange als eine Schenkung zu betrachten sei, wie eine *causa* nicht bewiesen werde. Diese Anschauung ist bezeichnend, obwohl überflüssig. Unzweifelhaft ist jedoch folgendes: Wenn der Kläger nicht behaupten kann, dass das Versprochene ihm geschuldet wurde, oder wenn sogar im Prozesse feststeht, dass

es nicht geschuldet wurde, ist ein formloses Versprechen unverbindlich, und es braucht nicht ermittelt zu werden, ob der Promittent irrtümlich geglaubt hat zu schulden, oder hat schenken wollen, oder aus irgend einem andern Grunde das Versprechen erteilt hat. Das ist der feste Kern der hier dargestellten causa-lehre, und man wird wohl thun, daran auch de lege ferenda festzuhalten. Man wird künftig nicht mehr von dem, der sich auf ein Schuldversprechen beruft, den Beweis verlangen, dass das Versprochene geschuldet wurde; man wird aber immer in gewissen Fällen eine Anfechtung des Versprechens zulassen müssen. Dieser Anfechtung ist als Voraussetzung das Fehlen einer Schuld zu Grunde zu legen. Der „rechtliche Grund“ von dem in § 812 B. G. B. die Rede ist, ist in der Regel, wenn auch nicht immer, eine Schuldursache. Als Voraussetzung der conditio indebiti verlangt das B. G. B. schon nicht mehr, wie das gemeine Recht, den Beweis eines Irrtums; es gestattet aber dem Beklagten, zu beweisen, dass der Kläger gewusst hat, dass er nicht schuldete (§ 814). In Bezug auf die Übernahme einer Schuldverbindlichkeit steht das in einem eigentümlichen Widerspruch zur Formbedürftigkeit der Schenkung, wenn sie in der Erteilung eines Versprechens besteht (§ 518); es ist wahrscheinlich die romanistische Gleichstellung der Anfechtung des abstrakten Vertrags mit der Rückforderung einer Leistung daran schuld. Wir nehmen an, dass jemand leistet, in diesem Fall durch die Erteilung eines Versprechens, „zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit“, obwohl er weiss, dass keine Verbindlichkeit besteht; wie man sich das zu denken hat, ist auch schon nicht ganz klar, denn es kann sich nicht einfach darum handeln, dass die gemachte oder versprochene Leistung als geschuldet bezeichnet wird. Wir können uns kaum den Fall denken, dass

hier keine Schenkung vorläge, und dennoch der Gläubiger einen bessern Anspruch hätte auf Aufrechterhaltung des Geschäfts, als wenn ihm geschenkt wäre.

Das Erfordernis einer objektiven *causa* gilt nicht für den Erlass (anders im englischen Recht). Inwiefern ein ohne *causa* übertragenes dingliches Recht zurückgefördert werden kann, oder die Übertragung ein Recht auf Schadenersatz begründet, ist eine Frage, welche hier nicht zu behandeln ist. Es soll nur bemerkt werden, dass dafür nicht dasselbe zu gelten braucht, wie für das ohne *causa* erteilte Schuldversprechen; dass beides unter denselben Gesichtspunkt fallen sollte, ist eine Anschauung, welche dem niederländischen Recht völlig fremd ist. Die Rückforderung einer geschehenen Zahlung, wird beherrscht von den Vorschriften über die *condictio indebiti* (Art. 1395 ff. B. W.); die Verteidigung gegen ein Schuldversprechen von den Vorschriften über die *causa* (Art. 1371 ff. B. W.). Wenn beide von demselben Gesichtspunkt aus betrachtet werden sollen, dann ist es in einer andern Weise. A hat dem B eine Zahlung gemacht, und behauptet, ihm nichts geschuldet zu haben. Nun ist es die Frage, ob ein Grund vorhanden ist, B zur Rückzahlung zu zwingen, etwas aus dem Vermögen des B in das des A übergehen zu lassen. Hat dagegen A dem B ein Schuldversprechen erteilt, und behauptet er, ihm nichts geschuldet, zu haben, dann ist es die Frage, ob ein Grund vorhanden ist, etwas aus dem Vermögen des A in das des B übergehen zu lassen. Wo ein Prozess geführt wird über das Forderungsrecht selbst, wird dasselbe niemals als schon zum Vermögen des Berechtigten gehörig betrachtet, so dass die Bestreitung als eine Rückforderung zu betrachten wäre.

Über die unerlaubte *causa* braucht hier nur sehr wenig gesagt zu werden. Eine unerlaubte *causa* im eigent-

lichen Sinne, eine unerlaubte Schuldursache, ist nur dann vorhanden, wenn etwas versprochen wird als Gegenleistung für eine unerlaubte Leistung. Ob aus einem unerlaubten Verhalten überhaupt eine Schuld entstehen kann, können wir dahingestellt lassen; jedenfalls kann auf Grund einer solchen Schuld keine Verbindlichkeit übernommen werden. Dieser Fall ist nun freilich auch nach der üblichen Auffassung der typische Fall der unerlaubten causa; außerdem aber werden unter denselben Gesichtspunkt alle Verträge gebracht, welche man für nicht verbindlich hält, weil sie eine gesetzwidrige oder unsittliche Tendenz haben. Die Beziehung dieser Tendenz zum Vertrage ist wiederum eine sehr mannigfache. Auffallend ist jedoch, dass in sehr vielen solchen Fällen keine Schuld vorhanden ist, und der Vertrag also eher als ein Vertrag ohne causa betrachtet werden müsste; die Unsittlichkeit des Vertrages liegt dann darin, dass jemand sich etwas versprechen lässt, das ihm nicht geschuldet wird. Dazu gehört z. B. der Fall, dass sich jemand etwas versprechen lässt für eine Leistung, welche er schon anderweitig verpflichtet ist zu machen; auch der Vertrag, bei welchem Wucherzinsen versprochen werden, kann dazu gebracht werden. — Die Gewohnheit, bei allen Verträgen, welche aus irgend einem Grunde dem Richter verwerflich vorkommen, von einer unerlaubten causa zu sprechen, hat einerseits dazu beigetragen die causa-lehre zu verwischen, weil sie dazu veranlasste, unter causa überhaupt die Tendenz eines Vertrages zu verstehen, und ist anderseits Ursache gewesen, dass die Lehre von den verwerflichen Verträgen sich nicht hat entwickeln können. Der Fall, dass etwas versprochen ist als Gegenleistung für eine unerlaubte Leistung, ist gewiss nicht der einzige Fall eines verwerflichen Vertrages; es giebt andre Verträge, welche auf keinen Fall

bindend sein dürfen. So giebt es z. B. Handlungen, bei denen man vollständig frei ist, bei denen man aber auch frei bleiben soll. Es ist z. B. nicht unsittlich, seine Stimme nicht auszubringen bei einer politischen Wahl; es ist aber unsittlich und unstatthaft, sich zu verpflichten, nicht zu wählen, oder eine bestimmte Person zu wählen. Es ist da noch vieles aufzuklären; es bringt jedoch keinen Schritt weiter, wenn man in solchen Fällen von einer „unerlaubten causa“ spricht.

Verschieden beantwortet wird die Frage, ob, wie man es auszudrücken pflegt, eine natürliche Verbindlichkeit eine genügende causa ist, d. h. ob auf Grund einer bloss moralischen Verpflichtung eine Schuldverbindlichkeit übernommen werden kann. Es wurde oben bemerkt, dass man sehr verschiedene Erscheinungen unter den Gesichtspunkt der natürlichen Verbindlichkeit zu bringen pflegt, und dass daher nicht bei allen natürlichen Verbindlichkeiten die Wirkungen dieselben sein können. In Bezug auf die gestellte Frage kann die Lehre von der Schuld die Entscheidung bringen. Ein auf Grund einer natürlichen Verbindlichkeit erteiltes Schuldversprechen ist als bindend zu betrachten, wenn eine Schuld im eigentlichen Sinne vorhanden war. In den andern Fällen, in denen man von einer natürlichen Verbindlichkeit zu sprechen pflegt, reicht diese nicht aus, um dem Schuldversprechen den Charakter einer Schenkung zu nehmen; aber gerade deshalb kann sehr wohl auch in diesen andern Fällen die Rückforderung des freiwillig geleisteten ausgeschlossen sein (Art. 1396, Abs. 2, B. W.; Art. 1235, Abs. 2, C. C.).

---

## § 8. Der Beweis der causa, insbesondere mittelst Anerkenntnisses.

Ein Schuldversprechen erzeugt eine Verbindlichkeit nur dann, wenn eine Schuld vorhanden ist; wer daher aus einem Schuldversprechen Klage erhebt, muss behaupten und beweisen, dass es eine Schuld giebt, oder eine Schuldursache gegeben hat. Der Beweis des einen ist auch der Beweis des andern: wenn die Existenz einer Schuld bewiesen ist, folgt daraus, dass es eine Ursache gegeben hat; und wenn bewiesen ist, dass es eine Schuldursache gegeben hat, folgt daraus, dass eine Schuld zur Existenz gelangt ist, und bis auf weiteres, dass sie existiert. Das Vorhandensein einer *causa* muss vom Kläger (Gläubiger) bewiesen werden; darin liegt die Haupteigentümlichkeit des niederländischen Rechts in Bezug auf die *causa*. Es weicht darin auch vom französischen Recht ab. In Frankreich konnte auf Grund des Art. 1132 C. C. „*La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée*“, angenommen werden, dass das Vorhandensein einer *causa* vermutet werden darf. Die entsprechende Vorschrift im B. W., Art. 1372, erhielt folgende Fassung: „Wenn keine „*oorzaak* ausgedrückt ist, und dennoch eine erlaubte anwesend ist, oder auch wenn eine andre erlaubte *oorzaak* „als die ausgedrückte besteht, ist nichtsdestoweniger der

„Vertrag von Kraft (hat ... der Vertrag bindende Kraft).“ Es sollte damit, wie uns von ASSER (*Het B. W. vergeleken met het Wetb. Nap.* S. 480 f.) bezeugt wird, entschieden werden, dass allerdings eine Urkunde über ein Schuldversprechen nicht deshalb der Beweiskraft entbehrt, weil sie die *causa* nicht erwähnt, dass aber in diesem Fall das Vorhandensein der *causa* anderweitig bewiesen werden muss. Es ist weiter darin entschieden, dass es gestattet sein soll, eine andre *causa* anzuführen, als die in der Urkunde erwähnte; denn, sagt ASSER, wenn man nicht verpflichtet ist, in der Urkunde die *causa* zu erwähnen, ist man „*a fortiori*“ auch nicht verpflichtet, die richtige zu erwähnen.

Der Beweis kann durch alle Mittel erbracht werden, was im allgemeinen keine weiteren Erörterungen veranlasst, insbesondere aber durch die Berufung auf eine Anerkennung. Eine Folge davon ist, dass die Beweisvorschrift für den, der sie anzuwenden versteht, schliesslich nur zu einer sinnlosen Förmlichkeit führt; es fehlt aber in der Rechtsgeschichte keineswegs an ähnlichen Sinnlosigkeiten. Die Anerkennung kann gleich in die Urkunde aufgenommen werden, welche das Schuldversprechen enthält; es ist also bloss an Stelle des einfachen Schuldversprechens eine doppelte Erklärung erforderlich. Man könnte schreiben: „Ich verspreche dem A, ihm fl. 500 zu zahlen; es ist eine *causa* vorhanden.“ Kaum mehr Bedeutung hat z. B. die Klausel „Wert erhalten“, welche nach einer ständigen Praxis als Beweis einer gehörigen *causa* genügt. Aus dem bisher Gesagten geht hervor, dass die Existenz einer *causa* ebenfalls nachgewiesen ist, wenn die Urkunde lautet: „Ich verspreche dem A, ihm zu zahlen Fl. 500, welche ich ihm schulde“, oder: „Ich bekenne dem A zu schulden fl. 500, welche ich ihm zu zahlen verspreche“; aus der Anerkennung

der Schuld folgt notwendig, dass sie eine Ursache gehabt hat. Namentlich die letztere Fassung ist sehr häufig; anlässlich eines so gefassten Schriftstückes erwog der H. R. in der Entscheidung vom 13 Febr. 1870 (W. 3192): „dass „also die Urkunde enthält eine einseitige Verbindlichkeit „(d. h. einen Vertrag zur Begründung einer einseitigen Verbindlichkeit, ein Schuldversprechen) zu zahlen eine bestimmte Summe in barem Geld, und dass als *oorzaak* jener Verbindlichkeit (jenes Versprechens) in der Urkunde ausgedrückt ist eine dabei (darin) anerkannte Schuld.“ Diese Entscheidung stimmt, wie schon gesagt wurde, überein mit einer schon vor Jahrhunderten in Frankreich herrschenden Praxis, und die ihr zu Grunde liegende Anschauung kommt in der niederländischen Praxis auch jetzt noch häufig zur Geltung; von den Schriftstellern aber scheint keiner die Entscheidung verstanden zu haben. Über sie schreibt NABER (der übrigens anzunehmen scheint, dass der H. R. hier, wie in der That andre Gerichte gethan haben, Anerkennung als die *causa* betrachtet): „Wer anerkennt „zu schulden“ „und infolgedessen „zu zahlen verspricht“ legt vielleicht „zwei verschiedene Erklärungen ab, aber in der Regel, so „würde ich mit JHERING und den Entwerfern des künftigen „deutschen Gesetzbuches annehmen (gemeint ist der Entw. „I. Les. des B. G. B.) ist hier nur ein Gedanke in zweierlei „Fassung vorhanden, und von *causa* also keine Spur.“ Insfern ist dies richtig, als man mit der Abgabe einer solchen Urkunde nur einen Zweck hat, die Erzeugung einer Schuldverbindlichkeit, oder besser, die Möglichkeit, eine Schuldforderung einzuklagen; es wird aber noch in weiten Kreisen gefühlt, dass dazu beide Erklärungen erforderlich sind. Es verdient jedenfalls Beachtung, dass man in so zahllosen Schuldurkunden, vielleicht in den meisten (ab-

gesehen von den im Handel gebräuchlichen Formeln), diese doppelte Formel vorfindet. Dass sie sehr alt ist, mögen eine Anzahl Urkunden aus der Mitte des 14. Jahrhunderts beweisen, mitgeteilt von P. PUNTSCHART (Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 402, n. 2); merkwürdig ist auch eine daselbst (im Text) mitgeteilte Stelle aus der Glosse zum Sächsischen Weichbildsrecht: „Ir sollit wissin: is sint „nicht vil wort die eynen man schuldig machen; sunder „spricht eyner zu dem andern: „du bist mir das schuldig“; „gehner antwortet „jo“; spreiche denn disser: „gelabstu „denne is mir zu geben?“ unde ghener antwort: „ich gelab „is“ . . .“ (wir citieren auch noch den Schluss des Satzes:) „. . . unde gelabit er denne mit schlechten worten, er is also „phlichtig zu leisten, als ab er sich sere verbunde“ (v. DANIELS, v. GRUBEN u. KÜHNS, Rechtsdekmäler des deutschen Mittelalters, I, S. 276). Ein einfaches Leistungsversprechen ohne Schuldanerkennung ist unvollständig, und legt besonders den Gedanken einer Schenkung nahe. Dass ein Versprechen ohne Schuldanerkennung an sich eine Schenkung ist, war anfänglich auch die Ansicht des H. R. Jemand hatte einem andern „als in seinem Dienst beschäftigt“ und „als Belohnung für die von ihm bis dahin geleisteten Dienste, gezeigte Treue und Anhänglichkeit“ eine „Besoldung“ zugelegt für die Zeit seines Lebens. Die Behauptung des Beklagten, dass hier eine Schenkung vorlag (es ging das fast aus jedem Worte hervor), wurde vom H. R. (Entsch. vom 29. Nov. 1850, W. 1179) für begründet gehalten: „erstens, „weil die Schrift keine Anerkennung enthält der Existenz einer Schuld . . .“ Noch deutlicher drückt sich die Entsch. vom 4. Apr. 1851 (W. 1215) aus in einer ähnlichen Sache: „dass, wo die vom Kläger als Beweis dieser Formulierung produzierten Schriftstücke durchaus keine Aner-

„kennung einer bestehenden Schuld oder Verbindlichkeit „vom Aussteller an den Kläger enthalten, dieselben keinen „Vertrag darstellen, aus welchem für die Beklagten eine „Verpflichtung ex contractu ihres Erblassers hat geboren „werden können“; diese Worte bilden eine selbständige Erwähnung. — Soll durch die Urkunde das Bestehen eines Forderungsrechts völlig bewiesen werden, dann muss dem Versprechen noch eine Schuldanerkennung zugefügt werden; eher genügt die Schuldanerkennung allein. Man ist sich der Bedeutung eines solchen Zusatzes unter Nichtjuristen im allgemeinen so wohl bewusst, dass er gerade bei Schenkungen, welche aus irgend einem Grunde das Licht des Tages nicht vertragen können (Benachteiligung von Gläubigern, Verkürzung gesetzlicher Erbteile, Steuerunterschlagung, u. s. w.) oder bei welchen man einfach die Kosten einer notariellen Urkunde hat sparen wollen, sozusagen niemals fehlt.

Die Schuldanerkennung, welche ein Schuldversprechen begleitet, soll die *causa* beweisen. Wenn man aber sagt, die Schuldanerkennung und das Schuldversprechen hätten dieselbe Bedeutung, wären nur zwei Ausdrücke für denselben Gedanken, dann ist das nicht unrichtig. Die Aushändigung einer Urkunde, welche nur die Anerkennung einer Schuld enthält, hat nach der Anschauung der beteiligten Personen dieselbe Bedeutung, wie die Aushändigung eines schriftlichen Schuldversprechens. Vollkommen richtig sagt auch BÄHR: „Im gewöhnlichen Leben würde man schwerlich Gewicht darauf legen, ob ein Schuldschein ein ausdrückliches Zahlungsversprechen enthalte oder nicht.“ Das schriftliche Schuldanerkenntnis und das schriftliche Schuldversprechen haben beide „im gewöhnlichen Leben“ dieselbe Bedeutung, weil sie denselben Zweck und nach der Anschauung der

Nichtjuristen denselben Erfolg haben, und nach ihrer Ansicht das Schuldanerkenntnis dazu sogar das geeignetere Mittel ist. Eine solche Anschauung soll man historisch erklären. — Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen haben denselben Zweck. Wenn jemand einem andern ein schriftliches Zahlungsversprechen aushändigt, hat das den Zweck, ihm die Möglichkeit zu verschaffen, einen Anspruch auf Zahlung geltend zu machen. Wenn jemand einem andern ein schriftliches Schuldanerkenntnis aushändigt, hat das denselben Zweck; es soll dem letztern die Möglichkeit verschaffen, einen Anspruch auf Zahlung geltend zu machen, und zwar dadurch, dass es einen Anspruch auf Zahlung beweist. Dass das Anerkenntnis wenigstens ursprünglich nur Beweismittel war, ist schwer zu leugnen; nach der Ansicht deren, die Anerkenntnisse geben und sich geben lassen, ist es auch ein genügendes Beweismittel. Nach dem buchstäblichen Inhalt soll das Zahlungsversprechen einen Anspruch erzeugen, das Anerkenntnis einen schon bestehenden beweisen. Thatsächlich dient das erstere nur äusserst selten dazu, ein Forderungsrecht zu erzeugen, wo noch keines vorhanden ist; in der Regel soll es nur dazu dienen, die Geltendmachung eines bestehenden Forderungsrechts zu sichern und zu erleichtern. Umgekehrt kann das Anerkenntnis dazu benutzt werden, den Beweis eines Anspruchs zu schaffen, wo keiner vorhanden ist, und damit die Möglichkeit den Anspruch geltend zu machen, als ob man ihn hätte. Ob man beweisen kann, ein Recht zu haben, oder es wirklich hat, ist praktisch dasselbe, jedenfalls bis auf die Erbringung des Gegenbeweises. Das Schuldanerkenntnis soll also die Möglichkeit schaffen, einen Anspruch auf Zahlung geltend zu machen, zunächst (bis auf den Gegenbeweis, wo derselbe möglich ist) unabhängig davon,

ob ein Anspruch vorhanden ist oder nicht. Diese Verwendung des Schuldanerkenntnisses ist uralt; um nicht weiter zurückzugreifen, erinnern wir, dass sie schon von GAJUS (III, 134) als unter den Peregrinen gebräuchlich erwähnt wird. Zu bemerken ist noch, dass die Anerkennung einer nicht vorhandenen Schuld kaum als eine Umgehung des Gesetzes zu betrachten ist, und keineswegs als etwas unerlaubtes; wenn das Gesetz der Anerkennung Beweiskraft beilegt, rechnet es mit der Möglichkeit, oder soll es doch damit rechnen, dass sie nicht der Wahrheit entspricht. Darauf kommen wir später zurück. — Wie ist man aber dazu gekommen, das Anerkenntnis dem Versprechen sogar vorzuziehen? Woher kommt es, dass man oft dem Zahlungsversprechen als blosse Form die Worte anhängt: „... welche ich ihm schulde“, und niemals dem Schuldanerkenntnis als blosse Form die Worte: „... welche ich ihm zu zahlen verspreche“. Dafür muss die Erklärung bei der causa-lehre gesucht werden. Ein Recht wie das römische Recht der klassischen Zeit gab dazu keine Veranlassung. Ob und welche Nachteile dem Gebrauch des Schuldanerkenntnisses im Wege standen, können wir dahingestellt lassen. Jedenfalls aber genügte ein Versprechen, wenn es in Stipulationsform erteilt wurde; über die Stipulation konnte eine Urkunde aufgenommen werden. Dabei zeigte sich jedoch allmälig etwas ähnliches, wie anderswo beim Schuldanerkenntnis; man unterliess es nach und nach, die Stipulation wirklich vorzunehmen, und erwähnte nur in der Urkunde, dass sie stattgefunden hatte. Und doch wäre es wohl in der Regel ziemlich einfach gewesen, die Stipulation wirklich vorzunehmen, während man dadurch, dass man das unterliess, sich der Gefahr aussetzte, dass der Gegner sich darauf berufen würde und im Stande sein würde, es zu beweisen.

Wenn man es dennoch that, war es ursprünglich wohl hauptsächlich, weil man dem Gegner einen solchen Verstoss gegen Treu und Glauben nicht zutraute; auch ist anzunehmen, dass die Richter den Gegenbeweis nicht leicht als erbracht ansahen, weil sie vermuten konnten, dass, wenn auch die Stipulation nicht stattgefunden haben möchte, es doch mit der Schuld seine Richtigkeit hatte. Schliesslich wurde der Gegenbeweis ausgeschlossen; nach c. 14 C. 8,38 durfte nur noch „liquidis ac manifestissimis probationibus“ nachgewiesen werden, dass einer der beiden Vertragschliessenden sich ausserhalb der „civitas“ befunden hätte, in welcher es hiess, dass die Urkunde aufgenommen wäre. Dass dadurch faktisch eine litterarum obligatio an die Stelle der verborum obligatio getreten war, wurde Inst. 3,21 anerkannt. Faktisch; denn formell beruhte die obligierende Kraft der Urkunde darauf, dass sie eine Stipulation bewies. Noch vieles hatte sich inzwischen ausserdem geändert. So nahm man an, das die verschiedensten Ausdrücke für ein erteiltes Versprechen eine Stipulation andeuten sollten. Besonders aber bediente man sich jetzt auch vielfach des schriftlichen Schuldanerkenntnisses; diese Sitte ist wohl dem zuzuschreiben, dass die damaligen römischen Bürger zum bei weitem grössten Teil Enkel waren der Peregrinen aus GAJUS' Zeit. Das Schuldanerkenntnis wurde nun schliesslich auch als Versprechen aufgefasst. Das kann hier indessen ausser Betracht bleiben; es ist uns nur zu thun um den Gegensatz zwischen dem spezifisch römischen Recht und dem heutigen niederländischen. Im späteren römischen Recht finden wir faktisch an Stelle der Stipulation eine Urkunde, die cautio; im Prinzip enthielt die cautio eine Stipulation, oder bewies sie doch eine Stipulation. Der heutzutage übliche Schuldschein dagegen enthält an erster Stelle die Anerkennung einer Schuld;

sehr oft fehlt ein Versprechen darin überhaupt, und wo es vorhanden ist, dient es eigentlich nur dazu, um Zahlungsfrist, Zahlungsort oder sonstige Modalitäten der Leistung anzudeuten, welche sich in der eigentlichen Schuldanerkennung nicht unterbringen lassen. Dieser Schuldschein kann nicht entstanden sein unter den Einfluss des reinen römischen Rechts; er ist entstanden unter dem Einfluss eines Rechts, nach welchem eine Schuldverbindlichkeit nicht erzeugt werden konnte durch ein blosses formloses Versprechen oder durch ein so wenig umständliches formelles Versprechen wie die Stipulation, — nach welchem aber, allerdings infolge einer sonderbaren Inconsequenz, durch die Abgabe eines Anerkenntnisses der Beweis geschaffen werden konnte für das Bestehen einer Schuldverbindlichkeit, — nach welchem auch ein formloses Versprechen zur Begründung einer Schuldforderung genügte, wenn in einer hinzugefügten Anerkennung bezeugt wurde, dass eine *causa* vorhanden war. Das letzte geschieht aber ebenfalls durch die Anerkennung einer vorhandenen Schuld. Und wenn nun angenommen wurde, dass die Anerkennung einer Schuld schon an sich zur Geltendmachung einer Schuldforderung genügte (inwiefern das für das heutige Recht richtig ist, werden wir im Folgenden sehen), musste die Hinzufügung eines Versprechens überflüssig erscheinen. — Wir gelangen also zu folgendem Ergebnis. Wo eine Schuld vorhanden war, der normale und bei weitem häufigste Fall, ist das Schuldanerkenntnis der natürliche Ausdruck für „*id, quod agitur*“, nämlich die prozessualische Sicherung eines bestehenden Forderungsrechts. Wo keine Schuld vorhanden war, ist gegen das Schuldanerkenntnis der Gegenbeweis zulässig. Aber dennoch befindet sich in diesem Fall, wer sich auf ein Schuldanerkenntnis berufen kann, in einer günstigeren Lage

als der Inhaber eines blossen Schuldversprechens. Der erstere kann jedenfalls abwarten, dass der Gegenbeweis erbracht wird; der letztere dagegen muss die Schuld beweisen, und dieser Beweis ist ihm nicht nur dort unmöglich, wo es keine Schuld gab, sondern manchmal auch, wo eine vorhanden war. Es ist also unter allen Umständen das Schuldanerkenntnis vorzuziehen. Aber auch nur mit dieser Wirkung des Schuldanerkenntnisses (für Deutschland fügen wir hinzu: mit dieser früheren Wirkung) ist sein häufiger Gebrauch zu erklären. Wir legen grosses Gewicht auf diese Erklärung, weil, wenn sie richtig ist, damit die verschiedenen Ansichten, nach welchen das Anerkenntnis nach der Meinung der Beteiligten eine andre Bedeutung haben sollte, widerlegt sind.

Das Schuldanerkenntnis ist nach der Ansicht der beteiligten Personen immer Beweismittel. Es tritt entweder auf in Verbindung mit einem Schuldversprechen, und soll dann die *causa* beweisen; oder der Schuldschein enthält nur eine Schuldanerkennung und soll dann unmittelbar ein Forderungsrecht beweisen. Reicht das Schuldanerkenntnis, wenn es nur Beweismittel sein soll, auch wirklich aus zur Geltendmachung des Forderungsrechts? Keine Schwierigkeit macht ein Anerkenntnis, welches den Ursprung der Schuld so genau bezeichnet, wie es zur Substanzierung der Klage jedenfalls dann erforderlich wäre, wenn weder Versprechen noch Anerkennung vorhanden wäre, und die Ursache der Schuld, etwa durch Zeugen oder Eideszuschiebung zu beweisen, zugleich als Ursprung der geltend gemachten Schuldforderung angeführt würde. In der Regel aber enthält der Schuldschein eine so genaue Angabe der Schuldursache nicht, sondern entweder die Anerkennung einer Schuld schlechthin, oder eine allgemeine Andeutung der Art des Geschäfts, welches das Entstehen der Schuld ver-

anlasst haben soll, oder eine allgemeine Andeutung der Existenz einer *causa*, wie „Wert erhalten“ u. s. w. Genügt eine entsprechende Umschreibung der Forderung zur Begründung einer Klage? Bei der Beantwortung dieser Frage handelt es sich ausschliesslich um das Erfordernis der Substanzierung; wollen wir in Bezug auf den Beweis der *causa* zu einem Ergebnis gelangen, dann muss vorher feststehen, was wir unter dieser sogenannten Substanzierung der Klage zu verstehen haben. Diese Substanzierung ist jedoch ein unklares Institut, über welches eine Litteratur fast vollständig fehlt. Wahrscheinlich kann es eben nur mit Zuhilfenahme der *causa-lehre* erklärt werden; wir müssen uns dabei jedoch auf Hypothesen beschränken. Massgebend für diese ganze Materie, ist Art. 5, 3° W. v. B. Rv., nach welchem die Klageschrift enthalten soll: „Die Mittel und den Gegenstand der Klage...“ Was das bedeutet, was insbesondere die „*Klagemittel*“ sind, ist schwer zu sagen; darüber kann nur die Praxis einigen Aufschluss geben. Wird ein Forderungsrecht geltend gemacht, dann soll nach der herrschenden Ansicht in der Klageschrift gesagt werden, wie die Forderung entstanden sein soll. Sollte das aus der oben citierten Vorschrift hervorgehen, dann müsste dasselbe gelten, wo auf Grund eines dinglichen Rechts geklagt wird; FAURE verlangt folgerichtig, dass immer Thatsachen angeführt werden, und aus denselben auf die Entstehung eines Rechts geschlossen wird. Der herrschenden Praxis entspricht das aber nicht. Wenn auf Grund eines dinglichen Rechts geklagt wird, wird regelmässig nur gesagt, welches Recht geltend gemacht wird (Eigentum, Niessbrauch u. s. w.) und auf welche Sache; thatsächlich verlangt niemand, dass auch erzählt wird, wie das Recht erworben sein soll. Soviel ist sicher, dass die Klageschrift andeuten soll, um was es sich handelt, welches Recht geltend gemacht

wird. Bei dinglichen Ansprüchen genügt dazu in der That die Bezeichnung des behaupteten Rechts und der Sache, auf welche man behauptet das Recht zu haben. Ein Forderungsrecht dagegen wäre mit der Andeutung der Art des Rechts (Schuldforderung) und des Gegenstandes (der Leistung, z. B. Zahlung von fl. 500) nicht genügend identifiziert. Man kann derselben Person gegenüber mehrere Forderungen haben mit demselben Inhalt, z. B. auf Zahlung desselben Geldbetrages. Nun ist nichts besser geeignet, um anzudeuten, welche Forderung gemeint wird, als die Angabe, wann und auf welche Weise sie entstanden sein soll. Wenn aber das der einzige Zweck sein sollte der sogenannten Substanziierung der Forderung, dann würde jede andre Identifizierung, wenn sie möglich ist, ebenfalls genügen, und könnte man es insbesondere als eine genügende Andeutung des geltend gemachten Anspruchs betrachten, wenn eingeklagt wird die Forderung, welche der Beklagte in der produzierten Urkunde anerkannt hat, denn dieser muss wissen, welche Forderung er anerkennt. Wahrscheinlich ist schon oft aus ungefähr diesem Grunde eine Forderung zugewiesen; es wäre dann dieses das sogenannte „klagen aus Anerkennung“, über welches man sich zu beschweren pflegt, wenn die Substanziierung zu wünschen übrig lässt. Der herrschenden Ansicht entspricht aber, wie gesagt, auch das nicht. Wahrscheinlich handelt es sich hier in der That um ein besondres Erfordernis der Klage aus einer Schuldforderung, und zwar um die Angabe der *causa*; diese wäre dann erforderlich, ungeachtet ob ein Schuldversprechen erfolgt ist, oder aus der ursprünglichen Obligation geklagt wird. Wir kommen später darauf zurück. Vorher haben wir uns noch einen Augenblick mit der herrschenden Auffassung zu beschäftigen. Diese verlangt, dass unter allen Umständen angegeben wird, wie

die Obligation, aus welcher Klage erhoben wird, entstanden sein soll, und sie versteht das, die Entstehung der Obligation, im römischen Sinne. Geschieht das, — wird angegeben wie die Obligation entstanden sein soll, — dann wird die Forderung, wie sie dann umschrieben ist, durch ein allgemein gehaltenes Anerkenntnis nicht bewiesen. Letzteres genügt also an sich zur Begründung einer Klage nicht, es sei denn, dass man als Quelle der Obligation etwas anzudeuten vermag, das ebenfalls durch den Schuldschein bewiesen wird. Man hat deshalb versucht, sozusagen in die Schuldanerkennung einen obligatorischen Vertrag hineinzuinterpretieren; dieser Vertrag wäre dann (im römischen Sinne) die Quelle der Obligation, und die Klage wäre durch den Beruf auf diesen Vertrag als Quelle der Obligation genügend substanziiert. Vorangegangen auf diesem Wege ist OTTO BÄHR; von ihm aber wird gerade dieser doch immerhin etwas gewagte Gedankensprung als selbstverständlich hingestellt: „Im gewöhnlichen Leben würde man schwer „Gewicht darauf legen, ob ein Schuldschein ein ausdrücklich „liches Zahlungsversprechen enthalte oder nicht. Jeder Unbefangene wird sagen: „es versteht sich von selbst, dass „wer seinem Gläubiger gegenüber schuldig zu sein bekennt, „auch zahlen will“. Und so ist es in der That. Wenn ich „beurkunde („bescheinige“, „bekenne“) schuldig zu sein, „so will ich mich auf diese Schuld verpflichten.“ M. a. W. das urkundliche Schuldbekenntniss enthält stillschweigend ein Zahlungsversprechen.“ (§ 58, 3. Aufl. S. 192), und etwas weiter (S. 193): „... ein Beweismittel für die Schuld wollen, heisst „die Schuld wollen, und die Schuld wollen, heisst „die Schuld versprechen“. Danach wäre die Anerkennung selbst eigentlich kein Vertrag, oder jedenfalls nicht

der Vertrag, aus welchem geklagt werden kann; es müsste vielmehr ein Vertrag als beabsichtigt betrachtet werden, etwa was die englischen Juristen einen *implied contract* nennen, und zwar ein Schuldversprechen. Den jetzigen Auffassungen entspricht das wohl nicht mehr. Einverständnis herrscht über das Wesen der Anerkennung noch keineswegs; im allgemeinen aber wird jetzt in Deutschland die Anerkennung selbst als ein Vertrag betrachtet, und als ein Vertrag *sui generis*. Auch im B. G. B.: „Zur Gültigkeit „eines Vertrags, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird...“ (§ 781). Mit dieser Vorschrift ist jedoch anderseits in dieser Beziehung nur entschieden, dass die Anerkennung ein Vertrag sein kann. Dabei wurde als in der Wissenschaft feststehend betrachtet, dass auf Grund einer Anerkennung, wenn sie als Vertrags aufzufassen ist, Klage erhoben werden kann; dass die Abgabe und Annahme einer schriftlichen Anerkennungserklärung immer, oder auch nur im Zweifel, als Anerkennungsvertrag aufgefasst werden soll, (vgl. Sächs. B. G. B. § 1398) hat man nicht sagen wollen. Über diesen eigentlichen Anerkennungsvertrag (Feststellungsvertrag) sprechen wir später; hier sprechen wir nur ganz allgemein über die Construktion, nach welcher, wo ein schriftliches Anerkenntnis abgegeben ist, ein Vertrag irgendwelcher Art als Quelle eines Forderungsrechts betrachtet wird, welches mit dem Hinweis auf diesen Vertrag als seinen Ursprung gehörig substanziert sein soll. Die Frage selbst, ob die Abgabe eines Anerkenntnisses als ein obligatorischer Vertrag construiert werden darf, kann dabei unentschieden bleiben; wir wollen nur ins Licht stellen, dass diese Construktion eine ziemlich künstliche ist. Sie führt auch nicht zum erwünschten Ergebnis. — Wer ein Schuldanerkenntnis abgibt, will einem andern dadurch die Möglich-

keit verschaffen, ein Forderungsrecht gegen ihn geltend zu machen. Beide glauben den Zweck damit zu erreichen, weil sie wissen, dass ein Anerkenntnis das Anerkannte beweist; sie glauben, dass ein allgemeinen gehaltenes Anerkenntnis ein ausreichendes Beweismittel ist, weil sie keine Ahnung haben vom Erfordernis der Substanzierung der Klage. Der „Unbefangene“ wird sagen: „es versteht sich von selbst, dass, wer schuldet, auch zahlen muss; wie die Schuld entstanden ist, ist dabei gleichgültig“. Und wenn man ihm jenes Erfordernis klar mache, würde er nicht verstehen, welchen Wert dazu ein Versprechen haben könnte. Er würde sagen: „Welchen Sinn hat es, wenn ich zu zahlen verspreche, was ich schon bekenne zu schulden?“ Man kann versprechen, was man bekennt zu schulden, innerhalb eines gewissen Zeitraumes zu zahlen, an einem gewissen Ort, davon Zinsen zu entrichten, dafür etwas andres zu leisten, u. s. w.; aber es nochmal zu zahlen zu versprechen schlechthin, würde man „im gewöhnlichen Leben“ als etwas überflüssiges und unerhebliches betrachten. Man würde auch nicht verstehen, dass dadurch eine neue Obligation entstünde, welche im Versprechen ihren Ursprung hätte. Es könnte behauptet werden, dass die Abgabe eines Schuldscheines, auch wenn dieser ein Zahlungsversprechen enthält, nach der Ansicht der Beteiligten doch ungefähr nur die Bedeutung hat des römischen constitutum debiti proprii; es ist das jedenfalls dann der Fall, wenn die Schuldanerkennung die erste Stelle einnimmt („Ich bekenne dem A zu schulden fl. 500, welche ich ihm zu zahlen verspreche am...“) Darauf in allgemeinen einzugehen, würde uns indessen zu weit führen. Was aber die Substanzierung der Klage anbetrifft, dazu kann es in der That nicht beitragen, wenn man, was man zu schulden bekennt, nochmal zu zahlen verspricht. Wenn die Klage

nicht gehörig substanziert ist, wenn man sagt: „Ich fordre von Dir die fl. 500, die Du mir in diesem Schuldschein zu schulden bekannt hast“, dann ist sie es ebensowenig, wenn man sagt: „Ich fordre von Dir die fl. 500, die Du mir in diesem Schuldschein zu zahlen versprochen hast.“ In beiden Fällen kann man mit gleichem Recht, oder, wenn man will, mit gleich wenig Recht, fragen: „Wo soll die Schuld hergekommen sein? Wie soll die Schuld, die ich damals anerkannt habe, entstanden sein? Wie soll ich die fl. 500, die ich Dir damals zu zahlen versprochen habe, schuldig geworden sein?“ Wenn etwas substanziert werden soll, worüber später, dann ist es die Schuld; die causa, die Schuldursache, soll angegeben werden. — Die ganze Construktion ist romanistisch gedacht; um so bemerkenswerter ist es, dass wahrscheinlich im römischen Recht das sogenannte Substanzierungserfordernis einen ähnlichen Zweck hatte. Es war eine Consequenz des Prinzips: *nuda pactio obligationem non parit.* Wenn man den Kläger zugelassen hätte, mittelst Anerkenntnisses den Beweis zu liefern, dass eine irgendwie entstandene Obligation vorhanden war, welche den Beklagten verpflichtete, eine gewisse Leistung zu machen, hätte thatsächlich ein *undum pactum* eine Obligation erzeugen können, d. h. man hätte durch ein formloses Geschäft die Möglichkeit herbeiführen können, ein Forderungsrecht geltend zumachen. Die römischen Juristen sahen das ein, und verlangten deshalb den Beweis einer Thatsache, welche nach dem damaligen Recht eine Obligation erzeugte. Eine solche Thatsache war die Stipulation, aber nicht weil sie ein Vertrag war, sondern weil sie eben die Stipulation war. Was wird aus diesem System, wenn man behufs Substanzierung der Klage die Berufung zulässt auf ein *nudum pactum*, das noch ausserdem künstlich in ein andres Ge-

schäft hineininterpretiert werden muss? — Schliesslich soll bemerkt werden, dass das Anerkenntnis, auch wenn die Abgabe und Annahme ein obligatorischer Vertrag sein sollte, immer noch ausserdem Beweismittel bleiben muss. Wenn man sagt, das Anerkenntnis beweise, dass die Beteiligten übereingekommen sind, das Anerkannte solle zwischen ihnen gelten, beweist es einen Vertrag, aber nicht mehr die *causa* dieses Vertrages.

Ob die Schuldankennung ein Versprechen begleitet, oder selbständig auftritt, in beiden Fällen ist sie Beweismittel im Sinne des B. W. Es ist nun die Beweiskraft des Anerkenntnisses nach niederländischem Recht, welches in diesem Punkte mit dem französischen übereinstimmt, näher ins Auge zu fassen. Abgesehen vom „gerichtlichen Anerkenntnis“ (*confessio in jure*) unterscheiden B. W. und C. C. zwischen dem schriftlichen und dem mündlichen Anerkenntnis. Wir ziehen es vor, ein echtes und ein unechtes Anerkenntnis zu unterscheiden. Ein unechtes Anerkenntnis ist vorhanden, wo jemand sich eine Anerkennung sozusagen hat entschlüpfen lassen; in dem Falle kann es keinen Unterschied machen, ob das mündlich oder schriftlich geschah. Dieses unechte Anerkenntnis ist ein echtes Beweismittel; es dient dazu, beim Richter die Überzeugung hervorzurufen, dass das Anerkannte wahr ist. Demselben ist vom Richter auch nur soviel Gewicht beizulegen, als es wirklich dazu beträgt, diese Überzeugung hervorzurufen; es ist eine nicht gesetzliche Präsumtion im Sinne des Art. 1959 B. W. (Art. 1353 C. C.), also was man im Strafprozess ein Indiz (*aanwijzing*) nennt. Das echte Anerkenntnis dagegen ist eine Erklärung, welche absichtlich dazu abgelegt wird, einem andern einen Beweis zu verschaffen von dem, was anerkannt wird. Als echtes Anerkenntnis kommt heutzutage fast nur das schriftliche in

Betracht; der Art. 1965, der für das mündliche Anerkenntnis die Vorschrift des Art. 1959 wiederholt, geht offenbar davon aus, dass ein mündliches Anerkenntnis in der Regel ein unechtes ist. Das schriftliche echte Anerkenntnis ist in der Regel beim ersten Blick als solches zu erkennen; es unterscheidet sich hauptsächlich dadurch, dass es entweder nur die Anerkennungserklärung in möglichst kurzer Fassung enthält, oder nebst derselben andre Rechtserklärungen, d. h. Erklärungen, welche absichtlich dazu abgelegt werden, einen rechtlichen Erfolg hervorzurufen. Ein unechtes Anerkenntnis ist z. B. die Einräumung der Schuld in einem Brief. Dieses echte Anerkenntnis ist kein Beweismittel im eigentlichen Sinne; es ist aber ein Beweismittel im Sinne des Gesetzes. Es ist nicht die Frage, ob es beim Richter die Überzeugung hervorruft, dass das Anerkannte wahr ist; seine Wirkung ist, dass infolge positiver Gesetzesvorschrift das Anerkannte für bewiesen gehalten wird. Es begründet eine gesetzliche Präsumtion, Art. 1953, 4<sup>o</sup> B. W. (Art. 1350, 4<sup>o</sup> C. C.). Dieses Anerkenntnis ist theoretisch ein Vertrag, denn es ist eine Erklärung, welche nur wirksam ist, wenn sie angenommen, oder, was die Sache vielleicht besser ausdrückt, entgegengenommen wird; schliesslich gilt aber dasselbe z. B. vom Versprechen. Es ist aber kein obligatorischer Vertrag, auch nicht wenn das Bestehen einer Verbindlichkeit anerkannt wird. Es ist ebensowenig ein Beweisvertrag, wenigstens nicht in dem Sinne, dass dabei die Verpflichtung übernommen würde, das Anerkannte nicht zu leugnen. Die Beweiskraft des Anerkenntnisses beruht unmittelbar auf dem Prinzip, nach welchem man sich gegen jemand unter gewissen Voraussetzungen auf dessen eigene Worte berufen kann. Auch das gilt schliesslich ebenso vom Versprechen. — Für die Gültigkeit der Anerkennungserklärung in Bezug auf Hand-

lungsfähigkeit u. s. w. gelten dieselben Voraussetzungen, wie für die Gültigkeit von Rechtserklärungen überhaupt. Was den Inhalt betrifft, kann man den Satz aufstellen, dass auf Grund des Anerkennisses nur das Entstehen oder Bestehen solcher Rechtsverhältnisse als bewiesen betrachtet werden darf, über welche man durch Rechtsgeschäft zu verfügen befugt ist; nicht nur weil sich sonst etwaige Beschränkungen dieser Befugnis umgehen lassen, sondern auch, weil die Beweiskraft des Anerkenntnisses nach dem oben gesagten auf derselben Grundlage beruht, wie die bindende Kraft des Vertrages. Insbesondere müsste man auch annehmen, dass durch ein formloses Anerkenntnis nur solche Rechtsverhältnisse bewiesen werden können, welche begründet werden können durch einen formlosen Vertrag. Man hat diese Consequenz im allgemeinen richtig gezogen; nur nicht hier bei der Schuldankennung. Wenn man, wo keine Schuld vorhanden ist, nicht befugt ist, durch einen formlosen Vertrag eine Schuldverbindlichkeit zu erzeugen, sollte man nicht nur den Beweis durch Anerkenntnis der Schuld als Gültigkeitsbedingung des Vertrages ausschliessen, sondern auch den Beweis einer Schuldverbindlichkeit überhaupt, sei es durch ein Anerkenntnis der Schuldverbindlichkeit selbst, sei es durch ein Anerkenntnis der Thatsachen, aus welcher sie entstanden sein soll. Und doch muss man annehmen, dass die *causa* durch Anerkenntnis bewiesen werden kann. „Wenn keine *oorzaak* ausgedrückt ist, und „dennoch eine erlaubte anwesend ist...“, sagt Art. 1372 B. W. Wenn also eine *causa* „ausgedrückt“ ist, braucht sie nicht mehr bewiesen zu werden; sie ist dadurch bewiesen, dass die Urkunde sie erwähnt. Darin liegt der grosse Fehler der hier behandelten *causa-lehre*, und zugleichzeitig der Schlüssel zu ihrem Verständnis. Wenn man aber diesen

Fehler gemacht hat, ist das sicher nicht ohne Zweck geschehen; man hat nur auf einem Umwege einem neuen Institut Eingang verschaffen wollen, das sich mit gebietender Notwendigkeit aufdrängte: Die Begründung von Schuldverbindlichkeiten mittelst Privaturkunde. Für das Vorhandensein der *causa* einen wirklichen, objektiven Beweis zu verlangen, ist schon seit mindestens einem Jahrtausend nicht mehr thunlich; wollte man das verlangen, dann könnte keine einzige Schuldverbindlichkeit durch eine Urkunde bewiesen werden, oder z. B. nur durch die notarielle Becheinigung eines vor den Augen des Notars bar ausgezahlten Darlehns. Es war unbedingt notwendig, den Angeprochenen zu belasten mit dem Beweise, dass eine *causa* nicht vorhanden gewesen ist. Faktisch giebt es unter diesen Umständen ein selbständige bindendes Schuldversprechen, welches, als blosse Form, eine Schuldanerkennung enthält.

Dass eine Schuldverbindlichkeit mittelst Privaturkunde bewiesen und also tatsächlich auch begründet werden kann, geht auch aus Art. 1915 B. W. (Art. 1326 C. C.) hervor; vgl. HAMAKER, *Weekbl. v. Priv. R., Not. A. en Reg.* 1899, S. 243. Mehr ist, glauben wir, aus dieser Bestimmung nicht zu schliessen. Die Vorschrift betrifft die eigentliche, unmittelbare Beweiskraft der Urkunde, — den Beweis, dass die in ihr enthaltene Erklärung abgegeben ist von dem, der sie unterschrieben hat; man hat in diesem Fall eine besondere Garantie dafür schaffen wollen, dass er ihren wesentlichen Inhalt gekannt hat, als er sie abgab. Welcherart aber diese Erklärung sein muss, damit sie die Schuldverbindlichkeit beweise, sagt die Vorschrift nicht.

Wer auf Grund eines Schuldversprechens Klage erhebt, muss beweisen, dass es eine *causa*, eine Schuldursache, ge-

ben hat. Wird der Beweis verlangt einer bestimmten Schuldursache, oder genügt der Beweis der Existenz einer Schuld überhaupt? Auch diese Frage veranlasst nur in Bezug des Beweises durch Anerkenntnis eine nähere Erörterung. Nach einer verbreiteten Ansicht, auch von MOLTZER (Hand. d. Ned. Jur. Ver. 1889, I. S. 199) vertreten, können immer nur Thatsachen, nicht Rechtsverhältnisse, den Gegenstand einer Beweisaufnahme bilden. Für die gewöhnlichen Beweismittel ist das unbedingt richtig; es scheint das aber eine Folge der Beschaffenheit dieser Beweismittel. Für das Anerkenntnis braucht es deshalb nicht zu gelten. Man denke sich, dass ein dingliches Recht anerkannt ist. Ist ein solches Anerkenntnis wertlos, und muss, wenn der Aerkennende später das Recht leugnet, die Thatsache bewiesen werden, aus welcher es entstanden sein soll? Dass durch Anerkenntnis unmittelbar ein Recht bewiesen werden kann, hängt allerdings zusammen mit der besondern Natur dieses Beweismittels, das nicht eigentlich beweist, sondern vielmehr des Beweises enthebt, weil das Anerkannte für bewiesen gehalten wird. Es hängt auch damit zusammen, dass das Anerkenntnis sozusagen ein Beweismittel mit zwei Stufen ist; die Urkunde beweist die Aerkennung, und die Aerkennung soll das Recht beweisen. Dasselbe gilt daher für alle Präsumtionen, auch für die nichtgesetzlichen. Beim Beweis durch Präsumtion wird irgend eine Thatsache bewiesen, aus welcher auf das Bestehen des Rechts geschlossen werden kann, und nicht die Thatsache, aus der das Recht entstanden ist. Man wird sagen, es werden dabei dann doch immerhin Thatsachen bewiesen. Gewiss, aber auch das Anerkenntnis, die Abgabe der Aerkennungserklärung, ist eine solche Thatsache, aus welcher ebenfalls unmittelbar auf das Bestehen des anerkannten Rechts geschlossen werden kann.

Das Anerkenntnis gehört ja auch nach der Auffassung des B. W. zu den Präsumtionen. Der Satz, dass nur Thatsachen Gegenstand der Beweisaufnahme sein können, ist richtig, wenn man die Präsumtionen nicht zu den Beweismitteln zählt, was theoretisch auch ohne Zweifel richtiger ist. Man soll dann aber auch nicht vergessen, dass beim Beweis durch Präsumtion, und somit auch beim Beweis durch Anerkenntnis, ebenfalls Thatsachen bewiesen werden. Bewiesen wird die Thatsache der Anerkennung, und zwar mittelst Urkunde. Wenn der Kläger nun daraus schliesst, dass ein Recht besteht, ist das keine eigentliche Beweisführung; aber darauf kann man dann auch nicht die Regeln der Beweisführung anwenden.

Wir halten es also für möglich, durch Anerkenntnis zu beweisen, dass es eine Schuld gegeben hat, ohne auch nur anzudeuten, wie sie entstanden sein soll. Die Frage, ob ein solcher Beweis genügt, muss vom materiellen Recht aus beantwortet werden. Sie wurde vom H. R. in der Entsch. vom 13. Febr. 1870 (W. 3192) bejaht. In zweiter Instanz war vom Provinzial-Gerichtshof in Süd-Holland (Entsch. v. 4. Okt. 1869, W. 3194) erwogen: „dass hier erforderlich war „der Beweis, nicht unbestimmt dass es gab eine Schuld- „ursache, sondern bestimmt worin diese bestanden hat, einer- „seits zur Beurteilung der Rechtsgültigkeit des Vertrages, „sowie anderseits damit ersichtlich sei in welcher Sache „(von welcher Schuld) der Schuldner durch die von ihm „geforderte Zahlung befreit werden soll, worüber keine Un- „sicherheit bestehen gelassen werden darf.“ Dagegen erwog der H. R.: „dass das Gesetz nirgends bestimmt, dass „die Bezeichnung einer Verbindlichkeits-*oorzaak*, um gültig „zu sein, nur in gewisser vorgeschriebener Weise geschehen „dürfe, und daher auch nicht fordert, dass der Inhaber „eines Schuldbekenntnisses wie das hier gemeinte, ausser-

„dem von anderswo beweisen müsse, dass er, obwohl als „solcher anerkannt, wirklich ist Gläubiger, und ebensowenig wie und in welcher Weise er das geworden ist für den Betrag, für den der Unterschreiber sich ihm gegenüber als Schuldner bekannt hat.“ — Die Praxis ist, auch sofern sie, was das materielle Recht anbetrifft, auf dem Boden steht der hier dargestellten causa-lehre, in diesem Punkt eine geteilte. Bei den meisten über die causa geführten Prozessen handelte es sich um die Frage, ob eine spezielle Schuldursache nachgewiesen werden muss; sie wird fortwährend mit dem eigentlichen causa-erfordernis verwechselt.

Aus historischen Gründen ist anzunehmen, dass eine bestimmte Schuldursache angegeben werden muss; es scheint, dass man das auch in Art. 1372 B. W. hat sagen wollen. ASSER (*Het Ned. B. W. vergeleken met het Wetb. Nap.* S. 480) bemerkt, dass Art. 1132 C. C. sich falsch ausdrückt. Es steht dort: „La convention n'est pas moins „valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée;“ es hätte sein müssen: „...n'y soit exprimée“. Das letzte hat man in Art. 1372 B. W. sagen wollen: „Wenn keine oorzaak ausgedrückt ist, und dennoch eine erlaubte anwesend ist....“ Die causa braucht in der Vertragsurkunde nicht erwähnt zu werden; daraus soll man aber nicht schliessen, dass sie überhaupt nicht angegeben zu werden braucht. Sie muss jedenfalls dann angegeben werden, wenn auf Grund des Vertrages Klage erhoben wird; ASSER, S. 482: „Wer die „Erfüllung des Vertrages fordert, muss anlässlich dieses Artikels den Mangel der Bezeichnung ergänzen....“ Wenn nun eine Urkunde lautet: „Ich verspreche dem A, ihm fl. 500 zu geben, welche ich ihm schulde“, dann ist damit bewiesen, dass der Vertrag nicht ohne causa ist. Man kann

aber nicht sagen, es sei die *causa* darin „ausgedrückt“, und somit muss bewiesen werden, dass „eine erlaubte (sc. *causa*) vorhanden ist“; beide Ausdrücke deuten darauf, dass die Bezeichnung einer bestimmten *causa* verlangt wird. Dieses Erfordernis steht indessen mit dem eigentlichen Kern der *causa-lehre* (ein Schuldversprechen erzeugt eine Obligation nur dann, wenn eine Schuld vorhanden ist) nur in mittelbarem Zusammenhang. Es hat damit wahrscheinlich folgende Bewandtnis. Wer Klage erhebt aus einem Schuldversprechen, muss zweierlei anführen, erstens den Vertrag, zweitens dass das Versprochene geschuldet wurde. Die Schuld gehört also zum Klagegrund, und diese Schuld muss substanziiert werden; d. h. der Kläger muss sagen, wie die Schuld entstanden sein soll, genau so, wie wenn er die Schuld selber (die ursprüngliche Schuldforderung) einklagt. Diese Pflicht des Klägers, den Ursprung anzugeben einer Schuldforderung, auf welche er sich beruft, ohne Unterschied, ob dieselbe ein Schuldversprechen veranlasst hat, oder nicht, ist ein selbständiges Institut, über welches wir im Folgenden noch einiges zu sagen haben.

Vorher müssen wir bemerken, dass das Anerkenntnis einer bestimmten Schuldursache als Beweis der Existenz einer *causa* durchaus keinen höhern Wert hat, als das Anerkenntnis einer Schuld überhaupt. Es beweist namentlich nicht, was es doch nach einer früher und später vielverbreiteten Ansicht besonders beweisen sollte, dass die *causa* eine erlaubte war. Wer schreiben will: „Ich verspreche dem A, ihm fl. 500 zu zahlen“, kann auch schreiben: „Ich bekenne, dem A fl. 500 zu schulden“, aber auch ebensogut: „Ich bekenne, von A ein Darlehn im Betrage von fl. 500 erhalten zu haben.“ Die letzte Fassung giebt ebensowenig wie die beiden andern eine unmittelbare Garantie dafür,

dass nicht eine Schenkung vorliegt oder ein unerlaubtes Geschäft. Dennoch ist die Bezeichnung einer bestimmten Schuldursache nicht ohne allen Wert. Sie beweist tatsächlich nichts, aber sie erleichtert den Gegenbeweis.

Über diesen Gegenbeweis haben wir jetzt noch zu sprechen. Der Gegenbeweis gegen ein Anerkenntnis ist unbeschränkt zulässig, schon deshalb, weil er nicht ausgeschlossen ist (vgl. Art. 1958 B. W.; Art. 1352 C. C.); sowohl von der Rechtsgeschichte wie von der Praxis wird das bestätigt. Was insbesondere die Anerkennung einer *causa* anbetrifft, geht aus der Unverbindlichkeit eines Vertrages mit falscher *causa* deutlich hervor, dass die Falschheit bewiesen werden darf. Was das Gesetz eine „*falsche causa*“ nennt, ist eine fälschlich anerkannte *causa*, d. h. die wahrheitswidrige Anerkennung einer *causa*. Vielleicht ist dieser Gegenbeweis richtiger als eine Anfechtung oder als Widerruf zu construieren; was aber das Schuldanerkenntnis anbetrifft, so muss dasselbe dann doch immerhin anfechtbar sein wegen mangelnder *causa*. Wie man es nimmt, es möge sich handeln um einen Gegenbeweis oder um eine Anfechtung, um die Anfechtung eines Anerkenntnisses oder die eines Vertrages, eines obligatorischen oder eines sonstigen Vertrages, der Beklagte hat jedenfalls nur zu beweisen, dass er in Wirklichkeit nichts schuldete, oder, was dasselbe ist, dass das Anerkenntnis nicht der Wahrheit entsprach. Er braucht keinesfalls zu beweisen, dass er sich im Irrtum befunden hat. — Der Beweis aber, dass er dem Kläger überhaupt nichts schuldete, ist eigentlich niemals unmittelbar zu führen. Denken wir uns nun einen indiskreten Schuldschein. Es kommen drei Fälle in Betracht. 1. Der Beklagte hat schenken wollen; er wird das positiv annehmbar machen müssen. 2. Er hat geglaubt zu schulden, und 3. er hat sich vom Kläger

(oder von einem andern) einschüchtern lassen (vgl. das S. 74 gegebene Beispiel). In den beiden letztern Fällen hat er zu beweisen, erstens dass der Schuldschein abgegeben wurde in Hinblick auf eine gewisse angebliche Schuld, und zweitens dass diese Schuld in Wirklichkeit nicht existierte. Der erste Teil dieser Beweisführung wird in der Regel nun dennoch die Darlegung enthalten müssen der Umstände, unter welchen der Beklagte dazu gekommen ist, den Schuldschein abzugeben, also im häufigsten Fall das Annehmbarmachen eines Irrtums; das beste Mittel, wenn auch nicht das einzige, den Richter davon zu überzeugen, dass eine nicht existierende Schuld die Abgabe des Schuldscheins veranlasst hat, ist der Beweis, dass der Abgeber selber an die Existenz dieser Schuld geglaubt hat. — Denken wir uns nun anderseits einen Schuldschein mit einer irgendwie speziell bezeichneten Schuldursache. Der Beklagte hat dann in allen Fällen nur zu beweisen, dass diese spezielle *causa* nicht vorhanden war; im häufigsten Fall, d. h. wenn der Schuldschein ein Darlehn erwähnt, braucht nur bewiesen zu werden, dass ein Darlehn nicht gegeben war. Ein solcher Beweis ist oft schon schwierig genug; man soll aber verlangen, dass die Bezeichnung der Schuldursache wenigstens so genau ist, dass darüber ein Eid zugeschoben werden kann. Ist dieser Beweis gelungen, dann ist der Fall eines Vertrages mit sogenannter falscher *causa* vorhanden. Der Vertrag ist dann als solcher nicht, wie man aus Art. 1371 B. W. schliessen müsste, kraftlos; aus Art 1372 („.... oder auch „wenn eine andre erlaubte *oorzaak* als die ausgedrückte be-steht, hat nichtsdestoweniger der Vertrag bindende Kraft“) geht hervor, dass der Vertrag nunmehr einem Vertrage ohne ausgedrückte *causa* gleichsteht. Der Kläger darf also beweisen, dass eine andre *causa* vorhanden wär; es versteht

sich, dass er dabei bestimmte Thatsachen anzuführen hat, schon weil er sich dabei nicht auf ein Anerkenntnis berufen kann. Diese Bestimmung ist als eine Vergünstigung des Schuldscheins anzusehen; sie rechnet mit der nun einmal bestehenden Sitte, auch bei volkommen erlaubten Geschäften eine fingierte *causa* zu erwähnen. Diese Sitte ist ein Ergebnis des positiven *causa*-erfordernisses selbst.

Die Angabe einer bestimmten Schuldursache ist also nicht etwas völlig illusorisches; sie erleichtert den Gegenbeweis, und giebt also eine gewisse Garantie dafür, auch dem Richter gegenüber, dass eine *causa*, und zwar eine erlaubte *causa*, vorhanden war. Ist es aber nötig, damit die Angabe der *causa* diese Wirkung hat, — die einzige Wirkung, welche sie mit Möglichkeit haben kann, — ist es dazu nötig, dass sie im Schuldschein geschieht? Genügt es nicht vollständig, dass sie bei Erhebung der Klage stattfindet? Man gestatte uns hier eine Bemerkung *de lege ferenda*, welche vielleicht dazu beitragen kan, eine jetzt schon bestehende Praxis zu erklären. Als Beweis für das Vorhandensein einer *causa* ist die Angabe einer bestimmten *causa* im Schuldschein ebenso wertlos, wie die unbestimmte Anerkennung einer Schuld. Und nun ist es ungerecht, die *causa* als bewiesen zu betrachten durch die Angabe einer bestimmten *causa* im Schuldschein, welche als Beweis wertlos ist, und anderseits, wenn der Schuldschein eine solche Angabe nicht enthält, einen wirklichen, selbständigen Beweis der *causa* zu verlangen. Man verlange deshalb auch im letztern Fall nur die Angabe, nicht den Beweis, einer *causa*. Es wird hier nur deshalb davon gesprochen, weil sich in der Praxis schon etwas derartiges vorfindet, und es auch geschichtlich zu rechtfertigen ist. Was sieht man, wenn aus einem „indiskreten“ Schuldschein geklagt wird? Es giebt anschein-

nend zwei Möglichkeiten. Erstens, es wird nur geklagt aus dem Schuldschein, wie er lautet, also ungefähr in dieser Weise: „Der Beklagte schuldet mir fl. 500, und hat mir in diesem Schuldschein versprochen mir diesen Betrag am.... zu zahlen“; oder: „Der Beklagte hat mir in diesem Schuldschein versprochen, mir fl. 500 zu zahlen; er schuldete mir diesen Betrag“. Man wird einräumen müssen, dass eine solche Fassung der Klage nicht gebräuchlich ist, sogar nicht in den Ländern, wo von einem positiven *causa-erfordernis* schon lange nicht mehr die Rede ist. Die andre Möglichkeit ist, dass der Kläger angiebt, wie die Schuld, welche die Abgabe des Schuldscheins veranlasst hat, entstanden ist. Das letzte sieht man in der Regel geschehen, und es geschieht, glauben wir, weil der Kläger es für erforderlich hält, weil sonst die Klage nicht gehörig substanziiert wäre. Nun ist es deutlich, dass diese Behauptungen durch den indiskreten Schuldschein nicht bewiesen werden. Der Kläger denkt aber nicht daran, darüber einen andern Beweis anzubieten. Diese Gewohnheit wäre kaum zu erklären, wenn es sich nicht um die soeben erwähnte Angabepflicht ohne Beweispflicht handelte. Denn sonst muss man annehmen, entweder dass die Behauptung zur Begründung der Klage gehört, und dann muss sie bewiesen werden, oder dass sie überflüssig ist, und sogar als dem Interesse des Klägers widerstreitend betrachtet werden muss. Denn wenn der Kläger einmal angegeben hat, wie die Schuld entstanden sein soll, ist dem Beklagten die Anfechtung des Schuldscheins bedeutend erleichtert. Oder sollte der Kläger vielleicht nur deshalb die Schuldursache nennen, weil das einen bessern Eindruck macht? Die Tendenz wäre dann doch dieselbe; der Richter soll nicht denken, dass es mit der *causa* nicht seine Richtigkeit habe. — Wird die Schuld-

ursache vom Kläger genannt (ohne Unterschied, ob er dazu verpflichtet ist oder nicht), dann ist die Lage ziemlich dieselbe, wie wenn der Schuldschein sie bezeichnet hätte. Beweist der Beklagte, dass in der vom Kläger behaupteten Weise eine Schuld nicht entstanden sei, dann ist damit dargethan, dass dem Versprechen die *causa* fehlt. Nun sind in der Regel die Behauptungen des Klägers darüber nicht völlig aus der Luft gegriffen; die Behauptung des Beklagten wird in den meisten Fällen dahin gehen, dass nur infolge anderer, vom Kläger nicht erwähnter, Umstände eine Schuld nicht zur Existenz gelangt sei. Dabei wird sich in der Regel von selbst zeigen, wie es kam, dass der Beklagte den Schuldschein abgegeben hat, z. B. weil er sich über das Bestehen einer Schuld im Irrtum befand. Bestreitet er schlechthin die Behauptungen des Klägers, und beweist er wirklich, dass es eine solche Schuld nicht gegeben hat, dann bleibt allerdings dieser Punkt unaufgeklärt, aber es war nicht seine Behauptung, sondern die des Klägers, dass jene angebliche Schuld die Abgabe des Schuldscheins veranlasst hatte. Es ist möglich, dass eine andre Schuld bestanden hat; ob der Kläger, nachdem die Nichtexistenz der zuerst von ihm angeführten *causa* bewiesen ist, sich noch auf eine andre *causa* berufen kann, ist abhängig von der Entscheidung der weiteren Frage, ob man verlangt, dass die Schuldursache in der Klageschrift bezeichnet wird, oder nur dass sie angegeben wird, nachdem der Beklagte danach gefragt hat; im erstern Fall betrachtet man sie als zum Klagegrund gehörig, und wäre die spätere Anführung einer andern *causa* eine Klageänderung. — Wenn man in der Zukunft eine gewisse positive Garantie für die Existenz einer *causa* beibehalten will, kann es sich nur um eine solche Behauptungspflicht handeln. Man wird dann aber wohl thun (man gestatte uns auch

noch diese Bemerkung *de lege ferenda*), in derselben Weise, wie man den Beweis der *causa*, der Schuld, welche ein Versprechen veranlasst hat, als erbracht ansieht, auch den Beweis der unmittelbar geltend gemachten Schuldforderung zu gestatten. Man gestatte dem Kläger, durch die Produktion eines blossen Anerkenntnisses („Ich bekenne, dem A fl. 500 zu schulden“) den Beweis zu erbringen, dass er ein Forderungsrecht, wie das anerkannte, hat, und verpflichte ihn, nur anzugeben, wie die Forderung entstanden sein soll. Nur so kann man eine natürliche Gleichstellung bewirken zwischen Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. Wenn man in solchen Fällen, um die Klage als substanziiert bezeichnen zu können, die Abgabe des Anerkennisses als die vertragsmässige Begründung einer neuen Verbindlichkeit construiert, erreicht man durch eine künstliche Construktion nur eine illusorische Substanziierung. — Endlich gestatte man auch dem Inhaber eines Schuldscheins mit falscher *causa*-angabe, damit den Beweis zu liefern der Existenz einer Schuld schlechthin, unter Angabe der wahren Schuldursache.

## § 9. Ausnahmen und besondere Fälle.

In § 6 wurde gesagt, dass ein formloser Vertrag eine Schuldverbindlichkeit nur erzeugen kann in Verbindung mit einer Schuld. Damit sollte nicht gesagt werden, dass für Verträge, welche unter Wahrung irgendwelcher Form geschlossen werden, eine derartige Beschränkung nicht gilt. Stellt man aber dieselbe Regel auf für alle Verträge ohne Unterschied, dann giebt es verschiedene wichtige Ausnahmen.

Zuerst jedoch ist zu bemerken, dass man, ohne selber zu schulden, die Haftung übernehmen kann für die Schuld eines andern. Wenn man die Regel so aufstellt, dass nur, wer schuldet, eine Schuldverbindlichkeit übernehmen kann, dann ist auch die Bürgschaft eine Ausnahme. Aber wenn auch der Bürge nicht selber schuldet, so ist doch eine Schuld vorhanden, obgleich eine fremde, und die Existenz dieser Schuld ist wesentlich für die Gültigkeit der Bürgschaft. In diesem Sinne ist Art. 1858 B. W. zu verstehen: „Keine Bürgschaft kann bestehen, oder es muss „eine gesetzmässige Hauptverbindlichkeit geben“ (vgl. Art. 2012 C. C.). Die Existenz einer Hauptverbindlichkeit ist eine objektive Voraussetzung für die Gültigkeit der Bürgschaft, und zwar weil die Hauptverbindlichkeit nicht existiert ohne Schuld; die Möglichkeit der Übernahme einer Bürg-

schaft für eine Schenkung kann man ruhig ausser Betracht lassen. Die Bedeutung der citierten Vorschrift ist nicht, dass angenommen wird, der Bürge habe sich nur für den Fall verpflichten wollen, dass die Schuld existiert; nein, wenn keine Schuld vorhanden ist, fehlt auch der Bürgschaft die *causa*. Ungenau ausgedrückt: Die Hauptverbindlichkeit ist die *causa* der Bürgschaft. So ist auch Art. 1859 B. W. zu erklären: „Ein Bürge kann sich nicht zu mehr verpflichten, .... als wozu der Hauptschuldner verpflichtet ist“ (kräftiger und zugleich bezeichnender Art. 2013 C. C.: „Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur....“); der Bürge ist nicht befugt, sich zu mehr zu verpflichten, weil für den Mehrbetrag wiederum die *causa* fehlen würde. Dagegen kann nach Art. 1858, Abs. 2 B. W. (Art. 2012, Abs. 2 C. C.) eine Bürgschaft übernommen werden für eine Verbindlichkeit, welche, wie der Gesetzgeber sich ausdrückt, „vernichtet werden kann durch eine Einrede“, welche nur die Person des Obligierten betrifft; als Beispiel wird der Fall der Minderjährigkeit genannt. Wir wissen, dass noch immer darüber gestritten wird, ob eine „natürliche Verbindlichkeit“ eine genügende *causa* ist, und dass man unterscheiden muss. In den Fällen nun, von denen hier die Rede ist, wenn ein Vertrag nur deshalb unverbindlich ist, weil einem der Vertragschliessenden die Handlungsfähigkeit fehlte, muss notwendig eine *Schuld* vorhanden sein. Daher würde, wenn der ursprüngliche Promittent, nachdem er grossjährig geworden wäre, sein Versprechen wiederholte, dieses Versprechen eine *causa* haben, und kann aus demselben Grunde schon gleich anfangs ein handlungsfähiger Dritte die Haftung übernehmen. — Alle ältern Schriftsteller bemühen sich, auseinanderzusetzen, weshalb die (unentgeltliche) Übernahme einer Bürgschaft keine Schenkung

ist. Was dabei den Ausschlag gegeben hat, ist wahrscheinlich, dass, wie POTHIER es ausdrückt (*Traité des Obligations*, n. 365): „le créancier ne reçoit .... rien au delà de ce qui lui est dû ....“ („devoir“ cum dativo bedeutet immer „schulden“; „je dois lui payer“, „ich soll ihm zahlen“; „je lui dois“, „ich schulde ihm“). Der Gläubiger bekommt vom Bürgen etwas, das ihm geschuldet wird; dass nicht der Bürge, sondern ein anderer, es ihm schuldet, kommt nicht in Betracht. Im allgemeinen lässt sich der Satz aufstellen: eine einzige Schuld rechtfertigt eine unbeschränkte Anzahl Haftungen. — Wir teilen diese Betrachtungsweise mit als historische Thatsache, ohne ein Urteil auszusprechen über ihre Berechtigung. Wir bemerken nur noch, dass sich eine ähnliche Auffassung bei den römischen Juristen vorfindet; z. B. fr. 21, pr. D. 39, 5: „Ut mihi donares, creditori meo, „delegante me, promisisti. Pactum valet: ille enim suum „recepit.“ A will dem B schenken; er verspricht dem C ihm einen Betrag zu zahlen, den ihm B schuldet; es ist das keine Schenkung, weil dem C das Versprochene geschuldet wurde, wenn auch nicht von A. Man vergleiche auch folgenden Fall. A, welcher dem B zu schulden glaubt, verspricht auf dessen Anweisung, an C zu zahlen, der eine Forderung auf B hat. Er kann das Versprechen nicht damit anfechten, dass er irrtümlich geglaubt hat, dem B zu schulden; das Versprechen ist dagegen anfechtbar, wenn auch die Schuld von B an C nicht existierte. Das letzte galt nun auch, wenn die Delegation stattgefunden hatte, weil B dem C hatte schenken wollen (fr. 2, §§ 3 und 4 D. 39, 5; fr. 7, D. 44, 4); in beiden Fällen wird dem C nichts geschuldet. — Auf einer ähnlichen Anschauung beruhte auch wohl die bindende Kraft des *constitutum debiti alieni*. Endlich erwähnen wir auch noch folgende verwandte Erscheinung im

heutigen Recht. Wir wissen, dass selten jemand haftet für einen Schaden, den er nicht hat verhüten können. Wo aber Mehrere solidarisch haften, ist es regelmässig jedem einzelnen nicht gestattet, sich durch den Beweis, dass er persönlich den Schaden nicht hat verhüten können, der Verantwortlichkeit zu entziehen. — Die Bürgschaft muss nach Art. 1861 B. W. (Art. 2015 C. C.) ausdrücklich übernommen werden. Wenn man will, ist auch das eine Art Form, wenn auch keine bestimmte; die Erklärung des Bürgen muss so gefasst sein, dass daraus unzweifelhaft seine Absicht hervorgeht, sich zu verpflichten. Die Vorschrift hängt ohne Zweifel damit zusammen, dass der Bürge nicht schuldet.

Wird für die Übernahme der Bürgschaft eine Prämie gezahlt, dann kann sie in Bezug auf die causa der Versicherung gleichgestellt werden. Über den Versicherungsvertrag bemerken wir, dass die Zahlung einer Prämie (oder auch wohl eine sonstige Gegenleistung) erforderlich ist zur Gültigkeit des Vertrages (Art. 246 W. v. K.); die Übernahme der Versicherung ohne Gegenleistung wäre eine Schenkung. Als Schuldursache ist beim Versicherungsvertrage weder ausschliesslich die Zahlung der Prämie zu betrachten, die in der Regel sehr gering ist im Verhältnis zur Versicherungssumme, noch der vom Versicherten erlittene Schade, den der Versicherer nicht verschuldet hat, sondern die Aussicht des Versicherers, die Prämie ohne Gegenleistung behalten zu können, wenn kein Schade erlitten wird.

Eigentlich das einzige Versprechen, bei dem von einer Schuld überhaupt nicht die Rede ist, ist das schenkweise erteilte, oder, wie man es zu nennen pflegt, das Schenkungsversprechen; es ist bindend, wenn es notariell beurkundet wurde. Man kann, was das heutige Recht anbetrifft, nicht sagen, dass die Form der notariellen Beur-

kundung das Vorhandensein einer causa überflüssig macht; wenn das in dieser Form versprochene nicht geschuldet wurde und der Promittent auch nicht hat schenken wollen, ist das Versprechen ebensowenig bindend wie ein formloses. Der Unterschied ist nur, dass man sich, wo das Versprechen notariell beurkundet ist, anstatt auf eine causa, auch darauf berufen kann, dass eine Schenkung vorlag. Dass wir das im B. W. nicht positiv ausgesprochen finden, — dass die Formvorschrift für Schenkungen als eine Beschränkung hingestellt wird (Art. 1719 B. W.; Art. 931 C. C.), und nicht die bindende Kraft des geschenkten Versprechens als eine Ausnahme von der Regel der Unverbindlichkeit der Verträge ohne causa, — das findet seinen Grund darin, dass man den animus donandi als eine causa betrachtete. Wenn nun auch diese Terminologie als weniger zutreffend bezeichnet werden muss, dann liegt darin doch kein Grund, weshalb das Recht nicht gelten sollte, das man damit hat ausdrücken wollen. Man hat also anzunehmen, dass der animus donandi bei notariell beurkundeten Verträgen dieselbe Rolle spielt wie eine causa. Der selbe muss daher jedenfalls bewiesen werden; entweder weil er eine causa ist, oder weil nur Schenkungen, nicht im allgemeinen Verträge ohne causa, in notarieller Form bindend sind. Er wird in der Regel dadurch bewiesen, dass in der Urkunde das Geschäft als eine Schenkung bezeichnet wird. Erforderlich ist das jedoch nicht. Auch wenn die Urkunde das Versprechen als *promissio debiti* hinstellt, also eine falsche causa enthält, oder, was jedoch wohl selten vorkommt, über die Veranlassung des Versprechens schweigt, wird man den Beweis gestatten müssen, dass eine Schenkung beabsichtigt war.

Bei weitem die interessanteste der hierher gehörigen Erscheinungen ist der Vergleich. Wenn, wie es in der Regel der Fall ist, dabei eine Schuldverbindlichkeit über-

nommen wird, braucht bei der Geltentmachung dieser Forderung nicht nur nicht bewiesen zu werden, dass eine Schuld vorhanden war, sondern es ist der andern Partei auch nicht gestattet, zu beweisen, dass eine Schuld nicht vorhanden gewesen ist. Der Vergleich hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, und kann nur in gewissen Fällen angefochten werden (Artt. 1895—1901 B. W.; Artt. 2052—2058 C. C.). Als Absicht der sich vergleichenden Parteien muss nicht bloss angenommen werden, dass eine Schuldverbindlichkeit bestehen soll, unabhängig davon, ob wirklich eine Schuld existierte; der Vergleich geht dahin, dass fortan angenommen werden soll, es bestünde die streitige Schuld zu einem gewissen Betrage. Darauf kann man sich berufen, wie auf eine wirkliche Schuld, auch z. B. wenn später auf Grund dieser vereinbarten Schuld eine neue Verbindlichkeit eingegangen ist. — Der Vergleich muss nach art. 1888, Abs. 2 B. W. (Art. 2044, Abs. 2 C. C.) schriftlich abgeschlossen werden. Wie, wenn infolge des Vergleichs unmittelbar ein schriftliches Zahlungsversprechen oder Schuldanerkenntnis abgegeben wird? Man wird dann nicht sagen können, dass der Vergleich schriftlich abgeschlossen ist. Anders vielleicht, wenn aus dem Inhalt der Urkunde hervorgeht, dass die Abgabe das Ergebnis eines Vergleichs war. — Eine Voraussetzung des Vergleichs ist, dass von beiden Seiten nachgegeben wird. Der typische Fall ist, dass A behauptet, an B eine Forderung von fl. 100 zu haben, und B behauptet, dem A nichts zu schulden; beide einigen sich dahin, dass angenommen werden soll, B schulde fl. 50, aber auch nur fl. 50. In einem gewissen Sinne ist der Verzicht des A auf die Hälfte seines behaupteten Anspruchs die causa für die Übernahme einer behaupteten Nichtschuld durch B. Es liegt kein Vergleich vor, wenn B zuerst die Schuld bestreitet, aber später nach-

giebt, und die Schuld im vollen Betrage anerkennt. Auch nicht, wenn er behauptet nur fl. 50 zu schulden, und A sich damit zufrieden giebt. Man hat das in Art. 1888 B. W. ausdrücken wollen, und deshalb der Definition des Art. 2044 die Worte zugefügt: „gegen Übergabe, Versprechen oder Zurückhaltung einer Sache“. Diese Worte sind der c. 38 C. 2, 4 (vgl. c. 3 C. 6, 31) entnommen, und sagen eigentlich nur, dass ein blosser Verzicht kein Vergleich ist.

Diese Einschränkung des Vergleichsbegriffes ist besonders für das niederländische Recht wichtig, weil nach diesem von einem allgemeinen Schuldanerkennungs-, oder besser Schuldfeststellungsvertrag, nicht die Rede sein kann. Wir ziehen den letztern Namen vor, weil nach unsrer Ansicht der Schuldanerkennungsvertrag, wie er z. B. auf S. 50 f. Prot. d. Komm. f. d. II Les. des Entw. B. G. B. beschrieben wird, mit der Abgabe eines schriftlichen Schuldanerkenntnisses in nur mittelbarem Zusammenhang steht. Das Ergebnis des Feststellungsvertrages kann sein, dass fortan eine Schuldverbindlichkeit bestehen soll, ebenso wie es z. B. das Ergebnis eines Vergleichs sein kann; das schriftliche Schuldanerkenntnis ist ein über jene Schuldverbindlichkeit ausgehändigte Beweismittel, und eben-sowenig eine Beurkundung des Feststellungsvertrages (d. h. der dazu erforderlichen Erklärung desjenigen, der Schuldner sein soll) als es, falls der Abgabe ein Vergleich vorangegangen wäre, eine Beurkundung des Vergleichs sein würde. — Das Vorhandensein einer Schuld ist nach niederländischem Recht ein Erfordernis für die Gültigkeit des Vertrages; es versteht sich, dass nicht im Wege des Vertrages ausgemacht werden kann, dass eine Schuld als bestehend angenommen werden soll. — Man kann jedoch, auch wo kein eigentlicher Vergleich vorliegt, der Vereinbarung der beteiligten

Personen einen gewissen Speilraum lassen in Bezug auf den Betrag (vgl. oben S. 64). Wenn z. B. jemand etwas gekauft hat, und das ihm gelieferte nicht vollkommen dem Vertrage entspricht, kann er auf die Ansprüche, die ihm daraus erwachsen, verzichten, und die Verpflichtung übernehmen, trotzdem den vollen Kaufpreis zu zahlen; er könnte das nicht, wenn ihm überhaupt nicht geliefert wäre.

Als eine Lücke der niederländischen Gesetzgebung betrachten wir es, dass darin, neben dem Vergleich, nicht der Abrechnung eine Stelle eingeräumt ist. Wir glauben, dass es auch nach geltendem Recht gestattet ist, sich in Bezug auf die Existenz und die Höhe der Schuld auf die Abrechnung zu berufen. Der Betrag, den der eine Teil infolge der Abrechnung dem andern Teil zu zahlen hat, wird regelmässig als geschuldet hingestellt, und wenn z. B. eine Summe versprochen wird als Saldo eines Conto-corrents, wird damit anerkannt, dass der Promittent die Summe infolge verschiedener Operationen schuldig geworden ist. Es handelt sich auch nicht darum, dass der Gegenbeweis ausgeschlossen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein sollte; das liegt im allgemeinen, glauben wir, nicht einmal in der Absicht der Vertragschliessenden, und eine gegenteilige Absicht käme nicht in Betracht. Die Absicht der Vertragschliessenden ist aber namentlich auch wohl, dass es nach der Abrechnung nicht mehr erforderlich sein soll, anzugeben, wie das gefundene Saldo entstanden ist; der Abrechnungsvertrag ist sozusagen eine gegenseitige Ermächtigung, alles vorhergegangene zu vergessen. Wenn jemand aus einem einfachen Schuldschein klagt, und dabei erklärt, nicht mehr zu wissen, woher die Schuld eigentlich kommt, zeugt das gegen ihn; wenn der Schuldschein eine Abrechnung erwähnt, ist es erklärlich. Wenn, wie wir

annehmen, im allgemeinen, wer eine Schuldforderung ein- klagt, verpflichtet ist, eine bestimmte Schuldursache zu be- weisen, oder auch nur anzugeben, ist es eine praktische Notwendigkeit, statt dessen die Bezugnahme auf eine Abrechnung zu gestatten. Besonders wo zwei Personen seit Jahren in Conto-current stehen, und jede Rechnung anfängt mit dem Saldo der vorigen Rechnung, kann man unmöglich verlangen, dass bis auf den Anfang des Verhältnisses zurückgegriffen wird. Eine andre Frage ist indessen, ob daran nicht sogar die oben (S. 107) erwähnte Angabepflicht scheltern wird. Ist einmal ein Abrechnungsvertrag mit dieser Wirkung anerkannt, dann kann man in jedem Schuldschein eine Abrechnung erwähnen. Der Beweis, dass tatsächlich eine Abrechnung stattgefunden hat, kann schwerlich verlangt werden; der Beweis, dass keine Abrechnung stattgefunden hat, ist fast unmöglich. Dass abgerechnet ist, oder nicht abgerechnet ist, ist namentlich auch kaum ein passendes Objekt für eine Eidesleistung. Es ist auch nicht wohl thunlich, den Abrechnungsvertrag nur unter gewissen Voraussetzungen zuzulassen, und darüber Beweis oder Gegenbeweis zu verlangen. Die einzige Voraussetzung für die Notwendigkeit einer Abrechnung ist nur eine gewisse Verwickelt- heit der Schuldbeziehungen, und wie gross dieselbe sein muss, um eine Abrechnung zu rechtfertigen, muss man schliesslich der Beurteilung der beteiligten Personen überlassen.

Über die sogenannte abstrakte Verbindlichkeit aus Handelspapieren soll nur folgendes bemerkt werden. Der Grundgedanke zeigt sich am besten bei der Promesse an Ordre (Art. 208 W. v. K.; Art. 188 C. de C.). Diese ist ein einfaches schriftliches Zahlungsversprechen, das aber dieselbe abstrakt obligierende Kraft hat wie z. B. der Wechsel. Sie hat dazu indessen zwei Erfordernissen zu genügen; erstens soll

sie eine Valuta-klausel enthalten („Wert erhalten“ oder „Wert in Rechnung“), und zweitens soll sie an Ordre gestellt sein. Die beiden Erfordernisse sind in gegenseitigem Zusammenhang zu betrachten. Wenn jemand in einer Schrift, welche dazu bestimmt ist, an Dritte veräussert zu werden, anerkennt, Wert erhalten zu haben (über die Klausel „Wert in Rechnung“ sprechen wir sogleich) und also das Versprochene zu schulden, muss er, sobald er einen Dritten sich gegenüber hat, diese Anerkennung gegen sich gelten lassen, weil Dritte nicht wissen können, ob sie der Wahrheit entspricht. Die Valuta-klausel im Wechsel ist zu betrachten als Rudiment eines Zahlungsversprechens, welches der Wechsel ursprünglich enthielt, und welches noch immer als darin stillschweigend enthalten betrachtet werden muss; dasselbe gilt vom Indossament. Diese Construktion der abstrakt obligierenden Kraft des eigentlichen Handelspapiers als eine formelle Beweiskraft der Valuta-klausel wird bestätigt durch die Bestimmungen über die Anweisung (Artt. 210 bis 220 W. v. K.), welche nicht dem C. de C. entnommen sind. Die Anweisung enthält keine Valuta-klausel; ein Wechsel ohne Valuta-klausel soll als Anweisung gelten. Der Inhaber hat daher auch nur eine Regressforderung gegen seinen unmittelbaren Vorgänger (wobei er zu beweisen hat, dass er die Anweisung bezahlt oder als Zahlung angenommen hatte), und eine ausserordentliche Regressforderung gegen den Aussteller, welche offenbar als Bereicherungsklage gedacht ist. — Einen besondern Fall bildet die Verbindlichkeit aus der Annahme eines Wechsels (vielleicht auch einer Anweisung); die Annahmeerklärung enthält keine Valuta-klausel.

## § 10. Das Schuldversprechen auf Gegenleistung.

Es ist heutzutage, wie oben S. 45 angedeutet wurde, im allgemeinen nicht üblich, ein Schuldversprechen zu erteilen, wo es nicht die Absicht ist, dass eine endgültige Leistung stattfinden soll, z. B. wo man einem andern ein Darlehn geben will, oder der versprochene Betrag der Kaufpreis sein soll für eine Sache, welche noch geliefert werden muss. Von dieser Regel, giebt es im Handel eine Ausnahme. Wir nehmen an, dass A dem B ein Darlehn geben will; es ist das nicht der einzige Fall, wir können uns aber darauf beschränken. Er kann ihm dazu ein Schuldversprechen aushändigen, z. B. eine Promesse an Ordre (für den Wechsel gilt, nach dem oben gesagten, entsprechend dasselbe), nicht mit der Absicht, ihm später das Versprochene selber auszuzahlen, sondern damit B die Promesse auf eigne Rechnung an einen Dritten veräussern soll. In solchen Fällen kommt die Klausel „Wert in Rechnung“ in Anwendung. Die Bedeutung dieser Klausel ist unter allen Umständen, dass A auf Grund der Übergabe des Papiers in den Büchern des B für den im Papier erwähnten Betrag kreditiert ist. In unserm Beispiel bedeutet das, dass mit der Übergabe der Promesse das Darlehn als ausgezahlt gelten soll. A erhält also gleichzeitig eine Schuldforderung auf B auf Rückzahlung des Darlehns; darin liegt, Dritten gegenüber, die causa für

das in der Promesse enthaltene Versprechen. Dritten gegenüber hat die Klausel „Wert in Rechnung“ dieselbe Bedeutung wie die Klausel „Wert erhalten“.

In andern Fällen, sagten wir, ist es nicht üblich, ein Schuldversprechen zu erteilen, wo es nicht die Absicht ist, dass eine endgültige Leistung stattfinden soll. Geschieht es trotzdem, dann ist das Schuldversprechen nicht bindend, wenigstens nicht als solches. Es kann nur dadurch eine scheinbare Gültigkeit erlangen, dass die Gegenleistung als erhalten, oder das Versprochene aus einem sonstigen Grunde als geschuldet anerkannt wird.

In der herrschenden Theorie ist auch von einer künftigen causa die Rede; man hat dabei jedoch nicht das Schuldversprechen im Auge, sondern die Übernahme einer Verbindlichkeit auf Gegenleistung oder einer bedingten Schuldverbindlichkeit. In der Theorie wird zwischen diesen verschiedenen Verträgen nicht unterschieden; in der Praxis werden sie oft verwechselt. Der Satz, dass ein in Hinblick auf eine künftige Gegenleistung erteiltes Schuldversprechen als solches nicht bindend ist, enthält daher scheinbar etwas Neues. Wir wollen zuerst durch ein Beispiel deutlich machen, dass eine Verwechslung hier sehr nahe liegt. A verkauft dem B eine Sache, die später geliefert werden soll; er lässt sich jedoch schon sogleich nach dem Abschluss des Vertrages ein Schuldversprechen geben über den Kaufpreis. Auf Grund dieses Schuldversprechens erhebt er Klage; zuerst nehmen wir an, dass die Sache immer noch nicht geliefert ist. Wir nehmen weiter an, dass die Beweisfrage keine Schwierigkeiten macht; entweder das Schuldversprechen enthält die Anerkennung, dass die Sache geliefert ist (oder eine sonstige Anerkennung, dass Wert erhalten oder überhaupt eine Schuld vorhanden ist), der Beklagte bestreitet

die Richtigkeit dieses Anerkennisses, der Kläger räumt des Unrichtigkeit ein, beruft sich aber auf den Kauf als die wahre *causa*, — oder das Schuldversprechen enthält keine solche Angabe, und der Kläger beruft sich sofort auf den wahren Sachverhalt; der Beklagte räumt in beiden Fällen den Kauf ein. Wie ist dieser Fall zu beurteilen? Nach der herrschenden Theorie kann man eine Leistungspflicht übernehmen in Hinblick auf eine künftige Gegenleistung; es liegt nahe, daraus zu schliessen, dass die Forderung zugewiesen werden kann. Aber die Theorie hat dabei den gegenseitigen Vertrag im Auge, und nicht das Schuldversprechen. Und was nun in Fällen, wie dem hier erwähnten, am meisten zur Verdunkelung der eigentlichen Rechtsfrage beiträgt, ist, dass hier ebenfalls ein (mündlicher) Kaufvertrag abgeschlossen, und durch das Geständnis des Beklagten bewiesen ist. Wenn hier eine Verurteilung erfolgt, geschieht es, wie wir glauben, thatsächlich auf Grund dieses Kaufvertrages, und nicht auf Grund des produzierten schriftlichen Schuldversprechens. Wenn aber ursprünglich das Versprochene als geschuldet eingeklagt ist, muss nach unsrer Ansicht die Klage abgewiesen werden; in der späteren Anführung des Kaufvertrages liegt eine Klageänderung. Aus dem Gesagten geht jedoch hervor, weshalb dieser Unterschied in der Praxis nicht zur Geltung kommt. — War die Sache inzwischen geliefert, dann ist vielleicht anders zu entscheiden. Es wird eine Schuldforderung eingeklagt, und es besteht auch wirklich eine Schuldforderung. Aber auch dann erfolgt die Verurteilung thatsächlich auf Grund des Kaufvertrages in Verbindung mit der späteren Lieferung der verkauften Sache, und nicht auf Grund des Schuldversprechens.

Denken wir uns, dass es sich nicht um einen Kauf, son-

dern um ein Darlehn handelt, dann können wir eine Unterscheidung machen, die beim Kauf vorhanden ist, aber dort nicht so deutlich zum Vorschein tritt. Jemand erteilt ein Schuldversprechen in der Erwartung, ein Darlehn zu erhalten; regelmässig wird dabei das Darlehn als erhalten anerkannt. Hier ist ein Schuldversprechen erteilt anstatt eines bedingten Versprechens. Dieser Fall bietet insofern wenig Schwierigkeit, als das Versprechen jedenfalls nur bindend sein kann, wenn das Darlehn inzwischen ausgezahlt ist. Wir legen wenig Gewicht auf die Frage, ob hier zu verurteilen ist auf Grund des produzierten unbedingten Zahlungsversprechens, das nach unsrer Ansicht von Anfang an ungültig war, oder auf Grund des nicht in der produzierten Urkunde enthaltenen bedingten Versprechens, das sich im Lauf des Prozesses herausgestellt hat; — besonders weil doch immerhin die Einzelheiten dieses letztern Vertrages in Bezug auf Zinsen, Fälligkeit, Zahlungsort u. s. w. aus dem Schulschein hergeleitet werden können. Schwierigkeit kann hier nur der Beweis machen; wenn der Darlehnsgeber einräumen muss, dass das Darlehn im Augenblick der Abgabe des Schulscheins noch nicht ausgezahlt war, ist es oft eine grosse Härte, wenn man von ihm einen andern Beweis der Auszahlung verlangt. Aber in diesem Punkte, glauben wir, ist nur im Wege der Gesetzgebung zu helfen (vgl. im römischen Recht die zeitliche Beschränkung der *exceptio non numeratae pecuniae*). — Andrerseits denken wir uns, dass jemand, der einem andern ein Darlehn geben will, ihm ein Schuldversprechen aushändigt. Hier ist ein Schuldversprechen erteilt, wo es in Wirklichkeit die Absicht war, dass eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung übernommen werden sollte. Wenn über den Kaufpreis einer noch nicht gelieferten Sache ein Schuldversprechen ausgestellt wird,

kann es beide Bedeutungen haben. Es bekommt jedenfalls, nachdem die Sache geliefert ist, die Bedeutung eines bedingten Versprechens, d. h. der Übernahme einer bedingten Schuldverbindlichkeit; es ist auch möglich, dass es von Anfang an nur diese Bedeutung haben sollte, wenn z. B. nebenbei vereinbart ist, dass der Käufer erst nach der Lieferung zu zahlen braucht. Im allgemeinen kann jedoch angenommen werden, dass der Käufer, wenn er über den Kaufpreis ein Schuldversprechen ausstellt, die Verpflichtung übernimmt, eventuell vorzuleisten. Wir verstehen hier unter einem Schuldversprechen auf Gegenleistung ein Schuldversprechen, das erteilt ist, wo es die Absicht war, eine Verbindlichkeit auf Gegenleistung zu übernehmen. Das Versprechen ist nicht nur erteilt in Hinblick auf eine Leistung, die der andre Teil machen soll, sondern es soll auch die Leistung, die infolge des Versprechens zu machen ist, in Hinblick auf eine künftige Gegenleistung gemacht werden; die versprochene Leistung soll eine Vorleistung sein.

Ein derartiges Schuldversprechen ist als solches nicht bindend. Das soll jetzt noch gerechtfertigt werden. Wir können uns dabei beschränken auf die beiden gegebenen Beispiele: das Versprochene soll ein Darlehn sein, oder es soll der Kaufpreis sein für eine noch nicht gelieferte Sache. Scheinbar ist kein Grund vorhanden, weshalb ein solches Versprechen nicht bindend sein sollte. Warum sollte man nicht in dieser Form ein Darlehn versprechen können? Dagegen ist namentlich dann nichts einzuwenden, wenn man, auch wo ein Darlehn als solches versprochen wurde, dem Berechtigten die Befugnis einräumt, nicht bloss Schadenersatz zu fordern, sondern die Auszahlung der Darlehnssumme zu erzwingen. Warum sollte man nicht in dieser Weise die Zahlung eines Kaufpreises versprechen können? Da der

Käufer sich sowohl verpflichten kann, vorzuleisten, als Zug um Zug oder nach erhaltener Gegenleistung zu leisten, kann er sich auch verpflichten, z. B. an einem bestimmten Tag zu zahlen, ohne Unterschied, ob er da die Gegenleistung schon erhalten hat oder nicht. Es kann aber in diesen Fällen unmöglich die Absicht der Vertragschliessenden sein, dass wirklich unter allen Umständen geleistet werden soll, auch z. B. wenn der Berechtigte in Konkurs geraten ist, oder wenn die Gegenleistung durch Verschulden des Berechtigten unmöglich geworden ist. Den Promittenten unter solchen Umständen beim Wort zu halten, würde zu grossen Ungerechtigkeiten führen. Das Versprechen muss also unter gewissen Voraussetzungen wenigstens anfechtbar sein. Welche diese Voraussetzungen sein müssen, ist entweder ziemlich leicht oder sehr schwer zu sagen. Dürfte man, was insbesondere die gegebenen Beispiele anbetrifft, annehmen, dass das Versprechen in denselben Fällen anfechtbar ist, in denen keine Verurteilung erfolgen könnte, wenn der Promittent, anstatt eines Schuldversprechens, das Versprechen erteilt hätte, ein Darlehn zu geben, oder einen Kaufvertrag geschlossen hätte, mit der Verpflichtung den Kaufpreis vorzuleisten? Wenn ja, dann ist die Sache ziemlich einfach, aber es ist dann auch nicht mehr ersichtlich, welche Bedeutung eigentlich noch das Schuldversprechen hat. Wenn nein, dann fehlt jeder Anhalt. — Es ist jedoch die Erteilung eines Schuldversprechens unter solchen Umständen als ein Missbrauch zu betrachten. Erstens weil unbedingt versprochen wird, während es nicht die Absicht ist, dass wirklich unter allen Umständen geleistet werden soll. Zweitens weil es die Gefahr nahe legt, dass das Versprochene für geschuldet gehalten wird. Wir bemerken auch noch, dass, wo sich herausstellt, dass ein Schuldversprechen

auf Gegenleistung vorliegt, es sich gleichzeitig herausstellt, dass ein Vertrag auf Gegenleistung (Tauschvertrag oder Kreditvertrag) zustandegekommen ist. Endlich kann die Abweisung der Klage aus einem solchen Schuldversprechen nie eine grosse Ungerechtigkeit sein; das Versprochene wird nicht geschuldet. Es würde nur jemand, dem ein Darlehn versprochen oder eine Sache abgekauft wäre, die Erfüllung dieser Verträge nicht erhalten können; er hätte sie sich jedoch in einer passenden Weise sichern sollen.

Wir bemerken, dass das römische Recht im grossen und ganzen zu denselben Ergebnissen führte. Wenn einmal feststand, dass ein Versprechen (in Stipulationsform) erteilt war in Hinblick auf ein künftiges Ereignis (für das römische Recht war es im Prinzip unerheblich, ob dieses Ereignis eine Gegenleistung oder im allgemeinen eine Schuldursache war oder nicht), musste, wie allgemein angenommen wird, wer aus der Stipulation ein Forderungsrecht herleiten wollte, beweisen, dass das Ereignis stattgefunden hatte. Die Stipulation wurde also tatsächlich als ein bedingtes Versprechen behandelt. Hatte das Ereignis noch nicht stattgefunden, dann konnte keine Verurteilung erfolgen, und zwar nicht nur dann, wenn die Leistung, falls sie schon geschehen wäre, hätte zurückgefordert werden können, sondern, wie es scheint, auch wo das nicht der Fall war (vgl. z. B. für den Fall, dass ein Kaufpreis stipuliert war, fr. 25 D. 19, 1.) Oben (S. 22) ist schon bemerkt, dass man mittelst Stipulation versprach, ein Darlehn zu geben („pecuniam te mihi crediturum spondes?“ fr. 68 D. 45, 1), aber nicht, die Darlehnssumme zu geben. Im Grunde genommen stand einem solchen Gebrauch der Stipulation nichts im Wege; man konnte mittelst Stipulation versprechen, eine Leistung unter denselben Umständen zu machen, unter denen eine

Leistung überhaupt gemacht werden konnte. Es scheint jedoch, dass man es nicht that. Die Stipulation begründete immer nur eine Schuldverbindlichkeit. Wo in Hinblick auf ein künftiges Ereignis ein unbedingtes Versprechen erteilt wurde, war es die Absicht, dass jedenfalls erst nach dem Stattfinden des Ereignisses aus dem Versprechen geklagt werden sollte. Man versprach ob causam futuram, und man leistete ob causam futuram, aber man versprach nicht, ob causam futuram zu leisten. Ob man es hätte thun können, ist schwer zu sagen; denn eben weil man es nicht that, hatten die römischen Juristen keine Veranlassung, die Frage zu entscheiden. — Handelte es sich auch bei GAJUS IV, 126 a um eine Stipulation? Es ist das nicht so unzweifelhaft, wie für fr. 68 D. 45, 1. Wenn ja, dann liegt dort ein Beispiel einer Stipulation auf Gegenleistung vor; aber auch dort wurde dann die Frage, ob der Promittent verurteilt werden konnte, schliesslich nach dem Inhalt des Kaufvertrages oder dessen pacta adjecta entschieden.

Dass auch im heutigen Recht das Schuldversprechen auf Gegenleistung etwas unnatürliches sein würde, davon kann man sich überzeugen, wenn man sich die Frage vorlegt: Kann aus dem Inhalt der Urkunde hervorgehen, dass die versprochene Leistung eine Vorleistung sein soll, und trotzdem ein Schuldversprechen vorliegen? Undenkbar ist das nicht; man könnte schreiben: „Ich verspreche dem A, ihm ein Darlehn zu geben von fl. 500“, oder „Ich verspreche dem A, ihm fl. 500 zu zahlen für ein Pferd, das er mir liefern wird.“ und daran z. B. in der Terminologie des § 780 B. G. B. hinzufügen: „... dieses Versprechen soll die Verpflichtung, die Darlehnssumme (den Kaufpreis) am ... auszuzahlen, selbständig begründen.“ Würde ein so gefasstes Versprechen einen Widerspruch enthalten? Könnte es nach

dem B. G. B. als Schuldversprechen gelten? Wir wollen es nicht entscheiden, und nur bemerken, dass eine solche Fassung des Versprechens, wenn auch denkbar, doch sicher nicht üblich ist. Denken wir nur an die Verträge, die wirklich vorzukommen pflegen, dann können wir sagen: Ein Versprechen, aus dem hervorgeht, dass auf Gegenleistung geleistet werden soll, hört dadurch auf, ein Schuldversprechen zu sein, und kann nur aufgefasst werden als die Übernahme einer Verbindlichkeit auf Gegenleistung. Ein Schuldversprechen liegt nur vor, wenn der Vertrag wenigstens den Schein erweckt, dass die versprochene Leistung eine endgültige sein soll, — wenn die Leistung versprochen wird wie eine geschuldete.

Darf man in Fällen, wie den hier erwähnten, das Versprechen, das äusserlich ein Schuldversprechen ist, dennoch als die Übernahme einer Verbindlichkeit auf Gegenleistung construieren? Darf man sagen, aus den Umständen, unter denen das Versprechen abgegeben sei, gehe hervor, dass es die Leistungspflicht nicht „selbständig“ begründen sollte, und dass also in Wirklichkeit kein Schuldversprechen erteilt sondern ein Kreditvertrag oder ein Tauschvertrag abgeschlossen wäre? In Deutschland scheint eine solche Auffassung nicht ausgeschlossen zu sein. Nach niederländischem (und französischem) Recht ist sie nicht zulässig; der Inhalt eines beurkundeten Vertrages soll, wenn die Urkunde nicht zweideutig ist, nur dieser entnommen werden (Art. 1378 B. W.: „Wenn der Wortlaut eines Vertrages deutlich ist, darf man davon durch Auslegung nicht abweichen.“) Nach Art. 1934 B. W. (Art. 1341 C. C.) ist kein Zeugenbeweis zulässig „über das was man behaupten möchte, dass vor, „bei, oder nach der Aufnahme der Urkunde gesagt wäre.“ Die Fassung dieser Vorschrift lässt deutlich erkennen, dass

solche „Behauptungen“ überhaupt ausser Betracht bleiben müssen; wenn man etwas andres gewollt hat, als die Urkunde enthält, hätte man das in der Urkunde sagen sollen. Wenn also in einer Urkunde eine unbedingte Leistungspflicht übernommen wird, und aus der Urkunde auch nicht hervorgeht, dass die Leistung in Hinblick auf eine künftige Gegenleistung oder Rückleistung erfolgen soll, liegt ein Schuldversprechen vor; dass das Versprechen die Leistungspflicht in diesem Sinne selbstständig begründen soll, geht daraus hervor, dass über das Versprechen eine selbständige Urkunde errichtet ist. Ein in dieser Form beurkundetes Versprechen begründet entweder eine unbedingte Schuldverbindlichkeit, oder es ist überhaupt unverbindlich. — In Bezug auf das Schuldversprechen führen die oben erwähnte Auffassung und die hier vertretene wesentlich zu demselben Ergebnis; nach der einen liegt kein Schuldversprechen vor, und nach der andern ist es nicht bindend. Wir würden die letztere Auffassung auch dann für richtiger halten, wenn wir uns nicht auf Art. 1934 B. W. berufen könnten. Wo ein Schuldschein abgegeben wird, ist es immer die Absicht der Beteiligten, die Möglichkeit zu schaffen, dass das Versprochene eingeklagt wird, als ob es geschuldet wurde. Wenn auch die tatsächlich bestehende Forderung keine Schuldforderung ist, so soll sie doch als eine solche geltend gemacht werden können. Man muss entweder den Promittenten auf Grund des Schuldversprechens verurteilen, und dabei dahingestellt lassen, ob die Leistung eine Vorleistung oder eine geschuldete ist, — wie es die Consequenz eines wirklich abstrakten Vertrages erfordern würde, — oder man muss das Schuldversprechen ausser Betracht lassen. Die Übernahme der Verpflichtung, eine Vorleistung zu machen als solche, hat man darin nicht beurkunden wollen.

S T E L L I N G E N.



## STELLINGEN.

---

### I.

De strekking der c. 13 C. 4,30 was niet, de bewijskracht der cautio te beperken, maar die te verhoogen.

### II.

De geldigheid eener zoogenaamde wilsverklaring hangt niet daarvan af, of men gewild heeft, wat men verklaarde te willen, maar daarvan, of men heeft willen verklaren, wat men verklaarde.

### III.

Naar Nederlandsch recht moet, behoudens de in de wet vermelde gevallen van nietigheid of vernietigbaarheid van rechtshandelingen, ieder geacht worden, alles te hebben willen doen, wat hij gedaan heeft, en kan ten aanzien van een wilsverklaring, afgelegd door iemand, die meerderjarig was, en niet onder curateele stond, en ook niet later onder curateele gesteld of inmiddels overleden is, niet beweerd worden, dat de wil om haar af te leggen zou hebben ontbroken.

## IV.

Schuldvergelijking die „van rechtswege” intreedt, zooals dat nader wordt omschreven in art. 1462 B. W., kan niet afhankelijk zijn van de erkenning der tegenvordering in een later proces.

## V.

De eigenlijke beteekenis van het woord „hoofdelijk” is: „als hoofdschuldenaar”.

## VI.

De wissel bevat een last (jussus), en in de waardeerkenning het rudiment eener promesse.

## VII.

Art. 56 Fw. moet aldus worden verstaan, dat de deelhebbers in een gemeenschap wegens daartoe betrekkelijke regresvorderingen bevoordecht zijn op elkanders aandeelen.

## VIII.

Art. 123 Fw. sluit niet uit, dat tegenbewijs wordt geleverd, ook waar dit tegenover den gefailleerde zelf niet toelaatbaar zou zijn.

## IX.

Het recht om rekening en verantwoording te vorderen sluit niet uit het recht om „rauwelijks” het saldo op te vorderen, indien de eischer weet, hoeveel het bedraagt.

## X.

Ontdekking op heeterdaad in den zin der wet is alleen aanwezig, wanneer terstond blijkt, wie de dader is.

## XI.

Of het gericht zijn van den wil des daders op zeker gevolg opzet is of oogmerk, is afhankelijk van de omschrijving van het strafbaar feit.

## XII.

De notaris, die een akte opmaakt van een handeling, waarvan hij weet, dat zij gesimuleerd is, maakt zich niet schuldig aan valschheid in geschrift.

## XIII.

Art. 100, 2<sup>o</sup>. Wetb. v. Strafr. is in strijd met art. 56 Gr.

## XIV.

De zoogenaamde considerans eener wet maakt daarvan geen deel uit, heeft geen kracht van wet, en behoeft niet de goedkeuring der Staten-Generaal.

## XV.

De rechtsbetrekking tusschen den ambtenaar en het staatsrechtelijk lichaam, dat hem bezoldigt, is van privaatrechtlijken aard, in dien zin, dat zij behoort beheerscht te worden door de regels van het privaatrecht.

XVI.

De staathuishoudkunde onderstelt het geldend vermogensrecht.

XVII.

De overheid behoort het geven van werk tegen laag loon niet te bemoeilijken, en te zorgen, dat ook anderen het niet doen.

---

m.2602







