

1895-96 Nr. 210

US Erlangen
1895-96, 238

Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit.

Rede
beim Antritt des Prorektorats

der

Königlich Bayerischen

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

am 4. November 1895 gehalten

von

Dr. Konrad Hellwig,

K. ordentl. Professor des Civilprozesses und des römischen Civilrechts.



Fach

ERLANGEN.

K. B. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei von Fr. Junge (Junge & Sohn).

1895.

Hochansehnliche Versammlung!

Kollegen! Kommilitonen!

Wenn ich bei Übernahme des mir durch das Vertrauen meiner Herren Kollegen zugefallenen Amtes es unternehme, über eine Frage von allgemeinerem Interesse aus dem Kreise der von mir vertretenen Disziplinen vor Ihnen zu reden, so kann es fast als selbstverständlich erscheinen, dass meine Erörterungen sich beziehen werden auf die Kodifikation unseres bürgerlichen Rechts, auf diese Arbeit, deren baldigster Abschluss mit hoffnungsvoller Freude von den Einen, mit einem gewissen Gefühl der Bangigkeit von den Anderen erwartet wird. Doch soll es nicht meine Aufgabe sein, zu der viel erörterten Frage nach dem Werte der Arbeiten im allgemeinen Stellung zu nehmen, sondern ich möchte eine spezielle Frage behandeln, eine Frage, bezüglich deren dem Nichtjuristen vielleicht das am sonderbarsten erscheinen wird, dass über ihre Beantwortung überhaupt ein Streit bestehen kann, ein Streit, der nach meiner festen Überzeugung auch durch unser künftiges Civilgesetzbuch, falls es dem Entwurfe entsprechen sollte, nicht zum Erlöschen gebracht werden wird. Es ist die Frage nach den Grenzen, welche der Vertragsfreiheit oder vielleicht besser gesagt: der Möglichkeit eines rechtlich bindenden Vertrags gezogen sind.

Ein selbstverständlicher Grundsatz ist es, dass jeder Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die Sittlichkeitsordnung verstösst, ungültig ist¹⁾. Aber ist jedes ernstlich gemeinte Versprechen, welches nicht ungesetzlich oder unsittlich ist, auch rechtlich bindend und mit Hilfe der Gerichte erzwingbar? Oder sind die Gebiete begrenzt, auf denen der obligatorische Vertrag, das Schuldversprechen der modernen Rechtssprache, sich betätigen kann? Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts bejaht die letztere Frage, sie betrachtet — wie ich glaube mit vollem Recht — nur das Versprechen, dessen Erfüllung für den Gläubiger einen Vermögenswert hat, als gültigen Schuldvertrag und steht damit ganz in Übereinstimmung mit den Grund-

sätzen des französischen Rechts, des preussischen A.L.R. und des sächsischen B.G.B. (§ 662). Dieser Lehre trat Windscheid entgegen. Er stellte die berühmt gewordene Frage: Wenn ich mir von meinem Nachbar versprechen lasse, dass er ein mich in meinen Arbeiten störendes Klavierspielen unterlasse, wird man dann meinem Nachbar die Freiheit gestatten wollen, ungestraft den Vertrag zu brechen? Diese Frage vereinehend gelangte er zu dem Satze: Jedes ernstlich gemeinte Versprechen einer Handlung oder Unterlassung ist rechtlich erzwingbar, es sei denn, dass das Interesse, welches der Gläubiger an der versprochenen Leistung hat, ohne gerade verwerflich zu sein, doch nach dem Ermessen des Richters keinen Schutz verdient; blossen Launen hat er natürlich seine Hilfe zu versagen²⁾.

Diese Windscheid'sche Lehre fand — in der Hauptsache — vereinzelt Zustimmung, eine ausführliche Rechtfertigung versuchte Ihering mit dem ihm eigenen Feuerifer bei Gelegenheit der Erstattung eines Gutachtens³⁾. Der mächtige Einfluss, den Windscheid's Lehren auf die Redaktoren des ersten Entwurfs geübt haben, zeigte sich auch bei dieser Frage. Mit dem leichten Sinne, mit dem sie auch bei anderen Gelegenheiten das bisher in Deutschland geltende Recht bei Seite schoben, wollte man auch hier ein neues Prinzip in unser Privatrecht einführen.

Der erste Entwurf (§ 206) enthält den jedem Unbefangenen höchst überflüssig erscheinenden Satz: „Gegenstand eines Schuldversprechens kann ein Thun oder ein Unterlassen sein“. Der zweite Entwurf (§ 205) hat diesen § lediglich redaktionell geändert. Die Motive (II S. 3) wollen nun den Interpreten zwingen, statt ein Thun oder ein Unterlassen, jedes Thun oder jedes Unterlassen zu denken, sie belehren uns, dass mit dem Mangel einer entgegenstehenden Bestimmung der, wie sie sagen, „grosse Grundsatz“ zum Ausdruck gebracht sei, dass ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers nicht zum Wesen der Obligation gehöre. Die Protokolle der zweiten Kommission (43. Sitzung) bestätigen, dass sie mit ihrer Fassung dasselbe sagen will⁴⁾.

Da der Streit auf dem Boden des gemeinen Rechts entstanden und zunächst allein ausgefochten ist, haben wir uns zuerst mit ihm zu beschäftigen. Zuvor aber ist die Frage selbst genau zu fixieren. Meistens wird sie allein darauf gerichtet, was überhaupt Gegenstand einer Obligation sein könne⁵⁾. Diese Fragestellung hat aber zu falschen Aufstellungen und unrichtigen Folgerungen geführt. Vielmehr muss gefragt werden, inwieweit durch den Willen der Parteien eine Rechtsverpflichtung in das Leben gerufen werden kann.

Zweifellos betreffen in dem Gebiete der Privatrechtsnormen eine grosse Zahl von Rechtssätzen solche Rechte und Verpflichtungen, die entweder in ihrem Fundamente oder bezüglich der Folgen der Rechtsverletzung oder bezüglich beider keine Beziehung zum Vermögen haben. Dahin gehören zunächst die rein familienrechtlichen Verhältnisse.

Wie diese aber in ihrer inneren Natur und in ihrer Zweckbestimmung von den Verhältnissen des übrigen Privatrechts, des Vermögensrechts, durchaus verschieden sind, so folgen sie auch ihren eigenen Regeln. Auf dem rein familienrechtlichen Gebiet führt der Vertrag prinzipiell zu keinem Rechtszwange, so nicht zur Eingehung der Ehe, nicht zur Vollziehung einer versprochenen Adoption, ebenso ist unverbindlich ein Vertrag, in welchem der Ehemann verspricht, ein bestimmtes Domizil nicht zu verlegen, die Kinder in einer bestimmten Konfession erziehen zu lassen, auf das eheliche Zusammenleben mit der Frau zu entsagen, ihr oder einem Dritten die Erziehung der Kinder zu überlassen und dergleichen mehr. Eine gewohnheitsrechtliche Bildung oder gesetzliche Bestimmung, die derartige Versprechen erzwingbar macht, ist natürlich denkbar und in der einen und anderen Beziehung in Deutschland zu konstatiren. Aber der Rechtszwang bildet hier immer eine Singularität. Würde dieser Grundsatz stets in der erforderlichen Klarheit festgehalten, so würde die Praxis sich nicht so oft mit den Versuchen haben plagen müssen, solche Verträge als unsittliche zu kennzeichnen und ihnen aus diesem unrichtigen Grunde die Gültigkeit zu versagen, sie würde auch nicht in die Gefahr gekommen sein, solche Verträge da, wo schlechterdings eine Unsittlichkeit nicht zu entdecken war, als gültig zu behandeln⁶⁾; ebenso hätte sich dann der erste Entwurf der dem Nichtjuristen geradezu brutal klingenden Bestimmung enthalten können: „Durch das Verlöbniß wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Eheschließung nicht begründet“⁷⁾; und endlich würde Ihering⁸⁾ dann nicht dem Irrtum verfallen sein, aus der gemeinrechtlichen Praxis, die eine Klage auf Vollziehung des Verlöbnisses gab, einen Schluss auf die Erfordernisse des Schuldversprechens zu ziehen.

Ebenso ist es für diese Frage völlig bedeutungslos, dass das gemeine Recht auf Grund letztwilliger Anordnungen über Begräbnis, Errichtung eines Monuments, Stiftung einer ewigen Lampe und dergleichen die Möglichkeit eines Rechtszwangs Seitens des Erben, der dabei mehr die Rolle eines Testamentsvollstreckers, als eines Gläubigers inne hat, oder Seitens anderer Personen statuiert. Und ebensowenig darf die Anerkennung ganz oder halb öffentlich rechtlicher Pflichten hierher gezogen werden⁹⁾.

Unzulässig ist auch die Berufung auf die überaus wichtigen Verpflichtungen, die nach römischem Recht aus der deliktischen Verletzung von anderen als vermögensrechtlichen Interessen entspringen und dem Verletzten das Recht auf Zahlung einer Geldsumme nicht sowohl zum Zwecke des Schadensersatzes als der Genugthuung gewähren. Hier zeigt es sich allerdings, und das hätte der Entwurf mehr zum Vorbild nehmen sollen, dass das römische Recht nicht nur das Vermögen zu schützen wusste, sondern in meisterhafter Weise auch die höchsten Güter des Menschen im ausgedehntesten Masse und mit den wirksamsten Mitteln zu sichern verstand.

Es ist klar, dass alle Normen, die unter einen dieser Gesichtspunkte fallen, bedeutungslos sind für die Frage, wie weit es der Autonomie der Privaten möglich ist, die Voraussetzungen zu schaffen, unter denen die Hilfe der Gerichte zur Durchsetzung von gegebenen Versprechungen angerufen werden kann. Damit entfällt die Beweiskraft des grössten Teiles des von den Gegnern, namentlich von Ihering herangezogenen weitschichtigen Materials.

Ehe wir uns die für die nun richtig fixierte Frage allein in Betracht kommenden römischen Grundsätze vor Augen führen, ist es nötig, einem anderen weit verbreiteten Irrtume entgegenzutreten. So fragt Ihering mit Emphase: Wenn ich einen Lohndiener engagire, der in einer Gesellschaft aufwarten soll, oder einige Musiker, die bei einem Ball aufspielen sollen, darf ein derartiger Vertrag ungültig sein? Gilt ein Kaufvertrag über eine Violine nicht, wenn ich sie meinem Neffen schenken will? Ähnlich fragt Kohler¹⁰⁾: Sollte der Vertrag ungültig sein, welchen ich mit meinem Gärtner über die Ausschmückung meines Hauses deshalb geschlossen habe, weil ein berühmter Mann kommt? Andere fragen: ist es nicht gültig, wenn ich mir Klavierunterricht ausbedungen habe, um die Musik zu meinem Vergnügen zu treiben? — Solche Verträge müssten, sagen die Gegner, nach der herrschenden Lehre ungültig sein, da ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers hier fehle! Ja, wenn die Forderung des Vermögenswertes das sagen würde, dann wäre die herrschende Meinung nicht nur unrichtig, sondern es müsste unbegreiflich und unfassbar erscheinen, dass jene Lehre Jahrhunderte hindurch bis in die allerneueste Zeit ohne Anfechtung bestanden hat und in neuere Gesetzbücher übergegangen ist.

Aber in diesem Sinne ist die von den Gegnern leidenschaftlich bekämpfte Theorie, so viel ich sehe, von Niemanden gemeint. Vielmehr ist — ich vermeide jetzt absichtlich das vielfach irreführende Wort „vermögensrechtliches Interesse“ — nur das zu fordern, dass die zugesagte Leistung objektiv, ihrer Natur nach, eine Beziehung auf das Vermögen besitzt, und weiter ist notwendig, dass sie gerade für den Gläubiger von „pekuniärem Belang“ ist, so dass ihr Ausbleiben auf die Gestaltung seiner vermögensrechtlichen, seiner ökonomischen Verhältnisse einen Einfluss ausübt. Das ist aber nicht nur dann der Fall, wenn dem Gläubiger Leistungen versprochen sind, welche sein werbendes Vermögen vergrössern und die Bedingungen verbessern, unter denen er seine wirtschaftlichen Güter vermehren will, sondern auch dann, wenn das versprochene Objekt in die Reihe der lediglich zum Genusse und zur Konsumption bestimmten Güter gehört, es ist endlich auch dann der Fall, wenn Handlungen versprochen sind, die den Gebrauchs- und Genusswert oder den Verkaufswert steigern, überhaupt, wenn die Leistung im wirtschaftlichen Verkehre um Geld beschaffbar ist, wobei nicht nur an die niederen Dienstleistungen, sondern auch an Erteilung des Unterrichts und andere operae liberales, an die buchhändlerische Herausgabe eines

Buchs und dergleichen Leistungen zu denken ist. Was hiernach Gegenstand einer rechtlichen Verpflichtung sein kann, bestimmt sich nach den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen und kann sehr wohl von der Auffassung früherer Zeiten und anderer Völker differieren. Ich erinnere nur beispielsweise an die verschiedene Bedeutung, welche heute und in Rom die freie geistige Thätigkeit, die Ausübung von Kunst und Wissenschaft im wirtschaftlichen Verkehr und als Mittel, um den Lebensunterhalt zu erringen, besitzen.

Muss in diesem Sinne die versprochene Leistung für den Gläubiger einen Vermögenswert besitzen, so ist es andererseits für die Gültigkeit der Obligation völlig gleichgültig, zu welchem faktischen Zwecke er sie ausbedungen hat. Ebenso wie ich in dem Eigentum der mir bereits gehörigen Sachen geschützt werde, einerlei welchen Zwecken sie dienen, so ist auch der Vertrag gültig, gleichviel ob ich die versprochene Sache eigennützig ausbeuten oder verschenken oder einem gemeinnützigen Zweck widmen oder vernichten will, ob ich ein Hotelzimmer miete, um darin Geschäfte zu schliessen oder einem Schauspiel beizuwohnen, ob ich einen Platz im Theater miete, um durch Abfassung von Kritiken Geld zu verdienen oder um mich zu amüsiren. — Diese Sätze sind ernstlich nicht bestreitbar und mussten nur deshalb betont werden, weil von den Gegnern die Annahme des Gegenteils uns teils ausdrücklich imputirt teils unausgesprochen als unsere Meinung unterstellt wird. Wenn Ihering mit Pathos dagegen kämpft und uns vorwirft, dass wir nur den Geldbeutel schützen wollten, so rennt er offene Türen ein. Ebenso wie Ihering unterlagen aber auch die Motive zum ersten Entwurf und die Mehrheit der zweiten Kommission¹¹⁾ dem bekämpften Irrtum, indem man glaubte, man müsse das Erfordernis des vermögensrechtlichen Interesses fallen lassen, weil, wie es wörtlich heisst, die Obligation bei einem hochkultivirten Volke nicht bloss die Aufgabe habe, dem Gläubiger materielle Güter zu verschaffen, sondern ihm auch ideelle Güter vermitteln solle, deren Bedeutung und Wertschätzung mit der Kultur steige. Was ist mit den „ideellen Gütern“ gemeint? Etwa Freundschaft, Liebe, Pietät und dergleichen Ideale? Dass den Mitgliedern unserer Gesetzgebungskommission solche absurde Gedanken völlig fern lagen, ergiebt sich schon aus den Beispielen, mit denen man bei den Beratungen zur Verdeutlichung des eben mitgetheilten Satzes operirte. Das erste dieser Beispiele ist natürlich der berühmte Windscheid'sche Fall, dass der Nachbar sich das Unterlassen des störenden Klavierspiels versprechen lässt. Angesichts des Missbrauchs, der mit ihm getrieben ist und der Verwirrung, die er angerichtet hat, müssen wir die Bedeutung dieses Versprechens etwas näher betrachten. Schon das römische Recht erkennt sogar eine Servitut des Inhalts an, dass dem Grundeigentümer die Aussicht nicht verbaut, dass kein ruhestörendes Gewerbe auf dem Nachbargrundstücke getrieben werden darf. Der Grund ist zweifellos, dass ein Grundstück, dessen Eigentümer eine solche Servitut hat, einen höheren Vermögenswert

besitzt, denn dieser bestimmt sich nicht nach der nackten Utilität, sondern auch mit Rücksicht auf die Annehmlichkeiten, welche die Benutzung des Grundstücks bietet. Der Schluss hieraus liegt für unseren Fall auf der Hand: auch eine Wohnung, in der man nicht durch Klavierspiel gestört wird, hat einen grösseren Wert als eine solche, in der man einer solchen fortwährenden Plage ausgesetzt ist, und ich zweifle nicht, dass die römischen Juristen, wenn sie die Klavierplage bereits gehabt hätten, keinen Augenblick gezögert haben würden, sogar eine Servitut, die vor ihr schützt, anzuerkennen. Dasselbe aber müssen wir von dem wirklich ernstlich gegebenen obligatorischen Versprechen sagen. Das Windscheid'sche Beispiel beweist also wiederum nicht, dass unser Postulat unrichtig ist, sondern, dass es nur richtig formuliert und verstanden werden muss¹²⁾.

Das zweite Beispiel, welches die Motive zur Illustration der „ideellen Güter“ gebrauchen, sind die Verträge mit gemeinnützigen Zwecken. Man meint, offenbar nach dem Vorgang von Ihering (Bd. 23 S. 105), ohne Preisgabe des Erfordernisses des Vermögenswertes sei es nicht möglich, Verträge von Verschönerungsvereinen über Herstellung öffentlicher Anlagen, Kontrakte von Armenvereinen über Verabreichung von Speisen an Arme und dergleichen Verträge als gültig zu behandeln. Aber auch hier wieder spielt die Verwechslung des Vermögenswertes für den Gläubiger und des Zweckes, zu welchem er die für ihn vermögenswerte Leistung verwenden will, ihre verhängnisvolle Rolle. Solche Verträge sind auch von unserem Standpunkte aus zweifellos gültig.

Dagegen halte ich es rechtlich für völlig gleichgültig, wenn ich mir von einem schlechten Klavierspieler, der mich nicht in meiner Wohnung, sondern auf meinem regelmässigen Spaziergang durch sein falsches Spiel martert, das Unterlassen des Spielens zusagen lasse, wenn ich das Versprechen des ersten Walzers erhalte, wenn mir Jemand die Begleitung auf einem Spaziergang oder auf einer Reise¹³⁾, einen Besuch, die Mitwirkung bei einem der Unterhaltung dienenden Streichquartett zusagt; ebenso ist ein Rechtszwang undenkbar zur Erfüllung des etwa dem Arzte oder der Frau gegebenen Versprechens, jeden Tag einen Spaziergang zu machen, keine Hochtouren zu unternehmen, nicht zu rauchen, einen Strafantrag nicht zu stellen, oder sich einer Operation zu unterziehen.

In derartigen Fällen, in denen schon das Sprachgefühl auf das entschiedenste sich dagegen sträubt, den Versprechensempfänger als Gläubiger zu bezeichnen, werden die Gegner dadurch einen Ausweg suchen, dass sie sagen, es fehle der Wille, eine wirkliche Verbindlichkeit zu kontrahieren¹⁴⁾. Aber wenn nun der Versprechensempfänger, der juristische Bildung besitzt, vorsichtig war und gefragt hat, ob der Versprechende sich auch rechtlich verbindlich machen wolle? Dann könnten die Gegner jenen Grund nicht mehr anführen, sie würden dann vielleicht noch versuchen,

dem Rechtszwange mit der Anführung zu entgehen, es sei gegen die guten Sitten, derartige Verpflichtungen einzugehen. Nun wird aber niemand behaupten können, dass in einem unserer Beispiele die Sittlichkeitsordnung verletzt werde. Wenn man also sagt, in derartigen Fällen sei es contra bonos mores, sich einem Zwang zu unterwerfen, so muss man, will man ehrlich sein, als Grund zugeben, dass jene Versprechungen als solche, die für das vermögensrechtliche Gebiet gänzlich bedeutungslos sind, keine Rechtshilfe genießen. Damit wären wir dann glücklich bei unserer Meinung angelangt.

Andere werden vielleicht sagen, dass der Gläubiger in unseren Beispielen gar kein wirkliches Interesse an den versprochenen Handlungen und Unterlassungen habe. Aber wenn das Interesse kein vermögensrechtliches zu sein braucht, wüsste ich nicht, weshalb man das schutzwürdige Interesse verneinen könnte. In manchem der Fälle könnte es sogar ein vermögensrechtliches sein, so z. B. bei dem Arzte, der sicher ist, dass seine Praxis sich ungeheuer vermehren wird, wenn ihm der Patient die zugesagte Vornahme der lebensrettenden Operation gestattet. Trotzdem ist die Zusage unverbindlich, weil die Leistung ihrem Inhalte nach keine vermögenswerte ist.

Sonach erhellt, dass die Gegner, wenn sie nicht mit sich selbst in Widerspruch treten wollen, in unseren Fällen den Rechtszwang bejahen und damit Entscheidungen treffen müssen, die jedem gesunden Rechtsgefühl widersprechen. Sie widersprechen aber auch den Grundprinzipien des gemeinen Rechts. Dieses ist nunmehr darzulegen.

Zunächst ist mit allen Nachdruck zu betonen, dass unsere Frage eine Frage des Obligationenrechts ist, das Obligationenrecht aber nur einen Teil des Privatrechts bildet und zwar desjenigen Teils, der unter dem Namen des Vermögensrechts zusammengefasst wird im Gegensatz zum Personen- und Familienrecht, welches letztere, wie früher ausgeführt wurde, mit unserer Frage nichts gemein haben. Dass nun die aus dem Schuldvertrage entspringenden Forderungsrechte zu den bona, zu dem Vermögen gehören, und dass diese die Gesamtheit der geldwerten Rechte, der Mittel zur wirtschaftlichen Bedürfnisbefriedigung sind, das ist eine von den römischen Juristen unzählige Male ausgesprochene Wahrheit¹⁵⁾. Das Privatrecht als Vermögensrecht hat es also lediglich mit den „harten Tatsachen des Mein und Dein“ zu thun, mit der Verteilung der materiellen Güter und Lasten, sonach allerdings nur mit den nüchternsten Interessen und Bedürfnissen. Die Römer haben bei der Ausgestaltung ihres Rechtssystems dieses natürliche Gebiet des Privatrechts nicht überschritten und dass sie hierin das rechte trafen, dafür ist Beweis, dass auch keines der modernen Rechte widersprechende Bestimmungen getroffen hat.

Innerhalb des Vermögensrechts stellen die Sachenrechte, denen sich heute die Rechte des sog. geistigen Eigentums beigesellen, das Vermögen in seiner Ruhe dar, die obligatorischen Rechtsverhältnisse aber dienen dem Austausch der wirtschaftlichen

Güter, dem wirtschaftlichen Verkehr. Der obligatorische Vertrag ist das Mittel, um in jenen zu treten, nicht aber hat das Institut des Schuldvertrags die Aufgabe, dem Verpflichtungswillen als solchen einen Tummelplatz freier Betätigung zu gewähren. Dieselbe rationalistische Vorstellung von der rechtserzeugenden Kraft des menschlichen Willens, die zu der dem römischen Recht ebenso sehr wie den germanischen Grundsätzen widersprechenden Anerkennung der Gültigkeit des formlosen Vertrags führte, die nämliche Übertreibung des Willensmoments, welche die Anhänger einer verbreiteten Richtung früher und jetzt dazu verleitet, bei den verschiedensten Rechtsfragen die Antwort lediglich aus der Natur des Willens zu konstruieren und alle Rechtsfolgen auf diesen zurückzuführen, sie ist offenbar auch die Ursache dafür, dass man sich nur fragte: weshalb sollte denn nicht auch in nichtvermögensrechtlicher Beziehung der Verpflichtungswille schlechthin anerkannt werden¹⁶? Bei Windscheid wenigstens ist es sicher, dass solche Erwägungen es verursachten, dass er die notwendige Beschränkung der Kraft des Verpflichtungswillens nach dem Verkehrsbedürfnisse übersah und den Begriff der Obligation grenzenlos ausdehnte. Und wie die Verfasser des ersten Entwurfs in einer Reihe verwandter Fragen ganz in der Windscheidschen Denkungsart befangen waren, so ist es zweifelsohne auch hier fast ausschliesslich der Windscheidsche Einfluss, der die Redaktoren zu der bekämpften Auffassung verleitete.

Wenn es nun zweifellos ein unlösbarer Widerspruch ist, ein Vermögensrecht ohne einen vermögensrechtlichen Inhalt zu denken, so müsste uns der strikteste Beweis geliefert werden, dass unsere Rechtsquellen Verträge, deren Inhalt für den Gläubiger keinen Vermögenswert besitzt, als wirksam anerkennen. Betrachten wir, soweit das hier möglich ist, das Quellenmaterial, so gebe ich bereitwilligst die allgemeinen, aber gerade deshalb nicht ganz unbedenklichen Aussprüche der römischen Juristen, die man häufig citiert, preis¹⁷). Auch auf die im klassischen Rechte bestehende Notwendigkeit, dass jeder Prozess in eine Geldkondemnation auslaufen musste, ist an und für sich kein entscheidendes Gewicht zu legen, wohl aber liegt in ihr ein Beweis für uns, wenn man sie in Verbindung mit dem anderen Grundsatz betrachtet, dass bei der Klage auf Vertragserfüllung die Berücksichtigung des Affektionswertes und des Affektionsinteresses schlechthin ausgeschlossen ist¹⁸). Die Geldkondemnation hat den Zweck der Strafe oder Satisfaktion nur in den besonders bestimmten Fällen. Es ist ein offener Widerspruch, wenn man die Berücksichtigung des Affektionsinteresses ausschliesst, falls es mit einem pekuniären Interesse konkurriert, dagegen seine Berücksichtigung zulässt, falls der Gläubiger lediglich ein Affektionsinteresse an der Leistung hat¹⁹). Das römische Recht hat sich dieser unglaublichen Inkonsequenz nicht schuldig gemacht; vergeblich beruft man sich auf einzelne Quellenstellen. In zwei berühmten Entscheidungen spricht Papinian von dem

Verkauf von Sklaven mit Nebenberedung über deren künftige Behandlung (l. 6, 7 D. 18. 7). Früher hatte er, falls der Käufer sich zu einer grausamen Behandlung verpflichtet und sie nicht geübt hatte, die Klage auf die (formlos) verabredete Konventionalstrafe nur geben wollen, wenn der Verkäufer ein besonderes pekuniäres Interesse an der schlechten Behandlung habe, weil sonst die von ihm beabsichtigte Grausamkeit keines Schutzes bedürfe. Falls die zugesagte gute Behandlung nicht geübt war, sollte die Konventionalstrafe stets verfallen, weil, wie Papinian sagt, der Mensch ein Interesse daran habe, dem Mitmenschen Wohltaten zu erweisen. Das ist der Ausspruch, auf den die Gegner sich berufen. Dabei übersieht man aber, dass Papinian selbst sich berichtigt. Er bekennt später, dass er aus einem anderen Juristen gelernt habe, dass ja der Verkäufer mit Rücksicht auf die bedungene Behandlungsweise natürlich einen geringeren Kaufpreis erhält, für diese also bezahlt; und deshalb gewährt er dem Verkäufer gegen den wortbrüchigen Käufer ein Klagerecht auf alle Fälle. Wie schon von anderer Seite nachdrücklichst betont ist²⁰⁾, beweist also die endgültige Meinung Papinians nichts für die Gegner, sondern alles für uns. Papinian hat eben eingesehen, dass die Abstellung auf die Affektionsinteressen abwegig und das Vermögensinteresse, das er früher in den obigen Fällen nicht gesehen hatte, das massgebende ist²¹⁾. — Und worauf haftete der vertragsbrüchige Teil in solchen Fällen? Auf diese wichtige Frage giebt uns derselbe Papinian, von dem die Gegner meinen, dass er das Affektionsinteresse als massgebend betrachte, in einer ihnen natürlich sehr unbequemen Stelle (l. 7 D. 19. 5) die nicht wegzuinterpretirende²²⁾ Antwort: Wenn derjenige, der Geld für die Freilassung eines Sklaven erhalten hat, ihn nicht freilässt, so klagt der Geber auf sein vermögensrechtliches Interesse, falls er ein solches hat; fehlt dieses, so kann er nur sein Geld zurückverlangen. Dementsprechend kann in den zuerst erwähnten Fällen (l. 6, 7 D. 18. 7) die Klage auf nichts anderes gehen, als den Betrag, um welchen er den Kaufpreis mit Rücksicht auf die zugesagte Behandlung ermässigt hat (*quanti minoris homo venisse videtur*, wie l. 6 § 1 D. 18. 7 sagt²³⁾).

Diese Entscheidungen sind von der grössten Wichtigkeit: sie lehren uns, dass durch Vertrag eine Verpflichtung auf eine Leistung, die für den Gläubiger ohne Vermögenswert ist, selbst dann nicht entsteht, wenn er dafür ein Entgelt gegeben hat. Dieses Resultat steht völlig in Übereinstimmung mit anderen Grundsätzen des röm. Rechts. Wenn jemandem etwas unter einer bestimmten Auflage geschenkt wird oder wenn er sonst etwas erhält in der vertragsmässigen Erwartung eines künftigen Erfolgs, so hat der Geber eine Klage auf Erfüllung nur, wenn die Leistung für ihn einen Vermögenswert hat, anderenfalls nur auf Rückgabe des von ihm Gegebenen²⁴⁾. Die Befürchtung dieser Eventualität wird natürlich den Empfänger meistens veranlassen, den versprochenen Erfolg herbeizuführen, und so kann man auf diese Weise allerdings sein Vermögen demselben Zwecke, zu dem man auch die Konventionalstrafe

benützt, dienstbar machen: dem Zwecke, durch die Macht des Geldes irgend welchen Erfolg herbeizuführen. Aber dann wird dieser Zweck nur indirekt erreicht, nicht durch Erzeugung einer Obligation auf eine nicht vermögenswerte Leistung. Diese ist, wie wir Juristen kurz formuliren, nicht in obligatione, sondern nur in conditione.

Besondere Wichtigkeit erlangt unsere Frage bei den sog. Verträgen zu Gunsten Dritter²⁵). Ihretwegen allein ist zweifellos von vielen die Theorie verteidigt, dass das Interesse des Gläubigers an der Leistung kein eigenes Vermögensinteresse zu sein brauche. — Selten hat eine willkürlich gebildete Bezeichnung eines Rechtsinstituts eine solche Verwirrung herbeigeführt, wie dieser Name der *pacta in favorem tertii*. Für Nichtjuristen darf ich zunächst einfügen, dass der Fall, in dem jemand im Namen eines Dritten, sei es als dessen Bevollmächtigter oder gesetzlicher Vertreter, einen Vertrag schliesst, nicht hierher gehört. Vielmehr interessiren uns nur solche Fälle, in denen der Versprechensempfänger für sich kontrahirt, sich ausbedingt, dass die bedungene Leistung nicht an ihn, sondern an einen Dritten gemacht werden soll. So bei der Schenkung mit der Auflage, die geschenkte Sache nach einer gewissen Zeit an einen Dritten weiterzugeben, bei der Lebensversicherung zu Gunsten einer anderen Person, als des Erben, bei dem Eintritt in eine Witwenkasse. In solchen Fällen soll dem Dritten allerdings eine Gunst erwiesen werden²⁶). Aber dass dieses durchaus nicht erforderlich ist, zeigen andere Musterbeispiele aus dem römischen und modernen Leben, so das Depositum mit der Verabredung, die hinterlegte Sache dem Eigentümer herauszugeben, oder wenn der Käufer eines Hauses einen Teil des Kaufpreises an einen Gläubiger des Verkäufers zahlen soll, wenn der Fahrgast nach der mit dem Wagenvermieter getroffenen Abrede 10% des Fahrgelds als sog. Trinkgeld an den auf die Trinkgelder gesetzten Kutscher zahlen soll und namentlich in den unzähligen Fällen der Versendung von Briefen, Paketen und anderen Waren an dritte Personen.

Man sieht, dass die juristische und wirtschaftliche Bedeutung der Leistung an den Dritten der verschiedensten Art sein kann, Schenkung, Versorgung, Erfüllung einer Verbindlichkeit, die der Stipulant an den Dritten hat u. s. w. Stets bestimmt sich diese Bedeutung aus dem Verhältnis des Dritten zu dem Stipulanten und setzt eine Verständigung zwischen diesen beiden Personen voraus, die in der verschiedensten Weise, direkt oder durch Vermittelung des Leistenden oder anderer Personen zu Stande kommen kann. Andererseits bestimmt sich der Grund, aus welchem der Versprechende an den Dritten leistet, aus dem Verhältnis zwischen ihm und seinem Mitkontrahenten. Die Lebensversicherungsgesellschaft zahlt an den Dritten, nicht um ihrerseits den Empfänger zu versorgen, sondern zur Erfüllung des mit dem Verstorbenen geschlossenen Vertrags, die Post zahlt mir den Betrag der Postanweisung aus, nicht um ihrerseits zu schenken; nicht um ihre Kaufgeldschuld zu zahlen, sondern in Erfüllung des mit dem Absender geschlossenen Vertrags.

Hieraus erhellt, dass diese komplizierte Vertragsform dazu dient, eine wesentliche Verkehrsvereinfachung herbeizuführen. Der Verkäufer braucht nicht von dem Käufer den Teil des Kaufgeldes zu erheben und nun dem Dritten zum Zweck der Schenkung, Schuldtilgung u. s. w. zu bringen, sondern die eine Leistung des Käufers an den Dritten erfüllt denselben Zweck, der sonst durch doppelte Zahlung erreicht wäre, ganz ebenso, wie die Lebensversicherungsgesellschaft durch ihre Zahlung an den Dritten es unnötig macht, dass sie zunächst an die Erben des Versicherten die ihnen geschuldete Summe zahlt und dann die Erben dem Dritten, für den durch die Versicherung gesorgt werden sollte, die empfangenen Gelder aushändigen. Der Absender braucht nicht an den Bestimmungsort zu reisen, um dort die versendete Ware zu empfangen und dem Adressaten zu übergeben, sondern die Aushändigung geschieht direkt durch die Post, die Eisenbahn. Stets also hat die Leistung an den Dritten eine zweifache juristische Bedeutung, die nach beiden Seiten hin der verschiedensten Art sein kann.

Das Gesagte wird genügen, um nun die Frage zu beantworten: hat es eine rechtliche Bedeutung, wenn ich mir meo nomine einfach von jemanden versprechen lasse, dass er seine Schulden bezahle, dass er an einen Dritten ein Geschenk mache, dass er seinen Schuldner nicht bedrängen wolle? Einer unserer grössten Rechtsdogmatiker, Bähr, hat einmal gesagt, solche Versprechungen werden nach ewigen juristischen Denkgesetzen ungültig bleiben. In der Tat habe ich die Frage noch von niemanden bejaht gefunden, obwohl unsere Gegner nach ihren Theorien der Bejahung kaum entgehen könnten²⁷⁾. Durch eine unrichtige Fiktion führt Windscheid die Verneinung wieder auf den Willen der Parteien zurück, indem er einfach sagt: hier hat der Versprechensempfänger gar nicht Gläubiger werden wollen²⁸⁾. Das Richtige aber ist einfach: der sog. Vertrag zu Gunsten Dritter kann niemals ein selbständiger Vertrag sein, sondern stets nur ein Nebenvertrag; er kann juristisch nur gedacht werden als eine Nebenbedingung, die sich an einen anderen Vertrag anschliesst, an die Schenkung, den Kauf und die Lebensversicherung, während diese selbst sehr wohl auch ohne jenen Nebenvertrag möglich sind²⁹⁾.

Hieraus ersehen wir, weshalb schon das römische Recht derartige Verträge als gültig anerkannte und jedes entwickelte Recht zu ihrer Anerkennung gedrängt wird: sie dienen dem vermögensrechtlichen Interesse des Versprechensempfängers, sie dienen den praktischen, den wirtschaftlichen Bedürfnissen, und zwar so sehr, dass wir uns das heutige Verkehrsleben ohne diese Vertragsform gar nicht mehr denken könnten.

Überschauen wir die bisherigen Ausführungen, so ergibt sich, dass keine Bestimmung des gemeinen Rechts dem von uns aus dem Begriffe des Obligationenrechts gewonnenen Satze von der Notwendigkeit des Vermögenswertes der Leistung entgegensteht. Dieses Resultat erhält eine wichtige Bestätigung durch die ganze Anlage

unseres Civilprozesssystems, in welchem für Klagen aus obligatorischen Verträgen ohne vermögensrechtlichen Inhalt überhaupt kein Platz ist³⁰⁾. Dieses Resultat ist so sehr in der Natur des Privatrechts begründet, dass eine Abweichung des künftigen Civilgesetzbuchs von den bisher in Deutschland geltenden Rechten klar und unzweideutig ausgesprochen werden müsste. Dieses ist aber, wie auch schon in der zweiten Kommission selbst geäußert wurde, in den bisherigen Entwürfen nicht geschehen und so erachte ich, entgegen der Autorität der Verfasser der Entwürfe, die Streitfrage als nicht entschieden³¹⁾. Sie wird fortleben, und der Streit wird mit vermehrter Heftigkeit geführt werden, namentlich wenn die Praxis sich durch die Autorität der Redaktoren verfahren lassen würde, ihre Theorien in der Rechtsprechung zu verwirklichen.

Zu welchen Resultaten man dabei gelangen würde, soll nun noch in Kürze gezeigt werden. Die nächste Folge wäre eine sehr bedenkliche Rechtsunsicherheit über die Frage, ob das Versprechen rechtlich bindend ist. Schon die Motive des ersten Entwurfs (S. 3) und die Meinung der zweiten Kommission (43. Sitzung) widersprechen sich. Jene erklären jedes Interesse des Gläubigers für genügend, diese sagt: nein, das würde zu weit gehen, das Interesse des Gläubigers muss ein schutzwürdiges sein. Nun fehlt aber in den Entwürfen jeder Anhalt zur Entscheidung der Frage, ob dieser oder jener Standpunkt der richtige ist, noch mehr aber eine Bestimmung darüber, wann die etwa erforderliche Schutzwürdigkeit des Interesses anzunehmen ist. Es wäre also die Beantwortung dieser grundlegenden Frage nach den Grenzen des Obligationengebiets, einer Frage, die, wenn irgend eine, vom Gesetzgeber entschieden werden muss, völlig in das Ermessen des Richters gestellt, desselben Richters, dem die Entwürfe in anderen Beziehungen die freie Stellung ängstlich versagen, welche andere moderne Gesetzgebungen, namentlich die französische, vertrauensvoll und mit bestem Erfolge ihren Richtern gewährt haben.

Stellen wir uns nun vor, dass der Richter die Klage auf Erfüllung eines Vertrags mit nicht vermögensrechtlichem Inhalte zugelassen hat! Er hat den Beklagten verurteilt, mit dem Kläger die verabredete Reise zu machen, die zugesagte Operation zu dulden, das Rauchen fernerhin zu unterlassen. Dann müsste der Beklagte nach unserem Prozessrecht (C.P.O. § 775) in den letzten beiden Fällen wegen jeder Zuwiderhandlung in eine Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder in eine Haftstrafe bis zu 6 Monaten verurteilt werden! Zu der Reisebegleitung wäre der Beklagte in ähnlicher Weise zu zwingen (C.P.O. § 774)! Ich glaube nicht zu viel zu sagen, wenn ich behaupte: ein solches Verfahren wäre einerseits von drakonischer Härte, andererseits geradezu lächerlich und die Würde des Gerichts verletzend.

Wie aber gestaltet sich die Sache, wenn eine Klage auf Vertragserfüllung nicht in Frage kommen kann, wenn es sich vielmehr um die Sühnung des geschehenen Vertragsbruchs handelt? In solchen Fällen führen die Bestimmungen des Entwurfs

zu dem entgegengesetzten Extrem: das Gericht gewährt gar keine Hilfe! Für solche Fälle wollten Ihering und Windscheid dem Kläger das Recht auf eine Genugtuung durch eine vom Wortbrüchigen zu zahlende Geldsumme gewähren. Der Entwurf aber bestimmt, dass, abgesehen von einigen hier nicht einschlagenden Ausnahmen, nur der Vermögensschaden berücksichtigt wird³²). So nimmt der Entwurf in merkwürdiger Halbheit der Gabe, die er mit der einen Hand giebt, dem „grossen Grundsatz des Schutzes jeden Interesses“, ihm nimmt er mit der anderen Hand für die praktisch wichtigsten Fälle jede rechtliche Bedeutung und kehrt reumütig wieder zu dem vorher angeblich im Interesse einer höheren Kultur bekämpften Prinzipie zurück, dass das Privatrecht nur die vermögensrechtlichen Interessen zu schützen hat, einem Prinzipie, welches wir auf dem Gebiete des obligatorischen Vertrags für das allein richtige erklärten, das der Entwurf aber höchst bedauernswerterweise auch da aufrecht erhält, wo es zum Ausbau einer vollkommenen Rechtsordnung verlassen werden muss, nämlich bei der rechtswidrigen Verletzung immaterieller Rechtsgüter.

Wie ich von meinem Standpunkte aus mit Genugtuung konstatire, wird demgemäss der von den Redaktoren aufgestellte „grosse Grundsatz“, auch wenn er von der Praxis angenommen würde, in vielen Fällen direkt von keiner sehr grossen Bedeutung für das Rechtsleben werden³³). Auch dürfen wir von dem gesunden Rechtssinne unseres Volks und dem praktischen Takt unserer Richter wohl erhoffen, dass wir auch fernerhin davor gesichert sind, dass nicht der familiäre, der gesellige und freundschaftliche Verkehr vor Gericht gezogen wird und Zusagen, die ihrem Inhalte nach dem rechtlichen Gebiete fernliegen, durch den Exekutor erzwungen werden sollen³⁴).

Ich habe eine einzelne Materie unseres Civilgesetzentwurfs einer kritischen Betrachtung unterzogen. Zustimmendes Urteil musste ihr versagt werden. Um so freudiger ist anzuerkennen, dass in den meisten Punkten der zweite Entwurf eine Regelung vorgeschlagen hat, unter der das deutsche Volk sein privates Leben gedeihlich wird entfalten können. Neuerdings werden die Versuche, die gesetzgebenden Faktoren zu einer überhasteten Annahme des Entwurfs zu veranlassen, immer dringender. So sehr diese Versuche zu missbilligen sind, so hoffen doch auch wir auf einen nach nicht zu langer Zeit erfolgenden Abschluss des Werks, auf die Krönung der so lange ersehnten deutschen Rechtseinheit. Damit wird der Wissenschaft ein neues, ein hohes Ziel gesteckt werden. Auch unsere Universität wird ihr Bestes einsetzen, um mitzuwirken an der grossen Aufgabe, das neue Werk mit wissenschaftlichem Geiste zu durchdringen. Wir werden eingedenk sein der Wahrheit, dass selbst das beste Gesetz ohnmächtig bleibt ohne einen tüchtigen Richterstand, dass ein solcher aber selbst grosse Schwächen und Fehler des Gesetzes zu mildern weiss. So werden wir fort-

fahren in unserem Streben, die Jünger der Rechtswissenschaft derart heranzubilden, dass sie mit einer gründlichen Kenntniss des Rechts diejenige allgemeine Bildung und dasjenige Verständniss für die Bedürfnisse des Lebens verbinden, ohne die eine wirklich freie, den vernünftigen Geist des Gesetzes und nicht nur seinen Buchstaben verwirklichende Rechtsprechung und Verwaltung nicht gedacht werden kann. Sie sollen fähig werden, als starke und segensbringende Wächter des Gesetzes ihres hohen Amtes zu walten, würdig der Ehre, das Recht zu sprechen im Namen der Regenten unseres bayerischen Vaterlandes, der erhabenen Schirmherren von Recht und Gerechtigkeit. An dem heutigen Stiftungsfeste unserer Universität aber erinnern wir uns dankbaren Herzens des besonderen Vorzugs und der hohen Ehre, die sie durch die Huld Seiner Königlichen Hoheit des Prinzregenten Luitpold geniessen darf. Dem hohen Schutzherrn unserer Friederico-Alexandrina, ihrem Rector magnificentissimus, unserem gnädigsten Herrn, der mit Kraft und Milde die Geschicke Bayerns lenkt, bringen wir von neuem in stetem Gehorsam, in aufrichtiger Liebe und in unverbrüchlicher Treue unsere ehrfurchtsvollste Huldigung dar.

Anmerkungen.

1) Entwurf I, 105, 106, E. II § 100, 103. Gegen den Ausdruck § 103 „gute Sitten“ mit Recht Gierke, Entw. S. 168. Sehr bedauerlich ist, dass der Anlauf, den E. I, 106 machte, um über den üblichen Inhalt der Pandektenlehrbücher hinauszukommen und mit freierem Blicke die sozialen Verhältnisse der Jetztzeit durch Annulierung des Vertrags, der „gegen die öffentliche Ordnung“ verstösst, zu berücksichtigen, von E. II, 103 nicht mitgemacht ist. Vgl. die Kasuistik bei Kohler in s. Archiv V S. 219 fg.

2) Windscheid, Pandekten II, § 251 n. 3, 314 n. 8. Die ältere Litteratur ist bei Windscheid angeführt. Aus neuerer Zeit vgl. Wendt, Pandekt. § 186; Kuntze, Die Obligationen 1886 S. 124—126; Crome, Die Grundlagen des französ. Obligationenrechts § 2 (für uns); Hasenöhrli, Österr. O.R. 2. Aufl. § 1 n. 78 steht auf dem hier vertretenen Standpunkt; er polemisiert nur dagegen, dass gefordert werde, die versprochene Handlung müsse einen Tauschwert haben, und behauptet irrig, das sei die herrschende Meinung. Für Windscheid haben sich erklärt: Regelsberger in Endemanns Handbuch II. S. 472 und in kurzer Bemerkung Pandekten I § 50 n. 15; vgl. auch Pernice, Labeo S. 194 fg.; Eccius, pr. Pr. I. § 76 n. 9 („Die alltäglichen Handlungen des geselligen Verkehrs, ein Besuch, das Geleit auf einem Spaziergang können als Pflicht übernommen werden“).

3) Die Entscheidung, die Ihering in der Gaubahnangelegenheit herbeizuführen suchte, halte ich für richtig, seine Begründung für falsch. Das Komitee hatte ein vermögensrechtl. Interesse, denn es hatte die Konzessionsrechte abgetreten. Die Erbauung einer Eisenbahn ist zweifellos eine vermögenswerte Leistung. Dass die Einnahmen aus der Eisenbahn der Centralbahn zufließen sollten, kompliziert die Sache, aber sie liegt doch nicht anders, als wenn — um ein alltägliches Beispiel zu nehmen — ein Hotelier einen Friseur gegen freie Station engagiert, um in dem abgelegenen Kurort auf eigene Rechnung die Gäste zu bedienen.

4) Die Hoffnung, dass die Kommission selbst den § 205 ganz unschädlich macht, darf man angesichts des in der 413. Sitzung gestellten „redaktionellen“ Antrags noch nicht aufgeben.

5) So Windscheid, § 251, 314. Ebenso die Entw., vgl. E. I, 206, II, 205; I, 344, II, 259.

6) Aus der Praxis citire ich Seuff. Archiv 1 n. 82; 15 n. 134; 31 n. 23; 32 n. 325; Reichsgericht 10 n. 32; 17 n. 21; 21 n. 26; vgl. auch Stobbe, Handb. 3 § 216 n. 24.

7) Entw. I, § 1224; II, § 1203 mildert die Form. — Die Bestimmung ist nicht nur überflüssig, sondern auch gefährlich, weil sie zu dem Irrtum verleitet, dass der Vertrag in anderen familienrechtlichen Verhältnissen Rechtswang begründe.

8) Jabrb. 18 S. 42. Vgl. Dernburg, Pr. Privatr. II, § 21 n. 5. Unrichtig Eccius Pr. Pr. I, § 76 n. 10.

9) Vgl. Pernice, *Labeo* III, S. 172 fg., auch in der *Sav. Z.*, rom. Abt. V, S. 22 fg. Aus diesem Grunde scheidet alles aus, was auf das Vormundschaftsrecht Bezug hat, ebenso aber auch das *receptum arbitri*. Dasselbe ist übrigens heute nicht klagbar. Denn der Schiedsvertrag tritt sofort ausser Kraft, wenn der in ihm ernannte Schiedsrichter zurücktritt. (C.P.O. § 859¹). Unrichtig Windscheid II, § 417 n. 5, zustimmend Dernburg, Seuffert u. a.

10) Ihering, *Jahrb.* 18 S. 43, 93, 109; Kohler in *s. Arch.* 5 S. 254.

11) Motive II S. 3, Protokoll über die 43. Sitzung, im wesentlichen mitgeteilt bei Reatz, die 2. Lesung, zu § 205.

12) Wenn auch von Anhängern der hier verteidigten Theorie die Ungiltigkeit des Windscheidschen Verspr. behauptet wird (vgl. z. B. Dernburg, *Pr. Pr. II*, § 21 zu n. 4, Wendt, *Pand.* § 186 Anm.), so ist das für die Fälle richtig, wo die Parteien eine ernstliche Verbindlichkeit nicht im Sinne hatten, wo, wie A.L.R. I, 5 § 3 sehr zutreffend formulirt, „eine blosser Äusserung etwas thun (oder lassen) zu wollen“, vorliegt. Die genannten Autoren würden gewiss keinen Augenblick die Gültigkeit des Vertr. bezweifeln, in dem der Mieter dem Vermieter verspricht, nicht Klavier zu spielen, keine Hunde zu halten u. s. w. — Bei manchen Juristen spielt bei Entscheidung des W.schen Beispiels vielleicht auch eine Rolle die dem natürlichen Rechtsgefühl allerdings entsprechende, im A.L.R. I, 11 § 672 adoptirte, im gemeinen Recht und in den Entwürfen leider nicht befolgte Erwägung, dass ein derartiges ohne Entgelt gegebenes Versprechen keine bindende Kraft haben dürfte. Vom Standpunkt des 2. Entw. ergibt sich das wenig befriedigende Resultat, dass das unentgeltliche Versprechen der geringsten Zuwendung, welche das Vermögen des Zuwendenden verringert, als Schenkung ungültig ist, wenn der Vertrag nicht gerichtlich oder notariell ist (§ 463, 465), dass andere Versprechungen, so belastend sie auch sein können, aber formlos gültig sind. Vgl. den vortrefflichen Aufsatz von Hartmann über die *good consideration* des engl. R. im *civ. Archiv* 77 S. 160 fg., nam. S. 232 fg.

13) Sofort ist es anders, wenn einem Kranken, der anderenfalls einen Krankenwärter gebrauchen würde und diesen sparen will, sich die im Text bezeichnete Arbeitsleistung versprechen lässt.

14) So Windscheid § 314 n. 8, 316 n. 3. Ebenso Motive II, S. 3.

15) Vgl. z. B. die Quellenzusammenstellung bei Birkmeyer, *d. Verm.*, bes. S. 290 fg.

16) Vgl. Hofmann, die Entstehungsgr. der Oblig., bes. S. 64 fg.; L. Seuffert, zur *Gesch. der obl. V.* bes. S. 167 fg.; Hartmann, *Archiv* 77 S. 184 fg.; Ihering, *Zweck* I, S. 265 fg.

17) I. 38 § 17 D. 45. 1, I. 9 § 2 D. 40. 7. Letztere Stelle ist in der Tat bedenklich, nicht wegen des allgemeinen Begründungssatzes, als wegen der Art, in der er zur Begründung verwendet wird, vgl. darüber neuestens Pernice, *Labeo* S. 190—192. Vgl. auch I. 4, I. 34 § 2, I. 70 D. de *contr. e.* 18, 1, v. Ihering, *Jahrb.* Bd. 23 S. 80, 81.

18) So selbst Windscheid § 257 n. 8.

19) So Windscheid § 257 n. 6—8, 251 n. 3. Wenn Ihering, *Jahrb.* 18 S. 90 fg. behauptet, dass das Geld die Satisfaktionsfunktion auch bei Verletzung von Kontrakten habe, so müsste er die Anwendung dieses Prinzips doch auf die Fälle beschränken, wo die Kontraktsverletzung injuriös ist. Vgl. s. eigene Ausführung Bd. 23 S. 212. Die I. 1 § 38 D. dep. 16. 3 giebt nicht, wie er behauptet, schlechthin die Wahl zwischen a. dep. und a. injuriarum, sondern lässt letztere nur zu, wenn *animus injuriandi* vorliegt. Sie beweist nicht für Ihering, sondern direkt gegen ihn.

20) Dernburg, *Pand.* II, § 17 n. 5, 6; Wendt S. 459.

21) Damit harmonirt es, dass die Quellen die einfache Zusage der Freilassung eines (nicht verkauften) Sklaven als unverbindlich bezeichnen. Das sagt direkt die *c. un. C.* 4. 36: *hoc liber mandare non potest*. Deshalb wird die Verabredung der Freilassung nur als Nebenvertrag des Kaufvertrags aufrecht erhalten: *non id agitur, ut ex ipso mandato, sed propter mandatum ex alio contractu nascatur actio*.

So schon Brinz, Pand. II, S. 95 n. 13. u. S. 96; Wendt, Pand. S. 459. Damit wird der Ausspruch der l. 54 D. 17. 1, in der Papinian — wohl noch in seinen früheren falschen Vorstellungen über die Bedeutung des Affektionsinteresses befangen — wegen unterbliebener Freilassung die a. mandati geben wollte, berichtigt und die so vielfach missverstandenen l. 54 pr. D. 17. 1 in das rechte Licht gesetzt.

22) Die Art, in der Pernice, Labeo III S. 186, die Beweiskraft der Stelle bezweifelt, scheint mir direkt gegen den klaren Wortlaut und den Sinn der Stelle zu verstossen. Papinian stellt lediglich die Alternative: si interest — si nihil interest. So auch Pernice selbst, III. S. 89 n. 1. — Dass „si interest“ auf ein pekuniäres Interesse abstellt, stellt selbst Ihering nicht in Abrede. Sein Versuch, die Beweiskraft der Stelle mit dem Hinweis darauf, dass der freizulassende Sklave dem Gläubiger früher nicht gehört habe, zu beseitigen, klingt merkwürdig in dem Munde des Juristen, der gerade lehrt, dass man auch im Interesse der Mitmenschen Versprechungen empfangen darf. Überdies ist es willkürlich, die Iheringsche Unterscheidung in die Stelle hineinzutragen.

23) Vielfach wird gelehrt, in l. 54 D. 17. 1, l. 6, 7 D. 18. 7 sei der Gegenstand der Klage zwar Geld, der Grund aber ein Affektionsinteresse, so Brinz II, S. 94; Mommsen, Interesse S. 130; Dernburg, Pand. II, § 17 n. 2. Dass aber auch der Grund der Klage ein Versprechen mit vermögensrechtlichem Interesse ist, ist ausdrücklich gesagt in l. 6 D. 18. 7 (quia hoc minoris homo venisse videatur), l. 10 D. 18. 7 (quos minorato pretio vendidit). — Eine andere Stelle, in welcher man das Affektionsinteresse als Grund der Klage gefunden hat, ist die l. 71 D. de evict. 21. 2. Wie ich glaube, mit Unrecht. Zunächst glaube ich mit Pernice, Labeo III, S. 185 n. 2, dass die Stelle interpolirt ist. Die Stelle handelte nur von der Klage ex duplae stipulatione. Dass die a. ex emto dem Vater nicht zugestanden wäre, halte ich angesichts l. 24 D. 21. 2 für ausgeschlossen. Gegenüber der l. 131 § 1 D. 45. 1 (Scaevola) ist zu bemerken, dass die Stelle doch nur die Nachforderung der promissio duplae verneint; Jeder Versuch aber, sich auf l. 71 D. 21. 2 für die regressbegründende Kraft der affectio paterna zu berufen, erscheint mir aussichtslos gegenüber l. 59 D. 21. 2, die mit dürren Worten sagt, dass der Legatar des Käufers gegen dessen Verkäufer actione cessa klagen kann. Also muss der Käufer bezw. dessen Erbe trotz der unentgeltlichen Weggabe einen Regressanspruch haben. Ebenso A.L. R. I, 11 § 149. Man kann auch in der Tat das vermögensrechtliche Interesse nicht vermissen, wenn man erwägt, dass der Verkäufer sein gutes Geld weggegeben hat, ohne die versprochene Gegenleistung zu empfangen. Ich berufe mich auch auf den zweifellosen Satz, dass der Käufer wegen heimlicher Mängel (die a. redhibitoria und) die a. quanti minoris trotz schenkungsweiser Weggabe der Sache anstellen kann. — Willkürlich erscheint es, wenn Brinz II S. 96 n. 18 (zustimmend Goldschmidt, H.R. II S. 83) annimmt, dass im 2. Fall der l. 7 D. 18. 7 eine poena nicht stipulirt war und dass der Richter sie supplirt habe. P. sagt überhaupt im 2. Fall nicht, worauf zu erkennen sei, ebenso nicht l. 6 § 1 cit. bezüglich der a. venditi. Die gesuchte Antwort gibt l. 7 D. 19. 5.

24) Zustimmend Pernice, Labeo III S. 88 n. 1. Bei ihm zugleich der Nachweis, dass letztwillige Auflagen ihre eigenen Wege gehen. Für datio ob rem unter Lebenden vgl. l. 2 § 7 D. 39. 5, c. 3 C. 4. 6, c. 3 C. 8. 54, l. 5 § 6 D. 23. 3, l. 71 pr. D. 35. 1, l. 13 § 2 D. 24. 1. Andererseits l. 79 D. 18. 1, l. 75 D. 18. 1, l. 21 § 5 D. 19. 1, c. 5 C. 4. 64, c. 9 C. 8. 53, c. 3 C. 4. 38. — Demgegenüber muss in l. 135 § 3 D. 45, 1 ein Konventionalstrafversprechen oder aber das Vorhandensein eines pekuniären Interesses vorausgesetzt werden; wie solches entstehen kann, darüber vgl. z. B. l. 7 D. 18. 7. — Auf l. 11 D. 11. 7 berufe ich mich nicht. Will man nicht direkten Widerspruch mit l. 6 § 1 D. 18. 7 annehmen, so bleibt übrig nur die Annahme, dass die Entstehung einer Servitut gezeugnet werden soll (pactio et stipulatio!); ähnlich ist wol l. 61 D. 2. 14 auszulegen.

25) Dass man sich auf das mandatum tantum aliena gratia nicht berufen kann, ist von anderer Seite genügend betont, vgl. Wendt, Pandekten S. 460 bes. über l. 8 § 4 D. 17. 1 und Pernice,

Labeo III, S. 185 n. 1. — Vgl. ferner Girtanner, Bürgschaft S. 63 fg.; Wächter, Pandekten II, § 202 S. 450, 451.

26) Die Frage, welches Interesse der Stipulant daran hat, dem Dritten zu schenken u. s. w., ist als eine Frage nach den Motiven natürlich irrelevant.

27) Vgl. z. B. die Äusserung von Unger, Jahrb. 10 S. 55, auch Motive II S. 268; Windscheid § 316 n. 2.

28) Windscheid § 316 n. 3. An anderer Stelle (§ 316 n. 15) kommt Windscheid fast wider Willen zu dem richtigen Resultat. Die Formulierung ist aber zu eng: Verspricht mir jemand 1000 Mk. zu schenken und wird verabredet, dass er sie anstatt an mich, an den X. zahlen soll, so muss diese Beredung gerade so gültig sein, als wenn der Beschenkte eine Leistung an einen Dritten verspricht. — Übrigens habe ich noch bei keinem Autor ein Beispiel eines gültigen Vertrags z. G. d. angeführt gefunden, in welchem nicht die Scheidung zwischen Hauptvertrag und Nebenberedung möglich wäre. Das gilt auch für die von Germanisten angeführten Beispiele, vgl. z. B. Stobbe, Handb. III S. 111, 112; Brunner, in Holtzendorfs Enc. 5. Aufl. S. 279.

29) Aus dem Texte folgt: Weder für den Dritten noch für den Promissar ist eine Klage auf Leistung denkbar, wenn die Leistung ihrem Inhalte nach nicht vermögenswertig ist. Dann kommt nur cond. ob caus. dat. in Frage. Ist die L. vermögenswertig, so ist eine Klage des Dritten auf Erfüllung möglich. Für den Promissar ist wieder nur cond. ob c. d. in Frage, wenn die Leistung an den Dritten für ihn pekuniär nicht von Belang ist (so ausdrücklich l. 5 § 6 D. 23. 3, l. 2 § 7 D. 39. 5). Ist sie dieses, so haftet der Vertragsbrüchige ihm auf Schadensersatz, auch ist Feststellungsklage gegen ihn möglich. Dagegen kann der Promissar nicht auf Leistung an den Dritten klagen, noch weniger ein Urteil solchen Inhalts exequieren. Denn die Klage auf Leistung als Mittel zur Rechtsverwirklichung ist nur denkbar durch denjenigen, von dessen Mitwirkung (Zahlungsempfangnahme u. s. w.) die Rechtsverwirklichung abhängig ist. Wie ohne Zustimmung und Mitwirkung des Dritten der Schuldner an ihn nicht freiwillig leisten kann, so kann auch nur der Dritte die Exekution betreiben. Daran wird auch Entw. II § 287 nichts ändern. Zu diesem Resultat nötigen schon die prozessualen Erwägungen. Vgl. übrigens Wach, Handb. I S. 518 n. 3.

30) Die C.P.O. geht bei der ganzen Regelung der Zuständigkeit, der Widerklage, der Kostenfrage davon aus, dass die Streitsache entweder eine vermögensrechtliche, zu einem bestimmten Geldwert abschätzbare oder eine nicht vermögensrechtliche ist, ebenso dass letztere nur die Klagen aus Personen- und Familienrechten sind, vgl. C.P.O. § 40, 33, 21, § 1—9, G.V.G. § 23, 70. Vgl. Wach, Handb. I S. 352 n. 4, S. 415; Seuffert zu § 21, 40 C.P.O.

31) So auch L. Seuffert in den Beitr. Heft 11 S. 4; vgl. auch Hölder, über d. Entw. S. 22.

32) Entwurf I § 221, II § 216.

33) Zu bedauern ist trotz alledem die falsche Auffassung des Entwurfs deswegen, weil sie die Ausgestaltung anderer Materien offenbar nachteilig beeinflusst hat, so namentlich die der Verträge zu Gunsten Dritter (§ 280, moderierend § 286), der Gesellschaft (§ 645, vermögenswerte Leistungen der Genossen?) und der Konventionalstrafe (Entw. I § 422—425, II § 291—297). Entw. I (Motive S. 279) geht offenbar davon aus, dass jedes Versprechen gültig ist, welches nicht contra legem oder bonos mores verstösst und will deshalb aus jeder Ungültigkeit des Versprechens die Ungültigkeit der Konventionalstrafe folgen lassen (Entw. I § 424). Der Entw. I kennt also keine poena für das Ausbleiben von Leistungen, die lediglich in conditione sind. Im Entwurf II § 295 Abs. 2 haben sie ihre notwendige Anerkennung wieder gefunden.

34) Gegen den Grundsatz des Entwurfs haben sich erklärt: Laband, Archiv f. civil. Praxis 73 S. 170 fg.; Hartmann, daselbst S. 371 fg.; Seuffert, Beiträge Heft 11 S. 4 fg.; Gierke, Der Entwurf S. 196.

Dafür Rechtsanwalt Gebhart, Gutachten aus d. A. S. 252, er verweist nur auf das Windscheidsche Klavierbeispiel (in dem Citat bei Gierke S. 196 ist Gebhart mit Westrum verwechselt). — In der Praxis habe ich keine Entscheidung über die Frage gefunden. Die von Windscheid § 251 n. 3 citierten Entscheidungen betreffen die Frage nicht. So bejaht S. A. 2 n. 272 die Zulässigkeit der Verurteilung auf die Vertragsleistung selbst, wenn Nichteintritt in ein Konkurrenzgeschäft oder Herausgabe der 2. Auflage eines Buchs zugesagt war; S. A. 25 n. 239 bejaht die Gültigkeit eines Schiedsvertrags, in welchem jeder der beiden Teile einen Schiedsrichter zu ernennen versprochen hat; S. A. 3 n. 214 handelt von der in einem standesherrlichen Familienstatut sich gründenden Verpflichtung zu Vervollständigung des Familienrats durch Vornahme einer Wahl; S. A. 38 n. 14 spricht von der Erzwingbarkeit des Verlöbnisses.
