

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Sammlung der noch wichtigen Entscheidungen
nach Fachgebieten geordnet

Herausgegeben

von

Professor Dr. L. Auerbach, Berlin,
Präsident des Reichspatentamtes a. D., München Dr. Johannes Eylau,
Rechtsanwältin Charlotte Graf, Berlin, Ministerialdirektor z. Wv. Senats-
präsident Dr. Ernst Knoll, Berlin, Rechtsanwalt Erich Kummerow,
Berlin, Rechtsanwalt Hermann Reuss, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Walter
Schmidt, Düsseldorf, Landgerichtsdirektor Alexander Swarzenski,
Berlin, Rechtsanwalt Dr. Werner Vahldiek, Berlin

Gruppe I Bürgerliches Recht

Recht der Schuldverhältnisse

Teil 7



Berlin 1952

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung / J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung / Georg Reimer / Karl J. Trübner / Veit & Comp.

Recht der Schuldverhältnisse

Herausgegeben

von

Dr. Ernst Knoll

Ministerialdirektor z. Wv. Senatspräsident

Teil 7



Berlin 1952

Walter de Gruyter & Co.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung / J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung / Georg Reimer / Karl J. Trübner / Veit & Comp.

Archiv-Nr. 28 17 52

Satz und Druck: A. W. Hayn's Erben, Berlin SO 36

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Verzeichnis der aufgenommenen Entscheidungen	VII

Recht der Schuldverhältnisse

Teil 7

Besonderer Teil

Leihe und Darlehn (Fortsetzung)	1
Dienstvertrag	18
Werkvertrag	120
Mäklervertrag	208
Antrag und Geschäftsführung ohne Auftrag	220
Verwahrung und Einbringung von Sachen bei Gastwirten . .	285
Spiel und Wette	321
Bürgschaft	338

Verzeichnis

der aufgenommenen Entscheidungen aus der alten Sammlung

RGZ.	Seite	RGZ.	Seite
34, 1	18	88, 223	140
56, 81	120	88, 410	375
52, 254	321	88, 412	376
53, 403	338	90, 18	143
57, 392	220	90, 129	237
59, 190	224	90, 177	376
59, 207	340	90, 415	376
61, 153	323	92, 121	379
61, 157	344	92, 158	32
62, 119	122	92, 197	242
63, 11	347	92, 201	246
63, 280	226	94, 29	144
64, 294	122	94, 166	34
66, 332	350	95, 2	145
66, 365	123	95, 51	248
70, 1	326	96, 266	147
71, 173	124	97, 4	37
71, 415	353	99, 35	38
72, 138	354	99, 70	302
72, 177	126	100, 46	149
73, 146	127	101, 348	304
73, 262	358	102, 110	40
74, 197	129	103, 9	306
75, 386	285	103, 263	309
76, 303	360	104, 15	151
76, 345	233	104, 45	311
76, 354	208	104, 93	154
76, 361	210	105, 202	314
77, 336	294	105, 392	248
77, 408	20	105, 416	41
78, 432	22	106, 293	43
80, 29	26	107, 339	155
80, 439	132	110, 297	44
82, 70	362	110, 404	161
82, 285	27	111, 22	48
82, 427	29	112, 34	49
83, 32	213	112, 58	317
83, 279	134	113, 425	318
83, 342	364	115, 266	216
83, 401	365	118, 365	251
85, 72	371	122, 38	53
85, 185	298	123, 216	56
85, 363	374	127, 14	165
85, 365	137	127, 313	170
87, 305	139	130, 101	61

VIII

RGZ.	Seite	RGZ.	Seite
130, 284	63	152, 111	186
132, 218	330	152, 159	10
133, 84	251	157, 243	219
134, 181	173	158, 130	93
137, 83	68	159, 65	16
138, 37	74	159, 268	188
139, 255	77	159, 283	99
139, 358	84	160, 52	264
142, 268	1	160, 122	265
146, 116	88	161, 68	270
146, 190	334	161, 280	277
147, 390	176	163, 377	277
148, 148	180	165, 41	191
148, 354	216	165, 336	108
149, 205	257	167, 83	279
149, 401	183	168, 206	114
150, 81	264	171, 292	202
151, 259	88		

Die Entscheidungen sind grundsätzlich — von unwesentlichen Streichungen abgesehen — ungekürzt gebracht worden. Ausnahmsweise gekürzte Entscheidungen sind mit einem † gekennzeichnet.

Soweit eine Entscheidung mehrere Fachgebiete betrifft, ist sie nur in einem Fachgebiet aufgenommen worden. Die anderen Gebiete enthalten nur den Leitsatz der betreffenden Entscheidung mit einem Hinweis, wo der vollständige Abdruck erfolgt ist.

Um das Auffinden der Entscheidungen zu erleichtern, wird am Schluß der Sammlung ein Gesamt-Fundstellenregister erscheinen, in dem alle Entscheidungen der amtlichen Sammlung verzeichnet sind. Die in der Sammlung abgedruckten Entscheidungen sind nach der Fundstelle der alten und der neuen Sammlung zitiert; bei den nicht aufgenommenen findet sich ein Hinweis über den Grund des Ausscheidens.

Besonderer Teil

Leihe und Darlehn

(Fortsetzung)

RGZ. 142, 268

1. Dürfen die in der Rechtsprechung zu § 626 BGB. und § 70 HGB. entwickelten Grundsätze über die Zulässigkeit der Nachschiebung eines wichtigen Kündigungsgrundes in einem Fall angewendet werden, wo die vorzeitige Fälligkeit eines Darlehns wegen eines im Vertrag vorgesehenen Umstandes geltend gemacht wird?

2. Bezieht sich die Vorschrift des § 313 Abs. 2 Satz 2 ZPO. auch auf einzelne Posten eines einheitlichen Schadensersatzanspruchs?

3. Kann ein bei der Entscheidung übergangener Anspruch in der Berufungsinstanz erneut geltend gemacht werden?

BGB. §§ 360, 609, 626. ZPO. §§ 268, 313, 321, 523, 529.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 20. November 1933.

I. Landgericht Frankfurt a. M. II. Oberlandsgericht daselbst.

Auf Grund der Bedingungen einer bereits am 23. November 1927 errichteten notariellen Urkunde nahm die Klägerin zu Anfang des Jahres 1928 von der Beklagten ein Darlehen von 60 000 GM. auf, das mit 7% zu verzinsen und bis zum 1. April 1931 unkündbar war, aber unter den im Vertrag näher angegebenen Bedingungen auch vorzeitig zurückgefordert werden konnte. Die Klägerin unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Zugleich war zur Sicherstellung des Darlehns eine erststellige Hypothek auf einem der Klägerin gehörigen Hausgrundstück in N. und die selbstschuldnerische Bürgschaft des Geschäftsführers W. der Klägerin vereinbart; W. mußte sich auch zur Eingehung einer Lebensversicherung über 40 000 RM. verpflichten. Als das Darlehen im Frühjahr 1928 unter Kürzung von 6% und unter Abzug der Lebensversicherungsprämie für das erste Versicherungsjahr zur Auszahlung gelangte, wurde auch die vorgesehene Hypothek bestellt.

Die Klägerin blieb auf die am 1. Juni 1929 fälligen Maizinsen zunächst einen Betrag von 311,45 RM. schuldig, übersandte dann aber der Beklagten durch Eilbrief einen Scheck über diesen Betrag, der dort am 8. Juni 1929 einging, von der Beklagten mit Brief vom 10. Juni 1929 (der 9. Juni war ein Sonntag) bestätigt und am 17. Juni 1929 eingelöst wurde. Die Beklagte behauptete, daß die Zahlung verspätet erfolgt sei, und verlangte mit Brief vom 12. Juni 1929

von der Klägerin gemäß einer Vertragsbestimmung 150 RM. Zuschlagszinsen mit Frist bis zum 17. Juni 1929. Als die Klägerin dieser Aufforderung nicht nachkam, stellte die Beklagte wegen des Rückstandes von 150 RM. den Antrag auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung des Grundstücks. Diesem Antrag wurde entsprochen. Darauf machte die Beklagte von der Bestimmung unter Nr. 6 c der Vertragsbestimmungen Gebrauch, wonach sie das Recht hatte, die sofortige Rückzahlung des ganzen Kapitals zu verlangen, wenn die Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung der Pfandgrundstücke oder eines Teils dieser Grundstücke eingeleitet wurde, und kündigte mit Schreiben vom 27. Juni 1929 das ganze Kapital von 60 000 RM. Sie ließ sich jedoch am 11. Juli 1929 eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 23. November 1927 nur in Höhe von 10 000 RM. geben und trat wegen dieses Betrags dem Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren bei. Versteigerungstermin wurde auf den 25. September 1929 anberaumt. Kurze Zeit vor dem Termin zahlte die Klägerin die rückständigen Zinsen, den Kapitalbetrag von 10 000 RM. und die Kosten des Verfahrens. Die Fälligkeit des Restkapitals hielt die Beklagte aufrecht.

Durch Beschluß vom 21. Oktober 1929 ordnete das Amtsgericht die Zwangsversteigerung des Grundstücks auf den Antrag der R. Z.-Fabrik wegen einer Restforderung von 1152,04 RM. an, von der 825,43 RM. durch Eintragung einer Sicherungshypothek dinglich gesichert waren. Mit dem Antrag vom 23. Oktober 1929 beantragte die Beklagte die Zwangsversteigerung des Grundstücks wegen des Kapitalbetrags von 50 000 RM. nebst 10 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1929 und eines Restzinsbetrags von 98,19 RM. für September 1929. Ohne Erwähnung des Antrags der R. Z.-Fabrik legte sie in dem Antrag eingehend dar, daß das Restkapital von 50 000 RM. mit dem 29. Juni 1929 zur Rückzahlung fällig sei. Durch Beschluß des Amtsgerichts vom 25. Oktober 1929 wurde der Beitritt der Beklagten zu dem bereits angeordneten Zwangsversteigerungsverfahren zugelassen. An demselben Tage wurde auf den Antrag der Beklagten auch die Zwangsverwaltung des Grundstücks angeordnet. Der Versteigerungstermin vom 15. Januar 1930 führte zu einem Meistgebot von 66 770 RM. Rechte am Grundstück blieben nicht bestehen. Der Zuschlag wurde am 22. Januar 1930 erteilt.

Die Klägerin hatte im vorliegenden Rechtsstreit gegen die Beklagte anfänglich Klage auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung erhoben. Demnächst hat sie statt dieses Antrags Schadensersatzansprüche geltend gemacht auf Grund der Behauptung, daß die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung zu betreiben. Sie hat zunächst einen Teilbetrag von 6500 RM. nebst Zinsen verlangt. Durch Urteil des Berufungs-

gerichts vom 8. Oktober 1930 wurde der Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt. Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Revision wurde durch Urteil des Reichsgerichts vom 25. April 1931 (IX 573/30) zurückgewiesen.

In dem Verfahren vor dem Landgericht verlangte die Klägerin nunmehr Zahlung von 50 000 DM. nebst Zinsen. Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 200 RM. nebst Zinsen und wies im übrigen die Klage ab. Die Berufung der Klägerin wies das Berufungsgericht durch Teilurteil insoweit zurück, als die Klägerin mehr als 6700 RM. verlangt. Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung des Berufungsurteil und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

G r ü n d e :

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Grund des Klagsanspruchs von neuem geprüft werden müsse, soweit der jetzt geltend gemachte Anspruch seiner Höhe nach den Betrag übersteige, über den dem Grunde nach bereits rechtskräftig entschieden worden sei. Es prüft also erneut, ob der Grund des Anspruchs, soweit er 6500 + 200 RM. übersteigt, gegeben ist. Die Revision bittet um Nachprüfung, ob dies zutrifft. Nach feststehender Rechtsprechung (RGZ. Bd. 120 S. 319 und Nachweisungen) reicht die Rechtskraft des Urteils, das über einen Teilanspruch erlassen ist, gemäß § 322 ZPO. nicht über diesen Teilanspruch hinaus. Der Anspruch ist also auch dem Grunde nach zu prüfen, soweit er hinausgeht über den Betrag von 6500 RM., auf dessen Grund sich das Reichsgerichtsurteil bezieht, und 200 RM., die der Klägerin vom Landgericht zugesprochen worden sind, ohne daß die Beklagte ein Rechtsmittel eingelegt hat.

Die sachliche Begründung der Abweisung des Anspruchs durch das Berufungsgericht wird jedoch von der Revision mit Recht beanstandet. Das Berufungsgericht nimmt auch jetzt — wie in dem früheren Verfahren über den Grund des Teilanspruchs — an, daß die mit dem Schreiben der Beklagten vom 27. Juni 1929 ausgesprochene Kündigung des Darlehns von 60 000 RM. wegen Nichtzahlung des Zinszuschlags von 150 RM. unbegründet gewesen sei, da die Klägerin die Zahlung noch innerhalb der in Nr. 6ba der Vertragsbestimmungen vorgesehenen Normalfrist geleistet habe. Das steht im Einklang mit dem für den Teilanspruch erlassenen Urteil des Reichsgerichts und ist rechtlich auch jetzt nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht stellt aber fest, daß die Beklagte in dem letzten Verhandlungstermin vor dem jetzt angefochtenen Urteil — am 1. Februar 1933 — die Kündigung ferner darauf gestützt hat, daß sie nach § 6 c der Vertragsbestimmungen zur Rückforderung des Kapitals auch deshalb berechtigt gewesen sei, weil am 21. Oktober 1929 die Zwangsversteigerung des Grundstücks auf Antrag der R. Z.-Fabrik ange-

ordnet worden sei. Das Berufungsgericht meint, daß diese Auffassung zutreffe. Die Beklagte sei berechtigt gewesen, aus diesem Grunde die sofortige Rückzahlung des Darlehns zu verlangen. Sie habe das Verlangen aber nicht gestellt. Dabei sei zu prüfen, ob sie sich jetzt im Rechtsstreit noch auf diesen Grund berufen dürfe, der zur Zeit der Kündigung — 27. Juni 1929 — noch nicht vorhanden gewesen sei. Ein Zwang zur Begründung der Kündigung bestehe nicht. Wenn die Kündigung vom Vorhandensein bestimmter Tatsachen abhängt, so komme es nur darauf an, ob diese Tatsachen zur Zeit der Urteilsfällung vorlägen, nicht aber darauf, ob sie als Grund in der Kündigungserklärung angeführt seien. Deshalb sei in ständiger Rechtsprechung angenommen worden, daß eine außerordentliche, durch die bisherigen Gründe nicht gerechtfertigte Kündigung im Rechtsstreit durch nachträglich entstandene andere Gründe gerechtfertigt werden könne. Dies gelte, da es im Wesen der Kündigung begründet sei, für alle Fälle der Kündigung, also auch für die Darlehnskündigung. Zu prüfen sei aber, ob es nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspreche, wenn die Beklagte erst nach 3½ Jahren die Kündigung auf Tatsachen stütze, die sie damals ohne weiteres zur Rückforderung des Darlehns berechtigt hätten. Das sei zu verneinen angesichts der objektiven Sachlage und der in ständiger Rechtsprechung über die Begründung der Kündigung entwickelten Grundsätze. Es komme hinzu, daß die Gründe fast die gleichen seien, da es sich beide Male um die Einleitung eines Zwangsversteigerungsverfahrens gehandelt habe. Die Klägerin habe deshalb nicht der Ansicht sein können, daß die Beklagte ihre Kündigung auf diesen neuen Kündigungsgrund nicht habe stützen wollen.

Richtig ist an diesen Ausführungen, daß nach der Rechtsprechung im Rahmen des § 626 BGB. auch solche Umstände als wichtige Gründe gelten können, die zwar erst nach der einseitigen Entlassung des Dienstverpflichteten eingetreten sind, die aber die Kündigung nachträglich als gerechtfertigt erscheinen lassen. Das ist zunächst vor der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das preußische Recht ausgesprochen worden in einem Fall, in dem der Dienstberechtigte zur Zeit der Kündigung den Dienstverpflichteten mit Unrecht für dienstunfähig gehalten hatte, während zur Zeit des Urteils die Unfähigkeit zur Dienstleistung festgestellt wurde. Dies war in der RGZ. Bd. 32 S. 249 abgedruckten Entscheidung, auf die später fast immer zurückgegriffen worden ist, im Anschluß an die Erwägung ausgeführt worden, es wäre sehr töricht, wenn der Kläger für eine Zeit, in welcher er Dienste nicht hätte leisten können, Ersatz eines Schadens fordern wollte, für dessen Eintritt die Entlassung nicht ursächlich sei. Mochte hier schon der Umstand, daß die Entlassung für den entstandenen Schaden nicht ursächlich war, den Schadensersatzanspruch ausschließen (so auch Gutmann in den Blättern für Rechtspflege in

Thüringen Bd. 64 S. 128), so ist doch an dem wiedergegebenen Grundsatz in der Rechtsprechung und ebenso überwiegend im Schrifttum auch für das Gebiet des § 626 BGB. und des § 70 HGB. festgehalten worden (RGZ. Bd. 88 S. 128, Bd. 122 S. 39; WarnRspr. 1911 Nr. 176; LZ. 1910 Sp. 700; Planck BGB. Bem. 2a zu § 626; Staub-Bondi HGB. Anm. 7 zu § 70; Düringer-Hachenburg HGB. Anm. 7 zu § 70). Wie anzuerkennen ist, kann die Sachlage so sein, daß zur Rechtfertigung einer Entlassung ein ursprünglich nicht geltend gemachter, ja sogar ein später eingetretener Umstand verwertet werden darf. Die objektive Betrachtung kann ergeben, daß in solchem Fall dem Dienstverpflichteten die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann, möglicherweise nicht einmal für die Dauer der in Betracht kommenden Kündigungsfrist. Dann kann ein nach der Entlassung eingetretener Grund unter Umständen schon vom Zeitpunkt seines Eintritts an die Kündigung rechtfertigen und im Rechtsstreit verwertet werden (vgl. Planck und Düringer-Hachenburg a. a. O.). In dem vom Berufungsgericht herangezogenen Fall (RGZ. Bd. 122 S. 38) war zunächst die ordentliche Kündigung eines Dienstvertrags ausgesprochen, aber im Rechtsstreit als durch eine Vertragsbestimmung ausgeschlossen erachtet worden; der Dienstberechtigte berief sich nunmehr unter dem Gesichtspunkt des wichtigen Grundes auf einen kurze Zeit nach der Kündigung eingetretenen Umstand; zur Zeit der Geltendmachung dieses Umstandes war bereits ein Zeitraum von zwei Jahren seit seinem Eintritt verstrichen. Das Reichsgericht führte damals aus, der Dienstberechtigte müsse dem anderen Teil gegenüber unzweideutig zum Ausdruck bringen, daß er von der Möglichkeit der Entlassung wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes Gebrauch mache, und das sei aus der fristgerechten Kündigung nicht zu entnehmen. Eine Rückwirkung der Verwertung des nachträglich entstandenen wichtigen Kündigungsgrundes auf den Zeitpunkt des Entstehens wurde in diesem Fall abgelehnt; es wurde vielmehr dargelegt, daß, soweit eine Erklärung über die Geltendmachung dieses Grundes in einem bestimmten Schriftsatz enthalten sei, sie bestenfalls für die Zeit nach ihrem Zugehen an der Beklagten wirksam sei.

Es kommt aber hier nicht entscheidend darauf an, ob unter dem Gesichtspunkt des § 626 BGB. ein Kündigungsgrund — möglicherweise mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Entstehens dieses Grundes — nachgeschoben werden kann. Denn die Verwertung eines nachträglich eingetretenen Grundes für die Kündigung eines Dienstvertrags hängt nicht sowohl mit der Eigenart des Rechtsgeschäfts der Kündigung als vielmehr mit der Bedeutung des „wichtigen Grundes“ und der daraus sich ergebenden Zumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses für den Vertragsgegner zusammen. Sie ist also keineswegs, wie das Berufungsgericht meint, zu verall-

gemeinern und ist nicht ohne weiteres auf alle Fälle zu erstrecken, in denen ein Rechtsgeschäft durch die Erklärung eines Beteiligten sein Ende erreicht. Schon in der Entscheidung in RGZ. Bd. 123 S. 240 ist darauf hingewiesen worden, daß die in Rede stehende Rechtsprechung zu § 626 BGB. nicht für die Beurteilung der Frage verwendet werden kann, ob im Fall eines auf schuldhafte Nichterfüllung eines Vertrags gestützten Schadensersatzanspruchs die in der Vergangenheit liegende Nichterfüllung eines Vertrags nachträglich mit Tatsachen gerechtfertigt werden darf, die in Wirklichkeit nicht der Grund der Nichterfüllung gewesen sind. Auch im Fall des Rücktritts von einem Vertrag wegen sog. positiver Vertragsverletzung des Gegners muß aus der Rücktrittserklärung erkennbar sein, in welchem Verhalten des Gegners die Vertragswidrigkeit erblickt wird. Wenn eine Partei das tatsächlich vorhandene vertragswidrige Verhalten ihres Gegners zur Zeit der Abgabe der Rücktrittserklärung nicht als Vertragsverletzung empfunden hat, sondern ihre Weigerung der Vertragserfüllung auf einen anderen Vorgang stützt, so kann jene Rücktrittserklärung nicht die Auflösung des Vertrags herbeiführen (RG. im Recht 1927 Nr. 891). Dabei soll aber nicht verkannt werden, daß im Fall einer Kündigung die Rechtslage auch insofern anders ist, als die Kündigung als solche nicht erfordert, daß zugleich mit ihr der Grund der Kündigung angegeben wird. Eine andere Frage aber ist, ob die Angabe des Grundes auch weiterhin bei Beachtung der Belange des Vertragsgegners entbehrt werden kann. Diese Frage ist nicht für alle Rechtsgeschäfte gleichmäßig zu beantworten.

Im vorliegenden Fall handelt es sich zunächst um die Frage, ob das Verlangen nach Rückzahlung eines Darlehns, welches nach dem Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist zurückgefordert werden kann, auf einen im Vertrag näher bestimmten Vorgang — Einleitung einer Zwangsversteigerung — nachträglich gestützt werden kann, nachdem die Kündigung zunächst wegen eines anderen Vorgangs — angeblich nichtpünktliche Zinszahlung im Zusammenhang mit einer Zwangsversteigerung — erklärt worden ist, in dieser Hinsicht aber als unbegründet zu erachten ist. Der Berufung auf einen solchen anderen Vorgang steht mit der Maßgabe nichts entgegen, daß seine Wirkung auf den Zeitpunkt zu verlegen ist, in dem die entsprechende Erklärung dem Gegner gegenüber abgegeben wird. Zu irgendwelcher Rückbeziehung ihrer Rechtswirkung auf den Zeitpunkt, in dem sich der Vorgang selbst ereignet hat, wie dies bei der Kündigung eines Dienstvertrags wegen eines wichtigen Grundes unter Umständen möglich ist, bietet die Rechtslage hier keinen Anhalt. Der Tatbestand der Fälligkeit, der deshalb eintreten soll, weil der Gläubiger von einer sich auf einen bestimmten Vorgang gründenden Vertragsbefugnis Gebrauch gemacht hat, kann nicht deshalb nachträglich auf einen früheren Zeitpunkt verlegt werden,

weil sich der Gläubiger damals zu Unrecht auf einen ganz anderen Tatbestand berufen hat. Das Reichsgericht hat in der bei Gruch. Bd. 48 S. 817 und in SeuffArch. Bd. 59 Nr. 55 abgedruckten Entscheidung die Frage zu beantworten gehabt, ob eine auf nichtpünktliche Zahlung eines Zinsbetrags gestützte, aber als unbegründet zu unterstellende Kündigung einer Darlehnhypothek dadurch rechtswirksam werden kann, daß der Schuldner einen später fällig werdenden Zinsbetrag nicht pünktlich zahlt. Das wurde verneint. Mit Recht wurde angenommen, eine andere Auffassung müßte dazu führen, daß eine Kündigung schon im voraus für den Fall wirksam erklärt werden könnte, daß in Zukunft ein Zinsbetrag nicht pünktlich gezahlt werden sollte, eine Folgerung, die mit dem Inhalt der die Grundlage der Kündigung bildenden Vertragsbestimmung unvereinbar wäre. Die Auffassung des Berufungsgerichts würde im vorliegenden Fall auch mit dem Rechtsgedanken nicht vereinbar sein, welcher der Verwirkungsklausel des § 360 BGB. zugrunde liegt, die einer Klausel des hier in Rede stehenden Inhalts sehr ähnelt. Die Verwirkung tritt im Fall des § 360 aber regelmäßig nicht ein, wenn den Schuldner an der Nichterfüllung der Verbindlichkeit kein Verschulden trifft (RG. in JW. 1919 S. 570 Nr. 4; RGRKomm. zu § 360 BGB.; Pl anck BGB. Bem. 2 c zu § 609). Die Frage eines solchen Verschuldens des Schuldners kann aber bei den einzelnen Voraussetzungen der Befugnis, das Kapital ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zurückzufordern, verschieden zu beantworten sein, so daß von einer Auswechselbarkeit der einzelnen Tatbestände nicht gesprochen werden kann.

Hiernach ist davon auszugehen, daß die erst am 1. Februar 1933 erfolgte Berufung auf die im Oktober 1929 auf Antrag eines anderen Gläubigers angeordnete Zwangsversteigerung erst im Februar 1933 Rechtswirkung erlangt hat.

Die Auslegung einer Vorschrift, die dem Berechtigten unter einer bestimmten Voraussetzung das Recht zur fristlosen Kündigung eines Kapitals einräumt, ist unter dem Gesichtspunkt der §§ 133, 157 BGB. vorzunehmen. Die Rechtsprechung hat deshalb mit Recht gefordert, daß von einer solchen Befugnis, wenn sie auch nicht sofort beim Eintritt der Säumnis ausgeübt zu werden braucht (Pl anck BGB. Bem. 2 c zu § 609), doch innerhalb eines angemessenen Zeitraums Gebrauch gemacht werden muß (RG. in JW. 1908 S. 550 Nr. 11 und im Recht 1924 Nr. 625; RGRKomm. Anm. 3 zu § 609 BGB.; vgl. ferner RAG. Bd. 1 S. 225; RGZ. Bd. 122 S. 41, Bd. 94 S. 166). Im gegenwärtigen Fall liegt nun zwischen dem Entstehen des vom Berufungsgericht als berechtigt erachteten Kündigungsgrundes und seiner Geltendmachung ein Zeitraum von $3\frac{1}{2}$ Jahren. In dieser Zeit ist von den Parteien ein Rechtsstreit über einen anderen Kündigungsgrund in drei Rechtszügen geführt worden, und nach der der Klägerin günstigen Beendigung des dritten Rechtszugs ist dann fast zwei Jahre

hindurch vor dem Landgericht und dem Berufungsgericht über die Höhe des Schadens gestritten worden, der durch die als unbegründet erachtete Kündigung entstanden sein soll. Erst im letzten Verhandlungstermin hat sich dann die Beklagte auf den anderen Kündigungsgrund berufen. Damals war der unter dem Gesichtspunkt der §§ 133, 157 BGB. zu bemessende Zeitraum für die Ausübung des Rechts entgegen der Annahme des Berufungsgerichts längst abgelaufen. Dieses führt für seine Annahme die objektive Sachlage und die ständige Rechtsprechung über die Begründung der Kündigung an. Daß diese Begründung fehlerhaft, ergibt sich aus den bereits dargelegten Gründen. Auch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, daß die Kündigungsgründe fast die gleichen seien, weil es sich in beiden Fällen um die Einleitung der Zwangsversteigerung gehandelt habe, trifft nicht den Kern der Sache. Die erste Kündigung stützte sich nur äußerlich auf die von der Beklagten selbst veranlaßte Zwangsversteigerung; sie konnte nur deshalb angeordnet werden, weil der Beklagten eine Urkunde mit der Unterwerfung der Klägerin unter die sofortige Zwangsvollstreckung zur Verfügung stand und sie von dieser Gebrauch machte, da nach ihrer Darstellung, die sich dann als unbegründet herausstellte, die Klägerin Zahlungen nicht rechtzeitig geleistet hatte. Diese konnte nach dem Verlauf des Rechtsstreits schlechterdings nicht damit rechnen, daß die Beklagte noch auf einen anderen Kündigungsgrund zurückgreifen würde. Hierbei mag noch darauf hingewiesen werden, daß die Beklagte den Antrag auf Zwangsversteigerung wegen eines Betrags von 50 000 RM. ausweislich ihres Antrags unabhängig von dem Antrag der R.Z.-Fabrik gestellt hat, die eine Forderung von 1152,04 RM. geltend machte. Beide Anträge gingen in kurzem Zeitabstand bei Gericht ein. Daß auf den Antrag der Beklagten der Beitritt zu dem auf Antrag der genannten Firma eben angeordneten Zwangsversteigerungsverfahren zugelassen wurde, beruhte auf der Vorschrift des § 27 ZVG. Ob es die Klägerin wegen der Forderung jener Firma zur Durchführung der Zwangsversteigerung hätte kommen lassen, nachdem sie erst kurze Zeit vorher der Beklagten den Kapitalbetrag von 10 000 RM. zurückgezahlt hatte, mag dahinstehen. Die von der Beklagten nachgeschobene Kündigung greift hiernach nicht durch. . . .

Die Klägerin hat ihren Schadensersatzanspruch in erster Linie darauf gestützt, daß ihr durch die unzulässige Zwangsversteigerung das Eigentum am Grundstück entzogen worden sei und ihr Schaden darin bestehe, daß das Grundstück einen viel höheren Wert gehabt habe, als der Versteigerungserlös betragen habe. Sie hat aber sodann auch behauptet, daß ihr durch die wiederholten Zwangsvollstreckungen ein Schaden entstanden sei, und zwar nicht bloß durch das zweite Verfahren, das mit der Versteigerung endete, sondern schon durch das erste, von der Beklagten nach der rechtlich einwandfreien Annahme

des Berufungsgerichts zu Unrecht veranlaßte Verfahren, das sich durch die Zahlung von 10 000 RM. und durch die damit zusammenhängenden Zahlungen der Klägerin erledigte. Diese nimmt offenbar den Standpunkt ein, daß die verschiedenen Maßnahmen der Beklagten im Zusammenhang stehen und aus dieser einheitlich zu betrachtenden Quelle verschiedene Schadensansprüche hervorgetreten seien. Dieser Zusammenhang liegt nahe und ist jedenfalls in der Revisionsinstanz zu unterstellen. Daraus folgt, daß bei der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht der gesamte für die Schadenshöhe in Betracht kommende Streitstoff geprüft werden muß. Im einzelnen ist zu den weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts noch folgendes zu sagen:

1. Soweit der Wert des Grundstücks in Betracht kommt, wird zu beachten sein, daß die Klägerin behauptet, sie habe das Grundstück als Vermögenobjekt für die Dauer in ihrem Eigentum erhalten wollen. Dann würde eine Wertminderung des Grundstücks, mit deren Vorübergehen gerechnet werden könnte, unter dem Gesichtspunkt des § 249 BGB. nicht zu Lasten der Klägerin gehen. . . .

2. Das Berufungsgericht lehnt ferner die Prüfung mehrerer Ansprüche mit der Begründung ab, daß diese Ansprüche in dem Urteil des Landgerichts übergangen seien, dessen Berichtigung aber nicht beantragt worden sei. Gemäß § 313 Abs. 1 und 2 ZPO. müßten sämtliche erhobenen Ansprüche im Tatbestand selbst genügend gekennzeichnet sein. Die allgemeine Bezugnahme auf den vorgetragenen Akteninhalt am Schluß des Tatbestandes genüge hierzu nicht. Diese Ansprüche müßten infolgedessen als nicht rechtshängig gelten.

Mit Recht rügt die Revision Verletzung des § 313 ZPO. Es mag dahinstehen, wie von dem vom Berufungsgericht aufgestellten Grundsatz aus der Tatbestand des Berufungsurteils selbst, der außer den Anträgen der Parteien nur die Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil, die Bezeichnung von 15 Schriftsätzen der Parteien und die Behauptung der Beklagten über den neuen Kündigungsgrund enthält, den gesetzlichen Erfordernissen des § 313 ZPO. entspricht; § 543 ZPO., nach welchem bei der Darstellung des Tatbestandes im Urteil eine Bezugnahme auf das Urteil der vorigen Instanz nicht ausgeschlossen ist, könnte nur Anwendung finden, wenn der Tatbestand des ersten Urteils selbst den gesetzlichen Anforderungen entspricht (vgl. Sydow-Busch-Krantz ZPO. zu § 543). Maßgebend ist folgendes: Wenn § 313 ZPO. die genügende Kennzeichnung der erhobenen Ansprüche im Tatbestand fordert, so kann sich das nur auf selbständige Ansprüche beziehen, nicht aber auf einen einheitlichen Schadensersatzanspruch, der aus einer Anzahl von Schadensposten besteht. Hier kann im Einzelfall gerade eine Wiedergabe von vielen Einzelheiten die Uebersicht über den Streitstoff gefährden, die durch die Vorschrift erreicht werden soll. Sodann ist aber die Stellungnahme des Berufungsgerichts auch aus einem anderen Grunde verfehlt. Wollte

man mit ihm die auf den Einzelposten des Schadens bezüglichen Behauptungen als nicht vorgetragen ansehen, so würde doch in der Berufungsinstanz nichts im Wege stehen, neue, den einheitlichen Schaden begründende Behauptungen aufzustellen und entweder diese im Rahmen des früheren Antrags zu verwerten oder den Antrag entsprechend zu erweitern; die gesetzliche Schranke bietet lediglich § 268 ZPO. Die Einzelansprüche sind in der Berufungsinstanz geltend gemacht worden. Uebrigens kann auch dann, wenn ein — geltend gemachter — Anspruch bei der Entscheidung übergangen ist, der übergangene Anspruch in der Berufungsinstanz im Rahmen des § 268 ZPO. erneut geltend gemacht werden (RGZ. Bd. 59 S. 128), wenn auch nicht die Berufung selbst ohne Beschreitung des in § 321 das. vorgeschriebenen Weges auf die Uebengehung gestützt werden kann (RGZ. Bd. 75 S. 293 mit Nachweisungen; RG in JurRdsch. 1928 Rspr. Nr. 1516).

RGZ. 152, 159

Kann der Kreditgeber, der eine Grundschuld als Sicherstellung für die Gläubiger eines andern zur Verfügung stellt, mit diesem vereinbaren, daß bis zur Rückgewähr der Grundschuld ein hinter deren Nennbetrag zurückbleibender Betrag als Darlehen geschuldet werden solle?

BGB. § 607 Abs. 2.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 7. September 1936.

I. Landgericht Stuttgart. II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin stand in verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen zu dem Kaufmann Fritz Hä., der in St. ein Kraftwagen-Ein- und Verkaufs-Geschäft betrieb. In diesem Geschäft war als Prokurist angestellt und geldlich beteiligt der frühere Offizier v. Ha., der mit dem Beklagten befreundet ist. Durch Vermittlung des v. Ha. hat der Beklagte in einer Reihe von Fällen der Firma Hä. durch Ausstellung von Bürgschaften Kredithilfe geleistet. Die Klägerin hat im Jahre 1924 auf ihrem Anwesen in St. eine Briefgrundschuld über 5000 g Feingold (das ist ein Wert von 13 950 RM.) eintragen lassen, die seitdem in verschiedener Weise gleichfalls dazu gedient hat, dem Hä. Kredit zu verschaffen.

Die Klägerin nimmt den Beklagten als Bürgen in Anspruch aus einer Urkunde, deren unausgefüllten Vordruck der Beklagte im September 1927 als Bürge unterzeichnet und damals nebst anderen gleichartigen Urkunden in blanco an v. Ha. gegeben hat. Die Urkunde hat jetzt in ihren beiden Absätzen den folgenden Wortlaut:

Schuld- und Bürgschein.

Ich, Fritz Hä., beurkunde hiermit kraft meiner eigenhändigen Namensunterschrift, daß ich von Frau Lise K. (Klägerin) als bares Darlehen aufgenommen und erhalten habe die Summe von 30 000 Reichsmark.

Ich verspreche diese Schuld mit jährlichen 12 v. H., erstmals mit RM. zu verzinsen und nach einvierteljährlicher — jedem Teil zustehender — Aufkündigung kostenfrei heimzuzahlen.

Ich verpflichte mich, das mir gewährte Darlehen in Reichsmark zurückzubezahlen und außerdem die vom Tage der Geldentnahme bis zum Verfalltag des Darlehns etwa eintretende Entwertung der Reichsmark zu vergüten... [Folgen weitere vorgedruckte Entwertungsklauseln].

Gefertigt zu St., den 1. Febr. 1928.

gez. Hä.

Ich Unterzeichnete mache mich zu weiterer Sicherheit des Gläubigers für obiges Anlehen, Zinsen und Kosten, unter Verzichtleistung auf die Einrede der Vorausklage und der Teilung als Bürge und Selbstschuldner solidarisch verbindlich, so daß dem Gläubiger freisteht, mich für das Ganze zu belangen.
Wir uns jeden von uns

(§§ 769, 773 BGB.)

Die Bürgschaft dauert so lange, als die Hauptschuld besteht. Ferner gilt diese Bürgschaft unter allen Umständen auch für jeden nach obigem Schuldschein sich berechnenden Geldentwertungszuschlag.

Unter dem letzten Teil dieses Textes hat der Beklagte im Jahre 1927 seine Unterschrift geleistet.

Auf der Rückseite dieser Urkunde steht handschriftlich:

Von oben angeführten Darlehen in Höhe von M. 30 000 sind nur M. 12 000 — mit Worten Mark Zwölftausend — gegeben worden, was hiermit bestätigt wird.

St., den 1. Februar 1928

Der Darlehnsnehmer
gez. Hä

Die Darlehnsgeberin
gez. Frau Lise K. (Klägerin)

Danach folgt ein weiterer handschriftlicher, ebenso gezeichneter Vermerk vom 20. Juli 1929, inhalts dessen durch Hergabe eines weiteren Darlehns in Höhe von 18 000 RM. „die Bürgschaft voll ausgenutzt ist“.

Nachdem die Firma Hä. in geldliche Bedrängnis geraten war, hat die Klägerin den Beklagten aus der vorbezeichneten Bürgschaft auf Zahlung von 30 000 RM. nebst 12 v. H. Zinsen seit dem 1. Januar

1931 in Anspruch genommen. Nach diesem Antrag hat das Landgericht erkannt. Das Oberlandesgericht verurteilte unter Abweisung aller weitergehenden Ansprüche den Beklagten nur zur Zahlung von 2000 RM. nebst 7 v. H. Zinsen seit dem 1. Januar 1931 als Teilbetrag der unter dem 1. Februar 1928 verbrieften Schuld. Mit der Revision verlangt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von weiter noch 10 000 RM. nebst Zinsen. Diesem Antrag wurde unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils stattgegeben.

G r ü n d e :

Der Berufungsrichter geht ohne Rechtsirrtum von der Annahme aus, Fritz Hä. habe in Vollmacht des v. Ha. und weiter des Beklagten im Zusammenhang mit der Begründung der Schuld des Hä. an die Klägerin laut Erklärung vom 1. Februar 1928 den Bürgschaftsvertrag abgeschlossen, während er einen solchen Vertrag verneint für die in der Revisionsinstanz nicht mehr im Streit befangene Verpflichtung in Höhe von 18 000 RM., über die sich die letzte Erklärung vom 20. Juli 1929 verhält. Den Anspruch auch aus der ersten Verpflichtung und Verbürgung läßt der Berufungsrichter trotzdem zum größten Teil scheitern, weil die verbürgte Hauptschuld des Hä. an die Klägerin nicht über den in dem Berufungsurteil zugesprochenen Betrag von 2000 RM. hinaus zur Entstehung gelangt sei.

Entgegen dem ursprünglichen Vorbringen der Klägerin kam nach der Feststellung des Berufungsrichters für die Hauptschuld von 12 000 RM. nicht mehr in Frage, daß die Klägerin um den 1. Februar 1928 ein bares Darlehen gegeben hat. Vielmehr diene der Schuldschein vom 1. Februar 1928 zur Grundlage der Kredithilfe, die Hä. von der Klägerin dadurch erfahren hat, daß sie Gläubigern des Hä. die auf ihrem Anwesen eingetragene Briefgrundschuld über 5000 g Feingold als Sicherheit stellte. Der Berufungsrichter hat den ganzen Gang der Verwendung dieser Grundschuld seit ihrer Eintragung im März 1924 verfolgt, wie sie an die einander ablösenden Gläubiger von der Klägerin zur Sicherheit gestellt, nach der Abfindung jedes von ihnen wieder an die Klägerin oder an Hä. zurückübertragen und dem neuen Gläubiger wieder gestellt worden ist, und zwar schließlich im Februar 1928 dem Geldgeber des Hä., B., mit der Abrede, daß die Grundschuld nach Befriedigung des Gläubigers an Hä. zurückfalle.

Der Berufungsrichter meint, für dieses Eintreten der Klägerin habe Hä. in Kenntnis und mit dem Willen des v. Ha. der Klägerin durch Bürgschaft des Beklagten Sicherheit gewähren wollen für den Fall, daß der Kreditgeber die Grundschuld in Anspruch nehme. Es sei nicht so, daß etwa die Klägerin die Grundschuld an Hä. um den Betrag von 12 000 RM. „endgültig“ überlassen hätte mit der Vereinbarung, dieser Betrag solle der Klägerin nunmehr als Darlehen ge-

schuldet werden. Eine solche Veräußerung der Grundschild mit der Maßgabe, daß der Erwerbspreis als Darlehen geschuldet werde, sei wohl möglich. Aber die Klägerin habe sich, wie der ganze Verlauf der Sicherstellungen zeige, der Grundschild nie endgültig begeben. Dessen habe es auch für die Zwecke beider Teile, dem Hä. Kredit zu verschaffen, nie bedurft. Somit habe die Bürgschaft des Beklagten den Anspruch der Klägerin sichern sollen, den sie, sei es infolge der Zwangsversteigerung des belasteten Anwesens, sei es durch eigene Zahlung, als Rückgriffsanspruch gegen Hä. erwerbe. Ein solcher Rückgriffsanspruch sei aber nur in Höhe von 2000 RM. für die Klägerin entstanden, und zwar durch deren Zahlung an die Firma Sch. & Co., welche die Schuld des Hä. bei B. im Betrag von 12 000 GM. abgedeckt und zu ihrer Sicherheit die Grundschild auf dem Anwesen der Klägerin abgetreten erhalten habe. Bei der von Sch. & Co. vorgenommenen Hypothekenregelung habe die Klägerin an diese Firma zwar 3950 RM. auf die Post gezahlt und entsprechende Löschung herbeigeführt. Sie habe auch durch diesen Vorgang einen Rückgriffsanspruch gegen Hä. in Höhe von 3950 RM. erworben. Die Verbürgung gehe aber nur bis zu einer Inanspruchnahme der Grundschild im Betrage von 12 000 RM. Deshalb könne die Klägerin den Beklagten nur zum Betrag von 2000 RM. belangen, zu einem höheren Betrag aber erst dann, wenn weitere Leistungen wegen dieser Grundschild von seiten der Klägerin noch erfolgen sollten.

Diese Erwägungen halten der Revision nicht stand.

Von dem Standpunkt des Berufungsrichters aus ist zunächst der Gedanke nicht klar, aus dem heraus er die Haftung des Rückgriffsbürgen auf einen Teil des gesamten, nach Auffassung des Berufungsrichters entstandenen Rückgriffsanspruchs beschränkt. Die Bürgschaft geht freilich nur bis zum Betrage von 12 000 RM. der Grundschild. Würde die Grundschild zu ihrem vollen Wert von 13 950 RM. in Anspruch genommen und entstände der entsprechende Rückgriffsanspruch, so wäre er im Betrage von 1950 RM. sicherlich durch Bürgschaft des Beklagten nicht gedeckt. Aber die von dem Berufungsrichter festgestellte Ablösung der Grundschild durch Zahlung von 3950 RM., durch die ihr Bestand von einem Wert von 13 950 RM. auf einen solchen von 10 000 RM. gesenkt worden ist, bleibt weit hinter dem bürgschaftlich gedeckten Betrage zurück, und es ist nicht ersichtlich, aus welchem Rechtsgrund der Berufungsrichter den Mangel der Volldeckung schon bei dem ersten Ausfall für den Rückgriff veranschlagen will, obwohl die Bürgschaftsgrenze weitaus nicht erreicht wird.

Die Revision meint ferner, angesichts des zum Teil aus dem Berufungsurteil, zum Teil aus dem Akteninhalt ersichtlichen Vermögensverfalls des Hä. und der deshalb unmittelbar bevorstehenden Inan-

spruchnahme der Grundsuld (Einforderung der Grundsuldzinsen unter Androhen der Zwangsversteigerung; Einleitung der Zwangsverwaltung im März 1932) hätte, auch vom Standpunkt des Berufungsrichters aus, der Fall der Verbürgung als eingetreten gelten müssen. Damit wird indes nicht die Auffassung von dem Gegenstand der Bürgschaft unterstellt, die der Berufungsrichter hat. Ist die verbürgte Hauptforderung der Rückgriffsanspruch der Klägerin, wie er durch Befriedigung des Gläubigers aus der Grundsuld oder deren Bezahlung durch die Klägerin entsteht, so ist das nicht ohne weiteres gleichbedeutend mit dem von der Revision angeführten Fall der Gefährdung der Grundsuld oder des belasteten Anwesens. Die Auslegung der Bürgschaft durch den Berufungsrichter kann nur bekämpft werden, wenn sie unter Verletzung von Rechtsregeln gewonnen ist. Aus diesem Gesichtspunkt aber muß die Revision Erfolg haben.

Die rechtliche Kennzeichnung der Verbürgung als einer solchen, die namens des Beklagten zur Sicherung des der Klägerin erwachsenden Rückgriffsanspruchs übernommen sei, fußt darauf, daß die Klägerin im Februar 1928 ihre Grundsuld nicht „endgültig“ mit der Maßgabe überlassen habe, der Wert der Grundsuld solle als Darlehen geschuldet werden. Der Berufungsrichter hat aus der in den Jahren 1924 bis 1928 fortgesetzten und ständigen Handhabung der Kredithilfe an Hä. durch die Klägerin die Ueberzeugung gewonnen, daß eine solche endgültige Ueberlassung auch im Februar 1928 nicht in Frage komme. Die Revision rügt hier zu Unrecht einen Verstoß des Berufungsrichters gegen § 286 ZPO. . . (Wird ausgeführt.)

Die Ausgangserwägung des Berufungsrichters ist aber sachlich-rechtlich zu beanstanden. Das der Bürgschaft unterstellte Schuldverhältnis zwischen der Klägerin und Hä. muß nach Meinung des Berufungsrichters als eine Rückgriffsschuld erklärt werden, weil es als Darlehen nur aufgefaßt werden könne, wenn die Grundsuld endgültig mit der Abrede überlassen worden wäre, daß der Betrag von 12 000 RM. den Ueberlassungspreis der Grundsuld bilden und als Darlehen geschuldet werden solle. Der Berufungsrichter sieht es also als rechtlich unmöglich an, zwischen Hä. und der Klägerin könne ein Darlehnsverhältnis so vereinbart sein, daß ersterer ihr Darlehnschuldner zum Betrage von 12 000 RM. sei, solange sie ihm die höherwertige Grundsuld als Sicherstellung seiner Kreditgeber zur Verfügung stelle. Mit dieser Auffassung verkennt der Berufungsrichter die rechtliche Freiheit der Vertragsgestaltung auf dem Gebiet des Schuldrechts und insbesondere des Darlehns.

Er läßt gleichzeitig außer acht, daß die rechtliche Würdigung nicht nur die tatsächliche Kredithilfe der Klägerin für Hä. umfassen muß, sondern auch die Abrede zwischen beiden über die rechtliche

Folgerung aus dieser Hilfe. Dafür mußte aber entscheidend der Inhalt des Schuldbekenntnisses vom 1. Februar 1928 sein, in dem Hä. „als Darlehnsnehmer“ der Klägerin als „Darlehnsgeberin“ bestätigt, daß von oben angeführtem „Darlehen“, das in dem Schuldschein ausdrücklich als solches, in dem Bürgschaftsschein als „Anlehen“ bezeichnet wird, 12 000 RM. gegeben worden sind. Wenn diese 12 000 RM. damals tatsächlich nicht „gegeben“ worden waren, so blieb doch der Vertragswille auszuwerten, der eine solche Hingabe als erfolgt unterstellt (fingiert).

Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts kann einem solchen Unterstellen der Hingabe eines baren Darlehns die Bedeutung eines abstrakten Schuldversprechens im Sinne von § 781 BGB. zukommen (JW. 1906 S. 550 Nr. 19 und 1910 S. 704 Nr. 3). Es steht aber auch der für den vorliegenden Fall näher liegenden Annahme nichts im Wege, ein Vereinbarungsdarlehen im Sinne von § 607 Abs. 2 BGB. so abzuschließen, daß für eine gleichzeitig erst begründete, rechtlich andere Schuld vereinbart wird, der dem einen Teil überlassene Wert solle von ihm als Darlehen geschuldet sein (RG. in Gruch. Bd. 49 S. 913/917; JW. 1911 S. 151 Nr. 6; WarnRspr. 1914 Nr. 150 und 1919 Nr. 59; RGUrt. vom 3. Januar 1931 V 107/30), wie auch sogar für erst künftig zu begründende Forderungen ein Darlehnsverhältnis nach § 607 Abs. 2 BGB. geschaffen werden kann (vgl. RGRKomm. z. BGB. § 607 Anm. 7 a. E. und die dort angef. Entsch.). Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich die Klägerin, die an Hä. einen 12 000 RM. übersteigenden Wert als Kreditunterlage hingab, die dem Zugriff ausgesetzt blieb, nicht bis zur etwaigen Rückgewähr wirksam hätte versprechen lassen können, dieser Betrag solle ihr als Darlehen geschuldet werden. Da keine Behauptung des Beklagten ersichtlich ist, jene Erklärung vom 1. Februar 1928 sei nicht ernstlich oder sonst rechtlich fehlerhaft abgegeben, so ist diese der Erklärung eindeutig zu entnehmende Auffassung sogar zwingend. Es muß deshalb im Gegensatz zum Berufungsrichter angenommen werden, daß die in Vollmacht des Beklagten verbürgte Hauptschuld des Hä. laut Erklärung vom 1. Februar 1928 eine Darlehnschuld des Hä. an die Klägerin war. Die Folge ist zwar, daß der Bürge Zahlung leisten muß für einen Betrag, der als Darlehnsvaluta gar nicht in bar hingegeben worden ist. Dieses Ergebnis ist aber nicht von der Hand zu weisen, weil der Sinn der Darlehnsvereinbarung nach § 607 Abs. 2 BGB eben dahin geht, die Hingabe des anderweit — möglicherweise erst künftig — geschuldeten Betrags als Darlehen solle als geschehen unterstellt werden. Da der Beklagte auch gegen die Fälligkeit dieser Schuld keine Bedenken erhoben hat, muß unter Aufhebung des Berufungsurteils dem Revisionsantrag der Klägerin entsprochen werden.

RGZ. 159, 65

Inwieweit ist beim Fehlen besonderer Vereinbarungen ein Bierverleger der Brauerei, von der er für den Betrieb seines Flaschenbiergeschäfts leihweise Bierflaschen und Flaschenträger erhalten hat, ersatzpflichtig, wenn er nach Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit das Geliehene nicht zurückgeben kann, weil es teils zu Bruch gegangen, teils von seinen Abnehmern nicht zurückgeliefert worden ist?

BGB. §§ 602, 604.

III. Zivilsenat. Urt. v. 11. November 1938.

I. Landgericht München I. II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Brauereibesitzer Z. in A., der Erblasser der Klägerinnen, hatte im Rahmen eines Bierlieferungsvertrages neben der Gastwirtschaft, welche die Eltern des Beklagten und nach deren Tod der Beklagte persönlich in M. betrieb, auch deren dortiges Bierlager mit Bier beliefert. Das Bier wurde in Fässern angefahren, im Geschäft des Beklagten auf Flaschen abgezogen und sodann unter Verwendung von Holz- und Eisenträgern den Kunden — nach Behauptung des Beklagten vorwiegend Wiederverkäufern — zugeführt. Die Flaschen und die Flaschenträger hatte Z. für den Betrieb des Beklagten zur Verfügung gestellt. Nach der Auflösung der Vertragsbeziehungen verlangte Z. u. a. die Herausgabe oder den Ersatz von angeblich nicht zurückgelieferten Bierflaschen und Flaschenträgern im Werte von 7200 RM. Er klagte, als der Beklagte das verweigerte, diesen Betrag ein. Die Klägerinnen sind nach seinem Tode als seine gesetzlichen Erben in den Rechtsstreit eingetreten. Der Beklagte bestritt zwar nicht die Zahl der angeblich nicht zurückgelieferten Flaschen und Träger, wohl aber seine Entschädigungspflicht, und machte insbesondere geltend, ihm sei zum mindesten der übliche Satz von 15% des Jahresumsatzes für Verluste von Flaschen durch Bruch bei dem Umsatz und bei den Kunden zuzubilligen, wonach ihm mehr Flaschen gutgeschrieben werden müßten, als von ihm herausverlangt würden.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 4129,40 RM. verurteilt, indem es angenommen hat, daß er von seinen Abnehmern das in M. seit Jahren übliche Flaschenpfand von 10 Rpf. hätte fordern und als Ersatz für verlorene Flaschen an Z. abführen müssen. Das Oberlandesgericht hat die Urteilssumme auf 1587,17 RM. herabgesetzt. Es läßt den Beklagten zwar für die von den Kunden nicht zurückgelieferten Flaschen, nicht aber für den bei der Abfüllung und bei der Kundschaft entstandenen Flaschenbruch haften, den es auf 1½% des Jahresumsatzes bemißt. Die Revision der Klägerinnen führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Den Anspruch auf Ersatz der nicht zurückgelieferten Bierflaschen und Flaschenträger leitet das Berufungsgericht nicht aus einem einheitlichen Bierlieferungsvertrag her, in dem die Brauerei die Gestellung der Flaschen und Flaschenträger zur Benutzung durch den Bierverleger und seine Abnehmer als Nebenverpflichtung übernommen hat, sondern aus einem selbständigen Leihvertrag. Da es von dem Willen der Parteien abhängt, ob sie beide Verpflichtungen in einem rechtlich einheitlichen oder in zwei selbständigen, nur wirtschaftlich miteinander zusammenhängenden Verträgen regeln wollen, ist die Annahme des Berufungsgerichts, das letzteres gewollt sei, rechtlich nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht unterscheidet zwischen den nicht zurückgelieferten und den zerbrochenen Flaschen, läßt für die ersten wie für die Flaschenträger den Beklagten auf Grund des § 604 BGB. haften, lehnt aber eine Haftung für die zerbrochenen Flaschen ab, da mangels einer besonderen Vereinbarung für den Beklagten keine vertragliche Verpflichtung bestanden habe, den durch Flaschenbruch bei der Kundschaft verursachten Verlust durch Erhebung eines Flaschenpfandes zu verringern. Es stützt seine Entscheidung über den Flaschenbruch offenbar auf den von ihm vorher angeführten § 602 BGB., betrachtet also, ebenso wie die Parteien und auch die Revision, den Flaschenbruch als eine durch vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführte Verschlechterung der Leihsache. Dies ist jedoch rechtsirrig. Schon dem Sprachgebrauch nach kann die Zerstörung oder Vernichtung der geliehenen Sache nicht als Veränderung oder Verschlechterung angesehen werden. Der Gebrauch, der die Leihsache vernichtet, ist kein Gebrauch mehr, sondern ein Verbrauch. Aber auch Sinn und Zweck des § 602 BGB. sprechen gegen diese Auslegung. Denn § 602 BGB. soll — ebenso wie § 548 BGB. für die Miete — die Obhutpflicht des Entleihers bei der Benutzung der Sache begrenzen, ihn von der Verpflichtung entbinden, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführten Veränderungen und Verschlechterungen vor Rückgabe der Sachen wieder zu beseitigen, also den bei Beginn der Leihe bestehenden Zustand wiederherzustellen. Es fehlt aber jeder Anhalt dafür, daß die im § 604 BGB. bestimmte Pflicht zur Rückgabe der geliehenen Sache selbst durch § 602 eingeschränkt werden, d. h. entfallen soll, wenn die geliehene Sache beim vertragsmäßigen Gebrauch zerstört wird. § 602 BGB. setzt immer voraus, daß die geliehene Sache trotz des natürlichen Verschleißes noch vorhanden ist und zurückgegeben werden kann.

Zu wessen Lasten der Verlust der geliehenen Sache, also beim Leihen von Flaschen und Gläsern der Bruch geht, entscheidet sich sonach mangels einer besonderen Vereinbarung nach den allgemeinen

Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, d. h. gemäß § 275 BGB. danach, ob der Entleiher die Unmöglichkeit der Rückgabe der Sache zu vertreten hat. Danach kann allerdings eine Haftung des Bierverlegers für Flaschenbruch entfallen. Denn da, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, die Leihe der Flaschen gerade zum Abfüllen des Bieres und zur Weitergabe der gefüllten Flaschen an die Kundschaft dient, so hat der Bierverleger den Bruch nicht zu vertreten, der bei dieser Art der Benutzung trotz Anwendung aller von ihm zu erfordernden Sorgfalt entsteht. Ein Bruch ist nun nicht nur beim Abfüllen unvermeidbar, d. h. beim Reinigen und Füllen der Flaschen, sondern kann auch bei der Beförderung der Flaschen zur Kundschaft, sei es zu den Zwischenhändlern, sei es zu den Verbrauchern, vorkommen, wenn nämlich die Flaschen im Wagen nicht so fest verstaut werden können, daß nicht die eine oder die andere durch die Erschütterung beim Fahren, namentlich auf schlechtem Wege oder beim Wenden und plötzlichen Halten im Straßenverkehr, insbesondere wenn Kraftwagen benutzt werden, zerbricht. Ein solcher unvermeidbarer Flaschenbruch beim Flaschenbierhandel wird möglicherweise überall ungefähr derselbe sein, und es ist daher rechtlich nicht zu beanstanden, ihn, falls dafür ein üblicher Satz festgestellt wird, bei Rückgabe der Flaschen in Ansatz zu bringen, ohne daß der Bierverleger weiteren Beweis für den unverschuldeten Bruch zu führen brauchte. Eine andere Frage, die der Tatrichter zu prüfen hat, ist es, ob zu solchem im Flaschenbierhandel unvermeidbaren Bruch auch der bei den Zwischenhändlern oder gar der bei den Verbrauchern entstehende Bruch gehört. Denn obwohl hier die Gefahr eines solchen Bruches viel geringer ist, und in der Regel, abgesehen von besonderen Vorfällen, durch sorgfältige Behandlung der Flaschen jeder Bruch vermieden werden kann, kann doch auf Grund einer allgemeinen Verkehrssitte auch ein gewisser Teil dieses Bruches zu Lasten der Brauerei gehen, also der übliche Satz diesen mitumfassen. Dafür bedarf es aber einer besonderen Feststellung, zumal bei den vom Verbraucher nicht zurückgegebenen Flaschen nur selten unterschieden werden kann, ob diese Flaschen wegen Bruches oder aus sonstigen Gründen, vor allem aus Gleichgültigkeit nicht zurückgegeben werden. Eine solche besondere Feststellung läßt aber das Berufungsurteil vermissen. (Wird näher ausgeführt.)

Dienstvertrag

RGZ. 34, 1

Haftung des Meisters für Verletzungen, welche sich der Lehrling infolge seiner Unkunde bei der Arbeit zugezogen hat, wenn der Lehrling einem Gesellen zur Beschäftigung beigegeben war, ohne daß dieser

einen besonderen Auftrag erhalten hatte, ihm die erforderlichen Anweisungen zu erteilen.

Gew.O. § 126*).

VI. Zivilsenat. Urt. v. 12. Juli 1894.

I. Landgericht Hamburg. II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Sohn des Klägers trat um Pfingsten 1892 bei dem Beklagten und dem Schlossermeister R., welche gemeinschaftlich ein Schmiede- und Schlossergeschäft betrieben, in die Lehre. Am 21. Juli desselben Jahres half er dem Gesellen bei dem Abschlagen eines Stückes Eisen oder Stahl. Der Geselle hielt den Meißel, und der Lehrling schlug auf das Eisen. Dabei sprang ein Stück ab und flog ihm in das Auge. Dieses lief infolgedessen aus. Der Kläger hat den Beklagten und den R. auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Das Verfahren gegen den letzteren ruht. Soweit die Klage gegen den Beklagten gerichtet ist, ist sie in erster Instanz abgewiesen, und die klägerischerseits hiergegen eingelegte Berufung zurückgewiesen. . . .

Der Kläger hat . . . vorgebracht: vor der Uebertragung der Arbeit sei eine Unterweisung des Lehrlings nötig gewesen; jedenfalls hätte es bei der Arbeit einer Anweisung bedurft; der Schlagende müsse bei einer solchen Arbeit dem Meißel gegenüberstehen, da ihn dann ein abgemeißeltes Stück Eisen nicht treffen könne; sein, des Klägers, Sohn habe nun nicht dem Meißel, sondern dem Eisen gegenübergestanden; dadurch sei der Unfall herbeigeführt; für eine entsprechende Anweisung hätte der Beklagte sorgen müssen. Der Sohn des Klägers hat bei einer Vernehmung erklärt, daß ihm für die fragliche Arbeit eine Anweisung nicht erteilt sei; es sei ihm nur gesagt worden, daß er forsch zuschlagen habe.

Das Berufungsgericht führt hierüber folgendes aus: für eine allgemeine Anweisung an den klägerischen Sohn, wie er sich bei Arbeiten der fraglichen Art zu verhalten habe, sei umsoweniger Veranlassung vorhanden gewesen, als der Sohn des Klägers dem Gesellen, mit dem er zusammen arbeitete, für alle vorkommenden Arbeiten zugewiesen gewesen sei; der Beklagte habe daher annehmen dürfen, daß die Anweisung in jedem einzelnen Falle von dem direkten Vorgesetzten des klägerischen Sohnes erfolgen werde; wenn den Gesellen ein Vorwurf treffen sollte, weil er den Sohn des Klägers nicht gehörig instruiert habe, so hafte der Beklagte hierfür nur insoweit, als ihm eine culpa in eligendo zur Last falle; eine solche sei nicht behauptet.

Die Ausführung wird mit Recht von der Revision angegriffen; sie verletzt insbesondere den § 126 Gew.O. Nach diesem muß der

*) Jetzt § 127 i. d. F. d. Ges. v. 26. 7. 97. — RGBl. S. 663.

Lehrherr entweder selbst oder durch einen geeigneten, ausdrücklich dazu bestimmten Vertreter die Ausbildung des Lehrlings leiten. Der Meister muß daher, wenn er allgemein oder in einzelnen Fällen die Anweisung des Lehrlings einem geeigneten Gesellen überlassen will, diesen ausdrücklich hierzu bestimmen und ausdrücklich beauftragen, den Lehrling, soweit erforderlich, anzuweisen. Die Vorschrift lautet allgemein. Man darf daher weder für einfache Arbeiten, noch für den Fall, daß der Meister nur einem Gesellen hält, hiervon eine Ausnahme machen. Der Beklagte würde danach in dem vorliegenden Falle seine Pflicht nur dann erfüllt haben, wenn er den Gesellen, mit welchem der Sohn des Klägers bei dem Unfall zusammen gearbeitet hat, ausdrücklich beauftragt haben sollte, dem Lehrlinge die nötigen Anweisungen zu erteilen, vorausgesetzt, daß der Geselle seiner Persönlichkeit nach überhaupt zur Vertretung des Meisters bei der Ausbildung des Lehrlings geeignet gewesen ist. Ein solcher ausdrücklicher Auftrag ist nicht behauptet und nicht festgestellt; vielmehr ist es nicht aufgeklärt, in welcher Weise der Sohn des Klägers dem Gesellen für die Arbeit, bei welcher der Unfall sich ereignet hat, beigegeben worden ist. In dem angefochtenen Urteile ist allerdings bemerkt, daß der Lehrling für alle vorkommenden Arbeiten dem Gesellen zugewiesen gewesen sei; allein abgesehen davon, daß es nicht ersichtlich ist, worauf diese Feststellung beruht, ist auch hierin nicht ausgesprochen, daß dem Gesellen ein ausdrücklicher Auftrag zur Anweisung und Unterweisung des Lehrlings gegeben worden sei." ...

RGZ. 77, 408 †

1. Haftet bei einem Dienstvertrage der Dienstberechtigte wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs zur Verhütung von Gefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit des Dienstverpflichteten (§ 618 Abs. 1, 2 BGB., § 62 Abs. 1, 2, § 76 Abs. 1 HGB.) auch den ersatzberechtigten Dritten für Verschulden eines Erfüllungsgehilfen?

2. ...*)

BGB. § 278.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 20. November 1911.

I. Landgericht Koblenz. II. Oberlandesgericht Köln.

Am 3. Juli 1908 verunglückte der bei dem Beklagten K. als Handlungslehrling in Dienst stehende Friedrich Kn. dadurch, daß er, den Anweisungen des ihm damals vorgesetzten zweiten Beklagten M., eines Handlungsgehilfen des K., folgend, zu Zwecken des Geschäftsbetriebes in einem Kahn hin und zurück über die Mosel setzte und dabei in-

*) Geringere Bedeutung.

folge Umschlagens des Kahnes im Fluß ertrank. Seine Mutter, die Wwe. Kn., klagte gegen K. und M. auf Schadensersatz. Nachdem das Berufungsgericht, wie auch schon das Landgericht, diesen Anspruch im wesentlichen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hatte, legten die Beklagten Revision ein; diese ist aber zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

... „Zunächst war ganz unbedenklich die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Beklagte zu 2 der Klägerin für den ihr durch den Tod ihres Sohnes entstandenen Vermögensschaden zu haften habe. Denn es hat in prozessual unangreifbarer Weise festgestellt, daß dem verunglückten Kn. von M. als seinem Vorgesetzten durch Zuruf befohlen worden war, an einer bestimmten Stelle in gerader Richtung auf die dort befindliche Bühne zu über die Mosel zu setzen und nicht erst am Ufer entlang eine Strecke aufwärts zu fahren, und daß die Ueberfahrt an jener Stelle wegen des damaligen ziemlich hohen Wasserstandes und starken Stromganges der Mosel für Kn. gefährlich war und die Ursache dafür geworden ist, daß dieser dabei verunglückte und im Fluß ertrank. Auch hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, daß Kn. selbst bei diesem Vorgange kein Verschulden zur Last falle; in dem Verhalten des Beklagten M. hat es aber nach § 823 Abs. 1 BGB. eine fahrlässige unerlaubte Handlung erblickt, für deren Folgen er nach §§ 844, 845 BGB. der Klägerin aufkommen müsse.“ (Es folgt die Zurückweisung eines vom Beklagten M. hiergegen erhobenen Angriffs.)

„Auch im übrigen läßt sich ein rechtliches Bedenken gegen die Beurteilung des Verhaltens M.'s als eines fahrlässigen nicht erheben. Die Haftung des Beklagten zu 1 ist vom Oberlandesgericht aus § 278 BGB. hergeleitet worden, weil Kn. als dessen Kaufmannslehrling in seinem Geschäftsbetrieb den Unfall erlitten habe, und zwar infolge der Vernachlässigung der dem Dienstherrn durch § 76 verbunden mit § 62 Abs. 1 HGB. bzw. durch § 618 Abs. 1 BGB. noch besonders auferlegten Vertragspflichten, für die M. hier als Erfüllungsgehilfe in Betracht komme. Daß M. hier ein Erfüllungsgehilfe des K. sein würde, kann jedenfalls nicht bezweifelt werden. Andererseits hat der Beklagte zu 1 mit Recht bemerkt, daß zwar der verunglückte Kn. mit ihm in einem Vertragsverhältnisse stand, aber nicht dessen Mutter, die Klägerin. Verfehlt war jedoch die Revisionsausführung, daß deswegen diese ihren Anspruch nur auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über unerlaubte Handlungen stützen könne. Denn § 618 Abs. 3 BGB. und § 62 Abs. 3 HGB. enthalten die singuläre Bestimmung, daß auf diese Vertragspflichten die §§ 842 bis 846, also auch die §§ 844 und 845, entsprechende Anwendung finden.

Vgl. hierzu die Urteile des III. Zivilsenates des Reichsgerichts in den Sachen Rep. III. 146/07 und Rep. III. 493/07; Jur. Wochenschr. 1908 S. 9 Nr. 9 und S. 449 flg. Nr. 14.

Allerdings ist in jenen Gesetzen nichts darüber gesagt, ob auch § 278 BGB. dabei entsprechende Anwendung finden sollte, und man könnte daher auf den Gedanken kommen, diese Frage zu verneinen, weil eben nur im Umfange der Bestimmungen des Titels über unerlaubte Handlungen hier ein Schadensersatzanspruch für die betreffenden dritten Personen eingeführt sei. Indessen ist es doch folgerichtiger, die fraglichen Vorschriften des § 618 Abs. 3 BGB. und des § 62 Abs. 3 HGB. dahin zu verstehen, daß jene dritten Personen innerhalb der Grenzen der §§ 844, 845 BGB. ganz so gestellt sein sollen, als wenn auch sie in einem Vertragsverhältnisse mit dem Dienstherrn gestanden hätten. Daraus ergibt sich dann, daß auch die Anwendung des § 278 BGB. durch das Oberlandesgericht zu billigen ist.

RGZ. 78, 432

1. Ist der Arzt verpflichtet, den Kranken auf die nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer beabsichtigten Operation entstehen können?

2. Zur Frage der Beweislast beim Eintritte schädlicher Folgen einer Operation.

III. Zivilsenat. Urt. v. 1. März 1912.

I. Landgericht II Berlin. II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte litt infolge von Knochenwucherungen (Exostosen) im rechten Gehörgange an Störungen der Hörfähigkeit. Er begab sich, nachdem ihm bereits von einem anderen Arzte geraten worden war, diese Wucherungen wegmeißeln zu lassen, in die Behandlung des Klägers. Dieser entfernte zunächst die an der hinteren Gehörwand befindliche Wucherung; dabei fiel ein abgemeißelter Knochensplitter vor das Trommelfell, dessen Entfernung auch nach der zweiten Operation, bei der die Wucherung an der vorderen Gehörwand entfernt wurde, nicht gelang. Der Kläger empfahl nunmehr dem Beklagten, sich wegen der Gefahr, die das Belassen des Knochensplitters im inneren Gehörgange bringen könne, einer größeren, in der Narkose zu vollziehenden Operation zwecks Entfernung dieses Knochensplitters zu unterwerfen, und nahm diese Operation mit Einwilligung des Beklagten vor. Infolge dieser letzten Operation stellte sich beim Beklagten eine Lähmung des Gesichts- und des Gehörnerven der rechten Kopfseite ein; jene ging allmählich zurück, während diese die dauernde Taubheit des Beklagten auf dem rechten Ohre zur

Folge hatte. Diese Lähmungserscheinungen waren, wie das Berufungsgericht für erwiesen erachtete, durch eine ihrer Art nach nicht näher zu bestimmende innere Verletzung des Ohres bei der letzten Operation verursacht.

Der Kläger forderte die Vergütung für seine ärztlichen Dienstleistungen. Der Beklagte bestritt die Berechtigung dieser Forderung wegen des ungünstigen Endergebnisses und forderte mit der Widerklage den Ersatz des ihm entstandenen Schadens.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage und wies die Widerklage ab. Das Berufungsgericht wies dagegen die Klage ab und sprach auf die Widerklage die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Klägers aus. Die Revision ist für begründet erachtet und die erstrichterliche Entscheidung wiederhergestellt worden.

Aus den Gründen :

. . . „Die Entscheidung des Berufungsgerichts . . . beruht auf der Annahme, daß der Kläger den Schaden, der dem Beklagten durch die Lähmung des Gesichts- und Gehörnerven entstanden ist, schuldhaft verursacht habe. Ein Verschulden des Klägers erblickt das Berufungsgericht

1. darin, daß er den Beklagten nicht vorher auf die Gefahren, die mit der Vornahme der Operationen möglicherweise verbunden sein konnten, insbesondere auf die Gefahr, das Gehör auf dem rechten Ohre zu verlieren, aufmerksam gemacht habe,
2. in einem Kunstfehler, der dem Kläger bei der ersten Operation zur Last falle.

In beiden Punkten ist die Annahme des Berufungsgerichts unhaltbar.

Zu 1: Eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer dem Kranken angetragenen Operation entstehen können, kann nicht anerkannt werden. Die Annahme einer derartigen Verpflichtung läßt sich weder aus der Uebung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufes, noch aus inneren Gründen herleiten. Eine umfassende Belehrung des Kranken über alle möglichen nachteiligen Folgen der Operation würde nicht selten sogar falsch sein, sei es, daß der Kranke dadurch abgeschreckt wird, sich der Operation zu unterwerfen, obwohl sie trotz der damit verbundenen Gefahren geboten oder doch zweckmäßig ist, sei es, daß der Kranke durch die Vorstellung der mit der Operation verbundenen Gefahren in Angst und Erregung versetzt und so der günstige Verlauf der Operation und der Heilung gefährdet wird.

Auch die besondere Lage des vorliegenden Falles rechtfertigt nicht die Annahme einer solchen Verpflichtung des Klägers. . . . Die

Gefahr, daß die Operation zu dem eingetretenen Mißerfolge führte, lag nach den Gutachten der Sachverständigen . . . fern. Im allgemeinen verlaufen solche Operationen — davon geht auch das Berufungsgericht selbst aus bei der Darlegung, daß der Kläger einen Kunstfehler begangen habe, — ohne jede Schädigung. Das ungünstige Ergebnis ist hier durch das Zusammentreffen zweier unglücklicher Ereignisse herbeigeführt worden, durch das Hineinfallen eines Knochensplitters vor das Trommelfell bei der ersten Operation und durch die Verletzung des inneren Gehörganges bei der dritten Operation. Selbst bei dieser Operation, die nur dadurch veranlaßt wurde, daß bei der ersten der Knochensplitter in das innere Ohr fiel, war die Gefahr einer Verletzung, wie sie hier eingetreten ist, nicht in erheblichem Maße vorhanden, wenn auch diese letzte Operation eine wesentlich schwierigere war, als die beiden vorhergehenden. Unter diesen Umständen kann es dem Kläger nicht zum Verschulden angerechnet werden, daß er den Beklagten auf diese Gefahren nicht aufmerksam machte, ganz abgesehen davon, daß es dem Beklagten bei seinem Bildungsgrade nicht unbekannt gewesen sein kann, daß bei einer in der Narkose vorzunehmenden, in den Gehörgang eindringenden Operation eine gewisse Gefahr, die Möglichkeit eines unglücklichen Verlaufes, nicht völlig auszuschließen ist.

Zu 2: Zu der Annahme eines Kunstfehlers des Klägers gelangt das Berufungsgericht durch eine rechtsirrtümliche Verteilung der Beweislast. Es unterstellt zwar, daß dem Beklagten an sich der Beweis obliege, daß dem Kläger ein ursächliches Verschulden zur Last falle. Dieser Beweispflicht aber, so führt es aus, genüge der Beklagte durch die Darlegung, daß Operationen der hier in Rede stehenden Art regelmäßig ohne jeden Schaden verlaufen. Es würde unbillig sein und den Lebensverhältnissen nicht entsprechen, wenn man von dem Operierten in einem Falle, wie dem vorliegenden, wo er von der Operation nichts sieht, sich sogar, wie bei der dritten Operation, in bewußtlosem Zustande befindet, den Nachweis verlangen wollte, daß der Arzt eine Fahrlässigkeit begangen habe.

Diese Erwägungen gehen fehl. Wie man auch grundsätzlich die Beweislast in Fällen wie dem vorliegenden regeln mag, keinesfalls kann die Unmöglichkeit, die Ursache einer Verletzung des Kranken bei der Operation sicher festzustellen, zu Lasten des Arztes gehen. Auch der operierende Arzt wird unter Umständen nicht bestimmt angeben können, wodurch die Verletzung herbeigeführt ist, und wenn er auch selbst eine bestimmte Meinung hierüber hat, so wird er vielfach außerstande sein, die Richtigkeit dieser Meinung im Streitfalle zu beweisen. Denn oft vermögen auch die von ihm zur Hilfeleistung oder sonst herbeigezogenen Aerzte und sonstigen Personen nicht jede Bewegung des Arztes so genau zu verfolgen, daß sie ein Urteil

hierüber abgeben können. Mit Recht führt die Revision aus, daß auch der geschickteste Arzt nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeitet, daß trotz aller Fähigkeit und Sorgfalt des Operateurs ein Griff, ein Schnitt oder Stich mißlingen kann, der regelmäßig auch dem betreffenden Arzte selbst gelingt.

Alle nachteiligen Folgen, die im allgemeinen nicht eintreten, sich im einzelnen Falle aber ohne jedes Verschulden des Arztes an die Operation knüpften, würden, wenn man der Auffassung des Berufungsgerichts beiträte, vom Arzte zu verantworten sein, wenn ihm nicht der positive Beweis seines Nichtverschuldens gelingt, ein Beweis, der vielfach schlechterdings nicht zu führen ist. Daß aber eine solche Verantwortung dem Arzte nicht aufgebürdet werden kann, ist selbstverständlich. Die Rücksichtnahme auf den Kranken und eine vermeintliche Unbilligkeit, von ihm den Beweis des Verschuldens zu fordern, kann die Auffassung des Berufungsgerichts nicht rechtfertigen. Bei schwereren Operationen sind regelmäßig sachverständige Zeugen zugegen, durch deren Vernehmung die Sachlage, soweit es überhaupt möglich ist, aufgeklärt werden kann. Vielfach wird der Sachverständige auch aus dem objektiven Befunde auf ein Verschulden des Operateurs schließen können. Endlich wird das Unterlassen einer genügenden Aufklärung der Ursachen der Verletzung bei freier Beweiswürdigung unter Umständen zuungunsten des Arztes verwertet werden können. Der Kranke ist also, auch wenn er selbst die Handlungen des operierenden Arztes nicht wahrnehmen kann, keineswegs schutzlos.

Nimmt man an, daß dem Arzte der Nachweis obliegt, daß er bei Vornahme der Operation mit aller Sorgfalt und den Erfahrungen der Wissenschaft gemäß gehandelt hat, so hat er dieser Pflicht doch genügt, wenn er dartut, daß ein eingetretener ungünstiger Erfolg auch ohne sein Verschulden eingetreten sein kann, daß nach dem, soweit möglich, klar gelegten Sachverhalt ein positiver Anhalt für ein Verschulden des Arztes nicht gegeben ist. Die Entlastungspflicht des Arztes würde, wenn sie überhaupt grundsätzlich anzunehmen ist, in ähnlicher Weise zu begrenzen sein, wie dies in dem Urteile des erkennenden Senats, Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 74 S. 342, hinsichtlich eines Beamten geschehen ist, aus dessen Gewahrsam eine ihm anvertraute Sache abhanden gekommen ist. Das Berufungsgericht beruft sich für seine Auffassung auf dieses Urteil völlig zu Unrecht. Auch die übrigen von ihm angeführten Urteile des Reichsgerichts, Entsch. in Zivils. Bd. 20 S. 269, Bd. 41 S. 223, Bd. 64 S. 256, stehen der Auffassung des Berufungsgerichts keineswegs zur Seite." . . .

RGZ. 80, 29

Ist aus der Vereinbarung einer bestimmten Dienstzeit von längerer Dauer regelmäßig zu folgern, daß die Parteien das Kündigungsrecht des § 627 BGB. ausschließen wollen?

III. Zivilsenat. Urt. v. 2. Juli 1912.

I. Landgericht Hildesheim. II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

. . . „Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Zunächst macht sie geltend, daß die Anwendung des § 627 BGB. deshalb habe unterbleiben müssen, weil der Kläger in einem „dauernden“ Dienstverhältnisse zu der Beklagten gestanden habe, da er gemäß § 21 der Statuten auf fünf Jahre in den Vorstand der beklagten Gewerkschaft gewählt gewesen sei. Nach § 627 BGB. ist die Kündigung auch ohne wichtigen Grund zulässig, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß diese positiven Voraussetzungen bei dem Kläger vorliegen. Die Entscheidung hängt also davon ab, wie der im § 627 BGB. enthaltene Ausnahmetatbestand aufzufassen ist. Der Revision kann nun nicht darin beigetreten werden, daß der Ausnahmetatbestand schon dann zutrefte, wenn ein dauerndes Dienstverhältnis bestehe; vielmehr müssen beide Erfordernisse, dauerndes Dienstverhältnis und feste Bezüge, erfüllt sein. Im vorliegenden Falle fehlt es aber nach der zutreffenden Annahme des Berufungsgerichts für die Zeit nach Beendigung des Schachtbaues an dem letzteren Erfordernisse. Die gegen diese Annahme gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet.

Die Revision macht unter Bezugnahme auf das Urteil des I. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 24. Oktober 1908 (Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 69 S. 365) ferner geltend, daß der § 627 BGB. dispositiver Natur sei, und daß die Parteien, indem sie eine fünfjährige Dauer des Vertrags verabredeten, zum Ausdruck gebracht hätten, der Rechtssatz des § 627 BGB. solle für ihr Verhältnis nicht gelten. Das Berufungsgericht hat einen solchen Ausschluß in der Abrede der fünfjährigen Vertragsdauer nicht gesehen, weil der § 627 ein dauerndes Dienstverhältnis voraussetze, so daß der Abschluß eines solchen die Anwendung des § 627 überhaupt erst ermögliche. Diese Begründung trifft nicht zu, da der § 627, wie sich aus seinem Inhalt und aus dem Zusammenhange mit den vorausgehenden Bestimmungen (§§ 620 flg.) ergibt, nicht nur auf dauernde, sondern auch auf nicht dauernde Dienstverhältnisse Anwendung findet. Im Ergebnis ist aber dem Berufungs-

gerichte beizutreten; denn da die im § 627 als Regel ausgesprochene Kündigungsbefugnis auch bei dauernden Dienstverhältnissen Platz greift, so kann nicht lediglich aus der Vereinbarung einer bestimmten Dienstzeit von längerer Dauer gefolgert werden, die Parteien hätten damit den Willen zum Ausdruck gebracht, das Kündigungsrecht des § 627 auszuschließen. Damit würde man für jedes derartige Dienstverhältnis von bestimmter längerer Dauer die Anwendung des § 627 ausschließen, während nach dem Ausnahmetatbestand und dem daraus zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers gerade solche Fälle der Regel des § 627 unterworfen sein sollen. Zur Ausschließung der dispositiven Bestimmung des § 627 bedarf es des klaren und bestimmten Ausdrucks des auf die Ausschließung bewußt gerichteten Parteiwillens. Wenn in der von der Revision angeführten Entscheidung des I. Zivilsenats Bd. 69 S. 365 aus der Verabredung einer fünfjährigen Dauer des Vertrags die Folgerung gezogen ist, daß die Parteien den Rechtssatz des § 627 BGB. für ihr Verhältnis nicht gelten lassen wollten, so liegt kein Grund vor, jetzt gemäß § 137 GVG. eine Entscheidung der vereinigten Zivilsenate herbeizuführen, weil dort nicht ausgesprochen ist, daß überall, wo eine längere Vertragsdauer verabredet ist, die im § 627 gegebene Kündigungsbefugnis als ausgeschlossen gelten müßte, die Entscheidung vielmehr nur eine im einzelnen Falle angenommene besondere Vereinbarung zum Gegenstand hat.“ . . .

RGZ. 82, 285

Ist das Dienstverhältnis des bauleitenden Architekten der Kündigung nach § 627 BGB. unterworfen?

III. Zivilsenat. Urt. v. 20. Mai 1913.

I. Landgericht München I. II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte hatte der Klägerin, einer Architektenfirma, die Anfertigung der Entwürfe für den Bau einer Villa sowie die Oberleitung der Ausführung dieses Baues einschließlich der Innenausstattung gegen eine Vergütung nach den sog. Hamburger Normen übertragen. Er entzog demnächst der Klägerin die Leitung der Ausführung des Innenbaues. Die Befugnis zu dieser Kündigung des Vertrags leitete er u. a. auch aus § 627 BGB. her. Das Landgericht und das Berufungsgericht erachteten diese Bestimmung auf das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis für unanwendbar. Das Reichsgericht ist dieser Auffassung beigetreten.

Aus den Gründen:

„Das freie, von der Voraussetzung des § 626 BGB. unabhängige, Kündigungsrecht des § 627 ist nur bei solchen Dienstverhältnissen gegeben, welche Dienste höherer Art zum Gegenstande haben, die auf

Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Es genügt also nicht, daß die Dienste eine besondere Fachkenntnis, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen, und daß sie regelmäßig nur solchen Personen übertragen zu werden pflegen, die im Besitze dieser Eigenschaften sind oder bei denen doch diese Eigenschaften erwartet werden. Denn dies würde für alle Dienste höherer Art gelten. Es muß vielmehr hinzukommen, daß die Dienste im allgemeinen, ihrer Art nach, nur zufolge besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen; ob im Einzelfalle die Uebertragung der Dienste auf Grund eines solchen besonderen Vertrauens erfolgt, ist dagegen unerheblich. Mit diesem Erfordernis der Uebertragung auf Grund besonderen Vertrauens ist auf ein persönliches Verhältnis zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten hingewiesen. Dies ergeben die Verhandlungen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, von der die Bestimmung dem Entwürfe eingefügt wurde, mit voller Bestimmtheit. Der Antragsteller des Antrags 1 zu § 566 Entwurf I, dessen Ausführungen die Mehrheit der Kommission beitrug, sagte u. a.:

„Ein solches Kündigungsrecht soll jedoch nur in Frage kommen, wenn eine genau bestimmte Leistung den Gegenstand des Vertrags bildet, deren Ausführung eine besondere persönliche Beziehung zwischen dem Dienstnehmer und dem Dienstgeber voraussetzt. Dagegen soll das Kündigungsrecht ausgeschlossen sein, wenn die Ausführung des Dienstes nicht auf einem besonderen persönlichen Verhältnis der Parteien beruht oder wenn es sich um ein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen handelt (Leibarzt Hofmeister, Syndikus).“ Protokolle (Guttentag'sche Ausgabe) Bd. 2 S. 302/303.

Ein in der Kommission gestellter Antrag (1 b), das freie Kündigungsrecht da zu geben, wo die Leistung von Diensten übernommen ist, die eine besondere Fachkenntnis, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen oder auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, stieß auf Widerspruch und wurde zurückgezogen (Protok. a. a. O. S. 301, 302, 304).

Auch die dem Reichstage vorgelegte Denkschrift zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs begründet das außerordentliche Kündigungsrecht dieses Paragraphen mit der Erwägung, daß nach der Natur solcher Vertragsverhältnisse keinem der beiden Teile die Fortsetzung des Verhältnisses zugemutet werden könne, wenn das persönliche Vertrauen zwischen ihnen erschüttert sei.

Ein solches persönliches Vertrauensverhältnis aber ist im allgemeinen für die Wahl des Architekten auch dann nicht bestimmend, wenn es sich um einen künstlerisch auszuführenden Bau einschließlich des inneren Ausbaues handelt. Der Bauherr wird die technische und künstlerische Befähigung des Architekten und dessen geschäft-

lichen Ruf prüfen, sowohl wenn er ihm nur die Anfertigung der Entwürfe und die Bauleitung durch einen Dienstvertrag, als wenn er ihm die Gesamtausführung des Baues durch einen Werkvertrag überträgt. In besondere persönliche Beziehungen aber, wie sie sich regelmäßig zwischen dem Arzt, dem Lehrer und dem Rechtsanwalt, deren Dienste bei den Beratungen der Kommission — Protok. a. a. O. S. 302 — besonders genannt sind, und ihren Auftraggebern zu entwickeln pflegen, tritt der Bauherr unter heutigen Verhältnissen zu dem bauleitenden Architekten im allgemeinen ebensowenig, wie zu dem bauausführenden. Regelmäßig bedienen sich heute die namhaften Architekten, auch solche, die sich mit der Bauausführung nicht befassen, technisch und künstlerisch geschulter Gehilfen, so daß die Regel des § 613 Satz 1 BGB., daß der Verpflichtete die Dienste in Person zu leisten hat, für sie vielfach nicht zutreffen wird. So hat auch im vorliegenden Falle die Klägerin, eine im Handelsregister eingetragene Architektenfirma, unter Zustimmung des Beklagten die Dienste, soweit sie sie überhaupt geleistet hat, im wesentlichen durch einen ihrer Angestellten ausführen lassen.

Danach ist die Bestimmung des § 627 BGB. auf das Verhältnis zwischen dem Bauherrn und dem bauleitenden Architekten für unanwendbar zu erachten. Ihre Anwendung würde auch zu schweren wirtschaftlichen Nachteilen für den Vertragsteil führen, dem gekündigt wird. Der Architekt, der regelmäßig zur dauernden Annahme von Hilfskräften genötigt ist, würde durch die Zulassung einer willkürlichen Kündigung des Bauherrn leicht in die Lage kommen, diese Hilfskräfte bezahlen zu müssen, ohne eine Verwendung für sie zu haben. Der Bauherr anderseits würde zwar durch § 627 Abs. 2 BGB. gegen eine unzeitige willkürliche Kündigung geschützt sein; aber auch eine Kündigung, die so erfolgt, daß sich der Bauherr die Dienste anderweit beschaffen kann, würde ihm durch den Eintritt eines neuen Bauleiters während des Laufes des Baues erhebliche Schwierigkeiten bereiten und regelmäßig Mehrkosten verursachen. Es liegt also die Anerkennung des freien Kündigungsrechts auch keineswegs im allgemeinen Interesse des Bauherrn. Eine sachgemäße Handhabung des § 626 BGB. wird die Interessen beider Teile in ausreichender Weise wahren." . . .

RGZ. 82, 427 †

1. Haftung beim Dienstverschaffungsvertrage.
2. Unechtes Gesamtschuldverhältnis.

I. Zivilsenat. Urt. v. 18. Juni 1913.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte mietete von der Klägerin im Juli 1907 eine eiserne Kastenschute mit Schiffer auf unbestimmte Zeit. Das Entgelt betrug 15 M. für jeden Werktag. Der Schiffer C. wurde von der Klägerin bezahlt, abgesehen von den Ueberstunden, die von der Beklagten beglichen wurden. Die Beklagte übernahm in einem mit der Firma O. A. & H. Nachf. geschlossenen Frachtvertrage die Beförderung einer Anzahl Juteballen im Hamburger Hafen. Die Beförderung eines Teiles dieser Ballen sollte am 12. Juli 1907 mittels jener Kastenschute und durch den genannten Schiffer erfolgen. Die Schute ist jedoch, nachdem ein Teil der Ballen eingeladen war, infolge Verschuldens des Schiffers C. gekentert. Der Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens ist in einem Vorprozesse von der Versicherungsgesellschaft, als Rechtsnachfolgerin der Firma O. A. & H., verfolgt worden. In diesem Prozesse wurden die gegenwärtigen Parteien rechtskräftig verurteilt, als Gesamtschuldner an den damaligen Kläger 4194,61 M. nebst Zinsen, die jetzige Klägerin allein weitere 405,39 M. nebst Zinsen zu zahlen. Auf Grund des Urteils haben bezahlt die Klägerin 455,39 M., die Beklagte 4994,10 M. Jede Partei verlangte jetzt von der anderen die Erstattung der von ihr gezahlten Beträge mit Zinsen, die Klägerin verlangte ferner 67,50 M. Schutenmiete nebst Zinsen. . . .

Die Kammer für Handelssachen des Landgerichts verurteilte die Beklagte, der Klägerin 67,50 M. (Schutenmiete) nebst Zinsen zu zahlen, und wies im übrigen sowohl die Klage als die Widerklage ab. Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Berufung ein; sie beantragte, die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben. . . . Das Oberlandesgericht . . . änderte auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts dahin ab, daß die Klägerin verurteilt wurde, der Beklagten 4926,60 M. nebst Zinsen zu zahlen.

Die Klägerin hat gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Revision eingelegt, mit der sie die Abweisung der Widerklage erreichte.

Aus den Gründen:

„Während die Kammer für Handelssachen den unter den Parteien abgeschlossenen Vertrag als Sachmiete, verbunden mit einer Dienstverschaffung, ansieht, vertritt das Oberlandesgericht eine andere rechtliche Auffassung. Das Oberlandesgericht nimmt an, es handele sich um einen „Zeitfrachtvertrag mit der rechtlichen Folgerung, daß bei ihm, als einem Werkvertrage, die einzelnen Transporte sich als die von der Klägerin zu leistenden Erfolge darstellen, für die sie im Rahmen der einem Verfrachter oder Frachtführer obliegenden Verpflichtungen einzustehen habe“. Die Klägerin, nicht die Beklagte, habe mittels der Schute die einzelnen Transporte ausgeführt. Dabei sei der Schiffer C. als Erfüllungsgehilfe der Klägerin in ihrem Vertragsverhältnisse zur Beklagten anzusehen. Da C. unstreitig den

der Beklagten aus dem Kentern der Schute erwachsenen Schaden schuldhaft verursacht habe, so ergebe sich die Haftung der Klägerin aus § 58 des Binnenschiffahrtsgesetzes.

Die Auffassung des Berufungsgerichts ist nicht haltbar. Die Klägerin hatte der Beklagten gemäß dem Vertrage eine Schute mit Schiffer zu stellen. Mit den einzelnen von der Beklagten unternommenen Güterbeförderungen war die Klägerin nicht befaßt. Die Beklagte allein war es, welche die Ladungen und Fahrten der Schute anzuordnen hatte. Die Klägerin hatte nicht irgendwelche Bestimmungen für die einzelnen Transporte zu treffen, von denen sie im regelmäßigen Laufe der Dinge überhaupt nichts erfuhr. Nachdem die Klägerin den Schiffer C. mit der Schute der Beklagten überwiesen hatte, unterstand C. nur den Anweisungen der Beklagten. Daß ein so geartetes Rechtsverhältnis als Sachmiete in Verbindung mit einem Dienstverschaffungsvertrage, beurteilt werden muß, ist bereits in Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 56 S. 361 ausgesprochen worden.

Nicht entschieden wurde in dem angeführten Erkenntnisse des Reichsgerichts die Frage, ob der Schutenvermieter auf Grund des Dienstverschaffungsvertrags dem Vertragsgegner für Nachlässigkeit des überlassenen Schiffers bei Leistung der versprochenen Dienste nach § 278 BGB. einzustehen habe. In Uebereinstimmung mit der von der Revision vertretenen Ansicht ist die Frage zu verneinen. Es ist nicht mehr von der Beklagten bestritten, daß C. die Eigenschaften eines ordentlichen Schiffers hatte. Die Stellung eines solchen Schiffers gehörte nach dem Dienstverschaffungsvertrage zur Erfüllung der der Klägerin obliegenden Verpflichtungen. Was C. aber nunmehr, den Anordnungen der Beklagten unterworfen, für diese ausführte, stellte nicht die Erfüllung einer Verbindlichkeit der Klägerin gegenüber der Beklagten dar. Mit der Gestellung des Schiffers waren zwar die Verbindlichkeiten der Klägerin noch nicht vollständig und endgültig erfüllt, sie erschöpften sich aber darin, daß die Klägerin den Schiffer C. — der nach wie vor in ihrem Dienste stand — dauernd veranlaßte, der Beklagten seine Arbeitskraft bereitzuhalten und ihren Anweisungen Folge zu leisten. Die einzelnen Dienstleistungen des C., für sich betrachtet, lagen nicht innerhalb des durch den Dienstverschaffungsvertrag umgrenzten Pflichtenkreises der Klägerin. Insoweit bediente sich die Klägerin also nicht des C. zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit (§ 278 BGB.).

Dafür, daß die Klägerin etwa die Gewähr übernommen hätte, C. werde bei jeder einzelnen Gelegenheit seine Dienste ordnungsmäßig leisten, fehlt aller Anhalt. (Wird ausgeführt.) . . .

Kann hiernach der von der Beklagten widerklagend geltend gemachte Anspruch auf § 58 BinnenschG., § 278 BGB. nicht gestützt werden, so ist noch zu prüfen, ob der Beklagten, die mit der Klägerin

im Vorprozesse als Gesamtschuldnerin zur Zahlung von 4194,61 M. nebst Zinsen rechtskräftig verurteilt worden ist, auf Grund des § 426 BGB. gegen die Klägerin ein Ausgleichsanspruch zusteht. Dies ist indessen nicht der Fall, weil es an einem echten Gesamtschuldverhältnisse fehlt. Im Vorprozesse ist die Klägerin auf Grund von § 7 Abs. 2, §§ 3, 4, 114 Abs. 1 BinnenSchG., die Beklagte auf Grund des mit O. A. & H. abgeschlossenen Frachtvertrags (§§ 58, 59, 61 BinnenSchG., § 278 BGB.) verurteilt worden. Eine Zweckgemeinschaft, wie sie für das echte Gesamtschuldverhältnis erforderlich ist (vgl. Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 77 S. 323), anzunehmen, läßt sich bei einer solchen Sachlage nicht rechtfertigen.

Aus vorstehendem ergibt sich, daß der von der Beklagten gegen die Klägerin geltend gemachte Anspruch unbegründet, somit das Urteil des Oberlandesgerichts insoweit aufzuheben ist, als es die Widerklage zugesprochen hat. . . .

RGZ. 92, 158

Steht bei einem Dienstvertrag im Falle des Verzugs des einen Teiles dem anderen ein Rücktrittsrecht nach Maßgabe des § 326 BGB. zu?

III. Zivilsenat. Urt. v. 5. Februar 1918.

I. Landgericht Hamburg. II. Oberlandesgericht daselbst.

Durch Vertrag vom 21. Mai 1912 übertrug der Kläger dem H. und dem K. den Alleinverkauf seiner sämtlichen Werkstatterzeugnisse für B. und gewährte ihnen zugleich ein Kommissionslager bis zur Höhe von 30 000 M. Bis zum 15. eines jeden Monats sollte das, was in dem vorhergegangenen Monate verkauft war, abgerechnet und bar bezahlt werden. Für alle aus dem genannten Bezirk eingehenden und von Hamburg aus unmittelbar erledigten Aufträge war H. und K. eine Provision zugesagt worden. Da H. und K. mit der Erfüllung ihrer Abrechnungs- und Zahlungsverpflichtung in Rückstand gerieten, stellte der Kläger ihnen am 7. Dezember 1914 eine Frist zur Nachholung des Versäumten bis zum 12. des genannten Monats mit der Androhung, daß er nach deren fruchtlosem Ablauf unter Ablehnung weiterer Leistungen vom Verträge zurücktreten werde. Nachdem alsdann am 19. Dezember die Rücktrittserklärung erfolgt war, verlangte der Kläger im vorliegenden Rechtsstreite die Feststellung, daß er hinsichtlich der von B. aus eingehenden Aufträge den Beklagten H. und K. nicht mehr provisionspflichtig sei.

Das Landgericht gab der Klage statt, und das Oberlandesgericht wies die Berufung des H. zurück. Seine Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

. . . „Der Revisionsangriff, mit welchem die Anwendung des § 326 BGB. auf den vorliegenden Fall gerügt wird, ist begründet. H. und K., welchen die ausschließliche Befugnis übertragen war, die Werkstatterzeugnisse des Klägers innerhalb eines bestimmten örtlich begrenzten Bezirkes zu vertreiben, hatten das ihnen zu diesem Zwecke anvertraute Kommissionslager im Interesse des Lieferanten zu verwerten. Es kann dahingestellt bleiben, ob sie bei dem Verkaufe der einzelnen Waren die ihnen von dem Erzeuger berechneten Preise beliebig überschreiten und den Mehrerlös für sich behalten durften, denn die Wahrnehmung der eigenen wirtschaftlichen Interessen nach dieser Richtung hinderte nicht, daß sie bei der Veräußerung des Kommissionsgutes zugleich für die des Klägers tätig zu sein hatten und ihrer Vertragspflicht entsprechend tätig waren. Der streitige Vertrag stellt sich daher als ein Dienstvertrag dar, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB.). Die Art der Vergütungsbemessung hat auf seine rechtliche Natur keinen Einfluß. Bei Dienstverträgen gibt aber § 626 BGB. jedem Teile das Recht, das Dienstverhältnis einseitig und vor Eintritt des vertragsmäßigen Endtermins zu lösen, wenn ein wichtiger Grund dazu vorliegt. Daneben ist für die Ausübung eines Rücktrittsrechts nach Maßgabe des § 326 BGB. kein Raum.

Nach dem Wortlaute dieser Vorschrift scheint sie zwar bei allen gegenseitigen Verträgen Platz greifen zu sollen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß sie aber überall da zurücktreten und kann überall da nicht geltend gemacht werden, wo besondere Vorschriften die Möglichkeit der vorzeitigen Aufhebung eines bestimmten Vertragsverhältnisses in anderer Weise endgültig und erschöpfend regeln. Das ist für Dienstverträge in den §§ 626 bis 628 BGB. und für ihre Unterart, die Agenturverträge im § 92 Abs. 2 HGB. geschehen, wie der erkennende Senat bereits in dem Urteile vom 10. November 1911 (Jur. Wochenschr. 1912 S. 73 Nr. 12) ausgesprochen hat. Auch ein Bedürfnis des Verkehrs, neben der Befugnis zur fristlosen Kündigung das in Ansehung seiner Voraussetzungen und Folgen ganz anders geartete allgemeine Rücktrittsrecht aus § 326 BGB. zuzulassen, ist nicht anzuerkennen. Ob der Vertrag der Parteien unter den Begriff des Kommissionsagenturvertrags fällt, und ob auf einen solchen, wie der I. Zivilsenat im Urteile vom 24. Oktober 1908 (RGZ. Bd. 69 S. 363 flg.) ausgesprochen hat, § 92 Abs. 2 HGB. in entsprechender Weise anzuwenden ist, bedarf hier keiner Entscheidung, denn § 92 Abs. 2 a. a. O. stimmt mit dem sonst allein in Betracht kommenden § 626 BGB. dem Wortlaut und der rechtlichen Bedeutung nach völlig überein.

Durch die Rücktrittserklärung vom 19. Dezember 1914 hat der Kläger seinen Willen, den Vertrag nicht weiter fortzusetzen, un-