

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Jg. 36 = 5.F. Jg. 1, 1892, S. 478 - 479

*André, Dr. Fr., Privatdozent und Gerichtsassessor in  
Göttingen: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im  
heutigen gemeinen Recht*

*Digitale Bibliothek des*

*Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*

2010-09-05T15:29:20Z

selbst. Der Staat soll nur einen Anspruch gegen den schuldigen Beamten haben, den die Disziplinarbehörde jedenfalls beim Vorliegen von Dolus, sonst auf Grund einer mehr fakultativen Befugniß festzustellen hat.

Um dem Mißbrauche des gegen den Staat in dieser Weise gegebenen Klagerechts vorzubeugen, wird die Androhung von Prozeßstrafen, die Festsetzung besonders hoher Kosten, Abkürzung der Verjährungsfristen, die Möglichkeit sofortiger Abweisung u. s. w. empfohlen.“

Der Verfasser glaubt nach seinen Ausführungen in § 12 selbst nicht, daß seine Vorschläge Eingang in die Gesetzgebung finden werden, und giebt zu, daß seine Ausführungen dem strengen juristischen Kritiker zu mancherlei Ausstellungen Veranlassung geben werden. Diese Selbstkritik des Verf. halten auch wir für gerechtfertigt. Seinen Ausführungen fehlt in der That noch jede juristische Bestimmtheit. Schon die Erfordernisse der Klage gegen den Beamten selbst sind verflüchtigt. Damit daß auf die publizistische Natur des Anspruchs und auf die konkrete Lage des Falls hingewiesen wird, wird nichts gebessert. Hinsichtlich der Klage gegen den Staat hat der Verfasser selbst jedes positive Erforderniß zerstört. Es ist weder Pflichtwidrigkeit, noch Schuld des Beamten zu verlangen. Wenn wenigstens eine Amtshandlung in abstracto gefordert wird, so entbehrt doch auch dieses einzige positive Erforderniß der Klarheit. Denn wir erfahren nicht, was eine Amtshandlung in abstracto überhaupt ist, und auf der anderen Seite ließe sich mit gutem Grunde ausführen, daß eine rechtswidrige Handlung eines Beamten überhaupt keine Amtshandlung sei, sodaß jeder Grund für die Regreßpflicht des Staates fehlen würde.

Wir glauben nicht, daß man auf diesem Wege zu einer befriedigenden Lösung des den Verfasser beschäftigenden Problems gelangen wird.

Kindel.

---

21.

**Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht.**

Eine Abhandlung von Dr. Fr. André, Privatdozent und Gerichtsassessor in Göttingen. Leipzig 1890. (Geh. M. 3,60.)

Wie nach dem aus Kant, Kritik der reinen Vernunft, genommenen Motto zu schließen ist, beabsichtigt der Verf. das Prinzip der von ihm behandelten Lehre aufzusuchen. Auch eine nachsichtige Kritik wird nicht einräumen können, daß diese Absicht verwirklicht sei, wiewohl einzelne Ausführungen Billigung verdienen mögen.

Die §§ 1, 2, 3, 4 geben eine Uebersicht über die Literatur (nach der Zeit geordnet), der Praxis und der neueren Gesetzbücher. Im § 5 wird die Uebersicht der Literatur wiederholt, so zwar, daß nunmehr die Schriftsteller, welche die sog. *exceptio non adimpleti contractus* für eine wahre Einrede halten, und diejenigen, welche ihr den Charakter der Einrede absprechen, geschieden werden.

Der Verf. schließt sich der Meinung an, welche er als herrschende

bezeichnet, daß die exceptio eine wahre Einrede ist. Als Konsequenzen werden gezogen, daß gegen den Beklagten ein Versäumnisurtheil zu erlassen sei, auch wenn Kläger Erfüllung nicht behauptet, und daß im Urkundenprozeß Kläger einen urkundenmäßigen Beweis über die Erfüllung nicht anzutreten habe. (Die S. 81 und 97 vom Verf. ohne Tadel referirten Urtheile aus Seuffert Bd. II. S. 349, Bd. XXIV. S. 176 dürften allerdings gerade auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen.)

Die Begründung seiner Auffassung will der Verfasser nicht aus der synallagmatischen Natur des Vertrages nehmen, da keine der über denselben aufgestellten Theorien allgemeine Anerkennung gefunden habe, ebensowenig aus dem Satze: „periculum est emptoris“, oder aus dem Charakter des negotium claudicans. Auch auf die Quellen sucht der Verf. seine Ansicht nicht zu stützen, da in den von der Theorie herangezogenen Stellen theils ein Formalakt vorausgesetzt werde, theils keine reine Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorliege. Unter diesen Umständen glauben wir nicht, daß die bloße Behauptung des Verf., daß ihm unter Würdigung aller Momente die Auffassung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages als exceptio als die richtigere und zweckmäßigere erscheine, einen Gegner überzeugen wird.

Im § 6 konstruirt der Verf. eine besondere Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages. Indem er als herrschende Ansicht die referirt, daß die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages eine verschleierte Einrede des nicht erfüllten Vertrages enthalte, oder eine wirkliche Einrede sei, welche ein selbständiges Recht geltend mache, schiebt er die von ihm konstruirte Einrede noch dazwischen. Wir erhalten so schließlich drei Rechtsbehelfe, deren gegenseitiges Verhältniß uns aus den Ausführungen des Verf. nicht klar geworden ist. S. 67 bezeichnet er es selbst als Thatfrage, was die Parteien gewollt haben. Zwar beruft sich der Verf. auf den allgemeinen und nicht zu bestreitenden Satz, daß jeder Beweis nur bis zur Ueberzeugung des Richters unter Voraussetzung normaler Verhältnisse zu erbringen sei, aber es bleibt undurchsichtig, wie dieser Satz, der für jedes Klagefundament und jede Exzeption verwendet werden kann, nun plötzlich zur Konstruktion einer ganz besonderen Einrede dienen soll.

Aus der bloßen historischen Zusammenstellung der bei Seuffert abgedruckten Urtheile dürfte schließlich überhaupt nichts zu folgern sein, zumal in ihnen alle Theorien, auch die dem Verf. direkt entgegenstehenden (Bd. XXXIV. 291, XXXVII. 65) vertreten sind.

Der § 7 behandelt den Charakter der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, der § 8 bringt Betrachtungen über das Angebot der Leistung an Stelle der Erfüllung, Hinderung der Leistungen durch Verschulden des Gläubigers, Einfluß der Billigung der Leistung. Man wird billiger Weise nicht erwarten können, daß diese Probleme der Rechtswissenschaft in einem so knappen Raume eine genügende Darstellung finden. Der Verf. verweist auch zum Schluß auf Thöl Handelsrecht I. § 280, wie vorher auf Windscheid Band. II. § 345, Dernburg II. 43.