

Werk

Titel: 1. Abschnitt. Begriff und Arten des Garantievertrages. - Aufgabe und Plan dieser ...

Ort: Freiburg i. B.

Jahr: 1886

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1886_0019|log8

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

I.

Der Garantievertrag.

Eine civilistische Abhandlung

von

Herrn Dr. **Rudolf Stammler**,
Professor in Gießen.

1. Abschnitt.

**Begriff und Arten des Garantievertrages. — Aufgabe und
Plan dieser Abhandlung.**

I. Garantieverträge.

Begriff und Arten. — Unterschied von unselbstständigen Gewährleistungsver-
sprechen. — Allgemeine Absicht der Abhandlung. — Quellen; Literatur.

1. Es kommt in unserem Rechts- und Verkehrsleben häufig vor, daß Jemand einer auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung eines Anderen dadurch Unterstützung und Förderung angeeignet läßt, daß er unentgeltlich das Risiko, das mit derselben verbunden ist, ganz oder in bestimmter Begrenzung vertragsmäßig übernimmt. Im Anschluß an den Sprachgebrauch der neueren Zeit, wie er besonders in dem Geschäfts- und Handelsverkehr und auch der Gerichtspraxis hervorgetreten ist, nennen wir solche Verträge: Garantieverträge¹⁾.

1) „Garantie, garantiren“ — aus dem ahd. wëren, gewähr-
leisten, in die romanischen Sprachen übergegangen und in der hierdurch
bedingten Form seit dem 17. Jahrh. in das Deutsche übernommen;
ferner neben dem immer in Übung gebliebenen deutschen Wort (wëre)

Ab. 69. N. F. Ab. 19. S. 1.

Die Unternehmungen, denen eine derartige Garantie zu Theil wird, können sich äußerlich in mannigfachster Weise unterscheiden. Insbesondere kann es sich hierbei um ein in dauerndem Betriebe befindliches Geschäftsunternehmen irgend welcher Art handeln; oder es können einzelne auf Vermögensverwaltung und Vermögenserwerb gerichtete Handlungen, mit denen Gefahr verbunden ist, in Frage stehen. Möglich ist dann im ersten Falle — und im praktischen Leben liegt dies gewöhnlich vor —, daß die fragliche Unternehmung erst in das Leben gerufen und diese ihre Entstehung gerade durch den Garantievertrag erleichtert oder überhaupt ermöglicht werden soll; denkbar ist indessen auch, daß dieselbe bereits im Gange und in ihrem künftigen Bestande sicher zu stellen ist.

Verschieden kann sodann die Haftung des Garantirenden

stehend und im allgemeinen Sprachgebrauch gleichbedeutend mit „gewähren“ (vgl. auch Archiv f. d. Civil- u. Kriminalr. d. R. Pr. Rheinpr. XXVI. S. 216) gebraucht. — Grimm, Rechtsalterthümer (2. Aufl.) S. 602 fg.; Weigand, Wörterbuch v. Garant; Diez, etymol. Wörterbuch der roman. Sprachen v. guarento. (Vgl. auch Haltaus, glossar. German. v. Waeren, col. 2031—34.)

Das Wort wurde in Deutschland zur Bezeichnung spezieller juristischer Begriffe verwandt: 1) In der eigenthümlichen Einrichtung der *guaranda* im sächsischen Prozeß, wonach der Kläger Vermeidung der Klageänderung und Vertheidigung des Beklagten gegen die Erhebung desselben Anspruches Seitens eines Dritten versprechen mußte; cf. Pfotenhauer, *doctr. processus saxonici* § 280, woselbst das Nähere über die Quellen, die Literatur und die Aufhebung des Institutes. 2) Für die völkerrrechtlichen Garantieverträge; cf. Coccejus, *de guarantia pacis* (1702) I. u. 5; Böhmcr, *de usu et comm. pacti de praestanda evictione* (1736) c. III. § 1; Kreittmayr, *Ann. z. cod. civil. Bav. IV. c. 3 § 17*.

Die Beibehaltung des seitherigen Sprachgebrauches, in welchem sich „Garantievertrag“ zur Bezeichnung des im Texte gekennzeichneten civilistischen Begriffes eingebürgert hat, unterliegt sonach keinen Bedenken. Die Bezeichnung ist dem von einigen Schriftstellern (Sirtanner, Hasenbalg, f. unt. § 26) gebrauchten Ausdruck „Schadloshaltungsvertrag“ oder „Schadloshaltungsversprechen“ (vgl. auch *Entsch. d. R.-O.-G. X S. 89* „Garantie- oder Schadloshaltungsvertrag“) vorzuziehen, da letztere — seither auch nur vereinzelt aufgetretene — Bezeichnungen allzu schwerfällig sind, die Selbstständigkeit des Rechtsinstitutes nicht scharf genug hervortreten lassen, auch die mögliche Haftung für entgangenen Gewinn nicht gut bezeichnen.

bemessen sein: sei es, daß er das gesammte Risiko übernimmt, oder daß er nur beschränkt, insbesondere bis zum Betrage einer gewissen Summe für den Schaden aufzukommen verspricht; sei es, daß er seine Haftung auf den positiven Schaden des Anderen einschränkt, oder daß er einen etwaigen entgangenen Gewinn in bestimmter Höhe garantirt.

Der Grund endlich, welcher den Garantirenden veranlaßt, das Risiko des fremden Unternehmens auf sich zu nehmen, kann irgend welches thatsächliche Interesse an dem Betriebe der von ihm gesicherten Unternehmung, an der Vornahme der von ihm gedeckten Handlungsweise sein; gleichviel worin dieses Interesse des Sichernden an dem betreffenden Vorgehen des Garantieempfängers bestehe.

Wohl aber läßt sich danach unterscheiden, daß entweder ein Garantievertrag allein für sich dasteht, oder daß derselbe in äußerer Verbindung mit einem anderen Vertragsverhältnisse vorkommt, veranlaßt durch irgend welche zufällige thatsächliche Momente. Hiernach mögen vor dem Weitergange der Untersuchung einige Beispiele Platz finden und zwar:

1) Garantieverträge, welche auch äußerlich selbstständig und allein dastehen²⁾:

a) Einer gemeinnützigen Unternehmung, namentlich auf dem Gebiete des Verkehrswezens wird von dem Staate, einer Gemeinde oder auch von Privaten ein bestimmter jährlicher Gewinn garantirt. Hier steht im Vordergrund des Interesses die sog. Zinsengarantie (des Staates), besonders solchen Aktiengesellschaften gegenüber, welche Erbauung und Betrieb einer Eisenbahn zum Zwecke haben; aber oft auch in Angelegenheiten der Schifffahrt verwendet und ebenso in sonstigen Verhältnissen (Samoa-Frage) mannigfach verwerthet³⁾.

b) Der A erteilt dem B einen Rath zu einem geschäftlichen Unternehmen, indem er ihm für Ausbleiben von Schaden oder auch für irgend welchen Gewinn zu haften verspricht⁴⁾.

2) Die im Corpus Juris enthaltenen Rechtsfälle und Beispiele von Garantieverträgen werden im 3. Abschnitt besprochen werden.

3) Ueber die sog. Zinsengarantien (des Staates) bei Aktienunternehmungen wird unten ausführlich abgehandelt werden, s. §§ 28 ff.

4) Daß ein solcher Garantievertrag ohne weitere Voraussetzung

Er beredet denselben zu einem Prozesse mit einem Dritten, ihm für Schaden und Kosten garantirend, falls er den Prozeß verlieren würde⁵⁾.

- c) Ein Verein für Geflügelzucht will eine Ausstellung in einer Stadt veranstalten, wenn Letztere garantirt, daß die Kosten durch das zu erhebende Eintrittsgeld gedeckt werden.

Ein akademischer Musikverein nimmt sich die Aufführung eines Oratoriums vor, wobei der Senat der Universität für die Erzielung einer bestimmten Summe durch den Verkauf von Zulaßkarten garantirt.

Eine Kunstreitergesellschaft wird von einem Gastwirth, der beim Zubrang des Publikums Vortheile für sein Geschäft erwarten möchte, dazu veranlaßt, Vorstellungen in dem Wohnorte dieses zu geben, indem er der Gesellschaft einen bestimmten Gewinn garantirt⁶⁾.

2) Garantieverträge, welche in äußerlicher Verbindung mit einem anderen Vertrage abgeschlossen werden:

- a) Es wird ein sog. Hauffekonfortium gebildet, wonach mehrere Kontrahenten sich gegenseitig verpflichten, bestimmte Werthpapiere vor Eintritt eines festgesetzten Zeitpunktes in keiner Weise zu veräußern. Dabei wird von dem einen Spekulant dem andern garantirt, daß der Kurs der fraglichen Papiere an dem gedachten Termine eine näher bestimmte Höhe sicher haben werde⁷⁾.

Eine Stadtgemeinde stellt einen städtischen Arzt gegen festen Gehalt an und bewegt ihn zu der Uebernahme der gering dotirten Stelle durch die Garantie, daß er durch

nach gemeinem Rechte verpflichtend sei, dürften nunmehr wohl alle Juristen übereinstimmend annehmen. Wenn seiner Zeit Thibaut, Versuche I. Nr. 8, dies nur unter der Voraussetzung des ferneren Nachweises zulassen wollte, daß der Berathene ohne dies die fragliche Handlung nicht vorgenommen haben würde, so hat er mit dieser Auslegung der römischen Rechtsquellen keinen Anklang gefunden. Vgl. gegen seine Ansicht Bangerow, Pandekten § 659, Anm. 3.

5) Striehorst's Archiv XV S. 313 ff.

6) Die Fälle sub c) aus der Praxis.

7) Ein interessanter Rechtsfall dieser Art hat dem R.-D.-G.-G. zur Entscheidung vorgelegen; s. Seuffert's Archiv XXXII Nr. 73. Das Gericht charakterisirte das Abkommen als einen „dem Versicherungsvertrag analogen Vertrag.“

Privatpraxis Nebenverdienst in Höhe einer gewissen Summe haben werde⁸⁾).

- b) Ein Autor gibt einem Buchhändler eine Schrift in Verlag, garantirend, daß der Verleger eine bestimmte Zahl von Exemplaren jedenfalls absetzen werde.

Der Verkäufer eines Pferdes garantiert, daß dasselbe auf dem nächsten Wettrennen siegen werde.

Der Verpächter eines Landgutes, einer Apotheke u. dgl. übernimmt Garantie eines bestimmten jährlichen Reinertrages. Ebenso derjenige, welcher eine Jagd oder Fischerei pachtweise überläßt⁹⁾).

2. Der Garantievertrag in dem hier angegebenen Sinn ist ein selbstständiges Rechtsinstitut. Er verfolgt bestimmte ökonomische Zwecke, welche in der unentgeltlichen Sicherung eines geschäftlichen Unternehmens aus irgend welchem tatsächlichen Interesse des Garantirenden gipfeln; und er stellt juristisch einen unabhängigen, für sich selbstständig bestehenden Vertrag dar.

Ob dieser Selbstständigkeit ist der Garantievertrag alsbald scharf zu scheiden von zwei Fällen, in welchen zwar gleichfalls Jemand einen bestimmten Erfolg einer Handlungsweise einem Dritten gewährleistet, dies aber nur im Rahmen und zum Zwecke eines Hauptvertrages geschieht. Diese Fälle unselfständiger Gewährleistungsversprechen — bei denen im gewöhnlichen Leben auch vielfach der Ausdruck „garantiren“ gebraucht wird — sind folgende:

1) Es wird bei einem gegenseitigen Vertrage die Höhe der von dem einen Kontrahenten vorzunehmenden Leistung von einem ungewissen Umstande abhängig gemacht, ein bestimmtes Minimum aber auf alle Fälle versprochen. Hierbei ist möglich, daß die gesammte Gegenleistung in dieser Form vor sich geht, oder daß diese Gewährleistung eines Mindestbetrages mit einer sonstigen Leistung der versprechenden Partei verbunden ist.

Beispiele: Ein Schauspieler, Sänger u. dgl. wird zu einem Gastspiele engagirt, und zwar für so und so viel Prozent des Reinertrages der Vorstellung, bekommt aber eine bestimmte Summe als Minimum garantiert.

Eine Köchin wird für bestimmten Lohn gemiethet und

8) Vgl. zu den Fällen sub a) unt. § 2, Nr. 1.

9) Vgl. zu den Fällen sub b) unt. § 2, Nr. 2.

erhält dazu die Befugniß, Knochen, Lumpen u. dgl. zu verkaufen, unter Garantie der Herrschaft, daß dies mindestens noch so und so viel abwerfen werde.

Ein Theilnehmer an einer Erwerbsgesellschaft wird gesucht, der sich mit Geld oder Arbeit betheiligen soll und dafür einen aliquoten Theil des Gewinnes, auf alle Fälle jedoch ein Erträgniß von bestimmter Höhe zugesichert erhält.

Diese häufigen Vertragsbestimmungen des täglichen Verkehrslebens stellen keine Garantieverträge dar. Die sog. Garantie einer bestimmten Einnahme ist nur eine Form, in welcher Jemand eine ihm obliegende Gegenleistung vornimmt. Es ist nicht das Risiko der Unternehmung eines Anderen vermöge eines selbständigen Vertrages übernommen worden, sondern überhaupt nur ein gegenseitiger Vertrag gegeben, bei welchem die Größe der Verpflichtung des einen Theiles auf eigenthümlichem Wege gefunden und festgestellt wird.

In welchen Fällen nun dieses zuletzt charakterisirte Rechtsverhältniß, in welchen dagegen das äußere Hinzutreten des Garantievertrages zu einem für sich abgeschlossenen und fertigen ersten Vertrag anzunehmen sei, so wie dieses letztere oben gekennzeichnet wurde, — ist lediglich quaestio facti. Es wird in dem einzelnen Falle darauf ankommen, zu prüfen: sollte nach den verschiedenen relevanten Subsumtionskriterien und insbesondere der speziellen Parteiintention die Garantieübernahme noch innerhalb der Gegenleistung stehen; oder war diese bereits abgeschlossen? Eine Frage, bei der man — wie bei jeder derartigen Subsumtion — zuweilen wohl verschiedener Meinung sein mag¹⁰⁾,

10) In dem von dem R.-D.-H.-G. entschiedenen Falle, der oben § 1 Nr. 7 angeführt wurde, hat das Gericht angenommen, daß dem einen Hauffe-Confortialen durch Garantiren eines bestimmten Kurses an bestimmtem Tage nur eine Gegenleistung gemacht werde; und es geht davon aus — wenn es auch den Garantievertrag als accessorischen Vertrag bezeichnet —, daß derselbe in innerem Zusammenhange mit jenem Hauptvertrag stünde. W. E. hätten nach dem mitgetheilten Thatbestand nicht ein Vertrag, sondern zwei selbständige Verträge angenommen werden müssen (um so mehr, als der Abschluß des sog. Hauffeconsortiums und der des Garantievertrages auch äußerlich nicht gemeinsam, sondern an verschiedenen Tagen erfolgten). — Ebenso wenig wird man in dem andern § 1 2) a) mitgetheilten

Hier kommt es nur darauf an, die Möglichkeit zu konstatieren, daß ein solches Garantieverprechen bald nur als Form, in der eine dem ~~Vertragsverhältniß~~ integrierend inwohnende Gegenleistung gemacht wird, bald als selbständiger, nur äußerlich verbundener Vertrag aufträte. Diese Möglichkeit aber dürfte nicht zu bestreiten sein.

2) Es wird bei Abschluß eines Vertrages von dem einen Kontrahenten die Gefahr eines bestimmten Ereignisses übernommen, z. B. bei Kauf, Miethen, Leihe, Gesellschaft u. s. w. die Haftung für Casus besonders versprochen¹¹⁾. Es ist also dann nicht die quantitative Größe der Gegenleistung in der Form eines Garantieverprechens bestimmt worden, wie zuletzt der Fall war, vielmehr die Art und Weise, die Stärke der Haftung des einen Kontrahenten für etwaige eintretende Unglücksfälle festgesetzt.

Auch diese Fälle sind von der zweiten oben aufgeführten Klasse von Garantieverträgen wohl zu unterscheiden. Bei obigen Verhältnissen handelt es sich um eine rein äußerliche Verbindung zweier Verträge; sie schaffen zwei verschiedene Rechtsverhältnisse, welche nur zufällig¹²⁾ zwischen denselben

Fälle die verschiedenen Verpflichtungen dessen, der garantirt, unter dem Gesichtspunkt einer Gegenleistung zusammenfassen dürfen; es widerspricht der gesammten Intention der Beteiligten. Anders dagegen im Zweifel, wenn z. B. ein Professor berufen und ihm ein Einkommen versprochen wird, das in Gestalt einer festen Besoldung und von Nebeneinnahmen von ihm bezogen werden soll, deren geringste Höhe der berufende Theil garantirt.

11) Hierher gehört auch der Rechtsfall, der vom R.-O.-G.-S. V. S. 228 ff. entschieden ist: „Modifikation der Grundsätze vom Kommissionsgeschäft durch Garantie des Kommissionärs dafür, daß der Kommittent aus fortgesetzten Spekulationen einen den bisherigen Schaden übersteigenden Verlust nicht erleiden werde“. — Ebenso ist eine derartige Garantie eines gewissen Kurswerthes bei verkauften oder in Zahlung gegebenen Werthpapieren durchaus zutreffend charakterisirt in Zeitschr. f. Handelsr. IX S. 157 ff.: Der Verkäufer hafte hier mit der actio emti, weil er sich für eine gewisse Beschaffenheit der Waare einzustehen verpflichtet habe. — Vgl. auch Seuffert's Archiv XX Nr. 156.

12) Vom juristischen Standpunkte aus betrachtet; die mannigfachen äußeren ökonomischen und socialen Einwirkungen können für die gegenwärtige Betrachtung dahin gestellt bleiben.

Personen spielen. Hier erscheint wiederum die Uebernahme der Gefahr als integrierender Bestandtheil eines Hauptvertrages. Das Rechtsverhältniß, welches durch den obligatorischen Vertrag begründet wird, bringt es bereits mit sich, daß gerade für eine Gefahr dieser Art, wie sie dann vertragsmäßig im Besonderen hervorgehoben wurde, von dem einen der Kontrahenten gehaftet werden müsse. Die Art und Weise des Eintretenmüssens, die Stärke der Verhaftung für eine Gefahr dieser Art können regelmäßig¹³⁾ die Parteien selbst des Näheren bestimmen, und erst in Ermangelung einer derartigen Disposition ihrerseits treten ergänzende Rechtsätze auf, das Tragen der Gefahr normirend¹⁴⁾. Machen sie von der Möglichkeit, solche einzelne Folgen beliebig zu regeln, genügenden Gebrauch, so gehen alle einzelnen Parteiangaben in dem einen Vertrage auf, der zwischen ihnen geschlossen werden soll oder wurde.

Daher handelt es sich in diesen nun in Rede stehenden Verhältnissen um die Bestimmung, wer eine Gefahr tragen solle, und in welcher Weise, die in ihrer Traglichkeit gerade durch dieses, nun vertragsmäßig begründete Rechtsverhältniß hervorgerufen wird; während in jenen erstgenannten Fällen von Garantieverträgen, die mit einem anderen Vertrage äußerlich verbunden sind, eine Gefahr übernommen wird, welche mit diesem letzteren Rechtsverhältniß gar Nichts zu thun hat: welche — näher gesagt — sich der Art nach als eine Gefahr darstellt, für die aus der betreffenden, durch Privatdisposition geschaffenen Obligation an sich in keiner Weise eine Haftung des einen oder anderen Theiles folgen würde.

Ein sicheres Kennzeichen und praktisches Hülfsmittel für die Subsumtion einer vertragsmäßigen Gefahrübernahme wird somit in der jedesmaligen Frage liegen können: Wie würde es sich stellen, wenn nicht der eine Kontrahent, sondern ein Dritter Garantie geleistet hätte? — Ergibt sich hierbei, daß alsdann für den Kontrahenten immer noch irgend welche Haftung für eine Gefahr dieser Art übrig bleiben würde, so ist thatsächlich nur ein Vertrag gegeben und ein selbstständiger

13) Dester sind auch die einzelnen Folgen einer rechtlich anerkannten Privatdisposition durch zwingendes Recht festgesetzt, s. unt. § 6.

14) Näheres hierüber, bes. über die gewöhnliche unrichtige Formulierung: daß alsdann die Parteien die gesetzlichen Bestimmungen abänderten, s. unt. § 5.

Garantievertrag nicht anzunehmen¹⁵⁾; würde aber sodann von dem Kontrahenten selbst hinsichtlich der garantierten Gefahr — was die Haftung aus dem Vertrage anlangt — absolut Nichts zu prästiren sein, so zeigt dies, daß eben in dem thatsächlichen Falle zwei Verträge — darunter ein selbstständiger Garantievertrag — angenommen werden müssen, die nur äußerlich verbunden sind, nur zufällig zwischen denselben Kontrahenten spielen.

Wir schließen diese Untersuchung mit einigen einfachen Beispielen zu dem an letzter Stelle entwickelten Gegensatz: a) A vermietet dem B ein Haus und verspricht, bei dem etwaigen kasuellen Untergange desselben dem Miether sein Interesse zu vergüten: kein Garantievertrag; denn wenn X anstatt des A dem B gegenüber jene Haftung für Casus übernommen hätte, würde für A immer noch Haftung für diese Art von Gefahr geblieben sein, nämlich Haftung für Eintritt dieses Schadens durch seine Culpa. — Dagegen: A verpachtet dem B ein Landgut, Jagd, Fischerei u. s. w. und garantirt einen jährlichen Reinertrag: Garantievertrag; denn wenn X an seiner Stelle so garantirt haben würde, wäre für A hinsichtlich dieser Art von Gefahr — auf Grund seiner Verpflichtung aus dem Vertrage — gar keine Haftung vorhanden. — b) Der Verkäufer eines Pferdes will dafür einstehen, daß dasselbe fähig sei, in der Stunde so und so viel Meilen zurückzulegen: kein Garantievertrag; er garantirt, daß dasselbe im nächsten Wettrennen siegen werde: Garantievertrag. Im ersten Falle war es nur eine besondere Gestalt der ihm auf Grund seiner Verkaufserklärung jedenfalls irgendwie zukommenden Verhaftung für Eigenschaften des verkauften Thieres; nach dem letzten Versprechen will er das Risiko eines Unternehmens tragen, das ihn in seiner Eigenschaft als Verkäufer absolut nicht berührt, so daß, wenn ein Dritter so garantirte, er, der Verkäufer, bei dem Ausgange des Wettrennens gar nicht in Betracht gezogen werden könnte.

15) Die rechtliche Stellung des Dritten würde in diesem Falle die Jemandes sein, der für einen Anderen in härterer Weise, denn die Verpflichtung des Hauptschuldners war, sich verbürgt; worüber des Näheren (insbes. über das begriffliche Verhältniß dieses Versprechens zu dem Garantievertrag) unt. § 13 fg.

3. In allen Fällen nun, in welchen im Rechtsleben ein selbstständiger Garantievertrag vorkommt, haben wir es mit einer besonderen — von der Wissenschaft noch nicht genügend beachteten — Vertragsart zu thun, welche unter besonderen rechtlichen Sägungen steht und stehen muß.

Hier tritt also ein Bedürfniß hervor, von welchem in den Fällen unselfständiger Gewährleistungsversprechen, wie sie oben besprochen wurden, keine Rede sein kann. Denn in jenen Fällen tritt, wenn die fragliche, die Haftung festsetzende Vertragsberedung nicht genügt und bei später auftauchender Rechtsfrage versagt, einfach die subsidiäre Norm des betreffenden Rechtsverhältnisses ein; so daß hinter einer solchen vertragsmäßigen Gefahrübernahme ganz von einander abweichende ergänzende Rechtsfäge stehen können und in den verschiedenen einzelnen Fällen durchaus verschieden zu entscheiden ist, je nachdem die Kontrahenten in einem Mieth-, Kauf-, Schenkungs-, Gesellschafts- u. s. w. Verhältniß befangen sind.

Ist dagegen ein selbstständiger Garantievertrag gegeben, und liefern bei diesem die vertragsmäßigen Bestimmungen der Parteien keinen Anhalt für die mannigfachen, späterhin fraglich und zweifelhaft werdenden Rechtsfolgen des Geschäftes: so können niemals die ergänzenden Normen des obligatorischen Verhältnisses, mit welchem der Garantievertrag äußerlich verbunden war, auf diesen angewandt werden. Ob und in wie weit vielleicht aus demselben, als einem den Garantievertrag thatsächlich begleitenden Umstande ein Hilfsmittel für die Interpretation des Vertrages, mithin für die Feststellung des dispositiven Rechts genommen werden kann¹⁶⁾, ist quaestio facti und aus diesem Grunde der allgemeinen Betrachtung entzogen: von dem Augenblick aber, da die Auslegung ein Ergebnis gerade nicht mehr bietet, können auf einen Garantievertrag in keinem Falle die ergänzenden Rechtsfäge¹⁶⁾ Anwendung finden, welche hinsichtlich eines Vertrages gelten, der mit jenem in einem rein zufälligen und nur äußerlichen Zusammenhange steht. Und wie wollte man bei derartiger Ausflucht in Fällen solcher Garantieverträge verfahren, welche — wie die große Mehrzahl derselben im praktischen Verkehrsleben — auch äußerlich selbstständig und

16) Näheres hierüber s. in §§ 7 ff., bes. § 10.

ohne jegliche Verbindung mit einem anderen Vertrage eingegangen werden?

Sonach erhebt sich die Frage nach der juristischen Charakterisirung dieser selbstständigen Vertragsart, ihrer Zulässigkeit, ihrer Folgen. Hat das römische Recht bereits derartige Verträge gekannt und in welcher Weise sie behandelt; sind seine Sätze späterhin beibehalten und recipirt worden, und haben sie Umgestaltungen erfahren?

Wie unterscheidet sich der Garantievertrag von verwandten, ähnlichen Zwecken dienenden Rechtsinstituten, beispielsweise der Bürgschaft, der Versicherung, einer bedingten Schenkung und anderen? Wie beschaffen ist das begriffliche Verhältniß desselben zu dem in gleicher Absicht oft verwendeten „mandatum“?

Wie sind im Besonderen die sog. Zinsengarantien bei Aktienunternehmungen juristisch zu charakterisiren? Wie haben sich diese Rechtsverhältnisse geschichtlich entwickelt? Wie verhält sich die Dividendengarantie bei Aktien zu der Zinsengarantie bei Prioritätsobligationen; wer erwirbt bei beiden Rechte (auch der einzelne Aktionär?); welche Folgen treten außerdem bei ihnen ein?

In welcher Weise und bis zu welcher Höhe wird der Garantirende verpflichtet? Haftet er auch bei Unerlaubtheit des Unternehmens; oder dann, wenn der garantierte Erfolg von vorn herein unmöglich war? Auch für Schaden, der in ganz außergewöhnlicher Weise eingetreten ist; oder für solchen, der von dem Garantieempfänger hätte vermieden werden können? — —

Bei der Beantwortung dieser und anderer sich alsbald anschließender Fragen durch die nachstehende Abhandlung soll zunächst der oben entwickelte Begriff des Garantievertrages dadurch noch schärfer und deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, daß er mit einer Reihe verwandter Begriffe unter Darlegung der unterscheidenden Merkmale in Vergleichung gezogen und von diesen genau abgegränzt wird. Sodann wird in einfacher Disponirung zuerst die Lehre des römischen Rechts über unser Rechtsinstitut vorgetragen, dann die Behandlung desselben in der mittelalterlichen und neueren juristischen Doktrin und Praxis verfolgt und daran die Entwicklung unseres heutigen Rechtszustandes geknüpft werden.

Ehe wir jedoch hierzu übergehen, wird es erwünscht sein,

Aufgabe und Methode der Untersuchung dieser, wie bereits bemerkt, seither wenig behandelten Lehre im Allgemeinen kurz angegeben zu sehen, und sich darüber zu verständigen, in welchem Sinne hier die Möglichkeit einer Beantwortung der gedachten Fragen, die Bedeutung und Tragweite einer solchen Antwort angenommen wird.

4. Quellen.

Der Boden, auf welchem die Untersuchung sich bewegen soll — und es bereits bis hierher that — ist der des sog. gemeinen Rechts Deutschlands.

Die neueren Partikularcodifikationen regeln den Garantievertrag als besondere Vertragsart ausdrücklich nicht. Die für das gemeine Recht erfolgende Feststellung des Begriffes und Erörterung der sich einstellenden Fragen wird daher auch für diese auf ihm historisch basirenden Rechtssysteme im Allgemeinen — soweit nicht bei Einzelfragen besondere Satzungen derselben mittelbar eingreifen müssen — zutreffend sein.

Daß endlich ein Garantievertrag als Handelsgeschäft vorkommen kann¹⁷⁾ ist ebenso zweifellos, wie für unsere Untersuchung ohne Belang. Da das H.-G.-B. besondere Normen hierüber gleichfalls nicht kennt, so würden auch hier im einzelnen Falle, da man Handelsrecht zur Anwendung zu bringen hätte, lediglich die allgemeinen, alle Verträge gleichmäßig treffenden Sätze des 1. Titels im IV. Buche in Frage kommen.

Literatur.

Eine Gesamtdarstellung unseres Rechtsinstitutes findet sich, soweit ich sehe, nicht vor.

Wohl aber sind gelegentlich einzelne besondere Fälle von Garantieverträgen zur richterlichen Beurtheilung und zur Besprechung in der juristischen Literatur gelangt; doch ohne bewußte Erkenntniß, daß man es hier mit einer besonderen Vertragsart zu thun habe, die näherer Erwägung und zusammenfassender Untersuchung wohl bedürftig und werth sei. Die nicht uninteressante Entwicklung jener vereinzelter literarischen Betrachtungen bis zur Neuzeit, sowie die Praxis unserer Tage, und im Besonderen dann die Lehre von der sog. Zinsengarantie (des Staates) bei Aktienunternehmungen — wird unten im

17) In Gemäßheit der allgemeinen Vorschriften des H.-G.-B. Art. 271—274.

Zusammenhänge dogmengeschichtlicher Betrachtungen des Näheren ausgeführt werden.

Soweit im Uebrigen civilistische Literatur verwerthet werden konnte oder eine, bei solcher Gelegenheit sich erhebende, abweichende Ansicht bemerkenswerth schien, sind die Nachweise an den betreffenden Orten gegeben. Daß im Ganzen mit der Citirung von — regelmäßig ja allgemein bekannten — Quellen und Literatur sparsam verfahren wurde, wird man nicht als Mangel empfinden.

II. Zur Lehre von dem zwingenden, dispositiven und ergänzenden Recht.

Zwingende und dispositive Rechtsätze; — Normirung einzelner Folgen durch zwingende Sätze; — Aenderung des ursprünglichen Thatbestandes. — Ergänzende Rechtsätze; — ihr Verhältniß zu den beiden vorigen. — Aufgabe des Folgenden; — „Lücken im Recht“. — Ueber juristische Methode.

5. Wenn die moderne Privatrechtstheorie mit einer gewissen Vorliebe dem „allgemeinen Theile“ stets sich zugewendet hat, so ist solche Durchforschung doch vorzugsweise den allgemeinen Lehren über subjektive Rechte zu Theil geworden; weit weniger, zu wenig der Theorie vom objektiven Rechte. Es war die zielbewußte Durcharbeitung jenes Rechtsstoffes, der eine glänzende Reihe von Untersuchungen entsprang, auf welche die deutsche Wissenschaft mit Recht stolz ist.

An dieser Stelle können für die Behandlung des in Rede stehenden, dem besonderen Theile unseres Obligationenrechtes angehörigen Themas jene Arbeiten nur mittelbar verwerthet werden. Wir bedürfen hier einer anderen Grundlegung, wie derjenigen, welche durch gut ausgearbeitete allgemeine Lehren über subjektive Rechte gegeben werden kann. Denn bei der Darstellung eines Rechtsinstitutes, das nur zum kleinsten Theile durch ausdrücklich ausgesprochene Sätze unseres Rechtes bestimmt ist, dessen wissenschaftliche Betrachtung seither in keiner Weise als genügend erachtet werden kann: muß und wird es in erster Linie Aufgabe des Juristen sein, den Inhalt unseres Rechtes über diese Vertragsart zum Ausdruck zu bringen, zuvörderst durch Konstatirung der einzelnen Rechtsätze.

Dies aber führt zu einer allgemeineren Betrachtung, für welche wir uns auf vorhandene Untersuchungen und Erörterungen nicht in ausreichendem Maße stützen können: wir meinen die Frage nach der allgemeinen Gruppierung der Rechtsätze unseres Systems in zwingende, dispositive, ergänzende.

Erst muß im Allgemeinen — aus dem bekannten Inhalt unseres Rechtes — die verschiedene Bedeutung ermogen werden, welche möglicherweise einem Rechtsätze im Hinblick auf die Regelung eines Vertragsverhältnisses, wie das unsrige eines ist, zukommen kann, auf daß man wisse, in welchem Sinne nach den seither noch nicht klar erkannten Sätzen man suchen mag, wie die gefundenen man verwerthen darf. Ohne Klarheit über den verschiedenartigen allgemeinen Charakter der genannten Gruppen von Rechtsätzen kann es nicht möglich sein, das Rechtsinstitut — zu welchem sie, die dasselbe Rechtsverhältnis regeln, zusammentreten¹⁸⁾ — sicher im Einzelnen zu bestimmen und systematisch zur Darstellung zu bringen.

Gegenüber der seitherigen, allzu traditionellen, Darstellung sind neuerdings die beiden ersten in der Ueberschrift genannten Begriffe in ihrer Gegensätzlichkeit und ihrem Verhältnisse zu einander einer eindringenden Erörterung unterzogen worden¹⁹⁾, deren allgemeine Ergebnisse, wie ich glaube, als feststehend betrachtet werden dürfen.

Es war hiernach nicht richtig, wenn man, wie zumeist seither geschah²⁰⁾, die Rechtsätze in zwingende und dispositive

18) Das Beste über Rechtsinstitute bei Thöl, Einl. in d. deutsche Privatr. §§ 41—43. — Eine nähere Erörterung über diese schwierigen Fragen gehört nicht in den Rahmen dieser Untersuchung. Daß hier von verschiedenen nebeneinanderstehenden Gruppen von Rechtsätzen gesprochen wird, kann einem Mißverständnisse wohl nicht begegnen.

19) Bülow, dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, im Arch. f. d. civ. Pr. LXIV. S. 1 ff.; das. auch Nachweise über die wichtigere frühere Literatur. [Dazu s. Dernburg, Pandekten §§ 31, 32.]

20) Dagegen, daß man „Dispositivgesetze durch Vertrag abändern“, s. jedoch schon Unger, österr. Privatr. § 4 R. 2.

eintheilte und sie dahin charakterisirte, daß die letzteren durch Privatwillkür geändert werden könnten, die ersteren aber nicht. Vielmehr werden zwar in erster Linie die Folgen jeder juristischen Thatsache, somit auch — worauf wir uns bei der gesammten hier gegebenen Erörterung beschränken²¹⁾ — des Rechtsgeschäftes durch absolute Rechtsätze bestimmt. Diese entscheiden vor Allem über die Gültigkeit und rechtliche Erheblichkeit einer äußerlich vorliegenden Willenserklärung und setzen im Falle einer Verneinung derselben für alle Fälle gleichmäßig die Rechtsfolgen fest²²⁾.

Sind nun die Normen des zwingenden Rechtes in der Weise gewahrt, daß nicht die von Letzterem allgemein vorgesehenen Rechtsfolgen eintreten, so kommen solche in Betracht, welche von den betheiligten Privatpersonen angegeben worden sind. Allein doch auch wieder nur zufolge objektiver Rechtsätze. Es steht nicht zwingender Rechtsatz und Privatdisposition als im Begriffe gleichberechtigt einander gegenüber, sondern zwingender Rechtsatz und dispositiver Rechtsatz.

Dieses dispositive Recht ist nur, was seinen Begriff anlangt, nach Form und Wirkung in allen Fällen identisch, nicht aber was seinen Inhalt hinsichtlich der konkreten Rechtsfolgen

21) Der hier verhandelte Gegensatz kommt auf dem Gebiete des Privatrechts in ganz gleicher Weise auch hinsichtlich der Rechtsfolgen vor, die nicht an ein Rechtsgeschäft, sondern an einen anderen im Allgemeinen bestimmten Thatbestand anknüpfen; z. B. bei der Frage der Erbfolge, des ehelichen Güterrechts, bei der Bestellung eines Vormundes, dem Gegenüberstehen zweier kompensabler Gegenforderungen u. s. w. S. auch unt. § 8 zu N. 42. — Hier genügt es, den Einfluß auf die auf Rechtsgeschäfte zurückführenden Rechtsverhältnisse festzustellen.

22) Welchen einzelnen Folgen nachzugehen hier kein Interesse hat, da es nur auf das allgemeine Kriterium der Gruppe der zwingenden Rechtsätze — die Verneinung der von den Privaten gewollten Folgen — ankommt. — Hierbei ist angenommen — und zwar nicht nur im Hinblick auf das Theodosische Gesetz — daß im heutigen Privatrechte allen zwingenden Rechtsätzen der Charakter einer sog. lex perfecta zukomme. Jedenfalls können etwaige Möglichkeiten anomaler Rechtsbildung, wie sie in den anderen viel genannten Arten von Civilrechtsätzen (leges minus quam perfectae und imperfectae) stets liegen muß, an dieser Stelle außer Acht gelassen werden. — Eine eigenartige Auffassung, in Konsequenz seines allgemeinen Standpunktes bei Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 11 ff.

betrifft. Dieser wird durch die Bestimmung der Privaten angegeben, kann daher in jedem einzelnen Falle verschieden sein. Das dispositive Recht nimmt die Erklärungen der Parteien in sich auf²³⁾ und gibt, in solcher Weise vervollständigt, die zweite Gruppe von Rechtsregeln, nach denen Folgen und Wirkungen eines Rechtsgeschäftes²⁴⁾ zu bemessen sind.

Von einem neueren Schriftsteller ist der hier vertretenen Auffassung entgegen gehalten worden, daß sie Gefahr laufe, den Unterschied von „Autonomie“ und „Privatdisposition“ zu verwischen²⁵⁾. Allein nicht mit Grund; wenn schon, nach Obigem, die Privatdisposition keineswegs in dem „Setzen der Bedingung für den Eintritt eines vorhandenen Imperativs“ aufgeht. Denn nach der Bülow'schen Lehre nimmt der objektive Rechtsatz nur, was den näheren Inhalt anlangt, die Privatwillenserklärung auf, sie dadurch zu einem Theile seiner selbst machend; nicht aber wird er selbst erst jetzt neu geschaffen, auch nicht für den einzelnen Fall. Er besteht bereits auf Grund der Bestimmung einer Rechtsquelle; er ist das Prius, unter seiner Voraussetzung erst findet die Privatdisposition Beachtung. Sonach bleibt ein Unterschied zwischen dem Begriffe der Autonomie, wie ihn die herrschende Lehre noch annimmt²⁶⁾, und der rechtlich relevanten Privatwillenserklärung. Und wenn Detker sich der in neuerer Zeit mehr auftretenden Konstruktion anschließt, daß das richterliche Urtheil als *lex specialis* zu charakterisiren sei; und dem die These beifügt, daß die Thätigkeit des Konkursverwalters in authentischer Auslegung des § 1 der Konkursordnung bestehe, daß m. a. W. die Ausübung solcher Amtsgewalt von dem Vorgehen Recht erzeugender Faktoren begrifflich nicht verschieden sei: so würde, wie es auch mit der Richtigkeit dieser Konstruktionen stehen möge, die hier vertretene Auffassung des

23) Bülow, a. a. O. S. 73, gibt dem einen nicht anzutreffenden Ausdruck, wenn er sagt, daß den Betheiligten vermöge des dispositiven Rechtsatzes „eine Art Blankett“ ausgestellt werde.

24) Die Kontroverse über das Wesen des Parteiwillens beim Rechtsgeschäft kann hierbei, wie offensichtlich, auf sich beruhen bleiben.

25) Detker, das Verfolgungsrecht nach § 36 d. R.-O. (1883), S. 92.

26) Wodurch dann selbst wieder ein dispositiver Rechtsatz geschaffen werden könnte.

dispositiven Rechtes zu einem gleichen Resultate hinsichtlich der Privatdisposition ja niemals führen können.

6. Indem wir daher die oben in den Grundzügen entwickelte Auffassung des Verhältnisses von zwingendem und dispositivem Recht nicht für erschüttert halten können²⁷⁾, verdient nun auf zwei Punkte hier noch nähere Aufmerksamkeit gelenkt zu werden.

Zuvörderst darauf, daß in Betracht des Verhältnisses obiger Begriffe keineswegs eine Theilung der Gewalten in dem Sinne durchgeführt wird, daß die zwingenden Rechtsätze nur das Ob, die dispositiven ausschließlich das Wie in den Folgen eines Rechtsgeschäftes normirten. Der verschiedenen Fragen, die auf Grund eines einmal rechtlich relevant erklärten Thatbestandes auftauchen, sind ungezählt viele, und niemals ist es abgemacht mit einer einzigen einheitlichen, in sich abgeschlossenen Rechtsfolge²⁸⁾. Unter diesen Einzelfolgen treffen wir nun nicht selten solche an, welche wiederum mit zwingender Kraft ein für allemal gleichmäßig normirt sind, so daß also derjenige, der eine im Ganzen ordnungsmäßige Willenserklärung abgibt, doch hinsichtlich einer Reihe von

27) Man wird nicht erwarten, daß wir darüber streiten, ob man denn nicht auch von diesem Standpunkte aus davon reden könne, daß das dispositive Recht „abändernde“ Bedeutung habe. Auf das Wort kommt es freilich nicht an. Darüber aber, daß durch die Bülow'schen Gedanken und Ausführungen die Erkenntniß des Wesens des dispositiven Rechts gefördert und eine kräftige Anregung zu weiterer Untersuchung — vor Allem der Bedeutung der ergänzenden Rechtsätze — gegeben worden ist, scheint mir mit Fug nicht gezweifelt werden zu können. Noch weniger wird man verlangen, daß bei einer Untersuchung, welche theoretische Erkenntniß zu fördern in erster Linie bestimmt war, der Werth solcher Erörterungen durch praktische Konsequenzen sofort bewiesen werde. Bülow hat S. 49 ff. zwei Beispiele angeführt, in denen durch seine Auffassung andere bessere Entscheidung herbeigeführt werde, wie durch die seither vorherrschende; ob mit Recht, darüber wird sich im Einzelnen streiten lassen. (Vgl. auch unt. § 15.)

28) Thöl, Einl. in d. deutsche Privatr. S. 115: „vielleicht gibt es nicht einen Thatbestand, welcher nur durch einen Rechtsatz bestimmt wäre“. — In der That muß schon die Möglichkeit der verschiedenen „allgemeinen Theile“ lehren, daß an jede juristische Thatfache eine unübersehbare Reihe von einzelnen Rechtsfragen und demgemäß von Rechtsfolgen sich anschließt.

Bb. 69. N. 8. Bb. 19. S. 1.

einzelnen und vereinzelt Konsequenzen nicht frei disponiren kann, solche Einzelfolgen vielmehr, absolut gezwungen, im Gefolge seiner Gesamtdisponirung über sich ergehen lassen muß²⁹⁾.

Solches liegt beispielsweise vor, wenn das neuere Recht der freiwillig vorgenommenen Verpfändung als zwingende Folge das jus distrahendi beigibt; wenn der Dotalbestellung vereinzelt Konsequenzen in absolut zwingender Weise zugefügt werden, den pacta dotalia solches Gebiet verschließend. Ob der Berufene die Erbschaft antreten will, steht regelmäßig in seinem freien Belieben, doch nicht kann er frei über die rechtlichen Folgen seines Thuns bestimmen, eine von ihm hinzugefügte Theilbeschränkung wird vom Rechte gestrichen. Die Ertheilung der Procura hat eine Reihe von Folgen in unumgänglicher Weise im Gefolge; der Satz, daß die Wechselsumme nach Wechselrecht unverzinslich versprochen werden müsse, hat zwingende Kraft. Noch kann hierher die Bestimmung über die nothwendigen Folgen einer Vertragsofferte unter Abwesenden nach dem H.-G.-B. gezogen werden; während aus dem Obligationenrechte des gemeinen Rechtes, wie es scheint, Beispiele für solche mit zwingender Kraft auftretende ursprüngliche Folgen des Vertrages nicht beigebracht werden können.

Zum Anderen aber soll als der Beachtung werth hervor gehoben werden: In allen seitherigen Fällen handelte es sich um solche Folgen einer rechtlich bedeutsamen Handlung, welche sich als unmittelbar daran anschließende darstellen, so daß sie als Folgen gerade dieses ursprünglichen Thatbestandes eintreten. In dem rechtlich relevanten Thatbestande aber kann das eine oder andere Moment sich ändern, gleichviel in welcher Weise³⁰⁾; die ursprüngliche Rechtsfolge trifft auf den geänderten nicht mehr zu³¹⁾.

Auch hier ist dann zunächst wiederum möglich, daß die Gesamtfolge des geänderten rechtlich relevanten Thatbestandes absolut und zwingend bestimmt ist.

29) Vgl. auch unt. § 11.

30) Erfüllung von Bedingung und Befristung; nachträgliche Genehmigung; Beginn des Prozesses; Eintritt der Mora; Tod der Partei; Aenderung oder Untergang des Leistungsgegenstandes; Eviktion; u. s. w. — (S. auch Brinz, Pandekten 2. A. § 264.)

31) Vgl. auch R.-G.-P.-D. § 240, 3.

Oder, daß die verschiedenen Einzelfolgen zunächst nach den, mit Rücksicht auf die etwaige Veränderung abgegebenen Parteidispositionen sich ergeben; neben welchen für einzelne bestimmte Folgen zwingende Rechtsätze Platz greifen, wie, als vielleicht wichtigstes Beispiel, die Haftung des Kontrahenten für den durch seinen Dolus angerichteten Schaden erweist.

7. Hinter den beiden seither erörterten Gruppen von Rechtsätzen treffen wir als dritte in allen bekannt gewordenen Rechten die sog. ergänzenden oder subsidiären Rechtsätze an.

Ihre Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit läßt sich freilich nicht abstrakt darthun; für die Ausdehnung der seither genannten Klassen gibt es ein Hemmiß in der Theorie nicht. Aber thatsächlich sind in unserem Rechtssysteme diejenigen zwingenden Rechtsnormen, welche die Folgen eines Rechtsgeschäftes neben³²⁾ den Sätzen dispositiven Rechts bestimmen, an Zahl sehr beschränkt; und unüberwindbar die Schwierigkeiten, welche einer durchaus erschöpfenden Regelung in den durch jenes gesetzten Schranken seitens der Parteidisposition entgegenstehen. Nach beiden Seiten müssen sie sich zeigen: was die ursprünglichen Folgen und die auf Grund geänderten Thatbestandes anbelangt. Denn in beiden Fällen — es wird genügen, für den ersten auf das Beispiel einer ausgedehnten Vollmacht, einer Vermögensverwaltung irgend einer Art u. dgl. zu verweisen — kann die Zahl der später auftretenden Rechtsfragen eine außerordentlich große, im Augenblick unübersehbare sein. Doch auch nur in den seltensten Fällen wird in unserem Rechts- und Verkehrsleben seitens der Parteien der Versuch gemacht, den dispositiven Rechtsnormen einen möglichst großen Spielraum zu gewähren. Bei gegenseitigen Verträgen, deren einer Kontrahent eine Gesellschaft irgend welchen juristischen Charakters ist (Versicherungs-, Transportverträge u. dgl.), bei Rechtsgeschäften über Immobilien oder auch andere werthvollere Objekte, bei letztwilligen Dispositionen und in anderen wenigen Verhältnissen tritt jener Versuch des öfteren hervor; bei den zahllosen Geschäften des alltäglichen Lebens ganz anders. Hier beschränkt sich die Willensäußerung der Privaten regelmäßig auf die hauptsächlichsten, zunächst in die Augen fallenden Punkte; häufig tönt hierbei das Schlagwort eines gebräuchlichen Vertrages — korrekt oder

32) Vgl. ob. § 6 nach N. 28.

unzutreffend — hervor³³), zumeist wird auch das unterlassen³⁴); — in jedem Falle aber lassen die Bestimmungen, welche die Parteien festsetzen, zu irgend einer Zeit im Stiche, mag man die einzelnen rechtlichen Konsequenzen ihres Thuns klar legen oder gar nach den Folgen fragen bei Aenderung des ursprünglichen Thatbestandes³⁵).

Aus solcher Schwierigkeit, ja thatsächlicher Unmöglichkeit der Ausdehnung dispositiven Rechts ergibt sich die faktische Nothwendigkeit³⁶) ergänzender Rechtsätze; aus dem verhältnißmäßig geringen Vorkommen jener entspringt der Umstand, daß diese subsidiären Rechtsätze der bedeutsamste Faktor in

33) So beschränken sich alle mir bekannt gewordenen Garantieverträge (die seitens der verschiedenen Staaten abgeschlossenen nicht ausgenommen) im Großen und Ganzen auf die Bestimmung, daß in der jeweiligen konkreten Gestaltung der Betreffende „Garantie übernehme“; ohne auch nur irgendwie des Näheren über diese oder jene mögliche Zweifelsfrage durch genauere Normirung der Rechtsfolgen — sowohl der sich an den ursprünglichen, wie an einen möglicherweise geänderten Thatbestand anknüpfenden — sich vernehmen zu lassen.

34) Wird doch nicht selten von praktisch erfahrenen Juristen, namentlich bei dem Abschlusse von Miethverträgen, geradezu empfohlen, schriftliche Aufzeichnung des Vertrages mit ausführlicher Disponirung wo möglich nicht vorzunehmen. Die Möglichkeit von Zweifeln und Streitigkeiten wird dadurch häufig nicht verringert, sondern durch engherzige und eigenmächtige, am Buchstaben klebende Interpretationsversuche jeder einzelnen Partei oft genug verstärkt. — Vgl. auch Laband, die Handels-Nancen in Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 468.

35) Während also die Grenze des zwingenden Rechtes ein für allemal feststeht, ist es bei derjenigen zwischen dispositivem und ergänzendem anders; in jedem einzelnen Falle kann sie verschieden sein: oft wird das ergänzende Recht eng an das zwingende sich anschließen, oft sich weit von demselben entfernen. Ueber die Versuche, den ganz unumgänglichen, irgend wann mit Nothwendigkeit eintretenden Zeitpunkt, da das dispositive Recht absolut versagt und das ergänzende eintreten muß, durch Auslegungsregeln möglichst weit hinauszuschieben s. unt. § 10.

36) A. M. Bülow, a. a. O. S. 76 fg.; nicht mit Grund, wie mir scheint. Denn sobald es sich um Folgen einer Willenserklärung handelt, gibt es bei jeder solchen in allen Fällen zugleich dispositives und ergänzendes; so lange noch gar kein Rechtsgeschäft geschlossen ist, gibt es freilich kein darauf sich beziehendes ergänzendes, aber ebenjowenig dispositives Recht. Beide sind also in der Frage nach den an ein Rechtsgeschäft geknüpften Folgen verbunden, entweder beide da oder keines.

unserem privaten Rechtsleben, geworden sind. Sie bilden den thatsächlich wichtigsten Inhalt der Rechtsinstitute, zu denen die Rechtsätze sich zusammenschließen, den Kern, welchem sich für die äußerliche Betrachtung und Darstellung jene beiden anderen Klassen als vereinzelt Anhängsel anreihen.

Wie nun diese ergänzenden Rechtsätze von den übrigen im Einzelnen abzugrenzen, wie ihr Verhältniß zu dem dispositiven Rechte des Näheren beschaffen: diese Frage hat in unserer Literatur eine befriedigende Antwort noch nicht erhalten³⁷⁾. Die wenigen Stimmen, die seither über das Wesen der subsidiären Rechtsätze sich haben vernehmen lassen, kommen dahin überein, daß dieselben den Willen der betreffenden Parteien ergänzen und verwirklichen sollen. „Das ergänzende Gesetz, sagt Wächter³⁸⁾, hat ganz wesentlich die Bestimmung, in Allem, was der Privatwille unbestimmt ließ, denselben zu ergänzen, näher zu bestimmen, wie der im Geschäfte ausgesprochene Wille aufzufassen sei“. Und in demselben Sinne werden die ergänzenden Rechtsätze als „Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens“³⁹⁾, „als ein vermutheter Wille“⁴⁰⁾ aufgefaßt, oder von ihnen gesagt, daß sie „wenn auch nicht den wirklichen (bewußten), doch den eigentlichen Willen der Parteien zur Geltung bringen, nur aussprechen, was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten“⁴¹⁾.

Eine nähere Ausführung dieser Theorie wird, soweit ich

37) In Bülow's Abhandlung, deren Ziele nach anderer Seite hingingen, ist es nur im Vorbeigehen (im Ergebnis, wie es scheint, mit unserer Ansicht übereinstimmend) gestreift in N. 50 i. V. Vgl. hierzu unt. § 9 N. 48.

38) Pandekten § 20, I. Beil.; Württemberg. Privatr. II. § 1 bef. S. 6.

39) Savigny, System I. S. 58. — Als „Auslegungsregeln“ bezeichnete das ergänzende Recht schon Thibaut, Pandekten § 82.

40) Thöl, Einl. in d. deutsche Privatr. § 44, II. Freilich verwahrt er sich gegen die Konsequenzen; s. unt. N. 42. — Auch Brinz, Pandekten 2 A. § 24 zu N. 9.

41) Windscheid, Pandekten § 85 N. 1 (bei Gelegenheit der Besprechung der sog. naturalia negotii.). — Vgl. auch Dernburg, Preuß. Privatr. II. § 59 zu N. 9. [S. aber jetzt auch bej. Pandekten § 32.]

sehe, hierbei nirgends gegeben. Die Aeußerungen können in zweifachem Sinne verstanden werden. In beiden Richtungen dürfte sich ihre Unhaltbarkeit erweisen lassen.

8. Die erste Möglichkeit würde dahin gehen: die subsidiären Rechtsätze ergänzen den jeweiligen konkreten, aber unvollkommen geäußerten Privatwillen, so daß sie mit diesem zusammen ein einiges Ganzes bilden, das der Klasse der zwingenden Rechtsätze gegenüber steht und in Gemäßheit des Privatwillens wirkt. Soweit derselbe irgend wie erkennbar ist, kommt diese konkrete Willensäußerung in Betracht, soweit es nicht der Fall ist, wird der betreffende ergänzende Rechtsatz als Wille des Urhebers der unvollständigen Willensäußerung „vermuthet“.

Nun ist jedoch sofort ersichtlich, daß diese Auffassung in keiner Weise hinsichtlich derjenigen subsidiären Rechtsätze zutreffen kann, welche bei der sog. gesetzlichen Entstehung von Rechtsverhältnissen in unserem Rechte sich vorfinden⁴²⁾. Die Sätze des Intestaterbrechts kommen — wie einer näheren Ausführung wohl nicht bedarf — nicht deshalb zur Anwendung, weil sie bei dem Fehlen eines gültigen Testamentes als Wille des Erblassers zu vermuthen wären.

Über ganz derselbe selbstständige Charakter kommt auch den ergänzenden Normen zu, welche die verschiedenen Folgen eines vom zwingenden Rechte im Allgemeinen für gültig erachteten Rechtsgeschäftes hinter zwingendem und dispositivem Rechte regeln wollen. Ich begnüge mich in dieser Beziehung auf eine feststehende Erscheinung in unserem Rechte zu verweisen, welche mit der genannten Theorie in unvereinbarem Widerspruche steht und dieselbe daher nothwendig zu Fall bringen muß. Ich meine die Thatsache, daß in der Klasse der ergänzenden oder subsidiären Rechtsätze des öfteren solche angetroffen werden, welche geradezu gegen den erkennbaren Willen der betreffenden Parteien zur Anwendung kommen. Es sind dies solche Fälle, in denen einschlägige allgemeine Interessen zwar die Regelung durch dispositives Recht verstaten, aber andererseits fordern, daß diese in bestimmter Form geschehe; ist diese Form nicht gewahrt, hat also die Partei von ihrem

42) Wie dies beiläufig schon Thöl a. a. O. zu N. 1 hervorgehoben hat. — Vgl. auch Goldschmidt, Handelsrecht (2. Aufl.) I. S. 33 N. 31.

Dispositionrecht keinen Gebrauch gemacht, so tritt ergänzendes Recht ein, gleichgültig, wie es materiell mit der Absicht der Privatinteressenten stehen mag. So konnte z. B. im römischen Recht die Vollmacht eines *institor* oder *magister navis* beliebig ausgedehnt oder eingeschränkt, ihm sogar die Berechtigung, den Geschäftsherrn mitzuverpflichten, durch Letzteren verjagt werden; aber wenn diese dispositiven Festsetzung der Vertretungsbefugniß nicht öffentlich bekannt gemacht war, traten die ergänzenden Sätze über *actiones adiecticiae qualitatis* ein⁴³⁾. Und in analoger Weise kann, um aus dem modernen Rechte ein Beispiel anzureihen, der Aussteller eines Wechsels frei bestimmen, wo derselbe gezahlt werden, ob er *indossirbar* sein solle und Ähnliches; aber steht diese Bestimmung nicht im Kontexte des Wechsels, so tritt der ergänzende Rechtsatz ein, gleichgültig, ob man den Willen des Trassanten sonst feststellen könnte oder festgestellt hat⁴⁴⁾.

Nicht zwingendes Recht ist es, das in diesen Fällen gegen die Intentionen der beteiligten Privatpersonen entscheidet. Denn nur um einzelne Folgen eines im Allgemeinen gültigen Rechtsgeschäftes fragt es sich; diese Folgen aber sind gerade nicht mit absolut zwingender Kraft ausgesprochen, wie es — um obigen Beispielen ein *contrarium* an die Seite zu stellen — mit dem Umfang der Vollmacht eines *Prokuristen* nach heutigem Handelsrecht⁴⁵⁾ oder mit dem auf dem Wechsel geschriebenen *Zinsverprechen*⁴⁶⁾ der Fall ist. Gerade umgekehrt zieht in den hier in Rede stehenden Fällen das absolute Recht nur bestimmte Schranken, innerhalb deren die *Parteidisposition* die weiteren Rechtsfolgen angeben kann; wie eng oder wie weit diese Schranken gezogen sind, welche Erfordernisse, insbesondere in formeller Beziehung, an die Aeußerung des Willens gestellt werden, ist nun ganz gleichgültig: sobald es überhaupt möglich ist, die juristischen Folgen — Vertretungsbefugniß des *institor*, Zahlungsort des Wechsels — durch *Parteidisposition* zu normiren, gehört der Rechtsatz, in welchem sich solche einzelne Folgen für den Fall des Fehlens solcher *Disposition*

43) L. 11 § 2 sq. D. de instit. act. 14, 3.

44) W.-O. Art. 4 §. 8; 9.

45) H.-G.-B. Art. 43.

46) W.-O. Art. 7.

ausgesprochen finden, niemals zur Klasse der absoluten, zwingenden, sondern zu der der subsidiären, ergänzenden Normen.

Aber seine Entscheidung erfolgt freilich nicht in Gemäßheit der Absicht der Parteien, sein Zweck ist keineswegs, einen unvollständig gebliebenen Privatwillen zu ergänzen, sein Wesen wird nimmer richtig wiedergegeben, kennzeichnet man ihn als eine gesetzliche Interpretationsregel.

Der subsidiäre Rechtsatz steht hiernach nicht ausschließlich im Dienste der Privatwillenserklärung, ist nicht eine Unterart des dispositiven Rechts, sondern findet auf ein in das Leben gerufenes Rechtsverhältnis selbstständig Anwendung, sobald nicht innerhalb der Schranken des zwingenden Rechts ordnungsmäßige Privatdisposition vorliegt. Das ergänzende Recht ergänzt nicht eine Willenserklärung als solche, sondern das zwingende und dispositive Recht.

9. Indessen könnte man, diese Selbstständigkeit des ergänzenden Rechtes auch zugegeben, jene oben angeführten Aeußerungen in dem Sinne aufrecht zu halten suchen: Es handle sich um die Frage nach den Bedingungen des materiellen Inhaltes des Rechtes; bei dem ergänzenden lägen diese in dem mutmaßlichen Willen der Parteien, indem das Rechte für den Zweifelsfall bestimme, was in der Mehrzahl der Fälle, da die Privaten es selbst geregelt, von diesen letzteren festgesetzt werde. So werde der Inhalt des zwingenden Rechtes durch die Interessen des gemeinen Wohles, der des subsidiären durch die Rücksicht auf subjektiven Wunsch und Willen der Privaten und durch die Beachtung ihrer mutmaßlichen Intention bestimmt.

Die Bedeutung, welche dieser Frage für jeden Rechtsatz innewohnt, wird sich auch beim Auffuchen und Feststellen der für unser Rechtsinstitut maßgebenden Normen in hohem Grade fühlbar machen; sie macht ein näheres Eingehen auf dieselbe nöthig. Das Ergebnis wird auch hier ablehnend sein gegenüber den obigen, im genannten Sinne verstandenen Aeußerungen.

In dem ganzen weiten Gebiet der Verträge ist es in der Mehrzahl der Fälle, welche mangels Regelung durch zwingendes oder dispositives Recht streitig werden, gänzlich unmöglich dem Willen aller Betheiligten gemäß zu entscheiden. Wünsche und Bestrebungen der Parteien gehen auseinander und gegen einander, alle kann man nicht befriedigen. Hier müssen andere

Interessen den Gesetzgeber bestimmen, andere Momente wie Privatintentionen dem Rechtsatz seinen Inhalt geben.

Dies aber um so mehr, als die Rechtsinstitute unseres Rechtes ja stets einen durchaus formalen Charakter haben; allgemeine Kategorien vorstellen, bereit, die mannigfaltigsten realen Verhältnisse in sich aufzunehmen. Nur auf Grund der letzteren aber kann man von Zielen und Absichten der Beteiligten reden, erst unter den konkreten Umständen des Einzelfalles ist Wollen und Wünschen der Menschen möglich. Die formale Schablone des Kaufes und der Miethes gibt als solche gar keinen Anhalt und keine Möglichkeit zur Feststellung dessen, was der Wille der einen oder anderen Partei ist oder sein würde. Die einzelnen Thatbestände dagegen, welche dies allein erst ermöglichen, sind an Zahl so unermesslich, in Raum und Zeit so außerordentlich vielgestaltig und verschieden, daß die Aufstellung und Ausbildung der ergänzenden Rechtsätze nach muthmaßlichen Parteiintentionen auch aus diesem Grunde zur Unmöglichkeit werden muß.

Nun ist dies aber auch ziemlich gleichgültig. Wie das Recht selbst mehr ist, denn eine Summe von Einzelwillen und sein Wesen mit nichts ruht in einem *contrat social*, so fußt auch das, was seine Sätze ordnen und gebieten, keineswegs unmittelbar auf den subjektiven Wünschen seiner Unterworfenen. Objektiv, wie sein Begriff und Wesen, sind auch die Ziele, die ihm gesteckt, die Quellen, denen sein Inhalt entspringt. Ohne daß wir genöthigt sind, auf die zahlreichen Momente einzugehen, die man seit den Zeiten eines *Montesquieu* in so großer Mannigfaltigkeit — und doch so wenig abschließend — als einflußreich für den Inhalt eines Rechtes gefunden hat: hier genügt, daß solche Thatfachen der Kultur im weitesten Sinne vorliegen, die der Rechtsquelle (mit schärferem oder geringerem Zwange für sie) den Inhalt unseres Rechtes liefern; daß es stets materielle und ethische Bedürfnisse und Interessen der Gesamtheit sind, denen die Rechtsordnung dient und dienen muß, niemals aber der abstrakte Privatwille als solcher⁴⁷⁾.

Dies Gesagte trifft völlig gleichmäßig zu bei allen abstrakten

47) Interessante und überzeugende Ausführungen über „gesellschaftlichen Charakter der Privatrechte“ bei Jhering, *Zweck im Recht*, I. 8. Kap. Nr. 13, bes. S. 519.

Satzungen unseres Rechtes, den zwingenden wie den subsidiären; verschieden sind nur die Mittel, mit denen es das objektiv gesteckte Ziel zu erreichen sucht. Nur weil es — und dies wiederum aus den mannigfachen Gründen — oft genug im Interesse der Allgemeinheit nicht räthlich ist, mit absolut zwingenden Sätzen durchzugreifen, vielmehr es gleichgültig oder besser erscheint, für die besonderen Verhältnisse eines Falles die einzelnen rechtlichen Folgen innerhalb gewisser Schranken durch die Interessenten selbst bestimmen zu lassen und erst in Ermanglung solcher einzugreifen, — nur deshalb gibt es einen Unterschied zwischen dem absoluten und dem subsidiären Recht; nicht aber aus dem Grunde, weil die Rechtsätze der einen Klasse in ihrem Inhalte durch andere Momente bestimmt würden, wie die der zweiten. Nur in der Bedingtheit der Anwendung liegt die Verschiedenartigkeit der Rechtsnormen in dem hier fraglichen Sinn; nicht darin, daß das absolute Recht jenen erwähnten objektiven Momenten, das ergänzende lediglich subjektiven Gründen seinen Inhalt entnehme.

Man hat der besprochenen Ansicht eine „historische Wahrheit“ zugestanden, insofern nämlich, als der fertigen Ausbildung ergänzender Rechtsätze meistens eine lange Zeit vorausgegangen sein dürfte, in welcher die Interessenten gewöhnlich Willensbestimmungen der bezeichneten Art im einzelnen Falle getroffen hätten, bis endlich das Ergebnis dieser individuellen Gewöhnung mit dem Stempel des objektiven Rechtes versehen und damit der Sphäre der subjektiven Willensmacht entrückt worden wäre⁴⁸⁾. — Aber auch dies dürfte nur mit großen Einschränkungen zuzugeben sein.

Denn den ersten Ursprung kennen wir hier so wenig, wie sonst für das Recht allgemein; in den ältesten uns bekannt gewordenen Rechtssystemen ist unser Gegensatz in der Bedingtheit der Anwendung bestimmter Rechtsätze schon vorhanden. Und über manchen derartigen Satz des ergänzenden Rechtes, bei welchem Entstehung und die dieselbe bestimmenden Momente unbekannt sind, wird in letzterer Beziehung bis auf den heutigen Tag gestritten. Wie aber wäre ein solcher Streit denkbar,

48) Bülow a. a. O. S. 84 N. 50. Vgl. auch Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 307. — [S. s. jetzt auch Dernburg, Pandekten § 32 a. E.]

stellte in allen Fällen der Rechtsfaz den muthmaßlichen oder den eigentlichen Willen der betreffenden Privatpersonen dar⁴⁹⁾?

Die ergänzenden Rechtsfaze dagegen, deren Entstehung wir des Näheren feststellen können, weisen die mannigfachen äußeren Entstehungsarten, keineswegs nur Anlehnung an häufige Parteidispositionen auf. Vielsach können wir die frei schaffende Thätigkeit des Gesetzgebers erkennen, welcher, die allgemeinen Bedürfnisse des Verkehrs erwägend, in objektivem Interesse subsidiäre Rechtsnormen aufstellte⁵⁰⁾. Nur erschien es nicht angemessen, ganz absolut und ausnahmslos durchzugreifen und die Folgen mit zwingendem Satze anzugeben. Den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles konnte durch besondere Parteidisposition Rechnung getragen werden; in den regelmäßigen Fällen aber, da dies unterblieben, sollte ergänzend der im Allgemeinen vorgesehene Rechtsfaz eintreten. Und gar manchemal finden wir die Erscheinung, daß ein seither zwingender Rechtsfaz zum subsidiären sich gestaltet und von nun ab besondere, anders normirende Parteiangabe zuläßt⁵¹⁾, ein deutlicher Beweis dafür, daß der Unterschied nur im Mittel, nur in der Durchführung der rechtlichen Sazung, nicht aber in der Quelle gelegen sei, aus der der letzteren Inhalt geflossen.

Oft zwar treten endlich Fälle auf, in denen eine häufig wiederkehrende Disposition der Privaten von der Rechtsquelle aufgenommen und zu einem ergänzenden Rechtsfaz erklärt wird. Aber hiermit ist doch nur die äußere Veranlassung und die äußere Art und Weise der Entstehung gegeben, nicht aber die Frage beantwortet, von der wir hier

49) So hat z. B. die Kontroverse über den ergänzenden Rechtsfaz: *periculum apud emptorem*, — doch nur Sinn unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß der Satz eine andere Erklärung, wie die einer Interpretationsregel, verträge oder erfördere.

50) Beispiele: *receptum nautarum cauponum stabulariorum*; Edikt der Medilen beim Kauf; u. a. m.

51) Beispiele: Das Recht auf die Falcidische Quart vor Justinian der Willkür des Erblassers entzogen — anders *Nov. 1 c 2 § 2*. Die Ausschließung einer künftigen Verjährung durch Vertrag ist unzulässig — nun erscheint ein Gesetz, das dies für möglich erklärt (J. Savigny, *System V. § 252 a. G.*). Gemeinrechtlich endigt die Societät durch Tod eines Gesellschafters in zwingender Weise — neuere Gesetze (z. B. *N. L.-R. I. 17 §§ 270 ff.*) haben den Satz zu einem ergänzenden gemacht. — Für das Prozeßrecht vgl. Bülow a. a. O. S. 19 ff.

sprechen. In dieser Hinsicht ist vielmehr zu sagen: Auch der ergänzende Rechtsatz, der sich an häufige Parteidispositionen anlehnt⁵²⁾, bringt inhaltlich objektive Interessen des Verkehrs, Bedürfnisse des socialen Lebens überhaupt zum Ausdruck, nicht bloß — oder auch nur in erster Linie — den im einzelnen Fall zu vermuthenden Willen der Privaten. Ist doch auch gar manchesmal in einer ganz gleichen Anlehnung an solche häufige Parteebestimmungen ein zwingender Rechtsatz zur Entstehung gelangt⁵³⁾.

10. Das Ergebniß dieser Erwägungen wird uns bei der Feststellung der Aufgabe des Folgenden behülflich sein. Dasselbe geht dahin: Es ist nicht zutreffend, wenn man sagt, daß die ergänzenden Rechtsätze den jeweiligen Privatwillen, der nur unvollkommen ausgesprochen sei, zu ergänzen haben, so daß ihre Bestimmungen mit denen des dispositiven Rechts ein einheitliches Ganzes bilden würden; sondern das, was die subsidiären Sätze ergänzen, ist das zwingende und das — von ihnen stets zu scheidende — dispositive Recht. Es ist nicht richtig, daß der Inhalt des subsidiären Rechts dadurch gegeben würde, daß es den muthmaßlichen oder den eigentlichen Willen der Parteien zum Ausdruck zu bringen gedächte; vielmehr sind es objektive Interessen des Verkehrs, Bedürfnisse des socialen Lebens im Allgemeinen, denen es zu genügen hat, die es auch in der Anwendung auf den einzelnen Fall zu befriedigen strebt, sobald besondere, konkrete Normirung seitens des dispositiven Rechts nicht gegeben ist.

Sonach stehen hinsichtlich der Stärke des Auftretens, der Art und Weise der Verwirklichung die ergänzenden Rechtsätze

52) Z. B. was als Pertinenz einer Sache anzusehen ist; (anders Göppert, organ. Erzeugnisse S. 55 ff.)

53) Beispiele: Das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers mußte im römischen Recht durch besonderen Vertrag verliehen werden, konnte im späteren römischen Recht ihm durch Vertrag gar nicht mehr genommen werden; die gerichtliche Insinuation der Schenkungen war allmählich in freier Bestimmung der Parteien üblich geworden, wurde dann mit zwingender Kraft gesetzlich angenommen. Vgl. auch über die Entstehung der prätorischen (nicht prozessualen) Stipulationen und Kautionen: Bekker, Aktionen II. S. 41, welcher (wohl mit Recht) annimmt, daß sie zuerst als freiwillige im Verkehre aufgetreten und dann zum Theil zwingend geworden seien.

auf der einen Seite gegenüber den zwingenden⁵⁴⁾ und dispositiven auf der andern. Dagegen finden sich die dispositiven Normen in isolirter Lage gegenüber den beiden übrigen Gruppen, wenn man nach den Momenten fragt, durch welche der konkrete Inhalt des Rechtsfalles bestimmt worden ist: bei diesen beiden objektive Momente der Rechtsbildung überhaupt, bei jenen subjektive Willensäußerung der betreffenden kompetenten Interessenten.

So lange es daher darauf ankommt, zu ermitteln, was im einzelnen Falle die Intention der maßgebenden Parteien gewesen oder als solche anzunehmen ist: so lange steht nicht ergänzendes, sondern dispositives Recht in Frage. Und umgekehrt: solche dispositive Rechtsfälle können stets nur gesucht und festgestellt werden an der Hand des einzelnen Falles, die zwingenden dagegen, wie die ergänzenden allgemein aus dem feststehenden Inhalte unseres Rechtes.

Nun finden sich gelegentlich dispositive Rechtsfälle, welche in abstrakter Form angeben, wie in diesem oder jenem Verhältniß der eine oder andere Ausdruck zu verstehen, was also bei einer bestimmten Äußerung als Wille der Partei anzunehmen sei⁵⁵⁾. Allein solche gesetzliche Auslegungsregeln finden sich in unserem Rechte überhaupt nicht häufig⁵⁶⁾, für den Garantievertrag aber gar nicht vor.

54) Es ist nun natürlich nur von zwingenden Rechtsfällen die Rede, welche nicht die Gesamtfolge einer juristischen Thatfache absolut bestimmen, sondern einzelne Folgen eines gültigen Rechtsgeschäftes, welche also insofern neben den dispositiven Rechtsfällen stehen.

55) Auch hier ist der begriffliche Unterschied zwischen derartigen Dispositionen und ergänzenden Rechtsfällen stets klar und durchschneidend und die Grenze in Ansehung der etwaigen verschiedenen einzelnen Bestimmungen leicht und sicher zu ziehen. Bei jenen liegt eine Äußerung irgend welcher Art thatsächlich vor, und es fragt sich, welcher Sinn damit zu verbinden ist; für diese ist Bedingung ihrer Anwendung, daß eine ordnungsmäßige Willenserklärung überhaupt nicht gegeben ist.

56) Vom röm. Recht sind besonders bei einzelnen erbrechtlichen Fragen Auslegungsregeln im Sinne des Textes ausgebildet. Im modernen Rechte finden sich manche derartige Bestimmungen im H.-G.-B., vgl. besonders Art. 327 ff. Dagegen enthalten Art. 816—883, Seeversicherung betreffend, nur zum geringsten Theile Interpretationsregeln (wie Endemann, Zeitschr. für Handelsr. IX. S. 550 anzunehmen

Daher bleibt im Falle eines Garantievertrages zur Feststellung der dispositiven Rechtsätze ausschließlich die freie Auslegung der jeweiligen Willenserklärung. Die Auslegung aber ist eine Kunst, die nicht theoretisch gelehrt, deren Ergebnisse niemals allgemein vorweg genommen werden können. Als Kunst will sie geübt sein, nur in concreto kann sie ausgeübt werden⁵⁷⁾.

Freilich ist es vielfach versucht worden, eine allgemeine und zwar den Richter bindende Anweisung zur Auslegung für ganze Gruppen von Verträgen oder geradezu für alle Rechtsgeschäfte aufzustellen; m. a. W.: an die Stelle der in und für den einzelnen Fall frei arbeitenden Kunst der Auslegung mechanische Anwendung allgemeiner Schablonen zu setzen⁵⁸⁾. Allein die allgemeiner redenden Stellen der Quellen, auf die man sich beruft, sind — zum Theil schon von den Compilatoren — aus ihrem Zusammenhange gerissen; sie stellen sich großentheils als Sätze der Entscheidungsgründe in dem betreffenden Responsum dar oder beziehen sich auf die Interpretation von stipulationes⁵⁹⁾; und bei vielen derselben ist es zweifelhaft und bestritten, ob und welcher allgemeine Sinn mit ihnen verbunden sei. Soweit aber diese Mängel nicht vorhanden sind⁶⁰⁾, gewähren sie nur ein kümmerliches Ergebnis und die

scheint; vgl. auch S. 286 Abf. 2), sondern fast lediglich ergänzende Rechtsätze (vgl. Art. 816 „die Prämie ist, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist, . . . zu zahlen“). Dasselbe gilt von den verschiedenen, bei mangelnder sicherer Parteidisposition eintretenden Sätzen der W.-O., die auch vielfach als Auslegungsregeln aufgefaßt werden; vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht II. § 255. — Wohl aber sind hierher zu ziehen die bekannten „vermutheten Willenserklärungen“ des A.-O.-R. I, 4 § 63 fg.

57) Ueberaus treffend Kierulff, Theorie d. gem. Civilr. S. 35.

58) „Im Zweifel für das weniger Kästige.“ „Gegen denjenigen, der sich zweideutiger Ausdrücke bedient hat.“ „So, daß die Willenserklärung nicht wirkungslos wird.“ u. s. f.

59) Cf. l. 99 D. de verb. obl. (45, 1). „ . . . ac fere secundum promissorem interpretamur: quia stipulatori liberum fuit verba late concipere.“

60) Sind doch nicht selten solche Regeln, nach dem jeweiligen Standpunkte der Doctrin, von neueren Gesetzbüchern aufgenommen worden; ein Maß, wohin sie nun gewiß gar nicht gehören.

öfter gehegte Hoffnung⁶¹⁾, mit ihrer Hilfe alle zweifelhaften Fälle entscheiden zu können, ist durchaus verfehlt.

Wohl gibt es für dieses oder jenes Rechtsverhältnis besondere Hilfsmittel, um im einzelnen Fall mit einiger Sicherheit feststellen zu können, was wohl der Wille der Partei gewesen sein mag; und auch diese hat gegebenen Falls die Theorie klar zu legen und dem Richter zum Gebrauche für den einzelnen Fall bereit zu halten. Aber solche Behelfe der Auslegung — wie sie schon in Beispielen von Musterinterpretationen; in Reglements⁶²⁾, Statuten oder anderen häufig wiederkehrenden Bestimmungen in gleichen oder ähnlichen Fällen⁶³⁾; in lokalen oder ständischen Gebräuchen⁶⁴⁾ gegeben sind — bietet unser Rechts- und Verkehrsleben für die Garantieverträge gleichfalls keine dar⁶⁵⁾.

Somit scheiden wir aus unserer Untersuchung die Feststellung dispositiven Rechts ein für allemal aus.

11. Wohl aber wird, da Garantieverträge thatsächlich stets geschlossen werden, ihre Zulässigkeit vom allgemeineren

61) Unbewußt wird dieselbe vielleicht immer zu Grunde liegen. Besonders scharf ausgesprochen wurde es neuerdings bei Gelegenheit des Berlin-Dresdener Eisenbahnstreites zwischen Preußen und Sachsen; v. Wächter, Entscheidungsgründe u., bef. §§ 6 ff.; 10. — Vgl. auch als besonders typisch: Förster, Preuß. Privatr. I § 43.

62) Es ist natürlich nur von dem Einflusse solcher Reglements die Rede, welche diesen Vertrag direkt nichts angehen. Dagegen ist es für unsere Zwecke gleichgültig, ob und aus welchem Grunde ein von dem einen Kontrahenten selbst aufgestelltes und vorausgesetztes Reglement wirke; Windscheid, Wille und Willenserklärung § 9.

63) Daher ist es nicht zu billigen, wenn, wie nicht selten geschieht, die Policen u. dergl. als Quelle des Versicherungsrechtes aufgeführt werden, während sie doch nur ein Hilfsmittel bei der Feststellung des dispositiven Rechtes für den einzelnen Fall sein könnten. — Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht I § 33 N. 31.

64) Besonders prägnant und gut ausgeführt in vielen Entscheidungen des R.-D.-G.-G. (Bequeme Zusammenstellung bei Fuchsberger, zu Art. 279.)

65) Insbesondere sind, wie schon gelegentlich erwähnt, die verschiedenen sog. Zinsgarantieverträge durchgängig von äußerst geringem Inhalte. — Die einzige Ausnahme, die etwa hier zu machen wäre, findet sich unten § 35 a. G. (bei der Frage: ob auf Grund einer Dividendengarantie nur die betreffende Aktiengesellschaft oder nicht vielmehr der einzelne Aktionär Rechte gegen den Garanten erwerben?).

Standpunkte aus geprüft, also die Frage der Anwendbarkeit von zwingenden Rechtsätzen allgemeiner Bedeutung aufgeworfen werden müssen. Hierbei können und werden wir freilich bei der folgenden Darstellung in einer gewissen Auswahl zu verfahren haben, und wird eine Beschränkung auf solche Fälle eintreten, in denen die Möglichkeit des Zweifels dem Juristen ein allgemeineres Interesse an der Frage wecken muß.

Das Hauptgewicht wird zu legen sein auf die Herauslösung solcher zwingender Rechtsätze, welche etwaige Einzelfolgen eines Garantievertrages gleichmäßig bestimmen; und vor Allem auf die Auffuchung der in unserem Rechtssysteme hinsichtlich des in Frage stehenden Institutes enthaltenen ergänzenden Rechtsätze. Auch diese knüpfen sich ja, nach dem Obigen, ebenso wie die letzterwähnten zwingenden Normen, in objektiver Weise an den einmal in Relevanz getretenen Thatbestand. Nicht isolirt kann die Privatperson nur einen Rechtsatz in Wirkung setzen, sondern nur Gebrauch machen von einem Rechtsinstitut. Hat sie einmal den relevanten Schritt gethan, so tritt — sobald die Grenze des dispositiven Rechtes nach dieser Seite hin erreicht ist — ohne ihr Zuthun auf objektivem Grunde das ergänzende Recht jenes Institutes in Kraft. Des letzteren Sätze, welche Antwort geben auf die unablässig auftauchenden Einzelfragen, nehmen nicht Rücksicht auf des Privaten subjektive Wünsche, kommen über ihn als objektive Folge jenes Schrittes.

Aber nur zum kleinen Theile sind diese Rechtsätze in unseren verschiedenen Rechtssystemen ⁶⁶⁾ formulirt: für das Rechtsinsti-

66) Hat man ja doch oft genug an die Gesetzgebung die Anforderung möglichster Beschränkung hierbei gestellt. In der That ist ja erschöpfende Kasuistik nicht möglich; aber keineswegs gut ausgeführte ein Nachtheil. Zu weit gehende Einzelausführung bringt freilich Gefahr mit sich: einmal, daß der Gesetzgeber sich irre, d. h., ohne es zu wissen und zu wollen, Widersprüche in das Gesetzbuch selbst hineinbringe, zum Anderen aber, daß dergleichen Detailparthien (wie ja oft genug im A. L.-R.) wegen der Veränderung der vorausgesetzten socialen Verhältnisse veralten. Das beste Gesetzbuch wird in diesem Betracht das sein, welches die Auffuchung ergänzender Rechtsätze durch den Juristen am Leichtesten und am Sichersten ermöglicht. Diese sichere, auf überzeugende Gründe gestützte Darlegung des Inhaltes eines Rechts wird aber oft schwer zu erreichen sein, wenn das Gesetzbuch in der Formulirung des vorhandenen Rechtszustandes zu sehr sich beschränkt hat.

tut des Garantievertrages in ganz verschwindender Anzahl. Nun mag man es für selten und vereinzelt vorkommende Vertragsarten im Allgemeinen dem Richter überlassen, in dem einzelnen Falle die betreffenden Sätze unseres Rechts selbst erst klar zu stellen, um ihnen das fragliche konkrete Verhältniß zu subsumieren. Ist aber das Vorkommen einer besonderen Vertragsart stets häufiger und erlangt sie größere Bedeutung im Rechtsleben, allgemeinere Verwendung stets findend: so wird man es wohl als Aufgabe und Pflicht der Rechtstheorie ansehen dürfen, das Institut als solches zur Darstellung zu bringen; wemgleich man hierbei natürlich keineswegs eine auch nur annähernde quantitative Vollständigkeit zu erreichen vermag.

Man spricht nicht selten davon, daß in solchen Fällen Lücken im Rechte vorhanden seien; sehr unzutreffend. Von solchen Lücken kann man reden in Hinsicht auf den materiellen Inhalt eines Rechts: dann, wenn man mit den Bestimmungen desselben nicht zufrieden ist und eine andere — civilistische oder kriminalistische — Rechtsfolge mit einem Thatbestande verbunden zu sehen wünscht, als die seither vom Rechte getroffene⁶⁷⁾. Aber niemals sind Lücken in einem Rechtssysteme, wird es als solches einer formellen Betrachtung unterzogen⁶⁸⁾. Innerhalb des Kreises, den es beherrscht und beherrschen will, steht es Rede und Antwort jeder Frage, die auf Grund und in Folge eines einmal für rechtlich relevant erklärten Thatbestandes — im Besonderen auch eines gültigen Vertrages — entspringt: irgend eine formell befriedigende und ausreichende Entscheidung kann nicht fehlen.

Lücken im Recht können sonach sein *de lege ferenda*, nicht aber *de lege lata*; hier sind sie nur scheinbar, nur in

67) So sagt man, daß eine Lücke im Gesetze sei, weil bei dem sog. amerikanischen Duell (nach der herrschenden Meinung) der Ueberlebende nicht gestraft werden kann, oder weil man von 1867—80 dem Wucher freie Gewähr lassen mußte. Man nimmt Lücken an, wenn das R. R. dem Pächter nicht selbstständigen Besitztshuß gewährte, wenn dasselbe die Erbverträge perhorrescirte, oder das alte deutsche Recht letztwillige Dispositionen überhaupt nicht zuließ, u. A. m.

68) Vgl. hierzu: Jhering, Geist d. R. R. I (2. Aufl.) S. 29 ff. — Brinz, in Kr. W.-J.-Schr. XV S. 164. — Brunns, in Holkond. En cycl. „d. heutige röm. R.“ § 9. (2. Aufl.) S. 324.

Bb. 69. R. F. Bb. 19. S. 1.

der äußeren Formulirung vorhanden⁶⁹⁾. Diesen Schein zu vernichten, den Inhalt des betreffenden Rechtssystems aufzudecken und zur Darstellung zu bringen, fällt dem Juristen zu. Er unternimmt es auf Grund des schon vorliegenden, des bereits erkannten Inhaltes seines Rechts.

12. Man wird zu fragen geneigt sein: welches denn die Methode sei, mittels deren die gekennzeichnete Aufgabe zu lösen, welches die Mittel und Wege, um zu den Sägen unseres Rechtsinstitutes zu gelangen?

Es gab Zeiten, da die Antwort einfach war und der also Fragende an eine feste Instanz ein für allemal verwiesen wurde, deren Auskunft nie versagte, mochte sie Vernunft- oder Naturrecht⁷⁰⁾, Princeps⁷¹⁾ oder königliche Gesetzeskommission⁷²⁾ oder wie sonst immer⁷³⁾ heißen.

Aber das ist Alles untergegangen und verschwunden, ohne etwas Anderem Platz zu machen, denn endlosem Streite subjektiver Meinungen. Seit geschichtliche Erkenntniß die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ aus dem Gebiete unseres Wissens verbannt hat, und dem Naturrecht die allseitige Verachtung der Theorie — wenn auch gar vielfältiger versteckter Einfluß im praktischen Leben bis auf den heutigen Tag — zu Theil geworden; seitdem die Grundgesetze unserer Staaten die Kabinettsjustiz in das Grab gelegt und Nichts das unabhängige Gericht bestimmen soll, wie seine Ueberzeugung, was positiven Rechtsens: seitdem ist mit der wohlthätigen Freiheit auch Unsicherheit und Meinungsverschiedenheit mannigfachster Art eingetreten. Und wie der Streit gleich bei der Prinzipienfrage einsetzt: ob nun dies „Recht der Wissenschaft“ Rechtsquelle sei⁷⁴⁾ oder nicht,

69) Da allerdings stets. S. mit Recht Binding in Zeitschr. f. d. gef. Strafr.-W. I S. 8 ff. (Vergl. dens., Normen I § 11; dagegen Windscheid, Pandekten § 22 N. 8.)

70) Oesterr. G.-B. § 7.

71) L. 2 § 21 C. de veter. iure enucl. (1, 17).

72) A. O.-R. Einl. §§ 47, 48; Anh. § 2.

73) Vom Citiren unbekannter Literatur wird füglich Abstand genommen werden dürfen. (Das Material namentlich bei Unger, österr. Privatr. I S. 95.) — Ueber die Civilgesetzbücher neuerer Zeit f. N. 75.

74) Puchta, Pandekten § 16; Thöl, Handelsr. (5. Aufl.) § 15; Dernburg, Preuß. Privatr. I § 22.

ob Recht neu schaffend oder nur das Verborgene findend, — so geht durch die ganze juristische Methodenlehre unserer Tage ein Zug unsicheren Taftens nach dem rechten Wege.

Mannigfach sind die Versuche, mit Hilfe fremder Wissenschaften zur Gewißheit über diese Frage zu gelangen. Chemie und Mathematik, Sprachkunde und Medicin sind um Rath angegangen worden, und in bunter Folge reiht sich die „juristische Scheidekunst“ an das „Rechnen mit Begriffen“, stellen sich dem „Rechtsalphabet“ die „Muskeln und Knochen des Rechtsorganismus“ zur Seite. Aber noch zahlreicher sind die allgemeinen Begriffe und vielfältigen Schlagworte, welche Andere, die diese Anleihe von Außen scheuten, für die Vornahme juristischer Operationen empfehlen: Analogie und Natur der Sache, allgemeine Rechtsgrundsätze und subjektive Vernunft des Urtheilers, juristische Konsequenz und richterliches Ermessen *ex fide bona*, diese und andere mehr sind die Wegweiser, welche unsere Jurisprudenz⁷⁵⁾ dem „Recht“ Suchenden aufgestellt hat.

Es erhellt, daß eine Antwort auf die Eingangs genannte Frage nicht weniger bedeuten würde und dürfte, wie Darlegung des größten Theiles einer allgemeinen Theorie der Rechtswissenschaft. Der Versuch, sie hier zu geben, würde aus diesem Grunde von unserem Thema vollständig abführen.

Nun ist dies aber durchaus nicht nothwendig. Eine empirische Wissenschaft, die — wie bei der Jurisprudenz der Fall — als solche unbestritten existirt, bedarf nicht bei jeder Einzeluntersuchung eines Zurückgehens auf die letzten Fragen der Erkenntnißkritik. Nur auf der Grundlage dieser aber könnte der „allgemeine Theil der Rechtswissenschaft“ aufgebaut werden. Und auch jener Theil der letzterwähnten Disziplin, den man als wissenschaftliche Methodenlehre in Sachen des Rechts bezeichnen könnte, braucht keineswegs vor jeder speziellen juristischen Frage entwickelt zu werden. Ja es kann im Besonderen für die wichtige, auch unser jetzt harrenden Aufgabe —

75) Hinsichtlich der neueren Gesetzbücher, sagt der Code Civil hierüber Nichts (vgl. Art. 4); das Sächf. G.-B. § 25 will beim Fehlen ausdrücklicher Gesetzesvorschrift „nach den Bestimmungen über ähnliche Fälle“ entschieden haben (vgl. auch N. L.-R. Einl. § 49 und Oesterr. G.-B. § 7), während das Schweizerische Obligationenrecht (in Kraft seit 1. Jan. 1883) § 2 den Richter auf die „Natur des Geschäftes“ verweist (Vgl. auch das. § 394 Abs. 1.)