Werk

Titel: Abfindungsbelastete Eingriffsrechte im BGB. und HGB.

Autor: Locher, Eugen

Ort: Tübingen

Jahr: 1925

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1925_0003|log6

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

I.

Abhandlungen.

Abfindungsbelastete Eingriffsrechte im BGB. und HGB.

Von

Privatdozent Dr. jur. Eugen Locher, Regierungsrat.

I. Bedeutung.

Zweck des Rechts ist eine gerechte Ordnung menschlicher Interessen, Aufgabe des Gesetzgebers daher die Abgrenzung von Interessensphären. Diese Sphären sind aber nicht immer berührungslose Tätigkeitsgebiete, sondern zumeist engverschlungene Lebenskreise. Die Interessenabgrenzung ist selten bloße Grenzabsteckung des geschützten Interessengebiets gegen ein Nichts, vielmehr in der Regel Grenzregulierung gegen ein konkurrierendes Interessengebiet. Zumal im Vermögensrecht: in einer Welt, deren Güter fast restlos schon verteilt sind, bedeutet vermögensrechtliche Schutzgewährung für den einen in aller Regel zugleich Schutzentziehung für einen andern[1]). Aber auch sonst geht es ohne Eingriff in eine fremde Interessensphäre in der Regel nicht ab. Gegenstand der Rechtssätze sind zumeist Interessenkonflikte, konkurrierende, nicht isolierte Interessenkomplexe. Ist der Interessenkonflikt Normaltyp des Tatbestandes,

1) Darum ist Eigentumserwerb durch Okkupation praktisch ein Ausnahmetatbestand.

so ist folgerichtig der Eingriff in ein fremdes Interessengebiet die normale Kehrseite der Rechtsfolge.

Einem unentwickelten Rechtsempfinden liegt es nahe, dem einen alles zu geben, dem andern alles zu nehmen: der mit dem Interessenschutz unvermeidlich verbundene Eingriff muß vom Betroffenen eben getragen werden: qui suo jure utitur, neminem laedit. Dieses Alles- und Nichtsprinzip hat den Vorzug der Entschiedenheit; der Nimbus unerbittlicher Gerechtigkeit läßt es dem ungeübten oder getrübten Blick als der Gerechtigkeit letzten Schluß erscheinen. Ein fiat justitia, pereat mundus klingt hier durch. Wer aber über das Ideal der Themis mit den verbundenen Augen hinaus in der Gerechtigkeit mit offenem Blick das höhere Ideal sieht, dem vertieft sich die Ueberzeugung, daß in den allermeisten Fällen beide miteinander ringenden Interessengruppen mehr oder weniger berechtigt sind, daß jeder Teil mehr oder minder „im Recht" ist und deshalb die Entscheidung, die dem einen alles gibt, dem andern alles nimmt, vor dem Forum eines geläuterten Rechtsgewissens doch nicht restlos als gerecht bestehen kann, sondern ein Gefühl des Unbehagens zurückläßt. Mag dieser Mangel bis zu einem gewissen Grade unvermeidlich sein, weil jedem menschlichen Richterspruch der Makel der Unvollkommenheit anhaftet, so bleibt doch die Erkenntnis, daß über dem Grundsatz: qui suo jure utitur, neminem laedit, nur allzu leicht die andere Seite der Gerechtigkeit, das suum cuique, zu kurz kommt. Wo Recht gegen Unrecht steht, da ist ein Konflikt beider Maximen nicht möglich. Wo aber Recht gegen Recht steht oder genauer: wo dem Recht kein Unrecht gegenübersteht, da mag jeder auf suum jus pochen, und doch kann nicht beiden uneingeschränkt Recht gegeben werden. Da weist das suum cuique über das Prinzip des Alles und Nichts hinaus auf einen Interessenausgleich. Dieses Ausgleichsprinzip bedeutet nicht schwächlichen Kompromiß, und von der zum Schaden der Autorität des Rechts grassierenden Vergleichssucht, die auch den Gesetzgeber angesteckt hat, ist es grundverschieden. Es will keine Flucht vor der klaren Entscheidung dessen, was Rechtens ist, sondern es will im Gegenteil unbedingte Ehrlichkeit in der Anerken-

nung der Tatsache, daß das Recht meist nicht bloß auf der einen Seite liegt, mag dadurch die Entscheidung des Richters auch schwieriger und die Aufgabe des Gesetzgebers noch verwickelter werden. Wäre der Gesichtspunkt des Interessenausgleichs unserer Gesetzgebung und Rechtsprechung geläufiger, so wäre wohl die wichtigste sachliche Quelle der Vergleichssucht verstopft; die Theorie hat dieses Bedürfnis schon längst erkannt [2]).

Indessen ist der Gedanke des Interessenausgleichs unserer Privatrechtsordnung doch keineswegs fremd. Er findet sich in den verschiedensten Formen. Sein Vorkommen und seine Entwicklungsfähigkeit soll im folgenden an der Hand des BGB. und HGB. an derjenigen Ausprägung der Ausgleichsidee gezeigt werden, die ihr Wesen am handgreiflichsten erkennen läßt. Diese Erscheinungsform ist der Interessenausgleich durch Abfindung.

Was ist damit gemeint? Der Abfindungsgedanke will Ausgleich durch Abfindung, Eingriff in eine fremde Rechtssphäre auf eigene Kosten, Interessenschutz nicht zu Lasten des Eingriffsbetroffenen, sondern des geschützten Eingreifers. Ist der Eingriffsbetroffene im Unrecht, dann mag er billigerweise nicht bloß den Eingriff dulden, sondern auch die damit verbundene Interessenschädigung endgültig tragen. Ist ihm aber ein Unrecht nicht vorzuwerfen, dann mag es zwar unvermeidlich sein, ihm die Duldung des Eingriffs trotzdem zuzumuten, aber ebenso ist es ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit, ihm die Abwälzung der Interessenschädigung auf den Eingreifer in irgendeiner Form zu gestatten, ihm eine „Abfindung" zu geben. Dieser Interessenschutz auf eigene Kosten ist die Mittelstufe zwischen Interessenschutz auf fremde Kosten und völliger Schutzverweigerung. Er verwirklicht in augenfälliger Weise die Idee des Interessenausgleichs: die konkurrieren-

2) Vgl. M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung, Freiburg und Leipzig 1896, und dessen Auseinandersetzung mit R. Merkel, Die Collision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895; neuer: M. Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910.

den Interessenkomplexe beider Teile finden Berücksichtigung, der eine durch Eingriffsgestattung, der andere durch Abfindungsgewährung [3]).

Der Lösung des Interessenkonflikts durch diesen Abfindungsgedanken ist also zweierlei wesentlich: die Rechtmäßigkeit des Eingriffs und die Schadloshaltung des Eingriffsbetroffenen durch den Eingreifer. Keines von beiden darf fehlen. Ist der Eingriff unrechtmäßig, dann steht Wiedergutmachung begangenen Unrechts in Frage, nicht Ausgleich berechtigter Interessengruppen durch Abfindung, mag auch die äußere Form der Wiedergutmachung und der Abfindung die gleiche sein [4]). Der Abfindungsgedanke ist dem Falle der Wiedergutmachung von Unrecht so fremd, wie dem umgekehrten Falle, daß der berechtigte Eingriff vom Eingriffsbetroffenen ohne Abfindung zu tragen ist.

Der Interessenausgleich durch Abfindung gehört dem Bereich der Rechtsfolgen an. Der Abfindungsgedanke steht in engstem Wesenszusammenhang mit der Lehre vom subjektiven Recht. Zwar nicht etwa insofern, als der Eingriff in jedem Fall ein subjektives Recht verletzte. Die Abfindung braucht keineswegs immer Ersatz für den Eingriff in ein subjektives Recht, Ausgleich für eine Rechtsverletzung in diesem subjektiven Sinn zu sein. Es genügt vielmehr auf der Passivseite eine Verletzung berechtigter Interessen, mögen sie auch nicht in der Form eines subjektiven Rechts geschützt sein. Die Konkurrenzklausel (§§ 74 ff. HGB.) ist ein solcher Fall: das Wettbewerbsverbot bedeutet einen Eingriff nicht in ein subjektives Recht, sondern in die gewerbliche Freiheit des Verbotsbetroffenen. Freilich beruht die Abgrenzung der subjektiven Rechte und der bloßen geschützten Interessenpositionen mehr oder

---

3) Mit den Abfindungen für Rechtsverzichte (z. B. § 1714 BGB.) hat dieses Abfindungsprinzip nichts zu tun.

4) Die neuerdings (vgl. Wolff, Karl, Verbotenes Verhalten, Wien 1923, S. 176, 189 u. ö.; Hedemann, Sachenrecht des BGB., Berlin und Leipzig 1924, S. 28, 79, 118 u. ö.) beliebte Unterscheidung von Entschädigung und Schadensersatz bringt den Gegensatz sprachlich nicht augenfällig genug zum Ausdruck.

minder auf Willkür. Wer in Fällen der genannten Art ein „Persönlichkeitsrecht" des Eingriffsbetroffenen annimmt, mag zu dem Ergebnis gelangen, daß Eingriffsobjekt stets ein subjektives Recht sei. Für das Wesen des Interessenausgleichs durch Abfindung ist dies aber belanglos: nur eine Interessenverletzung, nicht eine Rechtsverletzung ist die notwendige Grundlage der Abfindung. Und auch wo eine Rechtsverletzung vorliegt, ist sie immer nur im Sinne eines rechtmäßigen Eingriffs in ein subjektives Recht, niemals im Sinne eines objektiv widerrechtlichen Eingriffs gegeben. Wie auf der Passiv-, so ist es auch auf der Aktivseite: auch hier ist ein subjektives Recht nicht Wesenserfordernis, sondern es würde genügen, daß der Eingriff objektiv rechtmäßig, wenn auch nicht Ausübung eines subjektiven Rechts ist. Tatsächlich wird freilich wohl in den meisten, wenn nicht in allen Fällen die Eingriffsgestattung ein subjektives Eingriffsrecht begründen. Manchmal ist dies allerdings zweifelhaft. So wird im Falle des § 904 BGB. die Notstandshandlung sicherlich zwar keineswegs immer in Ausübung eines abgesehen von § 904 bereits vorhandenen, anderweitigen subjektiven Rechts vorgenommen, aber in § 904 selbst kann man ein subjektives Recht, ja einen Anspruch auf den Eingriff begründet finden; andere, z. B. Enneccerus (Allg. Teil, 18.—21. Aufl., Anm. 3 zu § 222) lehnen dies ab. Mag diese Formulierungsfrage zu entscheiden sein wie sie will, jedenfalls ist die Ueberschrift dieser Abhandlung vom Wesen der Sache aus gesehen nur a potiori zu nehmen, trifft aber tatsächlich die meisten, wenn nicht alle in ihren Kreis zu ziehenden Fälle.

Obwohl weder auf der Aktiv- noch auf der Passivseite das Vorliegen eines subjektiven Rechts erforderlich, sondern nur die objektive Rechtmäßigkeit des Eingriffs und der eingriffsbetroffenen Interessenposition unerläßlich ist, ist doch der Typ der Eingriffsgestattung mit Abfindung des Eingriffsbetroffenen gerade für die Lehre vom subjektiven Recht bedeutsam. Denn der formale Gegensatz des subjektiven Rechts und der bloßen geschützten Interessenlage, der in dieser Lehre hervortritt, vermag die nahe sachliche Verwandtschaft zwischen diesen beiden Rechtsschutzformen nicht

zu beseitigen. Inhaltlich bedeuten beide Interessenschutz zugunsten bestimmter Rechtssubjekte, verschieden nur durch den Grad der Subjektverknüpfung, die beim subjektiven Recht zur Form einer dem Subjekt zustehenden Rechtsmacht gesteigert ist. Unterscheidet sich das subjektive Recht durch diesen formalen Machtcharakter von der bloßen geschützten Interessenlage, so rücken doch beide von der gemeinsamen Zweckidee aus gesehen zusammen zu der höheren Einheit der geschützten Interessenkomplexe bestimmter Personen. Je mehr die Jheringsche Zweckbetonung neben der formalen Rechtsmachtseite nicht nur in der Begriffsbestimmung, sondern — wo sie noch fehlt — auch in der Systematik des subjektiven Rechts zur Geltung kommt, desto ernstlicher wird die Lehre vom subjektiven Recht dessen Zweckverwandtschaft mit den bloßen geschützten Interessenlagen berücksichtigen und sich zum mindesten inhaltlich, wenn nicht dem Namen nach zu einer Lehre von den geschützten Interessenpositionen erweitern müssen. Aus dieser Perspektive wird es deutlich, was der Abfindungsgedanke gerade für die Lehre vom subjektiven Recht bedeutet, obwohl er weder auf der Aktiv- noch auf der Passivseite ein solches als Wesenserfordernis voraussetzt. Er gestattet, die geschützten Interessenpositionen, speziell die subjektiven Rechte, abweichend von den üblichen Einteilungen nach der typischen Struktur ihres Inhalts (speziell nach den verschiedenen Merkmalen des Inhalts der verliehenen Rechtsmacht) um den Gesichtspunkt der Intensität des Interessenschutzes zu gruppieren und die darnach grundlegenden Kategorien der abfindungsfreien und der abfindungsbelasteten Interessenpositionen, speziell der abfindungsfreien und der abfindungsbelasteten Rechte zu bilden. Selbstverständlich hat diese Unterscheidung nur bei solchen Rechten und Interessenpositionen eine Bedeutung, die einen Eingriff in eine fremde Interessensphäre voraussetzen. Denn ohne Eingriff keine Abfindung. Wir haben aber gesehen, daß der Interessenschutz in der Regel mit einem solchen Eingriff verbunden ist. Die Unterscheidung von abfindungsfreien und abfindungsbelasteten Rechten und Interessenpositionen kann deshalb im Bereich der geschützten Interessen-

komplexe überhaupt und speziell der subjektiven Rechte weithinreichende Geltung beanspruchen.

Mit den abfindungsfreien Eingriffsrechten und Interessenpositionen haben wir es hier nicht zu tun. In welchem Verhältnis steht nun aber bei den abfindungsbelasteten Eingriffsrechten der Eingriff und die Abfindung? Auf die Abfindung hat der Eingriffsbetroffene einen Anspruch. Gerade durch diesen Abfindungsanspruch wird der Interessenausgleich gegenüber der Eingriffsgestattung hergestellt. Die Frage ist also: wie verhält sich der Abfindungsanspruch zu der Eingriffsgestattung? Die Erfüllung des Abfindungsanspruchs ist in der Regel *nicht Voraussetzung* für die Eingriffsgestattung, sondern seine Entstehung ist *Rechtsfolge* des Eingriffs. Die Rechtmäßigkeit des Eingriffs hängt in der Regel nicht von der sei es vorgängigen, sei es nachfolgenden Erfüllung der Abfindungspflicht seitens des Eingreifers ab. Wäre das anders, so würde dem Abfindungsgedanken ein höchst bedenklicher Makel angehängt: er bekäme einen plutokratischen, unsozialen, der Gerechtigkeit widerstreitenden Zug, wollte man den Eingriff nur dann als rechtmäßig anerkennen, wenn der Eingreifer den Abfindungsanspruch auch tatsächlich erfüllt. Wäre das in dem einen Fall erträglich, daß der Eingreifer die Abfindung nicht leisten *will*, so doch keinesfalls in dem andern, daß er sie nicht leisten *kann*, und eine Unterscheidung dieser beiden Fälle wäre praktisch undurchführbar. Der Abfindungsgedanke darf nicht den Sinn bekommen, daß die Rechtmäßigkeit des Eingriffs durch eine Abfindung erkauft werden könne. Das Recht darf nicht käuflich sein. Mag auch das rechtspolitische Motiv des Gesetzgebers in den Fällen der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte auf die Erwägung sich gründen, daß die Eingriffsgestattung nur mit Rücksicht auf die Abfindung möglich sei, so darf doch im konkreten Einzelfall die Rechtmäßigkeit des Eingriffs nicht von der Erbringung der Abfindung abhängig sein. Nur in gewissen Grenz- und Ausnahmefällen, von denen noch die Rede sein wird, ist es erträglich, ja sogar wünschenswert, daß die Eingriffsgestattung von der vorgängigen Leistung der Abfindung

oder deren Sicherstellung abhängig gemacht wird. Im allgemeinen aber kann der Abfindungsgedanke nur dann eine Zukunft haben, wenn der Abfindungsanspruch lediglich Rechtsfolge des Eingriffs, nicht Voraussetzung seiner Rechtmäßigkeit ist. Ist dies das Verhältnis von Eingriffsgestattung und Abfindung, dann ist der Abfindungsanspruch zwar ein Gegenrecht, das der Eingriffsduldungspflicht entspricht, aber dieses Gegenrecht ist keine Einrede, auch dann nicht, wenn ihm nicht bloß eine Eingriffsbefugnis, sondern ein Eingriffs*recht* gegenübersteht. Denn es hemmt oder lähmt nicht die Ausübung des Eingriffsrechts, sondern entsteht überhaupt erst durch die Verwirklichung des Eingriffs.

Neben dieser funktionellen Beziehung zwischen Eingriff und Abfindung besteht auch eine inhaltliche. Es ist zwar nicht möglich, den Inhalt des Eingriffs oder der Abfindung auf eine einheitliche Formel zurückzuführen. Er macht gerade die Verschiedenheit der einzelnen Fälle aus. Aber es ist möglich und nützlich zu betonen, daß stets eine Wechselbeziehung zwischen dem Inhalt des Eingriffs und dem Inhalt der Abfindung besteht. Denn die Abfindung soll ja einen Ausgleich für den Eingriff oder genauer: für die eingriffsbetroffenen Interessen darstellen. In der Regel wird der Eingriff eine fremde Vermögenssphäre treffen. Darum wird auch die Abfindung in der Regel finanzieller Natur sein. Und da auch andere Interessenschädigungen oft nur insoweit einem Ausgleich zugänglich sind, als sie mittelbar das Vermögen berühren, wird die Geldabfindung selbst da als Notbehelf sich einstellen, wo der Eingriff in erster Linie andere als Vermögensinteressen trifft. Jedenfalls aber ist das Ideal die tunlichste Uebereinstimmung des Abfindungsinhalts mit der spezifischen Art des Eingriffs. Wo der Eingriff derart ist, daß er einen, wenn auch inadäquaten Ausgleich schlechterdings nicht zuläßt, weil das eingriffsbetroffene Interesse unersetzlich ist, da hat der Typ des abfindungsbelasteten Eingriffsrechts keinen Platz; da steht nur die Alternative: Eingriffsgestattung ohne Abfindung oder Eingriffsverweigerung zur Wahl.

Der Grund für die Verschiedenheit von Eingriff und Ab-

findung liegt in der Verschiedenheit des Tatbestands der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte und Eingriffsbefugnisse. Das ist nachdrücklichst zu betonen: es kann und soll in diesen Ausführungen nicht eine allgemeingültige Tatbestandsformel für die Fälle aufgestellt werden, in denen abfindungsbelastete Eingriffsrechte vorkommen. Das wäre ein aussichtsloses Unterfangen. Denn es könnten bestenfalls so allgemeine Tatbestandselemente hervorgehoben werden, daß eine völlig wertlose Abstraktion herauskäme. Man müßte schließlich auf den „Eingriff in eine fremde Interessensphäre" zurückgehen. Das schließt nicht aus, daß die einzelnen Fälle nach der Verwandtschaft des Tatbestands zu Gruppen zusammengefaßt werden können. Im übrigen liegt das Gemeinsame der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte durchaus auf der Seite der Rechtsfolgen. Ein Rechtsfolgetyp, nicht ein Tatbestandstyp ist Ausgangspunkt und Gegenstand unserer Fragestellung.

Ist dann aber diese Fragestellung nicht müßig? Wozu der Typ der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte? Die Antwort darauf ist eine mehrfache. Der Vorteil dieses Rechtstyps ist zunächst ein systematischer: er verleiht einer charakteristischen Art des Interessenausgleichs einen zusammenfassenden Ausdruck, eine allgemeine Form. Ferner ist der Vorteil ein methodischer: jener Rechtstyp entspringt der Betrachtung der Schutzpositionen nach der Intensität der Interessenberücksichtigung und eröffnet in vielen Fällen erst die Erkenntnis der sachlichen Tragweite einer Eingriffsposition, indem er den Blick zugleich auf die Eingriffsgestattung und auf ihr Korrelat, die Abfindung, lenkt. Dazu kommt nach der praktischen Seite vor allem ein offensichtlicher rechtspolitischer Vorteil: die Bildung jener Rechtsfigur ist geeignet, das Augenmerk der gesetzgebenden und der sonstigen rechtschaffenden Faktoren in stärkerem Maße auf die Zwischenstufe zwischen der abfindungsfreien Eingriffsgestattung und der Eingriffsversagung zu lenken. Endlich gesellt sich dazu ein Vorteil für die Rechtsanwendung: in manchen Fällen wird die Herausstellung des Typs der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte die

Möglichkeit einer Analogie zutage fördern. Mag auch diese unmittelbare praktische Bedeutung des Rechtstyps für die Rechtsanwendung nicht allzu groß sein, weil er zwar einen einheitlichen Rechtsfolgenkomplex, aber keinen einheitlichen Tatbestand darstellt, so ist er darum doch nicht wertlos. Vorrecht wie Pflicht der theoretischen Betrachtungsweise ist es, nicht bloß die unmittelbar für die Rechtsanwendung nutzbaren Erkenntnisse zu fördern, sondern in erster Linie auch den tieferen Zusammenhängen und Möglichkeiten des Rechts ohne Hemmung durch seine augenblickliche positive Gegebenheit nachzugehen und mit den bloß mittelbaren Fernwirkungen ihrer Ergebnisse auf die Rechtsentwicklung sich zu bescheiden. An solchem Wertmaßstab gemessen, wird dem Typ der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte, zumal wegen seiner methodischen und rechtspolitischen Bedeutung, Berechtigung und Zukunftswert nicht abzusprechen sein.

II. Die Fälle.

Der Abfindungsgedanke in der bisher umrissenen Gestalt hat in unserer Rechtsordnung viele Wurzeln geschlagen. Und zwar keineswegs bloß im Privatrecht. Zumal die Enteignung ist die markanteste Verkörperung des Abfindungsgedankens im öffentlichen Recht. Das Enteignungsrecht ist so sehr der Prototyp eines abfindungsbelasteten Eingriffsrechts, daß man bei den privatrechtlichen Fällen geradezu von einer zivilrechtlichen Expropriation — allerdings nur a potiori — sprechen könnte. Wie stark der Niederschlag dieses Abfindungsgedankens im geltenden Privatrecht ist, soll an einem Ueberblick über die Fälle unserer wichtigsten Privatrechtsquellen, des BGB. und des HGB., gezeigt werden. Erweist sich dabei das BGB. dem Umfang nach als ergiebigere Quelle, so liegt das nicht daran, daß jener Abfindungsgedanke dem HGB. weniger vertraut wäre, sondern daran, daß viele der Materien, bei denen er wirksam wird, kein handelsrechtliches Sondergut mehr sind oder dies nie gewesen sind. Was Allgemeingut des bürgerlichen Rechts von jeher gewesen oder durch

die Kommerzialisierung des allgemeinen Verkehrsrechts geworden ist, kann nicht zum Sondergebiet eines potenzierten Verkehrsrechts gehören. Ist es der Vorzug des Handelsrechts, als Pionier zugleich und als Elite des bürgerlichen Rechts sich zu bewähren, so muß es gerade darum dem Schicksal verfallen, daß sein Normenbestand in demselben Maße schwindet, in dem seine Allgemeingültigkeit durch Uebergang ins allgemeine Verkehrsrecht wächst. Nur dieser Vorläufer- und Hilfsrolle des Handelsrechts ist es zuzuschreiben, daß der Sitz jenes Abfindungsgedankens ins BGB. verlegt erscheint. An und für sich ist gerade das Handelsrecht als Kampfplatz von Vermögensinteressen dem Sieg des Abfindungsgedankens besonders günstig. Gerade beim Kaufmann, der den Ausgleich von Vorteilen durch Gewährung von Gegenvorteilen berufsmäßig betreibt, darf man für den Abfindungsgedanken Verständnis erwarten.

Wenn man von dem Gedanken der zivilrechtlichen Expropriation ausgeht, so liegt es nahe, als erste Gruppe der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte die Fälle zu nennen, in denen *Eingriffe in Eigentum oder Besitz* gestattet, zugleich aber durch einen Abfindungsanspruch ausgeglichen werden. Schulbeispiele hierfür sind die privatrechtlichen „Eigentumsbeschränkungen", für die eine Abfindung gewährt wird. Man denke an Ueberbau und Notweg, die geduldet werden müssen, aber nur gegen Abfindung, sei es in Renten-, sei es in Kapitalform (§§ 912 Abs. 2, 917 Abs. 2; 915 BGB.). An diese speziellen Notstandstatbestände schließt sich der generelle des § 904 BGB. an; hier tritt der Abfindungsgedanke: Eingriffsgestattung gegen Entschädigung des Eingriffsbetroffenen in besonderer Klarheit und Unmittelbarkeit zutage. Derselbe Gedanke liegt auch im Bienenrecht dem § 962 BGB. zugrunde. An Bedeutsamkeit höchstens dem § 904 BGB. zu vergleichen ist der vielangewandte § 26 GewO. Obgleich die Abfindungspflicht des Unternehmers einer konzessionierten gewerblichen Anlage und gleichgestellter Unternehmungen (Art. 125 EGBGB.) formell außerhalb des BGB. geregelt ist, würde doch von der Tragweite der Immissionsab-

grenzung durch § 906 BGB. ein falsches Bild entstehen, wollte man den § 26 GewO. davon ausschließen. Er zeigt, daß gerade in einer praktisch wichtigen Fallgruppe der Immissionseingriff weder ersatzlos erlaubt noch schlechthin verboten, sondern als abfindungsbelastetes Eingriffsrecht geregelt ist. Ist das Immissionsproblem im BGB. nur beim Eigentum geregelt, so hat ein praktisch minder bedeutsames, für den Abfindungsgedanken aber sehr bezeichnendes abfindungsbelastetes Eingriffsrecht in den Abholungsansprüchen der §§ 867, 1005 BGB. sowohl beim Eigentums- als beim Besitzrecht ausdrückliche Regelung gefunden. Eine Abweichung von dem Normaltyp des abfindungsbelasteten Eingriffsrechts zeigen diese Abholungsansprüche allerdings insofern, als der Duldungspflichtige in der Regel die Eingriffsgestattung bis zur Sicherstellung des Abfindungsanspruchs verweigern darf. Sie gehören also zu den Ausnahmefällen, in denen die Eingriffsgestattung von der Abfindung abhängig gemacht ist. Immerhin ist die Abfindung nicht zur Voraussetzung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs erhoben, sondern dem Eingriffsbedrohten nur eine Einrede gegeben, mit der er überdies nur vorgängige Sicherstellung, nicht Leistung der Abfindung verlangen kann. Der Grund für diese Ausnahmeregelung ist der: das Eingriffsinteresse des Abholungsberechtigten ist nicht so dringlich, daß es möglicherweise selbst auf Kosten des Gegners soll verwirklicht werden dürfen. Dem entspricht auch die Gegenausnahme: bei Gefahr im Verzug ist die Einrede mangelnder Sicherheitsleistung unzulässig. Die Fälle zeigen, wie der Interessenausgleich durch Abfindung den feinsten Verschiebungen des beiderseitigen Interessengewichts Rechnung zu tragen vermag.

Welches ist nun das gesetzgeberische Motiv für die Ausgestaltung dieser privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen als abfindungsbelasteter Eingriffsrechte? Wie bereits angedeutet, liegt weithin der Notstandsgedanke zugrunde; abgesehen von dem Immissionsfall sind wohl die angeführten Beispiele alle mehr oder weniger auf die Vorstellung des Gesetzgebers, daß ein Notstand vorliege, zurückzuführen. Notstand und Abfindungsgedanke

stehen so nahe beieinander, daß man sie auf den ersten Blick wohl identifizieren möchte. Und doch fallen sie keineswegs zusammen. Schon insofern nicht, als der Notstand ein Tatbestandsbegriff ist, der Abfindungsgedanke dagegen dem Rechtsfolgegebiet zugehört. Aber auch die Anwendungsgebiete decken sich nicht, sondern bilden zwei sich schneidende Kreise. Geht man davon aus, daß ein Notstand ohne Zwangslage undenkbar ist, so müssen aus dem Notstandsgebiet die Anwendungsfälle des Abfindungsgedankens ausscheiden, bei denen von einer gegebenen Zwangslage, aus der es eine Rettung nur durch das Mittel des Eingriffs in eine fremde Interessensphäre gibt, nicht die Rede ist. Beispiele dafür werden sich genug ergeben; schon bei den Abholungsansprüchen (§§ 867, 1005) mag es fraglich erscheinen, ob von einer solchen Zwangslage auch dann gesprochen werden kann, wenn keine Gefahr im Verzug ist. Auf der andern Seite können Notstandsfälle vorkommen, bei denen für die Notstandshandlung eine Abfindung nicht zu leisten ist. Man denke an die Sachwehr (§ 228 BGB.), wo der Notstandseingriff abgesehen von dem Fall des verschuldeten Notstandes abfindungsfrei ist; allerdings schließt man neuerdings diesen Tatbestand öfters der — als Abwehr rechtswidrigen Angriffs abfindungsfreien — Notwehr an und von den Notstandsfällen aus [5]).

Der andere, neben der Zwangslage vom Notstandsbegriff unzertrennliche Gesichtspunkt, die Proportionalität von gefährdetem und geopfertem Interesse, reicht allerdings über die Notstandsfälle weit hinaus. So liegt er z. B. offenbar auch dem § 26 GewO. zugrunde: der Erhaltung des höheren Interesses an den für die Allgemeinheit förderlichen oder gar unentbehrlichen Gewerbe- und zumal Eisenbahnbetrieben wird das geringer bewertete Interesse des belästigten Betriebsnachbarn an der Betriebseinstellung, allerdings unter Zurückführung der Belästigung auf ein Mindestmaß und unter Ausgleich durch eine Abfindung, geopfert. Man wird sogar sagen können, daß in allen Fällen der

5) Vgl. Wolff, Karl, a. a. O., S. 181, der jedenfalls im allg. und für das österreichische Recht im speziellen diese Ansicht vertritt.

abfindungsbelasteten Eingriffsrechte jene Proportionalität in dem Sinne vorliegt, daß das eingriffsgeschützte Interesse unter irgend einem Gesichtspunkt von der Rechtsordnung höher bewertet wird als das eingriffsbetroffene. Allein das ist eine Selbstverständlichkeit und nicht geeignet, über die Tatbestände und die gesetzgeberischen Motive der Anwendungsfälle des Interessenausgleichs durch Abfindung förderlichen Aufschluß zu geben. Auch im Falle des § 26 GewO. würde es nicht genügen, auf die Proportionalität des Interesses hinzuweisen, wenn man nicht hinzufügte, warum das Interesse an der Betriebsfortführung höher gewertet wird als das Nachbarinteresse. Und das geschieht eben deshalb, weil der Allgemeincharakter, das volks wirtschaftliche Schwergewicht des Fortführungsinteresses die Wagschale zu dessen Gunsten senkt. Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß der Schutz des höherwertigen Interesses den Eingriff in ein geringerwertiges gegen Abfindung rechtfertigt, ist nur in der Beschränkung auf Notfälle erträglich, die, im einzelnen nicht voraussehbar, einer spezielleren Regelung unzugänglich sind, wegen ihres außerordentlichen Charakters einer solchen aber auch entraten können. Von den Notstandsfällen abgesehen vermag aber die Proportionalität der Interessen keine genügende Grundlage für die Tatbestandsgestaltung der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte und Eingriffspositionen abzugeben. Sie wäre eine Quelle unerträglicher Rechtsunsicherheit. Man mag den Beruf des Richters zu selbständiger Interessenwertung noch so hoch schätzen, in erster Linie ist die Einordnung der Interessen in die Skala der rechtlich geschützten Werte doch die ureigenste Aufgabe einer dem Richter übergeordneten Gesetzgebungsinstanz. So berechtigt die Betonung des prätorischen Einschlags auch im modernen Richteramte ist, so sehr wird der maßvolle Beurteiler von einer Generalklausel, die den Herrschaftsbereich des Abfindungsgedankens einfach durch die Höherwertigkeit des eingriffsgeschützten Interesses abgrenzen wollte, eine Diskreditierung der richterlichen Eigenwertung befürchten. Als Hilfsorgan des Gesetzgebers bei der Rechtsfindung unentbehrlich, würde der Richter durch eine inhaltslose General-

klausel dieser Art an die Stelle des Gesetzgebers gesetzt, ohne mit dessen genereller Befehlsgewalt ausgestattet zu sein. Nicht die Proportionalität der Interessen allein, wohl aber in Verbindung mit dem Notstand, d. h. mit der nur durch den Eingriff lösbaren Zwangslage des höherwertigen Interesses, vermag deshalb im Anschluß an § 904 BGB. die Grundlage für fruchtbare Analogien zu bieten. Gerade in dem großen Rahmen der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte gewinnt § 904 BGB. trotz seiner eine enge Auslegung begünstigenden Entstehungsgeschichte als zwar nicht adäquater, aber doch verhältnismäßig allgemeinster gesetzlicher Ausdruck der abfindungsbelasteten Eingriffsberechtigung in Fällen einer Zwangslage des höherwertigen Interesses des Eingreifers eine über sein unmittelbares Anwendungsgebiet weit hinausreichende Bedeutung. Nicht nur die entsprechende Anwendung auf Eingriffe in andere Rechtsgüter als Eigentum, in andere Sachenrechte oder Besitz, ja sogar in persönliche Rechtsgüter (persönliche Freiheit) erscheint durch das Werturteil des § 904 getragen, sondern die Entfaltung der in § 904 noch nicht voll entwickelten, aber unzweideutig zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Idee läßt es wohl sogar zu, schon heute § 904, wie dies Heck tut, auch auf Dauereingriffe anzuwenden. Die Schlußfolgerung, daß dann Ueberbau und Notweg nur noch als spezielle Ausgestaltungen des § 904 erscheinen und auch sonstige „Notservituten" auf Grund des § 904 zugelassen werden müssen, ist zwar unausweichlich, aber bei vorsichtiger Handhabung unbedenklich, ja sogar erwünscht. Selbst bei gewissen Kollisionen schuldrechtlicher Ansprüche — Repartitionszwangslage! — könnte wenigstens de lege ferenda der Grundgedanke des § 904 vielleicht für die Lösung ausnahmsweise (§ 279 BGB.) vorbildlich sein (Zulassung der verhältnismäßigen Kürzung der Sachgläubiger gegen billige Geldentschädigung).

Nicht in den Rahmen des eingangs gezeichneten Abfindungstyps gehört der in § 231 BGB. geregelte Fall der (offensiven) Putativselbsthilfe. Wenn hier auch ein Ersatzanspruch ohne Verschulden gewährt wird, so ist er doch keine Abfindung für einen

rechtmäßigen Eingriff, sondern beruht auf dem auch bei provisorischer Gerichtshilfe (§§ 89, 302, 600, 717 Abs. 2, 945 ZPO.) maßgebenden Gesichtspunkt, daß die objektiv unberechtigte Anspruchsverfolgung auf Kosten des Betreibenden geht — im Grunde genommen also auf demselben Gedanken, auf dem auch die Kostentragungspflicht im Prozeß (§§ 91 ff. ZPO.) ruht.

Eine andere Gruppe von Rechten, bei denen es sich fragt, ob sie im Anschluß an die Notstandsfälle unter dem Gesichtswinkel des Interessenausgleichs durch Abfindung betrachtet werden können, sind die Selbsthilfeverkaufsrechte, und zwar sowohl das des BGB. (§§ 383 ff.) als auch die des HGB. (§§ 373, 379 Abs. 2, 388 Abs. 2, 389, 391, 437 Abs. 2 S. 2). Daß hier Eingriffe in fremde Rechts-(Eigentums-)sphären gestattet werden, und zwar unter dem der Notstandslage verwandten Gesichtspunkt einer durch Annahmeverzug, drohenden Verderb der Ware, Unverhältnismäßigkeit der Verwahrungskosten oder unterlassene Verfügung verursachten Zwangslage des Schuldners, leuchtet ein. Die Frage ist also nur, ob diese Eingriffsgestattungen abfindungsbelastet sind. Beim Selbsthilfeverkauf des BGB. muß der Erlös, sofern ihn der Gläubiger nicht annimmt, hinterlegt werden, und der Selbsthilfeverkauf des HGB. erfolgt nach § 373 Abs. 3 HGB. für Rechnung des säumigen Gläubigers (Käufers); er hat also einen Anspruch auf den Erlös, soweit dieser nicht zur Befriedigung des fälligen Gegenanspruchs des Schuldners (Verkäufers) von diesem einbehalten werden darf. Ist man berechtigt, hier von Abfindung zu reden, oder ist hier nicht das Abfindungs-, sondern das Surrogationsprinzip wirksam? Wäre dieses auf die dingliche Surrogation in dem engen Sinne zu beschränken, daß bei fortdauernder Inhaltsidentität eines dinglichen Rechts lediglich ein Wechsel des Rechtsobjekts mit dinglicher Wirkung eintritt, dann könnte hier von Surrogation keine Rede sein. Denn nach richtiger (auch herrschender) Auffassung tritt bei jenen Selbsthilfeverkäufen der Erlös nicht mit dinglicher Wirkung an die Stelle der versteigerten Sache, sondern der Käufer hat nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf den Erlös, soweit er nicht zur Befriedigung des Ver-

käufers dient, im Gegensatz zu den Fällen der Fund- und Mobiliarpfandversteigerung (§§ 966 Abs. 2, 979 Abs. 2; 1247 S. 2 BGB.; §§ 397, 404; 410; 421; 440; 623, 627 HGB.), der pfandartigen Verwertung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (§ 371 HGB.) sowie der Immobiliarzwangsversteigerung (bezüglich der nicht durch den Zuschlag erlöschenden Rechte, §§ 91, 52 ZVG.), wo überall dingliche Surrogation für den Erlös gilt.

Allein das Surrogationsprinzip ist nicht auf die dingliche Surrogation in jenem engen Sinne beschränkt. Es wird auch in den zahlreichen Fällen wirksam, in denen die — jeweils verschieden umschriebenen — Surrogate eines Vermögensobjekts gerade um ihrer Surrogateigenschaft willen in irgendeiner Beziehung dieselbe rechtliche Behandlung erfahren wie der Vermögensgegenstand selbst, sei es, daß sie wie dieser als Bestandteil eines Sondervermögens behandelt werden, wofür die Sondervermögen des BGB. mit ihren mannigfachen Schattierungen des Surrogationsprinzips zahlreiche Beispiele bieten, oder daß ein Anspruch auf ein Vermögensobjekt neben diesem oder an seiner Stelle dessen Surrogate umfaßt, wie dies z. B. in den Fällen der §§ 281 Abs. 1 (Herausgabe des stellvertretenden commodum), 818 Abs. 1 BGB. der Fall ist. In allen diesen Fällen können auch schuldrechtliche Ansprüche Surrogateigenschaft haben, sei es als Surrogat eines dinglichen Rechts oder eines andern schuldrechtlichen Anspruchs. Auch Abfindungsansprüchen im Sinne der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte kann Surrogateigenschaft zukommen. So ist die Enteignung ein Schulfall der Eingriffsgestattung mit Abfindungspflicht, und doch ist die Entschädigungsforderung unzweifelhaft als Surrogat des enteigneten Grundstücks nicht nur vom Standpunkt der Grundpfandgläubiger aus, zu deren Gunsten dingliche Surrogation in jenem engen Sinn eintritt, sondern auch vom Standpunkt des Grundeigentümers aus zu betrachten, für dessen Vermögen die Entschädigungsforderung das wirtschaftliche Surrogat des enteigneten Grundstücks bildet: gehört das Grundstück zu einem Sondervermögen, so gehört als sein Surrogat auch die Entschädigungsforderung dazu.

Daraus folgt: Abfindungs- und Surrogationsprinzip schließen sich nicht aus. Die Fälle des Selbsthilfeverkaufs können also nicht aus dem Grunde aus dem Kreis der Abfindungsfälle ausgeschaltet werden, weil dem Anspruch des Käufers auf den Erlös nicht wohl die Surrogateigenschaft im Verhältnis zu dem Anspruch auf die Kaufsache abgesprochen werden kann. Aber sie scheiden aus einem andern Grunde als Abfindungsfälle aus: die Abfindung geht stets auf Kosten des Eingreifers, sie bedeutet stets eine Vermögensverschiebung zu Lasten des Eingreifers und zugunsten des Eingriffsbetroffenen, wenn sie auch möglicherweise — nicht immer — einen Ausgleich darstellt für eine in umgekehrter Richtung verlaufene, durch den Eingriff bewirkte Vermögensverschiebung. Von solcher Vermögensverschiebung zu Lasten des Eingreifers kann bei den Fällen des Selbsthilfeverkaufs keine Rede sein: der Versteigerungseingriff geht nicht auf Kosten des Verkäufer-, sondern des Käufervermögens; der Käufer erhält statt der Ware nur den Erlös, der Verkäufer behält nach wie vor seinen Anspruch auf den Kaufpreis, ja er kann ihn unter Umständen durch Einbehaltung des Erlöses sofort verwirklichen. In den Fällen des Selbsthilfeverkaufs wird also *nur* das Surrogations-, nicht auch das Abfindungsprinzip wirksam.

Endlich ist bei den abfindungsbelasteten Eingriffen in das Eigentum auch der Fälle des gutgläubigen Rechtserwerbs und des formalen Eigentumserwerbs zu gedenken. Häufig entsteht ein ganz einseitiges Bild von der Tragweite des in solchem Rechtserwerb enthaltenen Interessenschutzes, zumal beim Erwerb kraft guten Glaubens, weil man nur an die dingliche Bevorzugung des Erwerbers und nicht zugleich an den schuldrechtlichen Ausgleich des Rechtsverlustes nach Bereicherungsrecht (§§ 816; 951, 977 BGB.) denkt. Indessen um abfindungsbelastete Eingriffsrechte handelt es sich hier nicht. Zwar wäre es möglich, die ausgleichenden Bereicherungsansprüche als Abfindung zu betrachten, wenn schon zu beachten ist, daß sie sich in den Fällen des gutgläubigen Erwerbs regelmäßig nicht gegen den Erwerber, sondern gegen den unbefugt Verfügenden richten. In keinem Falle aber

handelt es sich um einen dem Erwerber gestatteten Eingriff in eine fremde Rechtssphäre. Im Gegenteil: wenn man beim gutgläubigen Erwerb von einem Eingriff reden will, so ist es die Verfügung des Nichtberechtigten, und die ist zwar — kraft des guten Glaubens des Erwerbers — wirksam, aber keineswegs rechtmäßig; beim formalen Eigentumserwerb aber ist eine Eingriffshandlung des Erwerbers, wenn sie überhaupt vorliegt, nicht das Wesentliche, sondern der Rechtserwerb ist im Interesse der Sicherheit und Klarheit der Eigentumsverhältnisse an einen objektiven Tatbestand geknüpft, der in vielen Fällen eine Eingriffshandlung des Erwerbers gar nicht enthält. Und wo dies doch der Fall ist, wie z. B. bei der Verarbeitung, da hängt der Rechtserwerb keineswegs davon ab, ob der Verarbeiter berechtigt war, die Verarbeitung vorzunehmen oder nicht. Der ausgleichende Bereicherungsanspruch fällt gerade dann weg, wenn der Verarbeiter ein Recht auf den verarbeiteten Stoff hatte.

Aehnlich ist auch die Stellung des Nießbrauchers zu den Uebermaß- und Raubbaufrüchten (§ 1039 BGB.): er erwirbt sie mit der Trennung, hat aber kein Recht auf sie und ist gerade deshalb einem ausgleichenden Werts-, wenn nicht gar wegen Verschuldens einem Schadensersatzanspruch ausgesetzt. Ein echtes abfindungsbelastetes Eingriffsrecht enthält dagegen § 1377 Abs. 3 BGB.: dem aus dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrecht entspringenden Recht zum Eingriff in die nicht in Geld bestehenden verbrauchbaren Sachen des eingebrachten Frauenguts steht der Ausgleich durch einen Wertsersatzanspruch gegenüber. Durch den Inhalt des Abfindungsanspruchs den Surrogationsgedanken verwirklichend, aber der rechtlichen Struktur nach trotz der dinglichen Wirkung der tatsächlich erfolgten Einverleibung des Ersatzstücks doch auch zu den Abfindungsfällen gehörig, sind die Verfügungsrechte des Pächters und des Nießbrauchers hinsichtlich des Grundstückinventars in §§ 588, 1048 BGB. geregelt.

Als abfindungsbelastete Rechte zum Eingriff in fremdes Eigentum stellen sich nach § 258 BGB. auch die Wegnahmerechte (§§ 500 S. 2, 547 Abs. 2 S. 2, 581 Abs. 2, 601 Abs. 2, 997, 1049

Abs. 2, 1093, 1216, 2125 BGB.) jedenfalls insoweit dar, als die Einrichtung, die der Berechtigte wegnehmen darf, zu einem wesentlichen Bestandteil der von ihm herauszugebenden, dem Herausgabeberechtigten gehörenden Sache geworden ist. Der Grund, warum diese Wegnahmerechte abfindungsbelastet sind, liegt darin, daß der Herausgabeberechtigte zwar keinen Anspruch auf die wegzunehmende Einrichtung, wohl aber auf Wiederherstellung des status quo ante, sei es in natura oder wenigstens — soweit diese Wiederherstellung unmöglich ist oder sonst unterbleibt — in der Form des Geldersatzes hat. Der Wegnahmeeingriff soll nicht zu Lasten des wegnahmebetroffenen Herausgabeberechtigten, sondern auf Kosten des wegnahmeberechtigten Herausgabepflichtigen gehen. Daher der Abfindungsanspruch des Wegnahmebetroffenen auf kostenfreie Wiederherstellung des vorigen Zustands oder doch auf Geldersatz des mit der Wegnahme verbundenen Schadens. Dieser Abfindungsanspruch zeigt eine Besonderheit, aus der die Absicht des Gesetzgebers, durch Interessenabwägung zu einem Interessenausgleich zu gelangen, besonders handgreiflich zu erkennen ist. Liegt nämlich in der Wegnahme nur ein Eingriff in das Eigentum des Herausgabeberechtigten (an dem wesentlichen Bestandteil), weil der Wegnahmeberechtigte noch im Besitz der Sache ist, dann hat es bei der Regel, daß die Abfindung nicht Voraussetzung, sondern Rechtsfolge des Eingriffs ist, sein Bewenden. Liegt dagegen in der Wegnahme ein Eingriff nicht nur in das Eigentum, sondern zugleich in den Besitz des Herausgabeberechtigten, weil er den Besitz der Sache samt Einrichtung bereits erlangt hat, dann wiegt Eigentum und Besitz so schwer, daß der Wegnahmeeingriff abweichend von der Regel nicht unbedingt, ohne Rücksicht auf die Erbringung der Abfindung, gestattet, sondern — wie in den Fällen der §§ 867, 1005 BGB. — die Eingriffsgestattung zwar nicht von der vorgängigen Leistung, wohl aber von der vorgängigen Sicherstellung der Abfindung abhängig gemacht ist. Diese Ausnahme ist durch die Sachlage geboten. Einmal handelt es sich um eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen zwei Personen, die bereits durch

das die Herausgabepflicht begründende Rechtsverhältnis vermögensrechtlich miteinander verknüpft sind. Ueberdies ist auch hier die Sicherheitsleistung nicht zur Voraussetzung der Rechtmäßigkeit des Wegnahmeeingriffs gemacht, sondern dem Eingriffsbetroffenen nur eine aufschiebende Einrede gegeben. Der letzte Grund der Ausnahme ist auch hier darin zu sehen, daß dem Eingriffsinteresse die elementare Wucht abgeht, die ihm zumal in den Notstandsfällen innewohnt.

Ist die wegzunehmende Einrichtung nicht wesentlicher, sondern nur unwesentlicher Bestandteil oder gar nur Zubehör der herauszugebenden Sache — abgesehen von dem Fall des § 997 BGB. ist das schwerlich als ausgeschlossen zu bezeichnen —, dann kann und wird in der Regel die Einrichtung dem Wegnahmeberechtigten noch gehören. In diesem Fall stellt nicht die Wegnahme der Einrichtung selbst, wohl aber die damit oder schon mit der Anbringung der Einrichtung verbundene Aenderung des Zustands der herauszugebenden Sache einen Eingriff in das Eigentum des Herausgabeberechtigten dar, der des Ausgleichs durch Abfindung bedarf. Nur dann würden die Wegnahmerechte den Rahmen der Eigentums eingriffe überschreiten, wenn die Wegnahme der Einrichtung eine nicht die herauszugebende Sache betreffende Schädigung des Herausgabeberechtigten zur Folge hätte. In § 258 BGB. ist jedoch an solche Schädigungen offenbar nicht gedacht, sondern die Abfindung auf die Wiederherstellungs- und Ersatzpflicht bezüglich der herauszugebenden Sache selbst beschränkt. Man wird deshalb die Wegnahmerechte in allen Fällen als abfindungsbelastete Eigentums eingriffsrechte bezeichnen dürfen. Wir werden ihnen nochmals begegnen, jedoch mit vertauschten Rollen: die Wegnahmerechte sind nicht nur abfindungsbelastete Eingriffsrechte, sondern umgekehrt auch — gleich dem Verwendungsersatz — selbst Abfindungsrechte, mit denen die Herausgabeansprüche der Wegnahmebetroffenen belastet sind. Insofern gehören sie aber nicht zu den Eigentums eingriffsrechten.

Keine abfindungsbelasteten Eingriffsrechte sind der recht-

lichen Struktur nach in den heutigen Vorschriften über die große Haverei (§§ 700 ff. HGB.) zu erblicken. Denn — im Gegensatz zur lex Rhodia de jactu — ist es heute nicht so, daß der Schiffer selbst, der den Eingriff vornimmt, den Betroffenen entschädigungspflichtig ist und sich nur seinerseits an die Interessenten halten kann, sondern der Schaden wird unmittelbar auf diese verteilt. Vom Standpunkt des Interessenausgleichs aus gesehen ist dagegen die nahe Verwandtschaft mit den abfindungsbelasteten Eingriffsrechten nicht zu leugnen: die Vermögensobjekte, in deren gemeinsamem Interesse der Eingriff gestattet ist, haben gemeinsam für den Schaden der Eingriffsbetroffenen aufzukommen.

Von den begrenzten dinglichen Rechten bietet das Erbbaurecht der das BGB. für die Zukunft ersetzenden VO. vom 15. Januar 1919 (RGBl. S. 72) Beispiele abfindungsbelasteter Eingriffsrechte. In erster Linie gehört der Heimfallsanspruch des Grundeigentümers hierher (§ 2 Ziff. 4, §§ 32 ff.). Von allen bisher besprochenen Eingriffsrechten unterscheidet sich der Heimfallsanspruch allerdings nicht nur dadurch, daß er in erster Linie einen Eingriff in das (begrenzte) Erbbaurecht und nur mittelbar einen Eigentumseingriff darstellt, sofern durch den Heimfall der Erbbauberechtigte auch des Eigentums am Bauwerk verlustig geht, vielmehr ist auch Inhalt und Rechtsgrund der Eingriffsgestattung verschieden. Die besprochenen Eigentumseingriffe bestanden inhaltlich in eigentumswidrigen Handlungen, der Heimfallsanspruch dagegen besteht in dem Recht des Grundeigentümers, die Uebertragung des Erbbaurechts vom Erbbauberechtigten auf sich zu verlangen. Berührt dort die Eingriffshandlung des Eingriffsberechtigten unmittelbar das eingriffsbetroffene Recht, so beruht beim Heimfallsanspruch der Eingriff nur mittelbar auf einer Handlung des Eingriffsberechtigten, nämlich auf dem Uebertragungsbegehren des Grundeigentümers, unmittelbar aber auf einer Handlung des Eingriffsbetroffenen selbst, der durch seine Zessionserklärung sich des Erbbaurechts zugunsten des Grundeigentümers begibt. Aber sofern diese Zession des Erbbaurechts

auf das rechtlich geschützte Begehren des Grundeigentümers zurückzuführen ist, kann man den Heimfallsanspruch — wie jeden Auflassungsanspruch oder sonstigen Anspruch auf Uebertragung oder Aufgabe eines dinglichen Rechts — seinem Interessengehalt nach doch unter dem Gesichtspunkt des Eingriffsrechts betrachten; dem Umfang nach geht dieser Eingriff sogar weiter als in den bisher besprochenen Fällen: er bedeutet nicht bloße partielle Rechtsverletzung, sondern Totalverlust des eingriffsbetroffenen Rechts. Der Verschiedenheit des Eingriffsinhalts reiht sich die Verschiedenheit des Rechtsgrundes der Eingriffsgestattung an. Die Rechtmäßigkeit jener Eigentumseingriffe ruht ausschließlich und unmittelbar auf gesetzlicher Zulassung, die des Heimfallsanspruchs auf dem — freilich ebenfalls gesetzlich sanktionierten — Parteiwillen. Wir werden jedoch auch sonst „gewillkürte" Eingriffsrechte neben den „gesetzlichen" kennen lernen. Gehört demnach der Heimfallsanspruch zum Kreis der Eingriffsrechte überhaupt, so gewiß zu der Kategorie der abfindungsbelasteten; die vom Grundeigentümer dem Erbbauberechtigten nach § 32 der VO. zu gewährende angemessene Vergütung ist der Typ einer Abfindung. Der Totalität des Eingriffs entspricht es, daß die Vergütung nicht etwa bloß für das Bauwerk, sondern „für das Erbbaurecht" zu gewähren ist.

Dieser umfassende Charakter der in § 32 beim Heimfallsanspruch bestimmten Vergütung legt einen Vergleich mit der Entschädigung nahe, die nach § 27 derselben VO. beim Erlöschen des Erbbaurechts vom Grundeigentümer dem Erbbauberechtigten „für das Bauwerk" zu leisten ist. Weil hier der Berechtigte seines Erbbaurechts nicht durch eine Eingriffshandlung des Grundeigentümers, sondern durch die von vornherein feststehende Tatsache des Zeitablaufs verlustig geht, kommt auch keine Abfindung *für das Erbbaurecht* in Frage. Die Entschädigung für *das Bauwerk* hat allerdings ebenfalls den Charakter einer Abfindung, aber nicht für das erloschene Erbbaurecht, sondern nur für den damit verbundenen Verlust des Eigentums am Bauwerk. Gehört um dieses Abfindungscharakters der Entschädigung wil-

len auch der Fall des § 27 zu den abfindungsbelasteten Eingriffsrechten? Diese Frage scheint auf den ersten Blick schlechthin verneint werden zu müssen, weil eben kein Eingriff des Grundeigentümers, sondern der Zeitablauf den Rechtsverlust herbeigeführt hat. Bedenkt man aber, daß nach Abs. 3 der Grundeigentümer seine Entschädigungsverpflichtung dadurch abwenden kann, daß er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks verlängert, so wird man doch auch im Falle des § 27 von einem abfindungsbelasteten Eingriffsrecht, zum mindesten der Interessenwirkung nach, sprechen dürfen. Die Form dieses Eingriffsrechts zeigt allerdings besonderes Gepräge: die Eingriffshandlung des Grundeigentümers ist negativer Art; sie besteht in der Nichtverlängerung des Erbbaurechts vor seinem Erlöschen, also in einer Unterlassung. Die Kausalität dieser negativen Eingriffshandlung für den Verlust des Bauwerkseigentums ist aber in dem juristischen Sinne unbestreitbar, in dem von der kausalen Bedeutung einer Unterlassung überhaupt geredet werden kann. Dem Inhalt dieser negativen Eingriffshandlung entspricht der Inhalt der Abfindung: wenn und weil der Grundeigentümer es unterläßt, das Erbbaurecht für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks zu verlängern, und dadurch den Verlust des Bauwerkseigentums durch den Erbbauberechtigten herbeiführt, muß er gerade für das Bauwerk eine Entschädigung geben. Allerdings ist jene Unterlassung der Rechtsverlängerung nicht bloß für den Verlust des Bauwerks, sondern für den Verlust des Erbbaurechts überhaupt kausal, aber soweit es sich nicht um das Bauwerk handelt, ist der Eingriff abfindungsfrei; erscheint es dem Gesetzgeber billig und im Interesse des Bauwerks zweckmäßig, den Erbbauberechtigten für das Bauwerk entsprechend zu entschädigen, so ist es ebenso natürlich, daß er den vertragsmäßig in Aussicht genommenen Verlust des Erbbaurechts durch Zeitablauf ersatzlos tragen muß. Mit der Verlegung des abfindungsbelasteten Eingriffs in jene Unterlassung der Rechtsverlängerung stimmt auch der Wegfall der Abfindung bei Ablehnung der Verlängerung seitens des Erbbauberechtigten

überein: will der Grundeigentümer den Eingriff durch Verlängerung des Erbbaurechts vermeiden, dann hat der Erbbauberechtigte kein Recht auf Abfindung für den Eingriff, weil er ihn selbst durch seine Weigerung herbeigeführt hat.

Bemerkenswert ist, daß die Abfindung sowohl nach § 32 als nach § 27 in Fällen des sozialen Kleinwohnungsbaues aus sozialpolitischen Gründen in erheblichem Umfang obligatorisch ist. Insoweit liegen wie in allen bisher besprochenen Fällen notwendig abfindungsbelastete Eingriffsrechte vor, im übrigen ist die Abfindungsbelastung nur dispositiv.

Eine dispositive Abfindungsbelastung liegt auch bei solchen Grunddienstbarkeiten vor, in deren Ausübung der Berechtigte eine Anlage auf dem belasteten Grundstück hält: ihn, nicht den Eigentümer trifft, soweit dessen Interesse reicht, die Pflicht, die Anlage zu unterhalten, § 1020 Satz 2 BGB. Der besondere Fall der servitus tigni immittendi gehört dagegen in der Regel nach BGB. — im Gegensatz zum römischen Recht — nicht hierher, da sie nach § 1022 BGB. im Zweifel zugleich eine servitus oneris ferendi ist.

Als zweite Hauptgruppe der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte schließt sich den Rechten zum Eingriff in Eigentum und andere Sachenrechte eine Gruppe an, bei der es sich um einen Eingriff in die Freiheit des Eingriffsbetroffenen handelt. Wie im Deliktsrecht § 823 Abs. 1 BGB. neben die Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung absoluter Rechte die wegen schuldhafter Verletzung qualifizierter Rechtsgüter setzt, so hat die Abfindung wegen berechtigten Eingriffs in ein absolutes Recht ein Gegenstück in der Abfindung wegen Eingriffs in die gewerbliche Freiheit des Eingriffsbetroffenen. Das ist der Fall des Konkurrenzverbots, in der uns das wichtigste abfindungsbelastete Eingriffsrecht des HGB. entgegentritt. Zu einem solchen ist es allerdings erst durch die Novelle von 1914 geworden (§§ 74 ff. HGB. in der Fassung des Gesetzes vom 10. Juni 1914, RGBl. S. 209). Die Grundlage der Eingriffsgestattung ist hier wie bei den erbbaurechtlichen Fällen nicht unmittelbar das Gesetz, sondern die Parteiverabredung zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen;

es handelt sich um vertragsmäßige Konkurrenzverbote, um Konkurrenzklauseln. Zum Unterschied von den erbbaurechtlichen Fällen beruht aber hier nicht nur die Eingriffsgestattung, sondern auch die als Abfindung zu zahlende Entschädigung auf Vertrag. Die Abfindungspflicht ist keine gesetzliche Folge der Konkurrenzklausel, sondern entspringt einer vertraglichen Verpflichtung des Prinzipals; der gesetzliche Entschädigungszwang ist nur ein mittelbarer, sofern die Konkurrenzklausel ohne Entschädigungsklausel in der Regel unverbindlich ist, § 74 Abs. 2. Allerdings nur in der Regel, denn manchmal ist die Konkurrenzklausel auch ohne Entschädigungsklausel verbindlich, manchmal trotz Entschädigungsklausel unverbindlich. Das Konkurrenzverbot nach der Novelle ist ein Schulbeispiel für die drei Möglichkeiten des Eingriffsverbots, der Eingriffsgestattung mit Abfindungspflicht und der abfindungsfreien Eingriffsgestattung, die hier sämtlich bei demselben Eingriff verwirklicht sind. Fälle eines absoluten Eingriffsverbots sind enthalten in § 74 a, nach dem die Konkurrenzklausel unter bestimmten Voraussetzungen oder in bestimmtem Umfang von vornherein unverbindlich ist, und in § 76 Abs. 1 S. 2, wonach bei Handlungslehrlingen die Konkurrenzklausel nichtig ist, ferner in §§ 75 Abs. 1 und 2; § 75 a und § 75 c, wonach die Konkurrenzklausel unter gewissen Voraussetzungen nachträglich unwirksam wird. Diesen Fällen des absoluten Eingriffsverbots stehen Fälle der absoluten, d. h. abfindungsfreien Eingriffsgestattung gegenüber; das sind die Fälle des § 75 b, in denen die Konkurrenzklausel von vornherein ohne Entschädigungsklausel verbindlich ist, und der Fall des § 75 Abs. 3, in dem die Konkurrenzklausel trotz nachträglichen Hinfälligwerdens der Entschädigungsklausel wirksam bleibt. Zwischen den beiden Extremen stehen Fälle der Eingriffsgestattung mit Abfindungspflicht; das ist der Regelfall des § 74 Abs. 2 und außerdem der Spezialfall des § 75 Abs. 2, 1. Satz am Ende, der eine Gegenausnahme von der in diesem Abs. 2 bei grundloser Kündigung des Prinzipals ausnahmsweise bestimmten absoluten nachträglichen Unwirksamkeit der Konkurrenzklausel darstellt. Eingriffsgestattung mit Abfindungspflicht als Regel

für den „Kern" des Tatbestandskomplexes, Eingriffsverbot und abfindungsfreie Eingriffsgestattung für gewisse an der „Peripherie" gelegene Ausnahmefälle — dieser Typ der Eingriffsnormierung ist auch bei anderen Eingriffstatbeständen der rechtspolitischen Beachtung und gegebenenfalls Nachahmung wert. Auch die Art der Abfindung ist typisch. Sie verwirklicht mit besonderer Deutlichkeit den Grundsatz der Korrespondenz zwischen Eingriff und Abfindung. Weil ein Dauereingriff (von allerdings längstens zwei Jahren) in die Erwerbsfreiheit des Eingriffsbetroffenen durch die Abfindung auszugleichen ist, deshalb besteht die Entschädigung nach §§ 74 Abs. 2, 74 b, 75 Abs. 2 S. 1 am Ende in der (regelmäßig partiellen) periodischen Fortreichung der vertraglichen Bezüge an den Handlungsgehilfen. Diesem speziellen Abfindungszweck entspricht auch die konkurs- und vollstreckungsrechtliche Behandlung der Entschädigungsleistungen als Dienstbezüge (§ 75 e) und die Anrechnung anderweitigen tatsächlich gemachten oder böswillig unterlassenen Erwerbs (§ 74 c), ebenso auch die einjährige Fortdauer der Entschädigungspflicht bei Wegfall des Konkurrenzverbots durch Verzicht des Prinzipals (§ 75 a).

Obwohl Eingriffe in persönliche Rechtsgüter oder Sachenrechte ausgleichend, gehören nicht in allen Fällen, ja nicht einmal in der Regel zu den abfindungsbelasteten Eingriffsrechten die Fälle der Gefährdungshaftung, sei es für Personen- oder Sachschäden, zumal die Haftung für Eisenbahn-, Automobil- oder Luftfahrzeugunfälle. Dürfte man allerdings schon die Aufnahme des gefährlichen Betriebs als Eingriffshandlung auffassen, dann wären alle Fälle der Gefährdungshaftung den abfindungsbelasteten Eingriffsrechten zuzurechnen, da die Betriebsaufnahme stets rechtmäßig ist. Allein in ihr ist doch gerade erst eine Gefährdung fremder Interessensphären und noch nicht ein Eingriff in diese zu sehen. Vielmehr ist ein solcher erst in den Einzelvorgängen zu erblicken, durch die jene Betriebsgefahr verwirklicht wird. Die Einbeziehung der Gefährdungshaftung in den Kreis der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte hängt also davon ab, ob jene Einzelvorgänge rechtmäßige Eingriffshandlungen darstellen oder nicht. Hier sind drei

Fallgruppen zu unterscheiden: bei der ersten Gruppe enthält der gefahrverwirklichende Einzelvorgang überhaupt keine menschliche Handlung, wie z. B. unter Umständen bei der Tierhaftung (§ 833 BGB.); in andern Fällen liegt zwar eine Eingriffshandlung vor, aber sie ist rechtswidrig, z. B. das Ueberfahren eines Menschen durch ein Kraftfahrzeug. Diese beiden Fallgruppen scheiden hier aus. Nur bei einer dritten Gruppe wird man das Vorliegen einer rechtmäßigen Eingriffshandlung nicht leugnen dürfen, will man den Begriff der Eingriffshandlung nicht künstlich einengen; hierher gehört z. B. der Funkenflug der Eisenbahn, um dessentwillen das betriebstechnisch notwendige Heizen der Maschine keinesfalls rechtswidrig wird, oder unter Umständen die Notlandung eines Flugzeugs; entscheidend wird sein, ob das Eingriffsinteresse von der Rechtsordnung so hoch gewertet wird, daß sie nicht bloß die Aufnahme des gefährlichen Betriebs überhaupt, sondern auch die einzelne Eingriffshandlung selbst dann gestattet, also Notwehr gegen sie ausschließt, wenn sie im konkreten Fall die Verwirklichung der Betriebsgefahr zur adäquaten Folge hat. Nur in solchen Fällen gehört die Gefährdungshaftung zum Bereich der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte.

Die dritte Hauptgruppe der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte und Eingriffspositionen steht praktisch in vorderster Reihe; an Vielgestaltigkeit und Zahl der Anwendungsfälle ist sie sowohl im BGB. als im HGB. unübertroffen. Man kann sie die Gruppe der *abfindungsbelasteten Vernichtungsrechte* nennen. Dahin gehören all die abfindungsbelasteten Anfechtungs-, Rücktritts-, Widerrufs-, Kündigungsrechte. Gemeinsam ist allen die Vernichtung eines Rechts oder einer Rechtsposition. Es scheint demnach, als ob diese Gruppe nicht durch das Eingriffsobjekt, sondern durch die Art des Eingriffs gekennzeichnet werde. Doch wird die Eigenart auch dieser Gruppe wie die der Konkurrenzklauselfälle nicht bloß durch die Eingriffsart, sondern auch durch das Eingriffsobjekt bestimmt. Der Eingriff richtet sich weder gegen absolute Rechte noch gegen gleichgestellte „qualifizierte" Rechtsgüter, sondern gegen relative Rechte, und zwar

praktisch stets, bei den meisten Fallgruppen sogar begriffsnotwendig gegen Rechtsgeschäfte, zumal Verträge, oder genauer: gegen rechtsgeschäftlich begründete Rechte oder Rechtspositionen, insbesondere gegen Vertragsrechte, also in vielen, wenn auch keineswegs in allen Fällen gegen Schuldrechte. Wesentlich für die Eigenart des Eingriffsobjekts ist hienach der relative Charakter der eingriffsbetroffenen Rechtsposition. Auch die Form des Eingriffs weist ein gemeinsames Merkmal auf: er enthält stets eine Erklärung des Eingriffsberechtigten, teils neben anderen Tatbestandselementen, in der Regel sogar ohne solche.

Von den einzelnen Gruppen der abfindungsbelasteten Vernichtungsrechte sind der Wirkung nach die abfindungsbelasteten Anfechtungsrechte vermöge der Nichtigkeitsfolge der Anfechtung ex tunc am einschneidendsten. Hierher gehört nicht nur das allgemeine Anfechtungsrecht wegen Irrtums (§§ 119, 122 BGB.), sondern auch das spezielle Eheanfechtungsrecht wegen Irrtums (§§ 1332, 1333 i. V. mit § 1346 S. 2; §§ 1350, 1351 BGB.). Gerade bei diesen Anfechtungsrechten zeigt sich die Tragweite des beiderseitigen Interessenschutzes erst in der Verkoppelung des Vernichtungsrechts mit der Abfindungsbelastung. Deren Grund liegt in allen Fällen in der Schutzwürdigkeit des durch die Anfechtung zuschanden gewordenen berechtigten Vertrauens des andern Teils auf die Gültigkeit der Willenserklärung oder der Eheschließung (vgl. die Ausnahme bei culpa — §§ 122, 1346 — oder doch bei dolus des andern Teils — § 1351). Drückt sich das Ziel des Vertrauensschutzes bei § 122 auch im Abfindungsinhalt aus, sofern er das Vertrauensinteresse umfaßt, so geht der Abfindungsinhalt in den Eheanfechtungsfällen noch darüber hinaus, indem er nach Ehescheidungsgrundsätzen sich regelt: der abfindungsbelastete Ehegatte muß in weiterem (§ 1346) oder engerem Umfang (§ 1351) vermögensrechtlich wie ein geschiedener und allein für schuldig erklärter Ehegatte sich behandeln lassen. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß hier — im Gegensatz zu § 1345 — von einer Umdeutung einer tatsächlich vorhandenen Schuld — Eheschließung trotz Kenntnis des Nichtigkeitsgrunds —

in eine Alleinschuld an Ehescheidung nicht die Rede sein kann; die Pflichten des Anfechtenden nach §§ 1346, 1351 sind nicht Ersatz für begangenes Unrecht, sondern Abfindung für den in der Anfechtung liegenden Eingriff, für das durch die Anfechtung zuschanden gewordene Vertrauen des Betroffenen auf die Ehegültigkeit.

Abfindungsbelastete Rücktrittsrechte sind sowohl dem BGB. als dem HGB. bekannt. Zwar scheidet das vertragsmäßige Rücktrittsrecht der §§ 346 ff. BGB. (und ebenso das Wandlungsrecht der §§ 465, 634) aus, weil die Rückgewährpflicht nicht eine Abfindung für die Ausübung des Rücktrittsrechts ist; liegt sie doch beiden Parteien in gleicher Weise ob. Dagegen ist ein abfindungsbelastetes Rücktrittsrecht unverkennbar beim Rücktritt gegen Reugeld gegeben, sei es, daß er auf Grund eines entsprechenden Vorbehalts zulässig ist (§ 359 BGB.) oder daß eine Draufgabe in Abweichung von der Rechtsvermutung des § 336 Abs. 2 BGB. als Reugeld zu gelten hat. Beachtenswert ist die hier gewiß unbedenkliche, ja erwünschte Abhängigmachung nicht nur der Rechtmäßigkeit, sondern sogar der Wirksamkeit des Rücktritts von der vorgängigen oder doch unverzüglichen Entrichtung des Reugeldes im Falle des § 359. Immerhin ist auch hier die Zahlung der Abfindung nicht zur positiven Voraussetzung des Rücktrittsrechts gemacht, sondern die Beanstandung ihres Mangels dem Belieben des Eingriffsbetroffenen anheimgegeben. Des weiteren mag man an den Rücktritt vom Erbvertrag nach §§ 2295, 2297 BGB. dann denken, wenn die Aufhebung der Versorgungspflicht des Bedachten auf einem Verzicht des Erblassers beruht. Denn dieser Verzicht könnte als Abfindung des Bedachten angesehen werden. Indessen ist die Aufhebung der Versorgungspflicht des Bedachten Voraussetzung des Rücktrittsrechts, nicht Rechtsfolge seiner Ausübung. Aus demselben Grunde erfüllen die Aufhebungsrechte, in die sich das Rücktrittsrecht beim zweiseitigen Erbvertrag nach § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB. und ebenso das Widerrufsrecht beim wechselbezüglichen gemeinschaftlichen Testament nach § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB. mit dem Tode des andern Teils verwandeln,

den Typ des abfindungsbelasteten Vernichtungsrechts nicht: die Ausschlagung des Zugewendeten durch den Ueberlebenden ist Voraussetzung, nicht Folge des Aufhebungsrechts. Ueberdies kann diese Ausschlagung nicht wohl als „Abfindung" bezeichnet werden; sie kommt keineswegs immer dem Eingriffsbetroffenen, d. h. dem durch die Ausübung des Aufhebungsrechts Geschädigten zugute, und selbst wo dies der Fall ist, wie es namentlich bei gegenseitigen Bedenkungen (vgl. § 2270 Abs. 2) vorkommen kann, ist doch nicht in dieser Begünstigung des Eingriffsbetroffenen, sondern in dem mit der Ausschlagung gegebenen Verzicht des Ueberlebenden auf die Vorteile aus dem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament der Grund für die Eingriffsgestattung (die Aufhebung der Verfügung des Ueberlebenden) zu erblicken. Endlich ist unter den Rücktrittsfällen des BGB. noch der Rücktritt vom Verlöbnis zu erwähnen. So sehr man auf den ersten Blick geneigt sein mag, in den §§ 1298 ff. BGB. ein abfindungsbelastetes Rücktrittsrecht zu finden, so verfehlt erscheint die Annahme, wenn man bedenkt, daß gerade der berechtigte Rücktritt vom Verlöbnis keine Ersatzpflicht des zurücktretenden Verlobten zur Folge hat. Die Ansprüche aus §§ 1298 ff. sind nicht Abfindung für die Duldung berechtigten Eingriffs, sondern Ersatz für begangenes Unrecht, mag man den Verlöbnisbruch als Vertragsverletzung oder als Delikt auffassen.

Häufiger als im BGB. finden sich abfindungsbelastete Rücktrittsrechte im HGB. So in § 428 Abs. 2 HGB. beim Frachtgeschäft: das Rücktrittsrecht des Absenders wegen zeitweiligen, von ihm nicht verschuldeten Reisehindernisses ist, sofern den Frachtführer kein Verschulden trifft, abfindungsbelastet. Die Abfindung besteht in einer Teilentschädigung, die auch, aber nicht ausschließlich die Distanzfracht enthält. Vor allem aber bietet das Seerecht Beispiele abfindungsbelasteter Rücktrittsrechte. Auch hier kommen vor allem Vorschriften des Güterfrachtgeschäfts in Betracht. Als Schulbeispiele abfindungsbelasteter Rücktrittsrechte können die Bestimmungen über Rücktritt des Befrachters vom Frachtvertrag gegen Fautfracht, §§ 580 ff. HGB., bezeichnet

werden. Zu beachten ist insbesondere der nach dem beiderseitigen Interessengewicht sorgfältig abgestufte Umfang der Entschädigungspflicht, die bald nur die Fautfracht in verschiedener Höhe, bald noch weitere Posten umfaßt, je nachdem die Reise noch nicht angetreten (§ 580), Ladung bereits geliefert (§ 581) oder die Reise schon angetreten ist (§ 582), je nachdem es sich um eine einfache oder zusammengesetzte Reise (§§ 583, 584), um eine Voll- oder bloße Teilverfrachtung des Schiffes (§ 587) oder um bloße Stückfracht (§§ 588, 589) handelt. Beachtenswert ist auch die Differenzierung hinsichtlich des Verhältnisses von Eingriffsgestattung und Abfindung. Während es im Falle des Rücktritts vor Reiseantritt bei der Regel verbleibt, daß der Abfindungsanspruch lediglich Rechtsfolge des Eingriffs und nicht seine Erfüllung Voraussetzung der Eingriffsgestattung ist (§§ 580, 581), wird im Falle des Rücktritts nach Reiseantritt die Eingriffsgestattung, d. h. das Rücktrittsrecht und der Wiederausladungsanspruch, von der Berichtigung oder zum Teil wenigstens von der Sicherstellung der Entschädigungsforderungen abhängig gemacht (§ 582: ... nur gegen Berichtigung ...): eine durch die Schwere des Rücktrittseingriffs nach Reiseantritt durchaus gerechtfertigte Verschiebung zugunsten des Verfrachters. Endlich mögen noch die Gleichstellung der Nichtlieferung der Ladung während der Wartezeit durch den Befrachter mit seinem Rücktritt (§ 585) — ein durch die Gleichheit der entscheidenden Interessen gerechtfertigtes Analogiegebot — und die Anrechnung oder Nichtanrechnung von Gegenvorteilen des Verfrachters auf die Fautfracht (§§ 584, 586 Abs. 1 und 2, 587 Ziff. 1 Abs. 2, 588 Abs. 2 S. 2) als weitere Beweise für die Fähigkeit des Typs der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte hervorgehoben werden, sich jeder Verschiebung des Schwergewichts der Interessenlage anzupassen. — Neben den Bestimmungen über Fautfracht sind die Vorschriften über die Einwirkung von Zufällen auf den Frachtvertrag in Betracht zu ziehen. Zwar scheidet hier ein großer Teil der Fälle ohne weiteres deshalb aus, weil der Zufall ipso jure den Vertrag beendigt (§§ 628, 630, 633), ein anderer Teil deshalb, weil von einer Abfindung gar nicht die

Rede sein kann (§ 629). In Betracht kommen dagegen die Rücktrittsrechte wegen Verfügung von hoher Hand oder Kriegsausbruchs *nach* Reiseantritt, deren Ausübung seitens des Befrachters oder des Verfrachters die Verpflichtung des Befrachters zur Bezahlung von Distanzfracht zur Folge hat (§ 634 Abs. 5); das Rücktrittsrecht des Befrachters scheint also abfindungsbelastet zu sein. Indessen zeigt die Tatsache, daß die Distanzfracht auch beim Rücktritt des Verfrachters vom Befrachter zu zahlen ist, daß hier die *ausschließlich* in der Distanzfracht bestehende Entschädigung nicht den Charakter einer Abfindung des Rücktrittsgegners für die Rücktrittsduldungspflicht hat, sondern geradeso wie beim vertragsmäßigen Rücktrittsrecht des BGB. die Vergütungspflicht nach § 346 Abs. 2 BGB. *lediglich* als Ersatz für die in Natur unmögliche Rückgewähr geleisteter Arbeit aufzufassen ist. Dagegen wird man in dem wahlweisen Rücktrittsrecht des Befrachters nach § 636 Abs. 1 S. 1 HGB., dessen Ausübung ihn zur Bezahlung von Fautfracht und zu weiterer Entschädigung nach §§ 580, 581 HGB. verpflichtet, ein abfindungsbelastetes Rücktrittsrecht zu erblicken haben. Ebenso kann man die erste Alternative des § 638 HGB., die dem § 582 Abs. 1 HGB. entspricht, hierher rechnen. Auch das Personenfrachtgeschäft des Seerechts enthält abfindungsbelastete Rücktrittsrechte in § 667 HGB. mit verschiedener Abstufung des Abfindungsumfangs, je nachdem der Rücktritt vor oder nach Reiseantritt erklärt wird. Dagegen scheidet § 670 Abs. 2 HGB. auch beim Rücktritt nach § 669 gegen Distanzfrachtvergütung aus demselben Grunde wie der Fall des § 634 Abs. 5 HGB. aus. Endlich können aus dem Seeversicherungsrecht die Fälle der §§ 788 Abs. 3 und 894 HGB. genannt werden (Ristornogebühr).

Die Beobachtung, daß auch bei den als Abfindungsfälle bezeichneten Rücktrittsrechten des Seerechts in der Entschädigung die Rückgewähr bereits geleisteter Dienste in Geldform *mit* enthalten ist, darf kein Grund sein, sie von den Abfindungsfällen auszuschließen. Gerade darin, daß diese Entschädigungsvorschriften durch Zusammenfassung der Rückgewähr geleisteter Arbeit und

der Abfindung für die Rücktrittsduldungspflicht zu einheitlichen, festbegrenzten Posten die Schwierigkeit ihrer Auseinanderhaltung und Bezifferung vermeiden oder doch verringern, liegt ein praktischer Vorteil dieser Regelung.

Zu den reinsten Verkörperungen des Abfindungsgedankens im BGB. gehören die abfindungsbelasteten Kündigungsrechte. In ihrer Wirkung auf die Zukunft beschränkt, übertreffen sie die abfindungsbelasteten Anfechtungs- und Rücktrittsrechte, wenn auch nicht durch die Häufigkeit unmittelbarer Anwendungsfälle im Rechtsleben, so doch an Bedeutsamkeit für Lückenausfüllung und Rechtspolitik. Vor allem ist es die Kündigung aus wichtigem Grund unter Entschädigung des Kündigungsbetroffenen, die sich als Mittel des Interessenausgleichs im Gesetze mehrfach findet und vielleicht in noch mehr Fällen dem lückenfüllenden Richter und dem Gesetzgeber als Muster sich anbietet. Zahlreich sind die gesetzlichen Fälle nicht, denn in der Regel gestattet das Gesetz die Kündigung aus wichtigem Grund o h n e Entschädigung des Betroffenen. Abfindungsbelastet sind dagegen die Fälle des § 72 Abs. 2 HGB., wonach der Handlungsgehilfe trotz berechtigter und wirksamer Kündigung des Prinzipals wegen längerer Dienstverhinderung des Gehilfen durch unverschuldetes Unglück seinen sechswöchentlichen Gehalts- und Unterhaltungsanspruch nach § 63 Abs. 1 HGB. behält, und der Fall des § 617 Abs. 1 Satz 4 BGB., sofern die Kündigung des Dienstherrn aus wichtigem Grunde nach § 626 BGB. wegen Erkrankung des zu seiner Hausgemeinschaft gehörigen, berufsmäßig ihm zu Dauerdiensten Verpflichteten dessen Anspruch auf sechswöchentliche Verpflegung und ärztliche Behandlung unberührt läßt. Dagegen gehören nicht hierher die zahlreicheren Fälle, in denen bei vorzeitiger Kündigung von Dienstverhältnissen dem Dienstverpflichteten eine den bisher geleisteten Diensten entsprechende Teilvergütung zugesprochen wird (§ 628 BGB.; 546, 547 Abs. 1, 549 HGB.). Denn diese Teilvergütung hat l e d i g l i c h den Charakter einer Gegenleistung für geleistete Dienste, nicht auch den einer Abfindung für den nur in posterum wirkenden Kündigungseingriff. Eine solche

ist aber dann anzunehmen, wenn dem Dienstverpflichteten eine über die Teilvergütung hinausgehende Entschädigung gewährt wird, wie dem Schiffer nach §§ 547 Abs. 2 und 3, 548, 550 HGB.; diese Fälle sind daher hier einzureihen. Das Gleiche gilt von dem in anderem Zusammenhang bereits behandelten Fall des § 75 Abs. 2 HGB. Auch aus dem Werkvertragsrecht kommt ein Beispiel für abfindungsbelastete Kündigungsrechte in Frage: wenn § 649 BGB. dem Besteller jederzeitige Kündigung bis zur Vollendung des Werks gestattet, zugleich aber dem Unternehmer den nur durch Anrechnung von Einsparungen und anderweitigem Erwerb ermäßigten Anspruch auf die volle Vergütung zubilligt, so liegt es auf den ersten Blick nahe, diesem Anspruch, wenigstens teilweise, den Charakter einer Abfindung für den Kündigungseingriff beizulegen. Bei genauerem Zusehen zeigt es sich aber, daß diese Auffassung zwar der äußeren Struktur des Rechtsverhältnisses, nicht aber dem inneren Grund des abgesehen von jener Ermäßigung fortbestehenden Vergütungsanspruchs gerecht wird. Dieser Anspruch bedeutet nicht Abfindung für die Kündigung, sondern Gegenleistung trotz Kündigung. Das beweist die unverkennbare, durch jenen Abzug von Einsparungen und anderweitigem Erwerb sogar augenfällig hervortretende innere Verwandtschaft des § 649 S. 2 mit den Fällen der §§ 324, 615 BGB.: hier wie dort bleibt die Gegenleistung mit derselben Einschränkung bestehen, obwohl die eigene Leistung nicht erbracht wird, weil der Gegner sie nicht annehmen will oder kann. In den beiden Parallelfällen kann der Sinn gar kein anderer sein, weil dort der Vertrag bestehen bleibt, aber auch hier behält der Anspruch trotz der Kündigung den Charakter als „vereinbarte" Vergütung, d. h. eben als vertragsmäßige Gegenleistung. Der Werkvertrag wird ja durch die Kündigung nur in posterum aufgehoben, nicht rückwirkend vernichtet.

Dagegen bildet das Recht auf Ehescheidung wegen Geisteskrankheit (§ 1569 BGB.) einen in diesem Zusammenhang zu nennenden unzweifelhaften Fall eines abfindungsbelasteten Eingriffsrechts, sofern seine Ausübung die Unterhaltspflicht des geistig

gesunden Teils gegenüber dem geisteskranken zur Folge hat, § 1583 BGB.

Neuerdings hat auch das Mieterschutzgesetz unter Abänderung des BGB. für seinen Bereich ein abfindungsbelastetes Recht zur Aufhebungsklage geschaffen, sofern es in seinem § 4 diese Klage wegen überwiegenden dringenden Eigeninteresses des Vermieters zuläßt, zugleich aber die Möglichkeit gibt, dem Vermieter Ersatz der Umzugskosten aufzuerlegen.

Eine gewisse Aehnlichkeit mit den abfindungsbelasteten Kündigungsrechten haben die Rechte zum Widerruf einer Vollmacht unbeschadet des vertragsmäßigen Vergütungsanspruchs des Bevollmächtigten (§§ 27 Abs. 2, 168 BGB.; § 492 Abs. 2 HGB.). Sie zu abfindungsbelasteten Vernichtungsrechten zu stempeln, wäre jedoch ganz verfehlt. Denn die Vergütung bleibt eine vertragsmäßige nicht etwa bloß nach Art und Höhe, sondern auch dem Grunde nach. Wird doch die Fortgeltung des internen Anstellungsverhältnisses durch den Widerruf des externen Vollmachtsverhältnisses an sich nicht berührt.

Ebensowenig gehören trotz der Aehnlichkeit des Interessenausgleichs zu den abfindungsbelasteten Vernichtungsrechten die Alternativermächtigung des Schuldners in § 251 Abs. 2, § 2170 Abs. 2 S. 2 BGB., § 841 HGB., die Abwendungsrechte des Retentionsgegners in §§ 273 Abs. 3, 321 BGB., die Lösungsrechte und die ihnen verwandten Fälle von Legalzessionen (§§ 268, 426, 774, 1143, 1150, 1164, 1173, 1174 BGB.), denn hier ist die Leistung, die als Abfindung in Frage kommt, nicht Rechtsfolge, sondern Voraussetzung der Rechtsvernichtung oder des Rechtsübergangs auf den Leistenden.

Richtet sich bei den abfindungsbelasteten Vernichtungsrechten der Eingriff stets gegen ein bestimmtes Recht oder eine bestimmte Rechtsposition des Eingriffsbetroffenen, so trifft er bei einer weiteren Fallgruppe das Vermögen des Eingriffsbelasteten als Ganzes. Das ist der Fall bei denjenigen Verwendungsersatzpflichten und Wegnahmerechten, die einer Herausgabepflicht gegenüberstehen (z. B. §§ 292, 994 BGB. und

viele andere Stellen). Eingriffsbetroffen ist hier nicht ein bestimmtes Recht des Ersatz- oder Wegnahmeberechtigten — auf die herauszugebende Sache hat er ja gerade kein Recht (mehr) — vielmehr erscheint die Verwendungsersatz- oder Wegnahmegestattungspflicht des Herausgaberechtigten als Abfindung für den Eingriff, den die Herausgabe für das Vermögen des Herausgabepflichtigen wegen der auf das Herausgabeobjekt gemachten Verwendungen (Einrichtungen) bedeutet. Der Gedanke der in rem versio, der darin zum Ausdruck kommt, erklärt auch die Beschränkung der Abfindungsrechte durch die Realhaftung in den Anwendungsfällen der §§ 1001 ff. und durch die Ausnahmevorschriften des Abs. 2 im Falle des § 997 BGB. (abgesehen vom 2. Fall des § 997 Abs. 2, der auf dem Schikanegedanken beruht). Dem Gedanken des Interessenausgleichs durch Abfindung entspricht die Art der Abfindung: soweit möglich — nämlich bei Einrichtungen — findet Naturalabfindung durch Wegnahme, im übrigen — bei sonstigen Verwendungen — Geldabfindung statt.

Einen abfindungsbelasteten Eingriff zwar nicht in das gegenwärtige Vermögen des Eingriffsbetroffenen, aber in künftige Erwerbsaussichten kann die Enterbung der gesetzlichen Erben bedeuten. Abfindungsbelastet ist dieser Eingriff insoweit, als der Enterbte zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehört. Wie der Eingriff erst mit dem Tode des Erblassers wirksam wird, so auch der Abfindungsanspruch. Wem der Eingriff zugutekommt, der hat auch die Abfindung zu tragen: das ist der Sinn der Pflichtteilslastverteilung zwischen Erben, Vermächtnisnehmern und Auflagebegünstigten (§§ 2318 ff. BGB.).

Eine letzte Gruppe abfindungsbelasteter Eingriffsrechte sind die Rechte, deren Ausübung den Berechtigten zum Ersatz der dem Gegner aus der Befriedigung des Anspruchs erwachsenden Kosten verpflichtet (§§ 369; 811 Abs. 2; 1023, 1035, 1372 Abs. 1, 1528 Abs. 1 BGB.; § 804 Abs. 2 HGB.; ähnlich liegt der Fall des § 1844 BGB.). So verschiedenartig der Inhalt der Rechtspflicht in diesen Fällen ist, gemeinschaftlich ist ihnen der Eingriff in das

Vermögen des Verpflichteten, der darin liegt, daß die Erfüllung der Verpflichtung ihm Kosten verursacht. Wenn in den meisten Fällen nicht bloß eine Kostentragungspflicht, sondern zugleich eine Vorschußpflicht des Berechtigten oder Begünstigten bestimmt, also das Recht zum Eingriff von vorausgegangener Leistung oder doch Sicherstellung der Abfindung abhängig gemacht ist, so ist diese Abweichung von der Regel der Unabhängigkeit der Eingriffsgestattung von der Erbringung der Abfindung auch hier vor allem deshalb verständlich, weil das Interesse des Eingriffsberechtigten nicht so vitaler Natur ist, daß es möglicherweise sogar auf Kosten des Eingriffsbetroffenen verwirklicht werden dürfte. Diese Eingriffsrechte gegen Kostenersatz stellen auch terminologisch die Anknüpfung an den Ausgangspunkt unserer Betrachtung wieder her. Der Abfindungsgedanke bedeutet Eingriffsgestattung auf Kosten des Eingreifers.

III. Schlußfolgerungen.

Ohne Frage ist die Form des Interessenausgleichs durch Eingriffsgestattung mit Abfindung des Eingriffsbetroffenen dem BGB. wie dem HGB. wohl vertraut. Das beweist die Fülle der Einzelfälle, die auf den Abfindungsgedanken zurückgeführt werden konnten — selbst wenn es nicht möglich wäre, wie das sicherlich zutrifft, sie noch um den einen oder andern Anwendungsfall zu vermehren. Diese Sammlung der Einzelfälle fügt der spekulativen Erkenntnis, daß die Eingriffsgestattung mit Abfindung des Eingriffsbetroffenen eine wichtige Mittelstufe zwischen der abfindungsfreien Eingriffsgestattung und der Eingriffsverweigerung bildet, den empirischen Nachweis der im geltenden Recht bereits entfalteten Lebenskraft jenes Abfindungsgedankens hinzu. Die Berechtigung der systematischen Zusammenfassung zu dem Typ der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte dürfte damit jedenfalls für diejenige Betrachtung der Rechtsordnung erwiesen sein, die auf ihre Gliederung nicht nach der formalen Struktur der Rechtsgebilde allein, sondern auch nach dem typischen Inhalt der von ihr gegebenen Lösungen der Interessenkonflikte abhebt.

Dies gilt umsomehr, als die Untersuchung der Einzelfälle unter dem Gesichtspunkt der Eingriffsgestattung mit Abfindung des Eingriffsbetroffenen eine Illustration des (unter I a. E.) für diese Betrachtungsweise neben dem systematischen Gesichtspunkt in Anspruch genommenen methodischen Vorteils ist. Daß der hier eingeschlagene Weg für die Erkenntnis der materiellen Tragweite der Interessenabgrenzungen nicht geringen Vorteil bietet, wird kaum zu leugnen sein; man denke z. B. nur an den § 26 GewO. oder an das Pflichtteilsrecht.

Diese Erkenntnis wird auch der analogen Verwertung förderlich sein. Doch darf das häufige Vorkommen der Eingriffsgestattung mit Abfindungsausgleich im BGB. und HGB. nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Verschiedenartigkeit der Tatbestände bei den einzelnen Fallgruppen, zum Teil sogar innerhalb dieser, so groß ist, daß kein besonnener, auf Gesetzestreue haltender Beurteiler es befürworten wird, im Wege der Analogie einen Eingriff unter Verpflichtung des Eingreifers zu einer angemessenen Abfindung für zulässig zu erklären, ohne daß der zu beurteilende Tatbestand in seinen wesentlichen Zügen an einen b e s t i m m t e n Fall oder zum mindesten an eine b e s t i m m t e Fallgruppe aus dem Kreis der gesetzlich geregelten abfindungsbelasteten Eingriffsrechte sich anlehnt. Wo dies zutrifft, da mag unbedenklich der Abfindungsgedanke zur Lückenausfüllung verwertet werden, zumal wenn es sich um die Anlehnung an ein gesetzliches Vorbild von allgemeinerer Bedeutung handelt, wie das insbesondere auf die bereits hervorgehobenen Analogiemöglichkeiten des § 904 BGB. zutrifft; ebenso verdient ausdrücklich genannt zu werden die bedeutsame, von der Praxis geübte analoge Anwendung des § 26 GewO. auf gewisse behördlich genehmigte Betriebe von öffentlichem Interesse auch beim Fehlen einer landesrechtlichen Regelung auf Grund des Art. 125 EG. BGB., ferner auf sonstige Immissionsfälle, in denen der nach § 906 BGB. an sich gegebene Beseitigungsanspruch durch Sondernorm ausgeschlossen ist. Ein Hemmnis wird dabei allerdings die Neigung der Praxis bilden, eher einen Eingriff abfindungsfrei zu gestatten oder ganz

abzulehnen als den Mittelweg der Eingriffsgestattung mit Abfindung des Eingriffsbetroffenen zu gehen. Der Grund hierfür liegt darin, daß es zwar angehen mag, abfindungsfreie Eingriffsgestattung und absolute Eingriffsablehnung auch in gesetzlich nicht geregelten Fällen lediglich als deklaratorische Feststellung des bestehenden Rechtszustandes aufzufassen, eine Eingriffsgestattung mit Abfindungsauflage an den Eingreifer dagegen dem Urteil unverkennbar rechtsgestaltenden Charakter gibt. Daß die Praxis gerade bei rechtsgestaltenden Urteilen das Bedürfnis nach positivrechtlichen Grundlagen besonders stark empfindet, hat die lange vorherrschende vorsichtige Zurückhaltung in der Entwicklung der Klauselrechtsprechung der letzten Jahre gezeigt. Doch eröffnet gerade diese Entwicklung die Perspektive, daß wenigstens unter außerordentlichen Verhältnissen, unter denen formale Bedenken gegen die gebieterische Notwendigkeit einer mit dem Rechtsempfinden vereinbaren Lösung zurücktreten, die abfindungsbelastete Eingriffsgestattung als „Notrecht" schon auf dem Boden des geltenden Rechts sich in Fällen durchsetzen könnte, in denen sie unter normalen Verhältnissen scheitern müßte, weil sie für die formale Betrachtung gegenüber der abfindungsfreien Eingriffsgestattung ein aliud und nicht ein bloßes minus darstellt. Denn vom Standpunkt des Interessengehalts aus tritt der Gesichtspunkt in den Vordergrund, daß sie zwischen den Extremen der abfindungsfreien Eingriffsgestattung und der Eingriffsverweigerung den goldenen Mittelweg bildet.

Immerhin sind dem Ausdehnungsgebiet der abfindungsbelasteten Eingriffsrechte auf dem Boden des geltenden Rechts im Vergleich zu den durch sie dem Gesetzgeber eröffneten Möglichkeiten des Interessenausgleichs enge Grenzen gezogen. Ihr Zukunftswert ist in erster Linie ein rechtspolitischer. Die Tatsache, daß gerade zwei Novellen zum BGB. und HGB., die Erbbaurechtsverordnung und das Gesetz zur Aenderung der Konkurrenzklauselbestimmungen — ebenso auch das sonst gewiß nicht als Idealzustand zu preisende Mieterschutzgesetz — über jene Gesetzbücher hinausgehend dem Interessenausgleich durch abfindungs-

belastete Eingriffsrechte Raum gegeben haben, ist wohl kein Zufall. Sie ist ein Zeichen für die Zukunft des Abfindungsgedankens. Er braucht auch den Vorwurf der Geschichtslosigkeit nicht zu scheuen. Es ist hier nicht der Ort, seine Geschichte zu verfolgen. Darum sei auch eines so wichtigen und typischen Falles wie des Lösungsanspruchs gegenüber der Vindikation nur kurz gedacht. Die bloße Nennung dieses Anspruchs, der auch heute in manchen Fällen die beste Lösung wäre, beweist die historische Anknüpfungsmöglichkeit. Die letzten Jahre haben deutlich gezeigt, daß die großen Kodifikationswerke des Privatrechts, unter deren Banne die Jurisprudenz der letzten Jahrzehnte stand, doch auch nur einen Markstein und keinen Schlußstein der Rechtsentwicklung bilden und daß es deshalb nicht genügen kann, rückwärtsblickend ihren gewiß überreichen Inhalt auszuschöpfen, daß es vielmehr unsere Aufgabe ist, auch vorwärtsschauend neue Lösungen neuer oder auch bessere alter Interessenkonflikte zu suchen. Da bietet sich der Interessenausgleich durch abfindungsbelastete Eingriffsrechte als vielversprechendes Mittel an. Wer es z. B. unternehmen wollte, das Notstandsrecht im weitesten Sinne, das Immissionsrecht, das Recht der Dauerschuldverhältnisse den modernsten Bedürfnissen entsprechend auszubauen oder — in ruhigeren Zeiten — den berechtigten Kern der „Klauſellehre" zu kodifizieren, der müßte sich mit Gewinn an jenes Mittel des Interessenausgleichs erinnern. Unter Verhältnissen, in denen ungeahnte Eingriffe in Privatrechte aus Gründen des öffentlichen Wohles an der Tagesordnung sind, aber auch die Erkenntnis von der Notwendigkeit der Ausnutzung aller verfügbaren Kräfte mehr und mehr wächst, bildet es nicht nur einen Gegensatz, sondern auch eine unvermeidliche Ergänzung zu der weiten Ausdehnung öffentlich-rechtlicher Expropriation, wenn andererseits auch dem Privatrechtssubjekt im Interesse der größtmöglichen Entfaltung seiner Kräfte manche Eingriffe in fremde Interessensphären gestattet werden müssen, die ihm bisher verschlossen waren; aber dann möge man darauf achten, daß nicht auch das Privatrecht der dem öffentlichen Recht unserer Tage so

oft gemachte Vorwurf treffe, an einem Grundpfeiler gerade der Privatrechtsordnung: keine Enteignung ohne Entschädigung, gerüttelt zu haben, sondern man möge dem Eingriffsbetroffenen seine Abfindung geben. Je verwickelter die wirtschaftlichen und sozialen Verknüpfungen werden, desto ernstlicher wird man sich daran erinnern müssen, daß es ein Gebot wirtschaftlicher Klugheit nicht minder als sozialer Gerechtigkeit ist, den Mittelweg des Interessenausgleichs zu gehen. Darum darf der Gesetzgeber über dem Schutz des suo jure uti das suum cuique tribuere nicht vergessen. Ein Mittel dazu ist das abfindungsbelastete Eingriffsrecht.