

Verhandlungen
des
zwanzigsten Deutschen Juristentages.

Herausgegeben

von

dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation.

Zweiter Band.
(Gutachten.)

Berlin.

Commissions-Verlag von J. Guttentag.

(D. Colln.)

1889.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
XIII. Gutachten des Herrn Landrichter Dr. Koffka zu Berlin über die Frage: Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden?	3
XIV. Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Herman Veit Simon, Bankdirector in Berlin, über die Frage: Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden?	33
XV. Gutachten des Herrn Professor Dr. Friedrich Endemann zu Königsberg über die Frage: Empfiehlt es sich, im künftigen deutschen Gesetzbuch die Anfechtbarkeit der Schenkungen aus dem vom Entwurf aufgestellten Gesichtspunkt des außerordentlichen Pflichttheils, oder aus dem des Uebersmaßes festzusetzen?	46
XVI. Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. C. F. Neay in Gießen über die Frage: Empfiehlt es sich, im künftigen deutschen Gesetzbuch die Anfechtbarkeit der Schenkungen aus dem vom Entwurf aufgestellten Gesichtspunkt des außerordentlichen Pflichttheils, oder aus dem des Uebersmaßes festzusetzen?	70
XVII. Gutachten des Herrn Professor Dr. Otto Mayer in Straßburg über die Frage: Empfiehlt es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs beabsichtigten Weise zu beschränken?	92
XVIII. Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Dr. Leonard Jacobi, Docenten der Rechte zu Berlin, über die Frage: Empfiehlt es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs beabsichtigten Weise zu beschränken?	110

XIX. Gutachten des Herrn Professor Dr. Brie zu Breslau über die Frage: Ist es gerechtfertigt, an Stelle der Ehescheidungsstrafen in der Weise, wie der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs dies beab- sichtigt, nur eine Verpflichtung des für den schuldigen Theil er- klärten Ehegatten zur Gewährung des Unterhalts an den andern, der Unterstützung bedürftigen Ehegatten einzuführen?	235
XX. Gutachten des Herrn Oberlandesgerichtsrath Dr. Jaedel in Posen über die Frage: Wie soll der Satz: „Kauf bricht nicht Mieth“ im Falle der Sub- stitution modificirt werden?	263
XXI. Gutachten des Herrn Professor Dr. Otto Fischer zu Greifswald über die Frage: Wie soll der Satz: „Kauf bricht nicht Mieth“ im Falle der Sub- stitution modificirt werden?	312

Ein dritter Band folgt nach.

G u t a c h t e n.

(Zweiter Band.)

XIII.

Gutachten des Herrn Landrichter Dr. Koffka zu Berlin

über die Frage:

Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen, oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden?

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich behandelt die Conventionalstrafe in den §§ 420—425 und erwähnt in denselben der Höhe der festzusetzenden Strafe nicht, so daß der Vereinbarung der Parteien in dieser Beziehung freier Spielraum gewährt ist. Die Motive zum Entwurf (Bd. II S. 278) bestätigen diese Thatsache und erklären nur ganz kurz, daß eine Beschränkung der Conventionalstrafe in Ansehung der Größe, sei es durch ein absolutes Verbot, sei es durch Bestimmung eines richterlichen Ermäßigungsrechts nicht angezeigt sei, und daß dieselbe, vorbehaltlich der reichsgesetzlichen Bestimmungen über den Wucher, der freien Vereinbarung der Parteien unterliegen solle.

Es fragt sich, ob es empfehlenswerth ist, diese im Entwurf erfolgte Regelung der Conventionalstrafe zum Gesetz zu erheben, oder ob es vielmehr angebracht erscheint, die Höhe der Strafe durch gesetzliche oder richterliche Schranken zu binden.

Handelt es sich nun hier auch um ein *de lege ferenda* abzugebendes Gutachten, d. h. um die Frage, welche Regelung für die Zukunft am zweckmäßigsten sein dürfte, so muß doch der zur Zeit, insbesondere in Deutschland, geltende Rechtszustand dabei in erster Linie berücksichtigt, und geprüft werden, ob eine und welche der in dieser Beziehung geltenden Rechtsordnungen sich zur allgemeinen Einführung empfiehlt.

I.

Was zunächst das gemeine Recht betrifft, so kennt dasselbe eine Beschränkung der Parteien hinsichtlich der Höhe der zu vereinbarenden Conventionalstrafe nicht. Zwar ist auf Grund der l. un. C. 7, 47¹⁾ das Gegentheil behauptet worden; indessen mit Unrecht: denn diese Gesetzesstelle spricht zwar aus, daß das Interesse nicht über das duplum hinausgehen dürfe, Strafe und Interesse decken sich aber nicht nothwendig. Die Vertragsstrafe braucht nicht, oder mindestens nicht ausschließlich, das Interesse an der Nichterfüllung, bezüglich nicht gehörigen Erfüllung einer Verbindlichkeit darzustellen; sie kann vielmehr auch eine wirkliche Strafe sein, die den Schuldner, ganz unabhängig von dem Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung der Verbindlichkeit hat, dafür, daß er nicht, bezüglich nicht gehörig erfüllt hat, in seinem Vermögen treffen soll²⁾. Wenigstens ist dies für das römische und gemeine Recht als das Richtige anzuerkennen.

Das preußische Landrecht³⁾ allerdings definiert die Conventionalstrafe geradezu als das vertragsmäßig festgesetzte Interesse, indem es bestimmt, daß das Interesse, welches ein Contrahent dem andern bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergütigen hat, durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden kann, und weiter verordnet⁴⁾, daß, wo eine solche Strafe festgesetzt worden, die Forderung eines höheren Interesses nicht stattfinden soll. Anders aber das römische Recht, welches anerkennt, daß eine Strafe festgesetzt werden kann, die nicht dazu bestimmt ist, die Stelle eines Ersatzes zu vertreten. „Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas, quaeque condicio stipulationis⁵⁾.“ Wollte Justinian deshalb auch die Höhe der festzusetzenden Conventionalstrafe beschränken, so mußte er in dem oben citirten Gesetze ausdrücklich eine Bestimmung darüber aufnehmen, daß auch als Strafe das duplum nicht festgesetzt werden dürfe. Und dies um so mehr, als an andern Stellen ausdrücklich bestimmt ist, daß die Höhe der Strafe dem Belieben der Parteien unter-

¹⁾ Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest, dupli quantitatem minime excedere.

²⁾ Windscheid, Pandekten, Bb. II § 285.

³⁾ Th. I Tit. 5 § 292.

⁴⁾ Dasselbst, § 293.

⁵⁾ l. 38 § 17 D. 45, 1.

liege⁶⁾. So wird denn in der gemeinrechtlichen Literatur⁷⁾ jetzt überwiegend anerkannt, daß die gedachte Constitution sich nicht auf die Conventionalstrafe bezieht.

Das ältere deutsche Recht kannte zunächst die Vertragsstrafen überhaupt nicht; es galten vielmehr für den Fall des Verzuges von Gesetzes wegen Verzugsstrafen. Stobbe⁸⁾ bezeugt, daß den ältesten Rechtsquellen mit Ausnahme des westgothischen Rechts die Verpflichtung zur Leistung des Interesses fremd gewesen, daß, wer seine Verbindlichkeit nicht ordnungsmäßig erfüllt gehabt, insbesondere sich in mora befunden, dem Berechtigten eine Geldstrafe zu leisten gehabt habe, ohne Rücksicht darauf, ob der Nachtheil, den derselbe erlitten, größer oder geringer gewesen; der Schuldner aber frei, insofern die Leistung noch möglich gewesen, weiter verpflichtet geblieben⁹⁾. Erst im späteren Mittelalter kamen die vertragsmäßigen Strafen auf. Während sich nämlich die Verzugsstrafen nur in einzelnen Anwendungsfällen erhalten haben, andererseits aber eine gesetzliche Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger Ersatz für den durch die Mora oder die nicht ordnungsmäßige Erfüllung entstandenen Schaden zu leisten, noch nicht anerkannt wurde, mußte sich der Gläubiger gegen den ihm aus der mora drohenden Schaden durch das bei Abschluß des Vertrages vom Schuldner abgegebene Versprechen, Schadenseratz zu leisten, sichern. Da nun diese Versprechungen in der Form abgegeben zu werden pflegten, daß der Schuldner den Schaden ersetzen solle, welchen den Gläubiger mit einfachen Worten behaupten würde, ohne daß es einer regelrechten Beweisführung bedürfe, oder daß der Gläubiger das Geld auf Schaden nehmen, d. h. das ihm geschuldete Geld bei Juden aufnehmen dürfe, und der Schuldner verpflichtet sein solle, diesem die vorgestreckte Summe mit Zinsen zu entrichten, so ergiebt sich, daß auch im deutschen Privatrecht eine Beschränkung hinsichtlich der Höhe der zu vereinbarenden Vertragsstrafe thatsächlich nicht existirte.

Die Reception des römischen Rechts in Deutschland ergab dann, wie im Obligationenrecht allgemein, so auch für den Begriff und die Festsetzungen der Conventionalstrafe einen einheitlichen Rechtszustand.

⁶⁾ So heißt es in l. 32 pr. D. 4, 8: non distinguemus in compromissis, minor an major sit poena, quam res, de qua agitur.

⁷⁾ Rengerow, Pandekten, Bb. III § 571, Sintenis, Civilrecht, Bb. II S. 111, Holzschuher Theorie und Casuistik Bb. III S. 344.

⁸⁾ Privatrecht Bb. III § 182.

⁹⁾ Vgl. auch Sichel: Die Bestrafung des Vertragsbruches und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland.

Zwar wurde, wie schon erwähnt, von manchen Rechtslehrern die Ansicht verteidigt, daß die Conventionalstrafe der Beschränkung auf das duplum unterliege; Theorie und Praxis¹⁰⁾ aber haben zumeist der Auffassung Geltung verschafft, daß die Höhe der Conventionalstrafe der freien Vereinbarung der Parteien anheimgegeben sei.

Allerdings aber ist hiermit nur das Princip ausgesprochen, welches indessen nicht ohne Einschränkung besteht. Denn das gemeine Recht gestattet auf Grund der Bestimmungen des römischen Rechtes nicht, daß die wegen verspäteter Lieferung von Forderungen bedungene Conventionalstrafe zur Umgehung der Zinsgesetze, zur Verschleierung eines Zinswuchers mißbraucht werden darf. So heißt es in l. 13 § 26 D. 19, 1: Si convenerit, ut ad diem pretio non soluto, venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum videri adjectum, quod usuram legitimum excedit, diversamque causam commissoriae esse ait, quum ea specie, inquit, non foenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur, und gleiche Vorschriften enthalten die l. 9 pr., l. 44 D. 22, 1 und l. 15 C. 4, 32. Dem entsprechend hat denn auch das Obertribunal zu Stuttgart in der bei Ann. 10 citirten Entscheidung angenommen, daß, wenn auch im Allgemeinen die Größe der Buße vom freien Ermessen der Parteien abhängt, dieselbe doch dann, wenn sie nur wegen verspäteter Leistung vertretbarer Sachen bedungen werde, nicht zur Umgehung der gesetzlichen Zinsbeschränkungen dienen dürfe¹¹⁾, und daß die Absicht einer Umgehung dieser Gesetze vermuthet werde, sobald die Buße den Betrag der erlaubten Zinsen übersteige.

Liegt in dieser Beschränkung auch eine wesentliche Modification des freien Vereinbarungsrechts der Parteien, so bleibt das Princip doch immer bestehen, und jene Beschränkung ist nur eine Ausnahme für den Fall, daß die Conventionalstrafe für verspätete Leistung versprochen wird. Insbesondere ist die nach freier Vereinbarung bedungene Conventionalstrafe auch dann ganz verfallen, wenn die principaliter geschuldete Leistung zum Theil erfüllt ist, und giebt es für diesen Fall kein Ermäßigungsrecht des Richters, wie beispielsweise im französischen Recht; es sei denn, daß eine gegentheilige Absicht der Contrahenten nachweisbar wäre¹²⁾.

¹⁰⁾ Erkenntniß des Obertribunals zu Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. III, Nr. 155; entgegengesetzt freilich das Oberlandesgericht zu Kassel bei Seuffert, Bd. XI Nr. 224.

¹¹⁾ Uebereinstimmend Vangerow Bd. III § 614 II.

¹²⁾ Vergl. l. 9. § 1 D. 2, 11, Windscheid Bd. II § 285.

Von dem entgegengesetzten Princip geht das preußische Landrecht aus. Wie schon oben erwähnt, steht dasselbe schon insofern auf einem anderen Standpunkte, wie das gemeine Recht, als es die Conventionalstrafe nur als das vertragsmäßig fixirte Interesse für Nichterfüllung, bezüglich nicht rechtzeitige Erfüllung des Hauptvertrages ansieht. Das allgemeine Landrecht unterscheidet sodann Conventionalstrafen bei Darlehen und bei sonstigen Verträgen und bestimmt betreffs jener¹³⁾, daß sie, wenn der Schuldner für den Fall, daß die Rückzahlung des Kapitals nicht zur bestimmten Zeit erfolgt, statt der Zinsen sich zu einer Conventionalstrafe verbunden hat, insoweit gültig sein sollen, als sie nicht über 6 Procent, bei Kaufleuten und Juden nicht über 8 Procent betragen, und daß, wenn Zinsen und Conventionalstrafe gleichzeitig bedungen sind, beide zusammen den Satz von 6, bezüglich 8 Procent nicht übersteigen dürfen. Die Höhe der Strafe ist also grundsätzlich gesetzlich geregelt. Bei andern Verträgen¹⁴⁾ erklärt das Gesetz allerdings, daß die Bestimmung der Strafe von der Verabredung der Parteien abhängen soll; indessen muß der Richter, wenn der doppelte Betrag des wirklich auszumittelnden Interesses überstiegen wird, die Strafe auf diesen doppelten Betrag ermäßigen. Gilt dies auch nur für den Fall, daß das Interesse einer Schätzung fähig ist, so ist der Grundsatz der Beschränkung doch aufgestellt. Aufgenommen aber ist diese Beschränkung in das Gesetzbuch, wie jetzt übereinstimmend angenommen wird¹⁵⁾, auf Grund der oben citirten l. un. C. do sent. 7, 47. Und wenn die letztere auch nach der jetzt herrschenden Meinung in Theorie und Praxis diese Bedeutung nicht hat, so wurde sie doch zur Zeit der Emanation des Landrechts auch auf die Conventionalstrafe bezogen und ist daraufhin in das Gesetzbuch übergegangen. Das Landrecht enthält dann noch insofern weitere Beschränkungen, als es verbietet¹⁶⁾, sich zu körperlichen, die Freiheit oder die Ehre verletzenden Strafen durch Verträge zu verpflichten, und als es ferner bestimmt¹⁷⁾, daß auf den Fall der nicht gehörig entrichteten Strafe weder eine fernere Conventionalstrafe, noch Verzinsung vorbehalten werden darf.

¹³⁾ §§ 825—826 Tit. 11 Th. I.

¹⁴⁾ §§ 300—301 Tit. 5 Th. I.

¹⁵⁾ Koch, Commentar zum A.L.R., Anm. 100 zu § 301 a. a. D., Eccius, Theorie 5. Aufl. Bd. I S. 730 Anm. 23, Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. II § 40.

¹⁶⁾ § 297 a. a. D.

¹⁷⁾ § 304 a. a. D.

Das sächsische Gesetzbuch¹⁸⁾ steht auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts, indem es die Größe der Strafe principiell dem Ueberschneinommen der Parteien unterwirft und nur bestimmt, daß, wenn die Conventionalstrafe wegen verspäteter Entrichtung einer Geldschuld versprochen wird, sie mit Einschluß der etwa bedungenen Zinsen den Betrag der Zinsen, welche von der bestimmten Erfüllungszeit bis zur Entrichtung der Schuld erlaubter Weise versprochen werden dürfen, nicht übersteigen darf. Indessen ist diese Einschränkung schon durch das Gesetz vom 25. October 1864 gegenstandslos geworden, da dieses alle, die Ueberschreitung eines bestimmten Zinsfußes betreffenden Vorschriften aufgehoben und nur eine kurze Kündigungsfrist für diejenigen Verträge festgesetzt hat, in denen sich der Schuldner zu einer Verzinsung von mehr als 5 Procent verpflichtet hat. Nach neuestem sächsischen Rechte unterliegt hiernach die Conventionalstrafe durchaus der freien Vereinbarung der Parteien und ist durch keine gesetzliche Schranke mehr beengt¹⁹⁾.

Ähnlich verhält es sich mit dem österreichischen Rechte. Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch²⁰⁾ verbietet, daß die wegen verzögerter Zahlung bei Darlehen bedungene Conventionalstrafe die höchsten rechtlichen Zinsen überschreitet, und verordnet weiter, daß in anderen Fällen der Vergütungsbetrag, wenn er vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, vom Richter zu ermäßigen ist. Die etwaige Uebermäßigkeit ist vom Schuldner, event. durch Sachverständige zu erweisen²¹⁾. Diese letztere Bestimmung ist nun in Oesterreich im Uebrigen zwar noch jetzt geltenden Rechts; betreffs der Conventionalstrafen bei Darlehen und anderen creditirten Forderungen aber ist eine Aenderung durch das Gesetz vom 14. Juni 1868 eingetreten, indem dieses die bisher bestandenen gesetzlichen Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinsfußes und der Höhe der Conventionalstrafen bei den gedachten Rechtsgeschäften aufgehoben hat.

Nur für diese besteht deshalb die in Sachsen nach neuestem dortigen particularen Rechte allgemein in Kraft gewesene Freiheit bezüglich der Höhe der zu verabredenden Conventionalstrafen. Indessen ist auch für Darlehen und creditirte Forderungen in Oesterreich neuerdings wieder eine Beschränkung eingetreten durch das Gesetz vom 28. Mai 1881 be-

¹⁸⁾ § 1430.

¹⁹⁾ Die durch das Reichsgesetz betr. den Wucher gezogenen Schranken sollen hier noch unberücksichtigt bleiben.

²⁰⁾ § 1336.

²¹⁾ Vgl. Stubenrauch, Commentar zum österr. bürgerl. Gesetzbuch 5. Aufl. von Schäfer u. Schreiber Bd. II S. 702.

treffend Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Creditgeschäften. Aehnlich dem noch zu besprechenden deutschen Wuchergesetze erklärt dieses Gesetz nämlich alle diejenigen Vereinbarungen, wodurch sich der Creditgeber unter Ausbeutung des Leichtsinns oder der ihm bekannten Nothlage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemüthsaufrregung des Creditnehmers solche Vermögensvorthelle versprechen oder gewähren läßt, welche durch ihre Maßlosigkeit das wirtschaftliche Verderben des Creditnehmers herbeizuführen oder zu befördern geeignet sind, für nichtig. Eine unter diese Gesichtspunkte fallende Conventionalstrafe ist demnach nach jetzt geltendem Rechte nichtig und kann auch nicht auf den zulässigen Betrag vom Richter ermäßigt werden, obwohl dies von Stubenrauch²²⁾ gegen Randa²³⁾ behauptet wird. Wohl aber besteht dies Ermäßigungsrecht noch insoweit fort, als zwar die sonstigen Voraussetzungen des Wuchergesetzes nicht vorliegen, wohl aber vom Schuldner das Uebermaß der Conventionalstrafe behauptet und erwiesen wird.

Das französische Recht kennt zwei Beschränkungen der Parteien hinsichtlich der Höhe der festzusetzenden Conventionalstrafe. Die eine enthält der Art. 1231²⁴⁾ des code civil; der Richter ist nach dieser berechtigt, die bedungene Strafe dann zu ermäßigen, wenn die Verbindlichkeit nur theilweise unerfüllt geblieben ist. Die zweite ist eingeführt durch Gesetz vom 3. September 1807. Während nämlich nach Art. 1907 des code civil die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen unbeschränkt war, ist durch das gedachte Gesetz ein Zinsmaximum eingeführt worden, und gilt nunmehr das Ermäßigungsrecht des Richters auch dann, wenn die Conventionalstrafe wegen einer Geldzahlung bedungen ist und den gesetzlichen Zinsfuß überschreitet²⁵⁾.

Das französische Recht kennt demnach in diesen beiden Fällen ein gesetzliches, bezüglich ein richterliches Ermäßigungsrecht, überläßt aber im Uebrigen die Conventionalstrafe dem Ermessen der Parteien.

Nicht unerwähnt möge hier bleiben, daß auch nach dem neuesten Schweizer Recht²⁶⁾ principiell die Conventionalstrafe zwar der freien Vereinbarung unterliegt, indessen der Richter befugt ist, übermäßige

²²⁾ a. a. D. Ann. 1 S. 705.

²³⁾ Gerichtszeitung 1869 Nr. 77.

²⁴⁾ La peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. Das Gleiche gilt nach Art. 1214 des italienischen C.B.

²⁵⁾ Zacharia v. Lingenthal, Französisches Civilrecht Bd. II § 310.

²⁶⁾ Art. 182 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.

Strafen nach billigem Ermessen herabzusetzen. Das Ermäßigungsrecht des Richters geht hiernach noch weiter, wie das des französischen Rechts, da es nicht auf den Fall beschränkt ist, daß die Hauptverbindlichkeit nur theilweise erfüllt ist.

Auch die neueren deutschen Entwürfe zu Particulargesetzen haben die freie Vereinbarung der Parteien nicht, oder doch nicht im vollen Umfange anerkannt. Der bayerische Entwurf²⁷⁾ steht im Wesentlichen auf dem Standpunkt des französischen Rechts, indem er bestimmt, daß, wenn die Strafe für den Fall der gänzlichen Nichterfüllung der Verbindlichkeit bedungen ist, und der Gläubiger eine theilweise Erfüllung angenommen hat, die Strafe auf Antrag des Schuldners in einem dem Werthe der letzteren entsprechenden Verhältnisse zu mäßigen ist. Der hessische Entwurf aber²⁸⁾ kennt gar keine Freiheit der Parteien, sondern steht auf dem Standpunkt²⁹⁾, daß die Strafstipulation nicht zur Umgehung eines gesetzlichen Verbots oder zur Uebervortheilung des Schuldners gemißbraucht werden darf, so daß der Richter nicht nur dann das Recht der Ermäßigung hat, wenn der Betrag den gesetzlichen Zinsfuß überschreitet, sondern auch dann, wenn derselbe das höchste Interesse, welches der Gläubiger an der Erfüllung des Vertrages haben kann, übersteigt.

Für Deutschland brachte eine durchgreifende Aenderung des bestehenden Rechts die Einführung des Handelsgesetzbuchs, welches im Art. 284 bestimmt, daß die Conventionalstrafe keiner Beschränkung in Ansehung des Betrages unterliegt, daß sie das Doppelte des Interesses übersteigen kann, daß der Schuldner im Zweifel nicht berechtigt ist, sich durch Erlegung der Strafe von der Erfüllung zu befreien, und daß die Verabredung einer Conventionalstrafe im Zweifel den Anspruch auf einen den Betrag derselben übersteigenden Schadensersatz nicht ausschließt.

Diese Bestimmungen beziehen sich, wie an sich selbstverständlich, in den Nürnberger Protocollen³⁰⁾ aber auch noch ausdrücklich constatirt worden ist, nur auf diejenigen Rechtsgeschäfte, welche vom Handelsgesetzbuch geregelt werden. Es sind demnach die im bürgerlichen Recht der Einzelstaaten bestehenden Beschränkungen durchweg für die nicht nach Handelsrecht zu beurtheilenden Rechtsgeschäfte aufrecht erhalten worden; immerhin ergreifen die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, insbeson-

²⁷⁾ Art. 49.

²⁸⁾ Art. 126—127.

²⁹⁾ Motive zum hessischen Entwurf S. 71.

³⁰⁾ S. daselbst S. 1310.

dere mit Rücksicht auf den weiten Begriff des „Kaufmanns“ (Artt. 4, 271) die bei weitem zahlreichsten aller vorkommenden Geschäfte. Hat nun das Handelsgesetzbuch seinem Wortlaut nach auch vollkommene Freiheit der Parteien hinsichtlich der Höhe der festzusetzenden Strafen eingeführt, so hat es doch damit die bestehenden, den Zinswucher betreffenden Gesetze nicht aufheben und Umgehungen derselben nicht gestatten wollen. Es ist dies auch ausdrücklich in den Nürnberger Protocollen constatirt worden, ohne daß man es indessen für nöthig erachtet hat, einen hierauf bezüglichen directen Ausspruch im Gesetze zu thun. Aber freilich konnte der Wucher bei Darlehen, die ein Kaufmann empfängt, nunmehr nicht lediglich in der Ueberschreitung des landesüblichen Zinsfußes gefunden werden, da Art. 292 des Handelsgesetzbuchs in diesem Falle ausdrücklich das Bedingen höherer Zinsen gestattet.

Noch eingreifender änderte sich der Rechtszustand Deutschlands dann durch das Bundesgesetz vom 14. November 1867, betreffend die verträglichsten Zinsen, welches demnächst auch in den süddeutschen Staaten als Reichsgesetz eingeführt ist. Nachdem schon in verschiedenen deutschen Staaten die Wuchergesetze aufgehoben waren³¹⁾, mußte auch Preußen, welches bereits zweimal, nämlich während der Jahre 1809—1810 und während der Handelskrisis des Jahres 1857 das bestehende Wucherrecht suspendirt hatte, bei Beginn des Krieges von 1866 die Wuchergesetze wiederum beseitigen, indem es durch die nachträglich von beiden Häusern des Landtages genehmigte Verordnung vom 12. Mai 1866 die Höhe der Zinsen für nicht hypothecirte Darlehen, sowie der Conventionalstrafen, die für unterlassene Zahlung solcher Darlehen versprochen wurden, der freien Vereinbarung der Parteien überließ.

Wie die Motive zu dieser Verordnung hervorheben, war es bei Beginn des Krieges nicht zu bezweifeln, daß die mit Wahrscheinlichkeit zu gewärtigende noch weitere Steigerung der Geldklemme für den credit-suchenden Theil der nicht zu den Kaufleuten gehörigen Gewerbetreibenden, insbesondere die Landwirth, die drückendsten Folgen herbeiführen werde. Und so sehr auch von verschiedenen Seiten, insbesondere dem Abgeordneten Reichensperger³²⁾, gegen die Aufhebung der Zinsbeschränkungen

³¹⁾ S. die ausführliche Nachweisung hierüber in dem Gutachten von Goldschmidt über die Aufhebung der Wuchergesetze in den Verhandlungen des 6. deutschen Juristentages S. 227 ff.

³²⁾ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses von 1866 S. 386.

als unsittlich protestirt wurde, so wurde schließlich doch der Verordnung die verfassungsmäßige Zustimmung erteilt.

Eine der ersten gesetzgeberischen Thaten aber des neu errichteten norddeutschen Bundes war es schon im Jahre 1867, die Zinsbeschränkungen für den ganzen Bund aufzuheben, nachdem sich kurz zuvor der 6. deutsche Juristentag einstimmig dafür ausgesprochen hatte³³⁾. Das Gesetz vom 14. November 1867, dessen Entwurf vom Abgeordneten Lasfer im Reichstage eingebracht war, unterschied nun aber nicht mehr zwischen den chirographarischen und den hypothekarischen Darlehen, sondern unterstellte die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehen jeder Art und für andere creditirte Forderungen, ferner — was hier am meisten interessirt — die Conventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst creditirten Forderung zu leisten sind, der freien Vereinbarung der Parteien. Die Wuchergesetzgebung war hiermit in der Hauptsache für den norddeutschen Bund und später für das deutsche Reich beseitigt, wenigstens soweit Darlehen und andere creditirte Forderungen in Frage kommen, und soweit es sich um die Höhe der Zinsen, bezüglich Conventionalstrafen handelt. Eine vollständige Aufhebung der Wuchergesetzgebung ist mit jenem Gesetze indessen nicht beabsichtigt gewesen und auch nicht erfolgt³⁴⁾. Betreffs der Freigabe der Höhe der Zinsen und Conventionalstrafen bei den gedachten Rechtsgeschäften war nun der Unterschied zwischen den dem Handelsgesetzbuch und den dem sonstigen bürgerlichen Recht unterliegenden Rechtsgeschäften beseitigt.

Nur für die nicht zu den Darlehen und sonstigen creditirten Forderungen gehörigen Rechtsgeschäfte blieb der frühere Rechtszustand bestehen, so daß in dieser Beziehung in Deutschland dieselbe Unterscheidung, wie in Oesterreich gilt. Seitdem nun aber ist in Theorie und Praxis streitig, was unter creditirten Forderungen im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist, und wie weit also die Zinsen und Conventionalstrafen frei vereinbart werden können. Während Förster³⁵⁾ zwar bei Besprechung der Conventionalstrafe dem Wortlaut des Gesetzes entsprechend anführt, daß nunmehr ihre Höhe bei Darlehen und anderen creditirten Forderungen der freien Vereinbarung unterliegt, erklärt er bei Erörterung der Zinsverbindlichkeit, daß die Höhe des Zinsfußes bei allen Forderungen allein

³³⁾ Verhandlungen Bd. III S. 335.

³⁴⁾ Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. IV S. 53.

³⁵⁾ Theorie 3. Aufl. Bd. I § 68 S. 383 und § 107 S. 736.

der freien Vereinbarung unterworfen ist. Es ergibt sich hieraus, daß er den Begriff der creditirten Forderungen für keinen beschränkten hält, daß nach seiner Ansicht demnach der Zusatz „creditirte“ ein völlig überflüssiger ist. Und der gleichen Ansicht ist auch Hirschius³⁶⁾. Eccius³⁷⁾ dagegen erwähnt ausdrücklich, daß der Begriff der creditirten Forderung kein zweifellos ist, und bezeichnet als eine solche eine Geldforderung, bei welcher die Zahlung abweichend von einem naturale negotii oder von einer früheren ausdrücklichen Bestimmung durch Willenserklärung des Gläubigers hinausgeschoben ist. Dernburg³⁸⁾ bezieht die Gesetzesbestimmung nur auf Strafen, welche ein Surrogat der Zinsen bilden und die längere Nutzung von Geld oder anderen Summen bedrohen. Mit Recht erklärt Randa³⁹⁾ den Ausdruck „creditirte Forderungen“ für keinen glücklich gewählten, weil er kein juristisch technischer und deshalb ein zweifelhafter ist. Er will den Begriff der creditirten Forderungen auf solche Vertragsobligationen beschränken, welche die spätere Leistung einer Quantität von Fungibilibien zum Gegenstande haben, da nur die Consequenz der Zinsfreiheit im österreichischen, wie im deutschen Gesetze zur Geltung habe gebracht werden sollen.

Das preußische Obertribunal aber endlich hat im Erkenntniß vom 20. Mai 1870⁴⁰⁾ ausdrücklich ausgesprochen, daß sich das Bundesgesetz nicht auf alle Forderungen bezieht, sondern nur auf die creditirten. Betreffs dieser aber führt es aus, daß nicht jede durch Vertrag begründete Forderung, zu deren Verichtigung im Vertrage eine Frist bestimmt worden, ohne Rücksicht auf die dem Gläubiger obliegende Gegenleistung eine creditirte sei; bei einem zweiseitigen Vertrage creditire der Contrahent, welcher vorleiste; er erfülle seinerseits in dem Vertrauen, daß auch der Contrahent seine Verbindlichkeit erfüllen werde. Eine Forderung werde creditirt, wenn der Gläubiger dem Schuldner zu deren Verichtigung eine über den bereits eingetretenen, oder doch früher eintretenden Fälligkeitstermin hinausgehende Frist bewillige.

Und dieser Ansicht wird man beipflichten müssen, da nicht angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber etwas Ueberflüssiges hat sagen wollen und die Bezeichnung „creditirte“ ohne Grund den Forderungen, für welche das Gesetz gegeben, hinzugefügt hat.

³⁶⁾ Zeitschrift für Rechtspflege II S. 34.

³⁷⁾ 5. Aufl. Bd. I § 107 S. 731.

³⁸⁾ Pr. Privatrecht Bd. II § 40.

³⁹⁾ Zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe S. 39.

⁴⁰⁾ Entsch. Bd. 63 S. 60.

Es besteht hiernach für die Conventionalstrafe seitdem ein verschiedener Rechtszustand, je nachdem die Hauptverbindlichkeit der Regelung des Handelsgesetzbuchs oder der des allgemeinen bürgerlichen Rechts unterliegt. Ersterenfalls unterliegt die Conventionalstrafe bei allen Geschäften und in jeder Beziehung der freien Vereinbarung der Parteien, letzterenfalls nur bei Darlehen und creditirten Forderungen. Für die übrigen nach bürgerlichem Rechte zu beurtheilenden Geschäfte ist es dagegen bei den Bestimmungen der einzelnen Particularrechte geblieben.

Eine Beschränkung aber ist in Oesterreich durch das gedachte Gesetz vom 28. Mai 1881 und in gleicher Weise in Deutschland durch das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 wieder eingeführt worden, indem durch dieselben derjenige, der unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit⁴¹⁾ eines Anderen für ein Darlehn oder im Falle der Stundung einer Geldforderung sich oder einem Dritten Vermögensvorthelle versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß bergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falls die Vermögensvorthelle in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, wegen Wuchers mit Strafe bedroht wird, und gleichzeitig diejenigen Verträge, die gegen die gedachte Vorschrift verstoßen, für ungültig erklärt werden.

Diesem Gesetze unterstehen nun zur Zeit die sämmtlichen Rechtsgeschäfte, sei es, daß sie im Uebrigen nach Handelsrecht oder nach sonstigem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen sind. Kann an sich deshalb auch in Folge der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, bezüglich des Gesetzes vom 14. November 1867 die Conventionalstrafe in unbeschränkter Höhe normirt werden, so wird doch das Geschäft, und zwar sowohl das auf die Hauptleistung gerichtete, wie das Versprechen der Conventionalstrafe ungültig, sobald die übrigen Voraussetzungen des Wuchergesetzes vorliegen, d. h. eine Ausbeutung der Nothlage u. s. w. des Creditnehmers und das auffällige Mißverhältniß zur Hauptleistung. Die Verschiedenheiten, die in Deutschland hinsichtlich des Wucherbegriffs bisher existirten, sind damit allerdings fortgefallen; denn sowohl im gemeinen Recht, in welchem, wie oben erwähnt, die Conventionalstrafe dann, wenn sie wegen verspäteter Lieferung vertretbarer Sachen bedungen war, nicht zur Umgehung der Zinsgesetze mißbraucht werden durfte, wie im sächsischen Rechte, nach welchem die Strafe der freien Vereinbarung der Parteien völlig unterlag, sind die betreffenden Rechtsgeschäfte jetzt nur, aber auch immer dann un-

⁴¹⁾ In Oesterreich, wie oben erwähnt, auch der Verstandeschwäche und Gemüthsaufrregung.

gültig, wenn sie gegen jenes Reichsgesetz verstoßen. Nichtsdestoweniger besteht doch in Deutschland betreffs der Zulässigkeit der Höhe der zu vereinbarenden Conventionalstrafen noch kein einheitlicher Rechtszustand; denn im preussischen Recht unterliegt die Conventionalstrafe außer der gedachten, durch das Wuchergesetz eingeführten Beschränkung noch nach wie vor bei solchen Rechtsgeschäften, die nicht unter die Darlehen und sonstigen creditirten Forderungen zu subsumiren sind, der Bestimmung des § 301 Tit. 5 Th. I A.L.R., nach welcher die Strafe vom Richter bis auf den doppelten Betrag des Interesses zu ermäßigen, sofern das Interesse überhaupt einer Schätzung fähig ist. Und für die deutschen Gebietstheile des französischen Rechts gilt noch weiter die Vorschrift des Art. 1231 code civil, nach welcher der Richter die bedungene Strafe dann zu ermäßigen berechtigt ist, wenn die Verbindlichkeit nur theilweise unerfüllt geblieben ist, und zwar unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß ein nach bürgerlichem Recht zu beurtheilendes Rechtsgeschäft vorliegt, und die Strafe nicht für ein Darlehn, oder sonstige creditirte Forderung bedungen ist.

II.

Diesem Rechtszustande gegenüber muß nun das bürgerliche Gesetzbuch Stellung nehmen, und der Entwurf thut es in der Weise, daß er eine Beschränkung der Parteien in Festsetzung der Höhe der Conventionalstrafen nicht aufstellt, sie damit also der freien Vereinbarung der Parteien völlig überläßt, und dies in Uebereinstimmung mit dem in § 358 des Entwurfs ausgesprochenen Grundsatz, daß Zinsen zu jeder Höhe durch Vertrag bedungen werden können. Dieser letztere § 358 enthält allerdings noch die Beschränkung: „soweit nicht reichsgesetzliche Vorschriften über den Wucher entgegenstehen“. Indessen, wenn diese Beschränkung in dem von der Conventionalstrafe handelnden Abschnitt auch fehlt, so ist eine entsprechende Vorschrift doch nur deshalb nicht aufgenommen, weil in diesem Abschnitte Bestimmungen über die Höhe der Strafe überhaupt nicht enthalten sind. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß die reichsgesetzlichen Vorschriften über den Wucher auch für die Conventionalstrafen in Anwendung kommen sollen, und die Motive bestätigen dies, wie erwähnt, ausdrücklich. Dem entsprechend wird auch durch den Entwurf des Einführungsgesetzes das Gesetz betreffend den Wucher nicht aufgehoben. Es soll demnach neben dem bürgerlichen Gesetzbuch fortbestehen und muß sich deshalb auch inhaltlich seiner Vorschriften auf die Conventionalstrafen mitbeziehen.

Der Art. 21 des gedachten Einführungsgesetzes hebt nun zwar das gedachte Bundesgesetz vom 14. November 1867 ausdrücklich auf, indessen⁴²⁾ keineswegs in der Absicht, damit die früheren Beschränkungen betreffs des Zinsmaximums und der Höhe der Conventionalstrafen bei Darlehen und creditirten Forderungen wieder einzuführen, sondern lediglich deshalb, weil die Bestimmungen des Gesetzes nunmehr inhaltlich in das bürgerliche Gesetzbuch, wenn auch in veränderter Form aufgenommen sind. Der Entwurf beschränkt die freie Vereinbarung betreffs der Höhe der Zinsen und Conventionalstrafen nicht mehr, wie jenes Gesetz, auf Darlehen und creditirte Forderungen und kennt die Befugniß des Schuldners, welcher sich dem Gläubiger zu einem höheren Zinssatz als 6 Prozent verpflichtet hat, zu einer halbjährigen Kündigung nicht mehr. Der Entwurf geht demnach noch weiter in der den Parteien zu gewährenden Vertragsfreiheit, als das Gesetz vom 14. November 1867, und deshalb erscheint es auch geboten, das letztere ausdrücklich aufzuheben.

Im Wesentlichen hält der Entwurf hiernach aber nur das bestehende Recht aufrecht; denn die wenigen Beschränkungen, die er noch beseitigt, sind geringfügige; in der Hauptsache war die Freiheit schon durch das gedachte Bundesgesetz eingeführt. Wenn es sich nun darum handelt, diese Bestimmungen auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu prüfen, so wird man auf die in den bisher geltenden Gesetzen bestehenden Beschränkungen näher eingehen und fragen müssen, ob diese irgendwie von Nutzen sind.

Das preussische Landrecht gestattet, wie erwähnt, nicht, daß die Strafe das Doppelte des wirklich auszumittelnden Interesses übersteigt, und ferner nicht, daß für die Nichterfüllung des Strafvertrages weiter eine Strafe, oder eine Verzinsung derselben bedungen werden dürfe. Die erstgedachte Beschränkung aber kann ihrer Natur nach nur dann Platz greifen, wenn das Interesse überhaupt zu ermitteln ist, weshalb das Landrecht auch ausdrücklich bestimmt, daß, wenn das Interesse gar keiner Schätzung fähig ist, es bei dem verabredeten Vertrage sein Bewenden behält. Eine derartige Unterscheidung verdient nach meinem Dafürhalten gar keine Billigung. Zwar ist anzuerkennen, daß es sehr schwer ist, für solche Fälle, in denen das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung, bezüglich gehörigen Erfüllung nicht schätzbar ist, die richtige Grenze für die festzusetzende Conventionalstrafe zu bestimmen; allein deshalb ist doch die Unterscheidung nicht weniger inconsequent und un Zweckmäßig. Der ganze Zweck der Beschränkung der Conventionalstrafen ist und kann, wie

⁴²⁾ Vgl. Motive S. 134.

der der Zinsbeschränkung, nur darin bestehen, den Schuldner vor dem Drängen allzu habgieriger Gläubiger und vor Uebervortheilungen durch dieselben zu bewahren. Durch eine derartige Handlungsweise des Gläubigers aber wird der Schuldner nicht minder dann bedrückt, wenn des Gläubigers Interesse schätzbar, als dann, wenn es unschätzbar ist. Der eine Schuldner verdient deshalb — vorausgesetzt, daß die gesetzliche Beschränkung dem Schuldner wirklich zum Schutz und Vortheil gereicht — nicht minder den Schutz des Gesetzes, wie der andere Schuldner. Diese Unterscheidung des Landrechts kann deshalb keinesfalls als gerechtfertigt anerkannt werden. Ist es aber überhaupt gerechtfertigt, die Freiheit der Parteien in der Weise, wie es das preussische Landrecht thut, einzuschränken?

Die Vorschrift des § 301 Tit. 5 Th. I hängt jedenfalls zusammen mit der Begriffsbestimmung des Landrechts von der Conventionalstrafe, nach welcher sie das im Voraus zwischen den Parteien verabredete Interesse an der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages ist. Zwar ist trotz der Bestimmung des § 292 a. a. D., insbesondere vom Reichsoberhandelsgericht⁴³⁾ auch für das preussische Recht angenommen worden, daß die Conventionalstrafe auch als Beslärkungsmittel, bezüglich als die Unterwerfung unter eine Privatstrafe zu beurtheilen ist, weil, wenn auch im Gesetze ein anderer Zweck, als der der Ausgleichung eines Vermögensnachteils nicht ausdrücklich anerkannt sei, doch anzunehmen sei, daß die Bestimmungen des Landrechts nur das Hauptgewicht auf den gedachten Zweck legten. Denn der § 303 a. a. D. gestatte die Verabredung einer Conventionalstrafe zur Verhütung eines Verbrechens, also auch für den Fall, daß ein Hauptvertrag gar nicht geschlossen sei, so daß von einem durch die Conventionalstrafe zu vergütenden Interesse der Vertragserfüllung keine Rede sein könne. Es würde ferner nach dem Reichsoberhandelsgericht eine Inconsequenz sein, daß der § 301 a. a. D. die Ermäßigung der Strafe nur für den Fall des wirklich zu ermittelnden Interesses festsetze, nicht aber allgemein dem Verpflichteten gestatte, die Herabsetzung der Conventionalstrafe auf den Betrag zu verlangen, von dem er nachweise, daß durch ihn das Interesse des Berechtigten vollständig erschöpft werde. Ferner könne für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts einer auflösenden Bedingung eine Conventionalstrafe bedungen werden, mithin auch für einen Erfolg, der von einer Thätigkeit oder Unterlassung des Verpflichteten ganz unabhängig sei, und somit für Fälle, in denen eine Erfüllung oder Nichterfüllung gar nicht in Frage komme; endlich könne

⁴³⁾ Entsch. Bd. 16 S. 397.

die Conventionalstrafe, welche einem Dritten zufallen solle, von diesem nicht eher gefordert werden, bis der Contrahent, zu dessen Sicherheit sie bedungen worden, auf Entrichtung derselben antrage; hier sei die Conventionalstrafe vom Gesetze selbst als Sicherungsmittel hingestellt.

Diesen Ausführungen kann meines Erachtens indessen nicht zugestimmt werden, da das Landrecht eben nur jenen Zweck der Conventionalstrafe, als vereinbartes Interesse für nicht gehörige Erfüllung eines Vertrages zu dienen, bezeichnet und offenbar nur hieran bei seinen Bestimmungen gedacht hat, wie schon daraus zu schließen, daß das Gesetz von der Verstärkung der Verträge an ganz anderer Stelle und nicht im Zusammenhang mit der Conventionalstrafe spricht. Die Vorschrift des § 308 a. a. D., daß die für einen Dritten bedungene Conventionalstrafe diesem erst dann zufallen soll, wenn der Contrahent, „zu dessen Sicherheit“ sie bedungen, auf deren Entrichtung anträgt, ergiebt nicht mit Nothwendigkeit, daß das Gesetz als einen Zweck der Strafe hat hinstellen wollen, als Sicherungs- bezüglich Verstärkungsmittel zu dienen, wenn sie auch selbstverständlich neben jenem Hauptzwecke als solches wirken kann. Der vom Reichsoberhandelsgericht ferner angezogene § 124 Tit. 4 Th. I A.L.R. aber setzt gerade eine Verpflichtung zur Rückgewähr des Rechts für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung voraus und bestimmt, daß für diesen Fall das Interesse im Voraus vereinbart werden kann. Wenn aber nach § 303 Tit. 5 Th. I eine Conventionalstrafe auch zur Verhütung eines Verbrechens verabredet werden kann, so setzt doch dies Versprechen ebenfalls einen auf Unterlassung des Verbrechens gerichteten Hauptvertrag voraus.

Es ist deshalb meines Erachtens der zutreffenden Ausführung von *Ceccius*⁴¹⁾ überall beizupflichten, der auch nach der vom Reichsoberhandelsgericht erfolgten Verwerfung der Förster'schen Ansicht bei der letztern Meinung geblieben ist.

Nun mag es zwar unter Umständen dann sich rechtfertigen lassen, die Conventionalstrafe in ihrer Höhe zu beschränken, wenn sie wie im preussischen Landrecht nur das vertragsmäßig vereinbarte Interesse decken soll; keinesfalls aber erscheint diese Regelung dann als angemessen, wenn die Conventionalstrafe auch als wirkliche Strafe für nicht gehörige Vertragserfüllung und damit als Verstärkungsmittel der Verträge dienen soll. An sich aber ist es gewiß richtig, die Conventionalstrafe auch diesem Zwecke

⁴¹⁾ Bd. I § 107 S. 727 N. 3; anderer Ansicht Dernburg Bd. II § 39.

dienstbar zu machen⁴⁵⁾; denn die Absicht der Partien geht in vielen Fällen wenigstens sicher dahin, den Schuldner durch Ausbedingung einer Strafe zur Erfüllung der von ihm übernommenen Verbindlichkeit um so sicherer anzuhalten.

Uebereinstimmend wird denn auch für das gemeine Recht die Conventionalstrafe als Verstärkungsmittel für Verträge angesehen. Die l. 71 D. 45, 1 bestimmt ausdrücklich: „Cum quid ut fiat, stipulamur poenam, sic recte concipiemus: si ita factum non erit; cum quid ne fiat, sic: si adversus id factum sit⁴⁶⁾. Das gemeine Recht kennt deshalb auch keine weitere Beschränkung der Conventionalstrafe, als daß die gesetzlichen Zinsverbote durch dieselben nicht umgangen werden dürfen, eine Beschränkung, welche das preussische Landrecht für die bei Darlehen ausbedungenen Conventionalstrafen, wie erwähnt, noch besonders aufgestellt hat.

Auf dem gleichen Standpunkt, wie das gemeine, steht auch das französische Recht; denn wenn dasselbe auch im Art. 1229 des code civil bestimmt: „La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale“, so spricht es doch im Art. 1226 weiter aus: „La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.“ Die Conventionalstrafe wird demnach als Sicherungsmittel von Verträgen ausdrücklich hingestellt.

Während das österreichische Recht⁴⁷⁾ von derselben Theorie ausgeht, wie das preussische Landrecht, stellt sich der deutsche Entwurf wieder auf den richtigen Standpunkt. Er giebt dem Gläubiger das Recht⁴⁸⁾, entweder die Hauptleistung oder die Strafleistung, und wenn wegen unterbliebener Bewirkung der Hauptleistung statt dieser Schadenersatz verlangen werden kann, Schadenersatz oder Strafleistung zu verlangen. Damit aber ist anerkannt, daß die Conventionalstrafe nicht nur dazu dienen kann und soll, dem Gläubiger die Interessensforderung zu erleichtern, sondern auch als Zwangsmittel gegen den Schuldner zu wirken⁴⁹⁾.

⁴⁵⁾ M. M. Bähr: Zur Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich S. 64, welcher sagt, daß der Grundsatz des preussischen Landrechts, des österreichischen G.B. und des code civil, daß im Zweifel die verbindliche Conventionalstrafe das Vertragsinteresse fixire, das gefündere Recht enthalte.

⁴⁶⁾ Vgl. auch l. 115 § 2 D. 45, 1.

⁴⁷⁾ § 1336 des österr. bürgerl. G.B., Stubenrauch, Commentar, S. 702 ff. Nr. 2 und 4.

⁴⁸⁾ § 420 des Entwurfs.

⁴⁹⁾ Vgl. auch Motive Bd. II S. 275.

Von diesem Standpunkte aus läßt sich aber meines Erachtens eine Beschränkung der Conventionalstrafen nicht rechtfertigen, sofern sie weiter geht, als die Bestimmungen des Wuchergesetzes. Jedes Privatrecht muß davon ausgehen, daß die demselben angehörigen Verträge der freien Vereinbarung der Parteien unterliegen — *pacta dant legem contractibus* —, und daß eine staatliche Beschränkung nur dann und insoweit eingreifen darf, als das öffentliche Interesse es erfordert. Nun kann es ja keinem Bedenken unterliegen, daß das öffentliche Interesse dann berührt wird, wenn eine große Anzahl von Schuldnern in ihrer Existenz wirthschaftlich durch Ausbeutungen seitens der Gläubiger ruinirt wird, wenn durch die bestehende Freiheit die Unsittlichkeit befördert, und das Rechtsbewußtsein des Volkes verlegt wird. Und von diesem Gesichtspunkt aus sind auch die früheren Zinsverbote, bezüglich Beschränkungen der Zinsen, wie der Conventionalstrafen gerechtfertigt worden. Die Praxis hat indessen gelehrt, daß derartige Beschränkungen den beabsichtigten Zweck nicht erreichen. Die Umgehungen der früheren Wuchergesetze waren sehr häufig; der Nothstand der Schuldner warf diese trotz aller entgegenstehenden Gesetze in die Hände der Wucherer, und unter allen möglichen Formen wurden denselben so viele Vortheile gewährt, daß sie thatsächlich bedeutend höhere als die erlaubten Zinsen für die Gewährung von Capitalien versprochen, bezüglich gewährt erhielten.

Das öffentliche Interesse, welches für eine Beschränkung der Conventionalstrafen angezogen werden kann, verdient nach Obigem aus dreierlei Arten von Gründen berücksichtigt zu werden, aus volkwirthschaftlichen, juristischen und endlich sittlichen. Keiner dieser nunmehr zu erörternden Gründe aber erweist meines Erachtens mehr, als daß es bei dem in Geltung befindlichen Wuchergesetze sein Bewenden zu behalten hat.

Was die volkwirthschaftlichen Gründe betrifft, so läßt sich eine Beschränkung der Freiheit in Stipulirung der Zinsen und Conventionalstrafen, wie die Geschichte darthut, nur durchführen, solange Handel und Verkehr darniederliegen⁵⁰⁾. Sobald dieselben aufzublühen beginnen, sind die Beschränkungen nicht aufrecht zu erhalten. Die Capitalien werden gebraucht, und je größer die Nachfrage nach denselben wird, desto theurer wird naturgemäß die Waare, hier das Capital, und die Zinsverbote werden so gewissermaßen mit Nothwendigkeit umgangen. Im römischen Recht hat es allerdings stets bestimmte Zinstagen gegeben; indessen waren

⁵⁰⁾ Vgl. hierüber das Gutachten von Goldschmidt in den Verhandlungen des 6. Juristentages Bd. I S. 227.

dieselben zu der Zeit der classischen Jurisprudenz, als Handel und Verkehr in hoher Blüthe standen, auf 12 Procent festgesetzt worden, und bei einem so hohen Zinsmaximum, das einer Zinsfreiheit fast gleichkam, konnte sich dann der Verkehr ungehindert bewegen. Erst in der späteren Kaiserzeit und dann besonders durch Justinian wurden engere Zinsbeschränkungen wieder eingeführt. Zur damaligen Zeit aber war das Anlegen von Capitalien in andern Werthen als in fruchttragenden Grundstücken auch eine derartig unsichere Sache geworden, daß den Vormündern durch Novelle 72 c. 4—6 dies so gut wie untersagt wurde, und sie das Anlegen nur auf eigene Gefahr vornehmen durften. Bekanntlich verbot dann das canonische Recht das Zinsnehmen gänzlich. Doch konnte dies Zinsverbot nicht lange durchgeführt werden; es wurde in der Praxis umgangen, insbesondere durch das Institut des Rentenkaufs und andere Surrogate des Darlehns, bis dann endlich die deutschen Stadt- und Landrechte, und auch die Reichsgesetzgebung zum Justinianischen Recht zurückkehrten.

Aber auch die in diesem gesetzten Schranken haben sich nicht aufrecht erhalten lassen, und schließlich ist man doch zu einer Aufhebung aller Zinstaxen, zunächst im Handelsrecht, sodann aber auch im allgemeinen bürgerlichen Recht genöthigt gewesen. Würde bei Bestehen der gesetzlichen Zinsbeschränken eine geringere Zahl von Schuldnern in ihrer wirtschaftlichen Existenz ruinirt, dann allerdings ließe sich die Wiedereinführung der Beschränkung des Zinsfußes, wie der Höhe der Conventionalstrafen rechtfertigen. Allein thatsächlich ist dies nicht der Fall. Derjenige, welcher sich Geld nur zu Wucherzinsen verschaffen kann, ist in der Regel in seinen Verhältnissen bereits so gedrückt, daß er, wenn er kein Capital in die Hände bekommt, sehr bald ohne Weiteres ruinirt sein wird. Er wird demnach unter Umständen wenigstens durch den ihm, wenn auch zu hohen Bedingungen, gewährten Credit in eine bessere Lage kommen. Es ist aber auch nicht gerechtfertigt, wenn man bei der Frage der Freiheit, bezüglich Beschränkung des Zinsfußes oder der Höhe der Conventionalstrafen nur diejenigen Fälle berücksichtigt, in denen geldbedürftigen Privatpersonen, die sich in augenblicklicher oder dauernder Geldverlegenheit befinden, Gelder zu schweren Bedingungen gegeben werden. Es mögen dies zwar häufige Fälle sein, es sind aber jedenfalls nicht die einzigen und vielleicht auch nicht die wichtigsten. Die Hingabe von Capitalien gegen hohe Zinsen erfolgt nicht nur an wirtschaftlich bedrängte Personen, sondern, und vielleicht noch häufiger und zu größeren Beträgen, für vielleicht sehr gewinnbringende, aber auch von vornherein unsichere und gefährliche Unternehmungen. Sollen diese Unternehmungen,

die der Gesamtheit sehr von Nutzen sein können, dennoch nicht zu Stande kommen, weil ihnen die Beschränkung des Zinssatzes nicht die nöthigen Capitalien zukommen läßt? Es würde dies eine nothwendige und volkswirtschaftlich sehr ungünstige Folge der Zinsbeschränkungen sein.

Die Zinsbeschränkungen widersprechen, wie Schulze = Delitzsch⁵¹⁾ zutreffend ausgeführt hat, dem Wesen des Credits und hemmen denselben; denn das Capital läßt sich innerhalb der Grenzen eines Landes nicht festhalten; wird es daher im Inlande durch Zinstagen beschränkt, so wendet es sich naturgemäß dem Auslande zu. Dies aber ist nationalökonomisch jedenfalls von größtem Nachtheile.

Es wird von volkswirtschaftlichem Gesichtspunkte dann ferner geltend gemacht, daß durch gesetzliche Zinsstrahlen ein niedriger Zinsfuß hergestellt werde. Auch dies ist keineswegs der Fall. Einmal wird sich, wie schon erwähnt, vielmehr das im Inlande beschränkte Capital dem Auslande zuwenden, und sodann lehrt die Erfahrung, daß zur Zeit des Bestehens der gesetzlichen Zinsstrahlen der übliche Zinsfuß ein viel höherer gewesen ist, als zur Zeit der Zinsfreiheit. Wie viele Befürchtungen sind in dieser Beziehung nicht in den Verhandlungen des preussischen Abgeordnetenhauses⁵²⁾ bei Gelegenheit der Verathung über die Verordnung vom 12. Mai 1866 und in denen des norddeutschen Reichstages⁵³⁾ bei Verathung des Gesetzes vom 14. November 1867 laut geworden, und gerade seit jener Zeit ist der Zinsfuß im Deutschen Reich immer mehr heruntergegangen, in einer Weise, daß in der juristischen Gesellschaft zu Berlin schon das Bedenken angeregt worden ist, ob sich die Bestimmung des Entwurfes⁵⁴⁾ aufrecht erhalten lassen dürfte, daß als landesüblicher Zinsfuß der von fünf Procent zu gelten hat.⁵⁵⁾

Die seitens der Gegner jener Gesetze vorausgesagten Gefahren haben sich also in dieser Beziehung durchaus nicht verwirklicht; im Gegentheil ist der gegenwärtige Zinsfuß ein so geringer, wie kaum je. Es gilt sonach auch für das Capital einfach der alte, von den Gegnern der Zinsfreiheit freilich verleugnete volkswirtschaftliche Grundsatz von Angebot

⁵¹⁾ Stenographische Berichte über die Reichstagsverhandlungen von 1867 S. 338.

⁵²⁾ Stenographische Berichte von 1866 S. 333 ff.

⁵³⁾ Stenographische Berichte von 1867 S. 338 ff.

⁵⁴⁾ § 248 b. Entw.

⁵⁵⁾ Ebenso H. Koch: Geld und Werthpapiere, eine Besprechung der für den Bankverkehr erheblichen Bestimmungen des Entwurfes S. 19.

und Nachfrage. Nach ihm allein regelt sich der Preis des Capitals, der sich im Zinssatze ausdrückt.

Wenn Roscher trotz aller Nachtheile, die die Zinstagen national-ökonomisch im Gefolge haben, sich gleichwohl⁵⁶⁾ nicht für völlige Aufhebung der früheren Wuchergesetze ausspricht, so thut er dies mit der Begründung, daß der Staat sich hüten solle, seine Richter in die Lage zu versetzen, daß sie zwangsweise zur Durchführung unsittlicher Verträge mitwirken müßten. Gewiß soll dies der Staat nicht; aber die Frage ist, ob in dem Nehmen hoher Zinsen allein eine Unsittlichkeit zu sehen ist, und hiervon wird noch unten die Rede sein.

Auch Rau⁵⁷⁾ erklärt sich zwar für Aufhebung der früheren Wuchergesetze, aber doch unter großen Kautelen, und namentlich will er immer einen gesetzlichen Zinsfuß beibehalten, der den Gerichten bei der Zuerkennung von Zinsen als Richtschnur dient. Ein beträchtliches Ueberschreiten dieses gesetzlichen Zinses soll als Wucher erachtet werden. Diese Art der Regelung kann aber am allerwenigsten als richtig anerkannt werden, da hiernach der Wucher immer nur in dem Nehmen hoher Procente zu sehen wäre, und die Contrahenten von vornherein nicht einmal wüßten, welcher Zinssatz künftig vom Gericht als übermäßig angesehen werden würde. Rau hält aber doch auch die volkswirtschaftlichen Gründe, welche für Beibehaltung der alten Wuchergesetze angeführt werden können, nicht für durchschlagend, ihm sind die sittlichen Gründe die entscheidenden.

Läßt sich hiernach aus volkswirtschaftlichen Gründen die Beschränkung des Zinsfußes und damit der Conventionalstrafen bei Gewährung von Darlehen nicht rechtfertigen, so sprechen juristische Gründe ganz entschieden gegen eine derartige Beschränkung. Wie schon Goldschmidt in dem bei Note 50 gedachten Gutachten ausgeführt hat, sind diejenigen Gesetze juristisch die bedenklichsten, welche sich ohne Gefahr umgehen lassen. Zu diesen so leicht zu umgehenden Gesetzen gehörten aber von jeher die früheren Wuchergesetze, die einen Wucher lediglich in der Ueberschreitung des Zinsfußes sehen, da an der Umgehung derselben beide Parteien, der Gläubiger und der Schuldner, der anderenfalls kein Geld geliehen erhalten würde, interessirt sind. Niemals, solange diese Gesetze in Kraft waren, ist es gelungen, einer Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsfußes irgendwie energisch entgegenzutreten. Die Motive zum preussischen

⁵⁶⁾ Grundlagen der Nationalökonomie §§ 192—193, andererseits § 194.

⁵⁷⁾ Grundsätze der Volkswirtschaftspflege Bb. II § 323.

Gesetzentwürfe von 1860 bezeugen dies ganz ausdrücklich. Abgesehen hiervon aber muß es auch als ungerecht bezeichnet werden, unter Nichtberücksichtigung des einzelnen Falles von Gesetzes wegen den Preis festzulegen, zu welchem ein Capital nur ausgeliehen werden darf, ganz unbekümmert darum, welches Risiko der Capitalgeber bei Hingabe des Darlehens eingeht. Es ist zweifellos gerechter, die Risicoprämie zu berücksichtigen und deshalb nicht durch das Gesetz den Zinsfuß für alle Fälle einheitlich zu fixiren.

Diesem Bedenken könnte nun dadurch begegnet werden, daß man dem Richter ein Ermäßigungsrecht gewährt, wie es das österreichische bürgerliche Gesetzbuch im § 1336, zum Theil der Art. 1231 des code civil, ferner Art. 49 des bayerischen Entwurfs und Art. 126—127 des hessischen Entwurfs und neuerdings wieder der Art. 182 des Schweizer Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 thun. Diese Regelung empfiehlt sich aber auch nicht. Nichts ist nach meinem Dafürhalten gefährlicher, als den Richter in dieser Beziehung zum arbiter zu machen, sein billiges Ermessen zur Richtschnur dafür zu bestimmen, was die Parteien unter sich auszubedingen berechtigt sind. In der Regel wird der Richter von den Parteien doch nicht so weit, als dies nöthig wäre, in die innersten Verhältnisse und jedweden Grund für die stattgehabte Festsetzung des Zinsfußes, bezüglich der Conventionalstrafe, eingeweiht werden, so daß es ihm schon deshalb nicht möglich ist, mit Sicherheit das Richtige zu treffen. Aber auch selbst wenn dies der Fall ist, wird der Richter in vielen Fällen die Verhältnisse des Verkehrs und die Anschauungen der Kreise der Parteien nicht so genau kennen, um eine sachgemäße Entscheidung fällen zu können. Aufgabe des Richters ist es, das bestehende Gesetz auf die Rechtsverhältnisse der Parteien in Anwendung zu bringen, nicht aber in gewisser Weise durch sein Ermessen erst selbst Recht für die Parteien zu schaffen. Mit einer solchen Aufgabe wird der Richter von dem, was ihm zu thun nach der Natur der Sache obliegt, entfernt, und es wird das nie zum Nutzen und zum Heile der Parteien, wie der Rechtsprechung ausfallen.

Wenn Bluntzli⁵⁶⁾ diese Gesetzesbestimmung durch den mit der Conventionalstrafe häufig getriebenen Mißbrauch zu rechtfertigen sucht und den Umstand geltend macht, daß in Folge der ungemessenen Höhe der Strafe das Rechtsgefühl des Richters sich sträubt, die offenbar ruinirende

⁵⁶⁾ Vgl. Schneider und Fid, Schweizer Obligationenrecht Anm. 2 zu Art. 182.

Consequenz des Vertrages gut zu heißen, so daß derselbe verleitet wird, nur um die unbilligen Folgen zu lindern, aus irgend einer Nebenerwägung eher auszusprechen, die Bedingung der Conventionalstrafe sei nicht eingetreten, und die ganze Strafe zu streichen, so ist ja nicht zu verkennen, daß solche Erwägungen bei einem Richter eintreten können. Dieser Umstand kann aber nicht geeignet sein, ein so wichtiges Princip, wie das des Ermäßigungsrechts des Richters, also des Rechtschaffens durch den Richter, statt durch das Gesetz in die Gesetzgebung einzuführen. Der freilich mögliche Mißbrauch der Parteien bei freier Bestimmung über die Höhe der Conventionalstrafe darf nicht dazu führen, den Richter aus Zweckmäßigkeitsgründen, statt aus Rechtsgründen das Recht finden zu lassen. Die vielleicht in manchen Fällen gut angebrachte Zweckmäßigkeit kann in ebenso vielen anderen Fällen zum größten Nachtheile ausschlagen. Es kommt dazu, daß bei einem solchen Rechte des Richters die Parteien sich bei Abschluß ihrer Verträge, bei Berücksichtigung des durch die Conventionalstrafe zu sichernden Interesses und Schadens in einer ganz unklaren Sachlage befinden. Sie können nie mit Sicherheit berechnen, ob der Richter das von ihnen wohl erwogene und dementsprechend vertragsmäßig festgesetzte Interesse auch als solches anerkennen, ob er nicht von seinem Standpunkte dasselbe für unberechtigt halten und die Strafe eintretenden Falles ermäßigen wird. Der vermeintlich dadurch bewirkte Schutz des Schuldners kann zu einer großen Härte gegen den Gläubiger führen, und nicht in jedem Falle ist es ja der Schuldner, welcher des Schutzes würdig und bedürftig ist. Erwägt man hierzu noch, daß die Conventionalstrafe nur dann verfällt, wenn der Schuldner in Verzug geräth, ihn also ein Verschulden⁵⁹⁾ trifft, für welches er eben aufzukommen hat, so muß man offenbar zu dem Schluß kommen, daß auch juristische Gründe eine Beschränkung der Höhe der Conventionalstrafe nicht rechtfertigen, und zwar weder eine Beschränkung durch das Gesetz direct, noch eine solche durch das dem Richter heizulegende Ermäßigungsrecht.

Es bleibt deshalb nur die dritte Art der Gründe übrig, die der Sittlichkeit, der Moral. In dieser Beziehung hat der Abgeordnete Reichensperger gelegentlich der Berathung der preußischen Verordnung vom 12. Mai 1866⁶⁰⁾ im Abgeordnetenhanse gefragt, ob es etwa nicht

⁵⁹⁾ So für das gemeine Recht Windscheid Bd. II § 285 Nr. 3, für das preußische Recht Dernburg Bd. II § 39 Nr. 3, Eccius Bd. I S. 732, ebenso der deutsche Entwurf, sofern die Verbindlichkeit nicht in einem Unterlassen besteht, § 422 und Motive dazu Bd. II S. 278.

⁶⁰⁾ Stenographische Berichte S. 386.

gegen die guten Sitten sei, die Noth, die Unerfahrenheit Anderer zu benutzen zur Erzielung unberechtigter, den natürlichen Verhältnissen nicht entsprechender Vortheile. Es wird Niemand dies bestreiten wollen. Die Frage aber ist, ob dem entgegen getreten wird durch Beschränkung des Zinsfußes, bezüglich der Höhe der Conventionalstrafe. Und diese Frage ist sowohl zu jener Zeit durch das Abgeordnetenhaus, wie im Jahre darauf durch den norddeutschen Reichstag in Uebereinstimmung mit den Regierungen verneint worden. Die Motive zum Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 sprechen mit Recht aus,⁶¹⁾ daß nach der Anschauung des Volkes nicht derjenige ein Wucherer ist, welcher sich einige Procent über den üblichen Zinsfuß ausbedingt, sondern derjenige, welcher den Gang Leichtsinziger, die Schwäche Geschäftsunkundiger, oder die Noth Bedrängter zu übermäßigem Gewinn ausnußt.

So richtig also auch an sich die Reichensperger'sche Ansicht ist, daß der Staat durch seine Gesetzgebung unsittliche Rechtsgeschäfte nicht schützen dürfe, so kann doch eben nicht anerkannt werden, daß die Forderung hoher Procente allein ein Geschäft zu einem unsittlichen machen könne. Der Begriff der Sittlichkeit müßte dann ja je nach dem wechselnden landesüblichen Zinsfuß sich ändern, und wenn es an sich auch möglich wäre, daß ein Gesetz den Wucher einfach im Verhältniß zum landesüblichen Zinsfuß bestimmte, ohne die Zahl der Procente festzusetzen, deren Ueberschreitung als Wucher anzusehen, so würden doch Gründe der Moral hierzu nicht drängen; denn es kann im einzelnen Falle, wenn es gilt, einem Nothleidenden Geld zu verschaffen, schon unsittlich sein, von demselben auch nur die landesüblichen Zinsen zu fordern, während in anderen Fällen, wie bei der Geldgewährung zu industriellen, reichen Gewinn verheißenden Anlagen es durchaus nicht als unsittlich zu bezeichnen sein dürfte, bedeutend höhere, als die landesüblichen Zinsen zu fordern und auf diese Weise an dem dem Creditnehmer sich bietenden Gewinne verdienten Antheil zu haben.

Es ist deshalb zwar vollkommen zutreffend, wenn Nau⁶²⁾ sagt, daß der Begriff des Wuchers nicht erst aus dem Gesetz hervorgegangen ist, sondern aus der Ueberzeugung, daß es unsittlich sei, die Noth anderer Menschen zu einem unverhältnißmäßig hohen Gewinne zu mißbrauchen; allein es ist eben nicht richtig, diese Unsittlichkeit im Nehmen hoher

⁶¹⁾ Stenographische Berichte 1880 Bd. III S. 371.

⁶²⁾ Bd. II. § 322.

Procente allein zu sehen; es muß die Ausbeutung der Noth oder Un-
erfahrenheit auf Seiten des Schuldners dazukommen.

Der Standpunkt, daß es unsittlich sei, hohe Procente zu nehmen,
läßt sich hiernach auch nicht aufrecht erhalten, und sind sonach weder
volkswirtschaftliche, noch juristische oder ethische Gründe anzuerkennen,
die mit Recht eine Einschränkung der Höhe der Zinsen, bezüglich der Con-
ventionalstrafen forderten.

Nun treffen die geltend gemachten Gründe für die Freiheit der
Vertragsschließenden ja allerdings in erster Linie die bei Gewährung von
Capitalien an Stelle der Zinsen festgesetzten Conventionalstrafen, d. h.
diejenigen, bezüglich deren zur Zeit durch das Bundesgesetz vom 14. No-
vember 1867 Freiheit geschaffen ist. Allein einmal müssen auch diese
Conventionalstrafen noch in Rücksicht gezogen werden, da es sich bei dem
zu erlassenden bürgerlichen Gesetzbuche um Schaffung neuen Rechts in
jeder Beziehung handelt, und da nach dem Entwurf des Einführungs-
gesetzes, wie schon erwähnt, das gedachte Bundesgesetz direct aufgehoben
werden soll, es sich also darum handeln muß, ob das Gesetz nur inhalt-
lich in das Gesetzbuch aufzunehmen, oder aber abzuändern, bezüglich zu
beseitigen ist. Sodann aber besteht überhaupt nach meinem Dafürhalten
kein principieller Unterschied zwischen den Conventionalstrafen, die für
Darlehen und creditirte Forderungen, und solchen, die für andere Rechts-
geschäfte festgesetzt werden. In den Reichstagsverhandlungen, betreffend
die Berathung des Bundesgesetzes von 1867 ist von keiner Seite auf
die Conventionalstrafen besonderes Gewicht gelegt worden, und ist daher
— der Gesetzentwurf ist nicht von der Regierung eingebracht, so daß
Regierungsmotive darüber nicht existiren — nicht ersichtlich, aus welchen
Gründen die Beschränkung der Conventionalstrafen und insbesondere nur
die bei Darlehen und creditirten Forderungen vom Gesetzgeber aufge-
hoben ist. Immerhin ist der Unterschied gemacht, und darf man deshalb
für das bestehende Recht denselben nicht mit Förster und Hirschius⁶³⁾
wegleugnen.

Eine andere Frage aber ist, ob der Unterschied begründet ist, und
diese Frage muß meines Erachtens verneint werden. An sich schon ist
es, zumal der Gesetzgeber darüber schweigt, sehr schwierig, zu sagen,
welche Forderungen als creditirte im Sinne des Gesetzes zu erachten
sind; dann aber, wenn man auch in Theorie und Praxis zu einem ein-
heitlichen Begriff der creditirten Forderungen gelangen sollte, muß der

⁶³⁾ Vgl. oben zu Note 35 u. 36.

Unterschied doch als ein durchaus willkürlicher bezeichnet werden. Es läßt sich nicht absehen, weshalb es geboten sein soll, bei gewissen Arten von Verträgen die Parteien hinsichtlich der Festsetzung ihres Interesses bei Nichterfüllung durch Aufstellung eines Maximums zu binden, bei anderen Verträgen hingegen dies vollkommen der freien Vereinbarung zu überlassen. Für eine solche Unterscheidung müßten ganz besondere Gründe beigebracht werden, und bisher fehlt es an solchen gänzlich. Denn auch diejenigen, welche, wie Eccius und das preußische Obertribunal, die Unterscheidung — und wie ich annehme, durchaus mit Recht — de lege lata behaupten, versuchen doch gar nicht, dieselbe als innerlich gerechtfertigt hinzustellen. Wenn also überhaupt eine Beschränkung bestehen, bezüglich eingeführt werden soll, dann ist es nur consequent, dieselbe allgemein und ohne Ausnahme einzuführen. Empfiehlt sich eine solche Beschränkung aber überhaupt nicht, dann ist sie auch bei keiner Art von Verträgen beizubehalten. Die zur Zeit unter der Herrschaft des Bundesgesetzes vom 14. November 1867 im Gebiete des preußischen Landrechts und des französischen Rechts bestehende Unterscheidung ist daher eine durch nichts gerechtfertigte Inconsequenz und deshalb im bürgerlichen Gesetzbuche nicht beizubehalten⁶⁴⁾.

Die Consequenz der bisherigen Ausführungen ist deshalb die Einführung des Rechts der freien Vereinbarung der Parteien betreffs der von ihnen bei jedweden Vertrage festzusetzenden Conventionalstrafen.

III.

Eine Grenze halte ich indessen trotzdem auch für geboten, nämlich diejenige, welche auch der deutsche Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs, bezüglich des Einführungsgesetzes zu demselben, indirect dadurch zieht, daß er das Wuchergesetz vom 24. Mai 1880 unberührt läßt und nicht aufhebt.

Das Bundesgesetz vom 14. November 1867 hatte mit den bestehenden Wuchergesetzen, welche den Wucher mehr oder weniger nur in der Ueberschreitung eines bestimmten Zinssatzes sehen, aufgeräumt und dadurch eine schrankenlose Willkür eingeführt, welche dann, wie die Motive zum Wuchergesetz und der Bericht der Reichstagscommission bezeugen, zu einem bedrohlichen Umsichgreifen wucherlicher Ausbeutung, namentlich der kleineren Grundbesitzer und Handwerker geführt und dadurch die öffent-

⁶⁴⁾ Vgl. Randa in der unter Note 39 angeführten Schrift S. 40.

liche Aufmerksamkeit auf sich gelenkt hatte. Dieser Ausbeutung des Publicums durch gewissenlose Gelddarleiher sollte entgegengetreten werden aus Gründen des öffentlichen Interesses. Es wurde anerkannt, daß die Wiedereinführung einer Zinsbeschränkung unpractisch und unmöglich sei, da die Aufhebung derselben nicht in Folge eines spontanen, einer Doctrin entsprungenen Versuches geschehen, sondern hervorgegangen sei aus langjährigen Erfahrungen und den Abschluß einer organischen Entwicklung der Gesetzgebung gebildet habe. Unter Wahrung der gesetzlichen Zinsfreiheit sollte nunmehr aber gegen wucherliche Mißbräuche Strafschutz eingeführt werden, und dies geschah dann unter Billigung ziemlich aller Parteien des Reichstages in der Weise, wie es im jetzigen Gesetz enthalten ist. Während sich die früheren Wuchergesetze gerade als nicht im Interesse der Capitalbedürftigen liegend und schädlich erwiesen hatten, kann hiervon nach dem neuen Gesetze keine Rede sein. Zwar wird nicht in Abrede zu stellen sein, daß auch das geltende Wuchergesetz umgangen werden kann, auch daß dies häufig geschehen mag; indessen kann dieser Grund allein gegen dasselbe nicht ausschlaggebend sein, zumal das Gesetz nunmehr in der That nur gegen solche Handlungen sich richtet, die unbedingt als unsittlich und verwerflich bezeichnet werden müssen. Solche aber nicht zu dulden und gegen gemeinfährliche Handlungen einzuschreiten, ist unbedingt die Aufgabe des Gesetzgebers, mögen auch immerhin Umgehungen des Gesetzes vorkommen. Die Existenz des Gesetzes allein wird, wie meines Erachtens mit Recht die Motive hervorheben, die überwiegende Mehrzahl von Menschen, welche Ehrgefühl und vor dem Gesetze Achtung und Furcht haben, von wucherlichen Geschäften fernhalten.

An eine Aufhebung dieses auf Grund dringenden Bedürfnisses eingeführten Wuchergesetzes wird denn auch mit Recht nicht gedacht. Der durch dieses Gesetz gegebenen Beschränkung muß denn auch die Conventionalstrafe unterworfen bleiben.

IV.

Muß ich mich schon aus den bisher angeführten Gründen in Uebereinstimmung mit dem deutschen Entwurf für die Zulässigkeit der freien Vereinbarung der Parteien bezüglich der Conventionalstrafe — mit alleiniger Ausnahme der durch das Wuchergesetz gegebenen Beschränkungen — erklären, so kommt m. E. noch ein weiterer zwingender Grund hinzu, und das ist die Vorschrift des Art. 284 des Handelsgesetzbuchs. Wie oben schon erwähnt, ist durch diese für das Handelsrecht die Conventional-

strafe vollkommen freigegeben worden. Mag man nun aber auch mit vollem Recht für dieses, um den großen Handelsverkehr zu erleichtern und große industrielle Unternehmungen zu fördern u. dergl., in vielen Beziehungen andere Vorschriften für geboten halten, als für das allgemeine bürgerliche Recht, den Verkehr der Grundbesitzer, Handwerker u. s. w., so muß doch in jedem einzelnen Falle die Nothwendigkeit einer verschiedenen Regelung eines Rechtsinstituts im Handelsrecht und im allgemeinen bürgerlichen Recht nachgewiesen werden.⁶⁵⁾ Dieser Nachweis aber ist für das hier in Frage stehende Rechtsinstitut der Conventionalstrafe, wie ich meine, nicht zu erbringen. Die Motive zur preussischen Verordnung vom 12. Mai 1866⁶⁶⁾ erwähnen, daß in Folge der Einführung des Handelsgesetzbuchs die dem Kaufmannsstande nicht angehörigen Gewerbetreibenden auf dem Geldmarkte mit den Kaufleuten nicht mehr concurriren können, und daß der hinsichtlich der Zinsbeschränkung bestehende Unterschied von Kaufleuten und anderen Personen insbesondere für die creditsuchenden Landwirthe die drückendsten Folgen herbeiführen werde. Und durchaus zutreffend hat der damalige Handelsminister bei der Verathung jener Verordnung ausgeführt,⁶⁷⁾ daß der durch das Handelsgesetzbuch herbeigeführte Unterschied zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht in dieser Beziehung nicht mehr haltbar sei, zumal nach dem Handelsgesetzbuch jeder Grundbesitzer, der Spiritus brenne, Zucker fabricire, Kartoffeln kaufe und das Fabrikat verkaufe, Kaufmann sei und sich in das Handelsregister eintragen lassen müsse und dazu nöthigenfalls angehalten werden könne, und ebenso unter den Handwerkern z. B. der Schneider, welcher Tuche einkaufe und Kleider anfertige, Kaufmann sei, derjenige Schneider dagegen, der die Tuche geliefert erhalte, kein Kaufmann sei.

Hier nun aber einen Unterschied festzuhalten, kann nicht zutreffend erscheinen; es empfiehlt sich vielmehr m. E. durchaus, die einzelnen Arten der Grundbesitzer, wie der Handwerker in dieser Beziehung nicht zu unterscheiden und für den Einen, wenn er Credit sucht oder sich zur Uebernahme einer Leistung oder Lieferung bei Strafe verpflichtet, dasselbe Recht gelten zu lassen, wie für den Anderen. Man kann nicht, da die Beschränkung der Conventionalstrafe, wenn überhaupt, sich nur aus dem Gesichtspunkt der Unfittlichkeit rechtfertigen läßt, für den noch dazu so

⁶⁵⁾ Aehnlich sprechen sich die Motive zum Entwurf Bd. I S. 180 bei Erörterung der Formfreiheit der Verträge aus.

⁶⁶⁾ Stenographische Berichte des Abgeordnetenhauses S. 26.

⁶⁷⁾ Stenographische Berichte S. 383.

weit ausgebreiteten Kaufmannsstand die freie Vereinbarung als sittlich hinstellen und gesetzlich gestatten, für jeden anderen, dem Kaufmannsstande nicht Angehörigen aber die Vereinbarung einer hohen Conventionalstrafe als unsittlich, verwerflich bezeichnen und gesetzlich brandmarken.

Der zur Zeit nach Einführung des Handelsgesetzbuchs und des Bundesgesetzes vom 14. November 1867 in Preußen bestehende Unterschied läßt sich nur historisch erklären, zu rechtfertigen ist er nicht, und der deutsche Entwurf thut wohl daran, denselben zu beseitigen. Nun könnte dieser Zustand ja freilich bei der in Aussicht genommenen Revision des Handelsgesetzbuchs auch durch Wiedereinführung der Beschränkungen im Handelsrechte beseitigt werden. Aber an diese Möglichkeit wird im Ernst schwerlich Jemand glauben; der Handelsverkehr bedarf der Freiheit unbedingt, und es hat sich bei Berathung des Handelsgesetzbuchs in dieser Beziehung, soweit wenigstens die Nürnberger Protocolle ergeben, auch gar keine Meinungsverschiedenheit gezeigt. Es kann also in der fraglichen Materie nicht das Handelsrecht dem bürgerlichen, sondern es muß das bürgerliche dem Handelsrecht nachgeben, wie in neuerer Zeit häufig anfänglich handelsrechtliche Normen zu allgemeinen geworden sind,⁶⁸⁾ und dieses Nachgeben müßte statthaben, auch wenn nicht sonst schon die vom Entwurfe den Parteien gewährte Freiheit gerechtfertigt wäre.

Außer der Beschränkung hinsichtlich der Höhe der Conventionalstrafe kennt nun das preussische Landrecht noch eine fernere, oben bereits angeführte, indem es im § 297 Tit. 5 Th. I bestimmt, daß zu körperlichen, die Freiheit oder die Ehre verletzenden Strafen sich Niemand durch Verträge verpflichten kann. Es bedarf keiner Begründung, daß diese Beschränkung geboten ist; denn das Gegentheil würde eine Verletzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit enthalten. Gleichwohl enthält der deutsche Entwurf, wie auch das Handelsgesetzbuch, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, der code civil und andere Gesetzbücher eine derartige Vorschrift nicht. Keineswegs ist aber die Absicht dieser Gesetze, derartige Strafgebungen zu gestatten; sie erwähnen nur die Verbote bei Regelung der Conventionalstrafe nicht, weil sie sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst ergeben.⁶⁹⁾ Der deutsche Entwurf

⁶⁸⁾ Vgl. Hachenburg: Gutachten über den 2. Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse im Heft 2 der Gutachten aus dem Anwaltsstande über den Entwurf eines B. G. B. S. 121.

⁶⁹⁾ So Stubenrauch, Commentar zu § 1336 des österreichischen G. B. Nr. 7, Buchelt, Commentar zum B. G. B. II. 12 zu Art. 284 und II. 2 zu Art. 59.

aber bestimmt im § 106, daß ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, nichtig ist. Es soll hiermit, wie die Motive⁷⁰⁾ hervorheben, dem richterlichen Ermessen ein bisher unbekannter Spielraum gewährt werden. Dasselbe wird hier m. E. auch durchaus angebracht sein. Und durch die gedachte Bestimmung werden zweifellos die Verbote des § 297 Lit. 5 Th. I A.L.R. mitgetroffen, und bedarf es deshalb einer weiteren Vorschrift im Abschnitt über die Conventionalstrafe nicht. Auch trotz der Zulassung der freien Vereinbarung der Parteien versteht sich diese Beschränkung von selbst.

Nach diesen Ausführungen stehe ich ganz auf dem Standpunkt des deutschen Entwurfs und gebe mein Gutachten dahin ab, daß die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch der freien Vereinbarung unterliegen soll, lediglich beschränkt durch die Bestimmungen des Wuchergesetzes, und daß es sich nicht empfiehlt, dieselbe an weitere gesetzliche oder richterliche Schranken zu binden.

⁷⁰⁾ Bd. I S. 211.