

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	20 (1901)
Artikel:	Die Theorie der Schuldübernahme und das künftige schweizerische Civilgesetzbuch
Autor:	Schurter, E.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896617

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 05.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Theorie der Schuldübernahme und das künftige schweizerische Civilgesetzbuch.

Von Oberrichter Dr. E. SCHURTER in ZÜRICH.

Seit Delbrück's Schrift über die Uebernahme fremder Schulden (Berlin 1853) hat sich die der deutschen Sprache angehörende Rechtswissenschaft so oft und so eingehend mit dem Institute der Schuldübernahme befasst, dass die Frage wohl einer Erörterung wert ist, ob das kommende schweizerische Civilgesetzbuch sich nicht auf die eine oder andere Weise mit diesem Institute ex professo befassen sollte. Der Vorentwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartementes kennt die Schuldübernahme als selbständiges Rechtsinstitut nicht. Daraus darf indessen noch nicht zu viel geschlossen werden ; denn der fünfte Teil, das Obligationenrecht, welches jene Materie in erster Linie zu behandeln berufen wäre, nimmt seinen Inhalt in der vorläufig angedeuteten Gestalt unverändert aus dem bisher geltenden Bundesgesetze über das Obligationenrecht herüber. Der Vorentwurf behält sich ausdrücklich diejenigen Abänderungen und Ergänzungen vor, welche vor Erlass des Civilgesetzbuches „notwendig vorgenommen werden müssen.“ Damit scheint allerdings auf den ersten Blick die Absicht ausgesprochen zu sein, das bestehende Obligationenrecht nur insoweit abzuändern und zu ergänzen, als die Anpassung und Eingliederung in das einheitliche Gesetzbuch es erfordern. Doch ist zu hoffen, dass jener Vorbehalt in einem weiten Sinne aufgefasst werde, etwa im Sinne der Referate, der Verhandlungen und Be-

schlüsse der letztjährigen Versammlung des schweizerischen Juristenvereins, wonach eine materielle Revision des bestehenden Rechtes vorgenommen werden soll, soweit die bisherigen Erfahrungen es als nötig oder dringend wünschenswert erscheinen lassen.¹⁾ Uebrigens dürfte auch bei Anwendung des zuerst erwähnten gesetzgeberischen Verfahrens die Einfügung einer die Schuldübernahme normierenden Bestimmung sich als dringend notwendig erweisen, wenn man bedenkt, dass gerade der am häufigsten vorkommende Fall der Schuldübernahme, die Uebernahme einer hypothekarisch versicherten Schuld bei der Veräußerung des Grundpfandes, im Hypothekenrecht des Vorentwurfes (im Gegensatz zu andern Gesetzgebungen) gar nicht geregelt wird. Wenn die Art. 820 und 828 dieses Entwurfes die Gestaltung der Haft des veräußernden Grundpfandschuldners der freien Vereinbarung der beteiligten Parteien überlassen und als dispositiven Grundsatz für den Fall der Veräußerung des ganzen Grundpfandes lediglich die Forthaftung (des Grundpfandes und) des Schuldners aufstellen, so ist damit dem Bedürfnisse des täglichen Verkehrs wohl nicht vollständig gedient. Dieser Verkehr tendiert offensichtlich auf eine Ueberwälzung der Grundschrift vom Veräußerer auf den Erwerber des Grundpfandes. Jedenfalls bildet in den meisten Kantonen, welche dem Hypothekensystem huldigen, die Ueberweisung der Grundschrift auf den Erwerber des belasteten Grundstückes die Regel. Wenn nun das Sachenrecht keine Auskunft darüber giebt, nach welchen Grundsätzen die aus dieser Ueberweisung entspringenden Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Uebernehmer, zwischen Schuldner und Gläubiger, sowie zwischen Uebernehmer und Gläubiger zu beurteilen sind, so fällt diese Aufgabe dem Obligationenrechte zu. Denn eine gesetzliche Regelung dieser Verhältnisse hat sich in der Gerichtspraxis als notwendig erwiesen, da die allgemeinen Normen des bestehenden Obligationenrechtes, wie später zu

¹⁾ S. Verhandlungsprotokoll, in dieser Zeitschrift N. F. Bd 19 S. 654 ff.; 692 ff.; 701 ff.; 713 f.; 716/17.

zeigen versucht werden soll, hier nicht ausreichen oder doch zu unbefriedigenden Resultaten führen. Jeder Richter ist darauf angewiesen, nach irgend einer Konstruktion zu suchen, um daraus die rechtlichen Folgerungen für den gegebenen Schuldübernahmefall zu ziehen, und das Resultat ist eine Verschiedenheit und Verwirrung der Rechtsprechung, wie sie beispielsweise die gemeinrechtliche Gerichtspraxis auf diesem Gebiete aufweist. Wenige gesetzliche Grundsätze würden aber genügen, um solchem Uebelstande vorzubeugen.

Diese Erkenntnis hat bekanntlich den deutschen Gesetzgeber dazu geführt, die Schuldübernahme in einem eigenen Abschnitte des Obligationenrechtes (§§ 414—419 B. G. B.) zu behandeln, während in der Schweiz umgekehrt ein in früheren Entwürfen des eidgen. Obligationenrechtes enthaltener Ansatz (Art. 29 des Fick'schen und des Kommissional-Entwurfes) beseitigt worden ist.

Eine Erörterung darüber, wie das geltende Obligationenrecht auf die Schuldübernahmetheorie reagiert und in welcher Weise die zu Tage tretenden Lücken etwa auszufüllen wären, wird nur an Hand einer Darlegung jener Theorie einige Aussicht auf Erfolg haben. Darum soll im Folgenden das Hauptgewicht auf diese Darstellung gelegt werden. Indessen kann dabei nur das Notwendigste über den gegenwärtigen Stand der Wissenschaft, Gerichtspraxis und Gesetzgebung mitgeteilt werden und es soll die eigene Stellungnahme der Kürze halber in den Hintergrund treten. Die litterarische Diskussion hat sich auf dem Gebiete der Schuldübernahme insbesondere seit dem Erscheinen des ersten deutschen Entwurfes so verbreitert, dass heute eine vollständige Darlegung der ganzen Frage den Rahmen eines für eine Zeitschrift bestimmten Beitrages bedeutend überschreiten müsste. Eine erschöpfende Behandlung dürfte für die dem Hauptzwecke nach lediglich de lege ferenda anzustellende kurze Untersuchung auch nicht unbedingt notwendig sein.

I. Die Theorie der Schuldübernahme.

A. Nach dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft.

1. Die vertragliche (freiwillige) Schuldübernahme.

a) *Die rechtliche Natur.*

Der Begriff der Schuldübernahme hat sich aus der Praxis entwickelt. Lange bevor sich die Wissenschaft seiner bemächtigte, sahen sich die Gerichte veranlasst, die aus der Uebernahme fremder Schulden bei Liegenschaftskäufen, bei Veräußerung von kaufmännischen Geschäften, bei Erbschaftskäufen und andern Geschäften entspringenden Rechtsverhältnisse unter eigene Gesichtspunkte zu stellen.²⁾ Delbrück hat es im Jahre 1853 erstmals unternommen, die Schuldübernahme als selbständiges Institut systematisch zu behandeln, und seine Schrift hat gleich das grösste Aufsehen in der romanistischen wie in der germanistischen Rechtswissenschaft erregt. Im gleichen Jahre empfahl Windscheid mit den wärmsten Worten der Anerkennung diese Arbeit der Beachtung der weitesten Kreise, obschon er grundsätzlich den Konstruktionsversuch Delbrück's bereits mit aller Entschiedenheit verwarf.³⁾ Von dieser Zeit an begann der siegreiche Kampf gegen das romanistische Dogma der Unzulässigkeit der Singularsuccession in Obligationen. Bedenkt man, dass damals noch nicht einmal die Cession als Sondernachfolge in das Forderungsrecht anerkannt worden war, so wird man es Windscheid nicht hoch genug anrechnen können, dass er die Singularsuccession nicht nur für die aktive, sondern auch für die passive Seite der Obligation schlechthin für zulässig erklärte. Mit dem Satze: „Es ist nicht wahr, dass die Obligation ein an die Person unzertrennlich geknüpftes Verhältnis sei,“⁴⁾ ist er über Delbrück hinausgegangen. Dieser glaubte an der von Vangerow, Mühlenbruch und der ganzen damals

²⁾ Vgl. Delbrück, Uebernahme fremder Schulden S. 1.

³⁾ Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd 1 S. 27 ff. („Die Singularsuccession in Obligationen“).

⁴⁾ a. a. O. S. 40.

herrschenden Schule⁵⁾ festgehaltenen gegenteiligen Lehre nicht rütteln zu dürfen, kam aber gleichwohl dazu, eine Sondernachfolge in Forderungen und in Schulden als theoretisch möglich zu proklamieren: Er trennte Forderung und Schuld von dem Obligationsbegriffe als selbständige Rechtsbegriffe ab und erklärte sie als Gegenstände des Verkehrs, als aktive und passive Vermögenswerte, welche gleich den körperlichen Sachen im vollen Sinne des Wortes der Veräußerung unterliegen, während er die Obligation als Rechtsverhältnis für nicht übertragbar ansah.⁶⁾ So ist für ihn die Schuldübernahme nichts anderes als eine „passive“ Veräußerung, als der Akt, „durch welchen eine Schuld aus dem Passivvermögen des Schuldners ausgeschieden und in das Passivvermögen des Uebernehmers übertragen wird.“⁷⁾ Delbrück leitete diese Theorie aus Grundanschauungen des deutschen Rechtes ab, in welchem der Begriff der obligatio im Sinne eines persönlichen Verhältnisses völlig zurücktrete zu Gunsten der als Sachen betrachteten Forderungen und Schulden. Einige Germanisten nahmen diese neue Lehre in der That auf, während die Romanisten sich von Anfang an durchaus ablehnend verhielten. Heute ist sie auf der ganzen Linie aufgegeben; unter den Germanisten spricht sich Heusler am schärfsten gegen sie aus („es kann dieser Meinung gegenüber nicht bestimmt genug ausgesprochen werden, dass das deutsche Recht auch nicht den geringsten Anhaltspunkt hiefür bietet, vielmehr den Begriff der Obligation in voller Reinheit zur Erscheinung bringt. Für den Satz, dass Forderungsrechte als Sachen wären behandelt worden, giebt es im deutschen Rechte nicht den geringsten Anhaltspunkt, es schliesst jede Vermittlung zwischen res und obligatio aus und führt die Gegensätzlichkeit der beiden Begriffe so klar und bewusst wie das römische Recht durch“).⁸⁾

⁵⁾ Nur vereinzelte Stimmen (Rosshirt, Seuffert, Brinz) hatten Zweifel gegen das Dogma zu äussern sich erlaubt; vgl. Windscheid a. a. O. S. 28.

⁶⁾ Delbrück S. 10 ff.

⁷⁾ Delbrück S. 18 f.

⁸⁾ Heusler, Institutionen d. deutschen Privatrechtes I S. 374 ff.; II S. 225 ff.

Trotzdem hat Delbrück's Schrift das unbestrittene Verdienst, auf dem Gebiete der Cession und der Schuldübertragung reformatorisch gewirkt zu haben. Insbesondere hat sie den Anstoss zu der reichen, in der Folge allerdings auf wesentlich andern Bahnen wandelnden, Schuldübernahmeflitteratur gegeben.

Die brennende Frage auf unserm Gebiete war immer die: Wie ist das Klagerecht, welches die Gerichtspraxis einem unleugbaren Bedürfnisse des Verkehrs entsprechend in bestimmten Fällen dem Gläubiger gegenüber dem Uebernehmer eingeräumt hat, zu konstruieren, wenn die Schuldübernahme als ein zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer abgeschlossenes Geschäft⁹⁾ betrachtet wird? Nachdem Delbrück's Versuch, diese Frage auf sachenrechtlichem Boden zu lösen, als gescheitert anzusehen war, hat man es unternommen, eine passende Konstruktion vom Standpunkte des Obligationenrechtes aus aufzustellen. Erst in neuester Zeit haben gewichtige Stimmen wieder auf den Zusammenhang der Frage mit der dinglichen Natur des Vermögensbegriffes hingewiesen.

Wie bereits angedeutet, galt es für die Verfechter der obligationenrechtlichen Schuldübernahme eine wichtige Vorfrage zu lösen, eine Vorfrage, die uns heute allerdings nicht mehr allzusehr interessieren kann: Ist die Uebertragung der Schuld auf einen neuen Schuldner ohne Untergang der Obligation überhaupt denkbar? Dass das römische Recht einen Wechsel der Subjekte der Obligation mit dem Wesen der letztern für unvereinbar gehalten, behauptete die Mehrzahl der Schriftsteller und behaupten heute noch die meisten Pandektisten,¹⁰⁾ während es freilich an Versuchen nicht fehlt, die Singularsuccession in die passive Seite der Obligation unter Aufrechterhaltung der Identität des Schuldverhältnisses

⁹⁾ Im Folgenden soll an der Terminologie festgehalten werden, nach welcher „Schuldner“ der überweisende, „Uebernehmer“ der übernehmende Teil und „Gläubiger“ der Kreditor der zu übertragenden Urschuld ist.

¹⁰⁾ Siehe z. B. Windscheid, Pandekten 8. Aufl. II. § 338; Dernburg, Pand. II. § 53 Note 2.

als römisches Recht hinzustellen.¹¹⁾ Dagegen wurde die Uebertragbarkeit der Schuld als modernes gemeines Recht von Jahr zu Jahr immer mehr und schliesslich ziemlich allgemein anerkannt.¹²⁾ Nur Bähr hielt mit Zähigkeit an der Unmöglichkeit einer Passivsuccession fest und erklärte, dass die Hindernisse, welche sich dem Versuche, aus der Schuldübernahme eine Singularsuccession in die Schuld zu konstruieren, entgegen stellen, „in der ewigen Natur der Dinge“ liegen.¹³⁾ Weil er als Praktiker die Notwendigkeit eines direkten Klagerechtes des Gläubigers sehr wohl einsah, legte er sich dasselbe in der Weise zurecht, dass er in die Schuldüberweisung eine vom Schuldner ausgehende stillschweigende Ermächtigung hinein interpretierte, kraft welcher der Gläubiger als *in rem suam procurator* des Schuldners die dem letztern aus der Schuldübernahme gegen den Uebernehmer zustehende Klage als *actio utilis* anstellen kann.¹⁴⁾ Das Missliche, dass hier der Gläubiger nicht aus eigenem Rechte, sondern aus demjenigen seines Schuldners gegen den Uebernehmer zu klagen hat, springt sofort in die Augen. Bähr sucht es wohl vergeblich damit zu rechtfertigen, dass die Klage des Gläubigers gegen den Unternehmer für ihn ein „*don gratuit*“ sei, da ihm ja die Klage gegen den Schuldner bleibe (Arch. f. civ. Pr. 67 S. 185). Auf dem gleichen Boden wie Bähr standen Zaun,¹⁵⁾ der eine fingierte Cession der Klage des Schuldners an den Gläubiger annahm, und Kuntze,¹⁶⁾ welcher aus dem Uebernahmevertrag eine sogen. Zweigobli-

¹¹⁾ So v. Salpius (Novation u. Delegation 1864), E. Danz (Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter 1886), neuerdings auch Wendt (das allgem. Anweisungsrecht 1895 S. 260 ff.) und v. Blume (Novation, Delegation u. Schuldübertragung 1895).

¹²⁾ Vgl. Windscheid, Pand. II. § 338; Dernburg, Pand. II. § 53. Motive z. I. Entw. des B. G. B. II. S. 143; Regelsberger in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 39 S. 474; Menzel in Grünhut's Zeitschr. Bd 11 S. 599.

¹³⁾ Arch. f. civ. Pr. Bd 67 S. 184.

¹⁴⁾ Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 6 S. 174; Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen S. 86; Arch. f. civ. Pr. Bd 67 S. 176 ff.

¹⁵⁾ Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft N. F. Bd 1 S. 118.

¹⁶⁾ Die Obligation und die Singularsuccession 1856 S. 339.

gation entstehen liess, um das für nötig erachtete Klagerecht des Gläubigers begründen zu können. Zaun konnte keine Beachtung finden und Kuntze hat (viele Jahre später) seinen Widerstand gegen den Gedanken der Singularsuccession (in Obligationen) aufgegeben.¹⁷⁾

Die Anhänger der neuen Lehre waren aber keineswegs so glücklich, aus der Theorie der Sondernachfolge in die Schuld ohne weiteres das Klagerecht des Gläubigers aus dem zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Schuldübernahmeverträge ableiten zu können. Was sie gegenüber ihren Widersachern gewonnen, das war die Möglichkeit, eine Schuld auf einen neuen Schuldner überzuleiten, ohne die Obligation mit allen an ihr haftenden Einreden und Nebenrechten untergehen zu lassen: zweifellos ein nicht zu unterschätzender Vorteil! Denn jetzt bot sich auf einmal die Möglichkeit, einen Schuldnerwechsel ohne Novation in der Weise herbei zu führen, dass sich der Uebernehmer dem Gläubiger verpflichtete, die Verbindlichkeit des Schuldners tale quale als eigene Schuld zu übernehmen: also eine novationslose Expromission, wenn man will. Das Prinzip der Formlosigkeit der Verträge gestattete nämlich sehr wohl, dass der Gläubiger mit dem Uebernehmer einen Vertrag schliesse, ohne dass dadurch der Schuldgrund der ursprünglichen Obligation eine Aenderung erlitte;¹⁸⁾ die Novationsstipulation des römischen Rechtes allerdings musste als verborum obligatio eine neue causa erzeugen, wenn auch durch die sogen. titulierte Stipulation auf einem Umwege ein ähnlicher Effekt zu erzielen war, wie er nun durch den formlosen Eintritt eines neuen Schuldners in das unveränderte Schuldverhältnis erzeugt werden konnte.¹⁹⁾ Allein diese Expromission entsprach eben der gewöhnlichen Erscheinungs-

¹⁷⁾ In Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd IV S. 83 ff.

¹⁸⁾ Vgl. Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts 1856 S. 209.

¹⁹⁾ Dieses neue Geschäft hatte also die Mitwirkung des alten Schuldners nicht nötig. Wohl aber konnte der Vertrag des Uebernehmers mit dem Gläubiger auf einer Anweisung des Schuldners beruhen, dann lag eine moderne passive Delegation (delegatio debiti) vor.

form, in welcher die Schuldübernahme auftrat, durchaus nicht: der Uebernahmevertrag wurde und wird heute noch in der Regel ohne Mitwirkung des Gläubigers abgeschlossen; er ist ein Geschäft, das Schuldner und Uebernehmer unter sich allein abmachen, das gewöhnlich überhaupt nur als Bestandteil eines andern, auf Veräußerung gerichteten Rechtsgeschäftes vorkommt (so die hypothekarische Schuldübernahme beim Liegenschaftskauf, die Uebernahme von Aktiven und Passiven beim Erwerb eines Handelsgeschäftes, beim Erbschaftskauf u. s. w.). Darum blieb lange Zeit der Successionsvertrag zwischen Uebernehmer und Gläubiger fast allgemein ausser Diskussion.²⁰⁾

Die Untersuchung über das dem Gläubiger aus dem ohne seine Dazwischenkunft von Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Uebernahmevertrag zustehende Klagerecht führte nun zunächst zu der Konstruktion, nach welcher der Uebernahmevertrag zu der Kategorie der Verträge zu Gunsten Dritter zu zählen ist. Windscheid ist es, welcher zuerst darauf hingewiesen hat, dass da, wo der Uebernehmer die Absicht hat, sich auch dem Gläubiger gegenüber, nicht nur dem Schuldner, zu verpflichten, von einem zu Gunsten des Gläubigers geschlossenen Vertrage gesprochen werden könne, gestützt auf welchen der Kreditor Rechte gegen den Uebernehmer erwerbe.²¹⁾ Ihm sind Danz²²⁾ und Gierke²³⁾ gefolgt, während Gareis²⁴⁾ und Stobbe²⁵⁾ diese Konstruktion nur da zur Anwendung bringen wollen, wo der Uebernehmer neben den Schuldner und nicht an

²⁰⁾ Nicht so bei Windscheid, Pand. II. § 338 zu Note 3^a und bei Bruns, in Holtzendorffs Encyclop., das heutige röm. Recht § 65.

²¹⁾ Kritische Ueberschau Bd 1 S. 45.

²²⁾ Forderungsüberweisung S. 142 ff.

²³⁾ Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches und das deutsche Recht 1889 S. 207.

²⁴⁾ Die Verträge zu Gunsten Dritter 1873 S. 290. Ebenso wie Gareis auch Tartufari in seiner kompendiösen Darstellung der Verträge zu Gunsten Dritter (Dei contratti a favore di terzi, Verona 1889) S. 316 ff.; 338.

²⁵⁾ Handbuch des deutschen Privatrechts 3. Bd 2. Aufl. 1885 § 181 S. 218; in der 3. Auflage hat Lehmann diese Konstruktion verworfen.

dessen Stelle treten soll; zudem verlangt Stobbe eine ausdrückliche Benachrichtigung des Gläubigers zur Entstehung des Klagerechtes.²⁶⁾ Unter der gleichen Voraussetzung wie Gareis hält es auch Regelsberger²⁷⁾ für richtig und Kipp²⁸⁾ für möglich, den Uebernahmevertrag als in favorem creditoris geschlossen zu betrachten. Gegen die Richtigkeit der ganzen Auffassung ist mit Recht eingewendet worden, dass das Recht des Gläubigers, das er aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage erwerben würde, objektiv ein anderes als dasjenige wäre, welches ihm aus seinem ursprünglichen Rechtsverhältnisse gegen den Schuldner zu stand: denn durch jenen Vertrag erhielte er ein Forderungsrecht mit ganz neuem Verpflichtungsgrund, d. h. mit einer auf dem Verhältnisse zwischen Schuldner und Uebernehmer beruhenden causa. Die Schuldübernahme setzt aber begrifflich voraus, dass am Verpflichtungsgrund der ursprünglichen Obligation nichts geändert werde.²⁹⁾ Es ist daher Hellwig beizustimmen, wenn er nur da von einem Vertrage zu Gunsten Dritter etwas wissen will, wo der Promittent nicht die Schuld des Stipulanten übernimmt, sondern dem Gläubiger nur das leisten soll, was er aus dem zwischen ihm (dem Promittenten) und dem Stipulanten bestehenden materiellen Rechtsverhältnisse schuldet, damit der Gläubiger diese Leistung zur Tilgung der Schuld des Stipulanten verwende.³⁰⁾ Dieser Fall

²⁶⁾ a. a. O. S. 220.

²⁷⁾ In Endemanns Handbuch Bd 2 S. 533.

²⁸⁾ Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 36 S. 349 f.

²⁹⁾ Siehe die tüchtigen Inaug.-Dissertationen von Münster über die Singularsuccession in Schulden (Göttinger Univ. 1893) S. 73 ff. u. von Fluhme, die Theorien der Passiv-Succession (Erlangen 1896) S. 34 ff.; ferner Menzel, in Grünhut's Zeitschr. Bd 11 S. 586 ff. und v. Blume, Novation S. 114 f. und S. 44. Vgl. auch L. Seuffert, die allgem. Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurfe eines B. G. B. 1889 S. 43; ferner die Bemerkungen von Oberrichter Billeter (Zürich) in den Schweiz. Blättern f. handelsrechtl. Entsch. Bd 19 S. 246.

³⁰⁾ K. Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte 1899 S. 200 ff. Kipp hat sich nunmehr Hellwig angeschlossen (in der 8. Aufl. von Windscheid's Pandekten Bd 2 S. 372). Beispiel: Der Käufer A verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer B, den geschuldeten Kaufpreis behufs

darf richtigerweise nicht als Schuldübernahme behandelt werden. Der Vertrag zu Gunsten Dritter ist daher zur Begründung des Klagerechtes des Gläubigers nicht verwendbar. Windscheid hat in seinen Pandekten (II § 338 Note 6) selber diese Konstruktion zwar als möglich aber als umständlicher und beschwerlicher als die von ihm nachträglich adoptierte Verfügungstheorie hingestellt; in der That bietet sie sowohl mit Bezug auf die Auslegung des mutmasslichen Parteiwillens als auch hinsichtlich des Zeitpunktes, in welchem das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Uebernehmer zur Entstehung gelangen soll, wie endlich auch bezüglich der Voraussetzungen des Klagerechtes, die grössten praktischen Schwierigkeiten, zumal da die Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter in der Wissenschaft eben auch noch nicht vollständig abgeklärt ist.

Während Delbrück durch den Uebernahmevertrag eine Befreiung des alten Schuldners nicht eintreten liess, sondern dessen Forthaftung annahm bis der Gläubiger einen Verzicht ausgesprochen oder bis der Wegfall der Haft infolge Verjährung oder Konfusion eingetreten,³¹⁾ erklärte Windscheid schon im Jahre 1856, dass dieses Resultat in direktem Widerspruch mit der Intention des Geschäftes stehe. „Man kann däran zweifeln, ob der Uebernehmer überhaupt Schuldner des Gläubigers des Ueberweisers werden wolle, dass er aber, wenn er es will, nur in der Weise Schuldner werden will, dass jener aufhört, es zu sein, darüber scheint mir gar nicht gestritten werden zu können.“³²⁾ Nach Windscheid geht also die Absicht der Parteien in der Regel auf privative (befreiende), nicht auf cumulative (bestärkende) Schuldübernahme, wenn überhaupt der Uebernehmer dem Gläubiger

Tilgung der Kaufschuld an C, den Gläubiger des B zu zahlen. A zahlt hier nicht als neuer Schuldner des C, sondern tilgt lediglich seine Kaufpreisschuld gegenüber B. Das Recht des Gläubigers C gegen A kann sich nur auf den Kaufvertrag stützen, in welchem A und B mit der Absicht, ihn zu berechtigen, den erwähnten Zahlungsmodus vereinbart haben.

³¹⁾ Delbrück a. a. O. S. 56 ff.

³²⁾ Actio S. 213/14.

gegenüber verpflichtet werden soll. Der gleichen Meinung sind auch Beseler³³⁾ und Menzel; letzterer weist darauf hin, dass von einer kumulativen Verpflichtung keiner der Kontrahenten einen Vorteil hat, sondern dass dabei nur der Gläubiger profitiert, der einen zweiten Schuldner für die gleiche Schuld bekommt, während die Parteien das Interesse desselben gar nicht zu fördern beabsichtigen.³⁴⁾ Nachdem sich auch Dernburg und v. Blume mit aller Bestimmtheit gegen die Vermutung zu Gunsten der kumulativen Uebernahme ausgesprochen und als Auslegungsregel den gegen- teiligen Satz: im Zweifel für befreiende Schuldübernahme, aufgestellt haben,³⁵⁾ darf man diese Auffassung heute wohl als die herrschende bezeichnen. Immerhin kann nicht verschwiegen werden, dass namhafte Schriftsteller den gegen- teiligen Satz verfechten, indem sie davon ausgehen, es sei für den Uebernehmer weniger beschwerlich, wenn er blos als Gesamtschuldner eintrete, als wenn er ganz allein verpflichtet wäre, und daher spreche die allgemeine Auslegungsregel, nach welcher im Zweifel für die geringere Belastung des durch den Vertrag Beschwerten zu entscheiden sei, zu Gunsten der Präsumtion für kumulative Uebernahme, zumal da bei der letztern auch dem Gläubiger weniger zugemutet werde als bei der befreienden Uebernahme.³⁶⁾ Gleich wie Delbrück

³³⁾ System d. gemeinen deutschen Privatrechts 4. Aufl. I. Bd § 106 S. 475.

³⁴⁾ Grünhut's Zeitschr. Bd 11 S. 658. Aehnlich auch Gömöry, der Vertrag zu Gunsten Dritter 1890 (Zürch. Diss.) S. 108, S. 109 Note 6. Auch Regelsberger darf wohl hieher gezählt werden, wenigstens für die hypothekarische Schuldübernahme; denn er stellt als Zweck der letztern ganz allgemein den Schuldnerwechsel hin. S. sein Bayerisches Hypothekenrecht 2. Abt. 1877 S. 456; Arch. f. civ. Pr. 67 S. 29 f. Menzel übersieht, dass Regelsberger eine Vermutung nur aufstellt zu Gunsten der Zahlungsübernahme gegenüber der Schuldübernahme (Bayr. Hyp. R. S. 459, Endemanns Handb. II. S. 538); deshalb darf Regelsberger jedenfalls nicht als Gegner der Windscheid-Menzel'schen Meinung bezeichnet werden. Vgl. auch Gürgens, die Singularsuccession in die Schuld, Iherings Jahrb. Bd 8 S. 242 f.

³⁵⁾ Dernburg, Pand. 6. Aufl. Bd 2 S. 147; v. Blume in Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 39 S. 426 f.

³⁶⁾ So Stammel, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897 S. 207. Aehnlich Hellwig a. a. O. S. 199; dieser Schrift-

fasst merkwürdigerweise auch Stobbe die Schuldübernahme überhaupt nur kumulativ auf; er lässt also regelmässig den alten Schuldner auch dann noch haften, wenn der Gläubiger den Uebernehmer als Schuldner angenommen hat.³⁷⁾ M. E. weist schon der Ausdruck „Schuldübernahme“ auf einen Schuldnerwechsel hin und es dürfte die oppositionelle Auffassung wohl auf die Schwierigkeit zurück zu führen sein, welche sich der Annahme einer wirklichen (privativen) Succession ohne Intervention des Gläubigers entgegen stellte. Weil man einerseits einsah, dass ohne den Willen des Gläubigers die Substituierung eines neuen Schuldners nicht möglich sei, während die Uebernahme andererseits regelmässig ohne Mitwirkung des Gläubigers vereinbart wird, suchte man durch die Vermutung für eine kumulative Uebernahme, bei welcher die Gläubigerrolle weniger wichtig zu sein schien, aus dem Dilemma heraus zu kommen. Natürlich kümmert sich aber der lebendige Verkehr nicht im geringsten um juristische Konstruktionsschwierigkeiten. Wer einem andern eine Schuld überbindet, der thut es, dafür ist 100 gegen 1 zu wetten, um die Schuld los zu bekommen. So lange wir aber die Schuldübernahme als einen zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Vertrag ansehen, ist allemal die Uebernahme das Korrelat einer Schuldüberweisung. Als Entgelt für die Uebernahme seiner Schuld streicht der Verkäufer seine Kauf-

steller fasst die kumulative Schuldübernahme als „accessorische Succession“ auf; das ist meines Erachtens eine nicht wohl haltbare Konstruktion; accedere und succeedere sind doch wohl gegensätzliche Begriffe. Bei der Succession tritt der Successor immer an die Stelle des Auktors, nicht neben denselben. Wo die Sch.-Ue. mit der Veräußerung des ganzen Vermögens oder einer Vermögensquote verbunden wird, will auch Ehrenzweig (die sogen. zweigliedrigen Verträge, Wien 1895, S. 131 f.) im Zweifel kumulative Uebernahme angenommen wissen. (Vgl. über diesen Gedanken unten bei der Behandlung der sogen. notwendigen Schuldübertragung.) Der kumulativen Uebernahme stellt Ehrenzweig nicht die privative, sondern die alternative Schuldübernahme gegenüber, bei welcher die vollkommene oder unvollkommene Befreiung des ursprünglichen Schuldners vom Willen (Wahlrecht) des Gläubigers abhängt.

³⁷⁾ Handbuch III. 3 Aufl. S. 278 (= S. 222 der 2. Aufl.).

preisforderung oder einen Teil derselben in der Erwartung, dafür dann auch wirklich von der überwiesenen Schuld befreit zu werden. Es werden also schon besondere Umstände vorliegen müssen, damit von einer Absicht, die Schuld kumulativ zu übernehmen, die Rede sein könne. Das gilt, wohlverstanden, alles nur für die vertragliche Schuldübernahme. Dass und warum bei der notwendigen oder gesetzlichen Schuldübertragung eine kumulative Haftung eintritt, soll später erörtert werden.

Für alle diejenigen, welche den privativen Charakter des Schuldübernahmegeschäftes anerkannten, die Konstruktion der Verträge zu Gunsten Dritter³⁸⁾ aber verworfen, musste es klar sein, dass die auf Uebertragung der Schuld gerichtete Absicht der Uebernahmeparteien ohne die Mitwirkung des Gläubigers niemals zu verwirklichen ist. Wenn auch die Uebertragung der Schuld als Gegenstück der Uebertragung der Forderung bezeichnet werden kann und wenn auch hinsichtlich ihrer theoretischen Möglichkeit beide Veränderungen der Obligationssubjekte auf die gleiche Linie zu stellen sind, so scheitert die Parallelisierung der Schuldübernahme mit der Cession eben daran, dass wie Bruns sagt, Forderung und Schuld als Recht und Pflicht in direktem Gegensatz zu einander stehen. „Recht aber ist Möglichkeit, Pflicht Notwendigkeit. Ueber die Möglichkeit ist man Herr, von der Notwendigkeit wird man selber beherrscht.“³⁹⁾ Das ist so einleuchtend, dass Bähr zur Abwehr gegen die Delbrück'sche Theorie kaum nötig gehabt hätte, den gleichen Gedanken in das von ihm selber als trivial bezeichnete Bild zu kleiden:⁴⁰⁾ „einen Haufen kann ich von einer Stelle zur andern schieben,

³⁸⁾ Mit Recht weist Coviello in seiner bedeutenden Abhandlung über die Schuldübernahme (welche Arbeit von der deutschen Wissenschaft mehr Beachtung verdient hätte, als nur vereinzelt und zum Teil unvollständig bibliographisch registriert zu werden) darauf hin, dass diese Konstruktion den privativen und den Successions-Charakter der Schuldübernahme gar nicht zu erklären im Stande sei. (Della successione ne' debiti a titolo particolare, Archivio giuridico Bd 57 S. 354.)

³⁹⁾ Das heut. röm. Recht § 65 (in Holtzendorffs Encyclop.)

⁴⁰⁾ Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 6 S. 172 Note 34.

ein Loch aber kann ich nicht verschieben, sondern ich kann nur daneben ein neues graben und das gewonnene Material zur Ausfüllung des ersten benutzen.“ Während der Gläubiger seine Forderung regelmässig ohne, ja gegen den Willen des Schuldners abtreten darf, kann der Schuldner seine Schuld schon wegen des in der letztern liegenden Pflichtbegriffes nicht ohne die Zustimmung oder Genehmigung des Gläubigers von sich auf andere Schultern wälzen; man braucht daher gar nicht darauf abzustellen, dass der Schuldner die ökonomische Position des Gläubigers mit Rücksicht auf die Realisierbarkeit der Forderung in unzulässiger Weise beeinflussen würde, was von verschiedenen Seiten als der einzige Hindernungsgrund der eigenmächtigen Schuldübertragung bezeichnet wurde (Windscheid, Gürgens u. A.).

Die Notwendigkeit der Zustimmung des Gläubigers zum Schuldnerwechsel konnte nun zu verschiedenen Konstruktionen führen:

1. Die Zustimmung wird als die Genehmigung der zwischen Schuldner und Uebernehmer vereinbarten Schuldübertragung betrachtet, in der Meinung, dass damit der Gläubiger nicht einen Vertrag abschliesse, die Genehmigung vielmehr als einseitiger Rechtsakt behandelt werde.
2. Der Gläubiger tritt mittelst seiner Zustimmung als Kontrahent dem Schuldübernahmevertrage bei, und das kann so aufgefasst werden, dass damit
 - a) ein dreiseitiger Vertrag abgeschlossen oder dass
 - b) ein zweiseitiger Vertrag begründet wird, bei welchem Schuldner und Uebernehmer zusammen die eine Partei, der Gläubiger die andere darstellen.
3. Die Zustimmung erfolgt durch Vertragschluss zwischen Gläubiger und Uebernehmer (moderne Expromission).

Vor allem aber ergab sich die Notwendigkeit, zwei Stadien des Schuldübernahmegeschäftes scharf von einander zu unterscheiden, nämlich das Stadium vor der Zustimmung des Gläubigers von dem nachherigen. Für diejenigen, welche in der Schuldübernahme nur den Eintritt eines neuen, zweiten Schuldners unter Forthaftung des alten erblickten, hatte die

Unterscheidung allerdings keinen grossen Wert, da in diesem Falle die Zustimmung des Gläubigers eine Veränderung der Rechte der Uebernahmeparteien nicht bewirkt.

Was nun zunächst das vor der Genehmigung des Gläubigers liegende Stadium betrifft, so herrschte darüber nie Streit, dass der zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossene Uebernahmevertrag unter diesen beiden Kontrahenten bestimmte Rechte und Verbindlichkeiten erzeuge.⁴¹⁾ Nach Delbrück musste sich die (kumulativ gedachte) Schuldübernahme in diesem Stadium selbstverständlich erschöpfen, da der Gläubiger bei ihr überhaupt nicht mitzuwirken hat. Mit der erklärten Uebernahme hat der Uebernehmer hier seine Vertragspflicht erfüllt (daher der Satz „Uebernahme ist Zahlung“), er wird lediglich regresspflichtig, wenn der Gläubiger sich trotz der Uebernahme an den alten Schuldner hält. v. Salpius⁴²⁾ bezeichnet das Rechtsverhältnis als *pactum de succedendo* und verleiht dem Schuldner einen Anspruch auf die Vollziehung der Succession (d. h., wie er selbst erklärend beifügt, auf seine Befreiung) gegen den Uebernehmer. Ebenso lässt Gürgens⁴³⁾ den Uebernehmer verpflichtet sein, die Zustimmung des Gläubigers zwecks Herbeiführung der Succession in die Schuld bei Vermeidung des Schadenersatzes zu erbringen. Nach Bähr⁴⁴⁾ aber ist der Uebernehmer (im Zweifel) nur gehalten, die Schuld nach Massgabe der für diese bestehenden Zahlungsbedingungen zu bezahlen. Weil die Kontrahenten wissen müssen, dass sie den Gläubiger zur Annahme eines neuen Schuldners an Stelle des alten nicht zwingen können, hält Bähr dafür, dass jede Schuldübernahme „zunächst“ nur auf dieses praktisch Erreichbare gerichtet sei. Nach ihm bleiben auch unzählige Verhältnisse der Schuldübernahme bis zu ihrer Erledigung durch Zahlung in diesem primitiven Stadium bestehen.

⁴¹⁾ und zwar auch dann, wenn die Schuldübernahme von Anfang an auf eine Wirkung gegenüber dem Gläubiger abzielt.

⁴²⁾ Novation und Delegation, S. 511 f.

⁴³⁾ Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 8 S. 295.

⁴⁴⁾ Arch. f. civ. Pr. Bd 67 S. 180.

Nachdem Regelsberger⁴⁵⁾ die letztere Uebernahmeart aus dem Gebiete der Schuldübernahme verbannt und dafür die terminologische Bezeichnung „Erfüllungsübernahme“ eingeführt, ist er insofern der Ansicht Bährs gefolgt, als er für die Fälle, da die Intention der Parteien sich nicht ohne weiteres aus ihren Erklärungen ergiebt, eine Vermutung für die Erfüllungsübernahme gegenüber der Schuldübernahme im engern Sinne aufstellte. Für die gleiche Vermutung hatte früher schon Windscheid plädiert.⁴⁶⁾ Der Unterschied zwischen Erfüllungs- und Schuldübernahme soll also darin liegen, dass bei der erstern der Uebernehmer sich nur dem Schuldner gegenüber (zur Erfüllung seines Versprechens) binden will, während bei der letztern der Wille des Uebernehmers auf eine Haftung auch gegenüber dem Gläubiger gerichtet sein muss. So haben den Unterschied auch Unger,⁴⁷⁾ Danz,⁴⁸⁾ Menzel⁴⁹⁾ u. A. aufgefasst, während es Gareis⁵⁰⁾ mehr darauf ankommen lassen will, ob die Parteien ein Klagerrecht zu Gunsten des Gläubigers zu begründen beabsichtigen oder nicht: ersternfalls soll Schuldübernahme, sonst Zahlungsübernahme vorliegen. Hasenöhr⁵¹⁾ versteht unter der letztern einfach die kumulative Schuldübernahme. Nach der zuerst erwähnten Auffassung der Erfüllungsübernahme, wonach der Promittent nicht die Schuld, sondern

⁴⁵⁾ Endemanns Handb. des H. R. II. S. 532.; Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 39 S. 464.

⁴⁶⁾ Actio, S. 211. In gleichem Sinne Stammel, a. a. O. S. 211. — Gegen diese Vermutung: L. Seuffert, a. a. O. S. 49.

⁴⁷⁾ Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 10 S. 87 ff. (In der Regel erwächst nach Unger dem Gläubiger aus der Zahlungsübernahme kein Klagerrecht; das könnte aber unter besondern Umständen der Fall sein; dann liege ein mandatum præsumptum agendi des Schuldners an den Gläubiger vor.) Vgl. ferner Unger, Schuldübernahme, Wien 1889 S. 7 u. 14. Hier (S. 14 zu Note 60) spricht U. sich auch für die Præsumption der Erfüllungsübernahme aus.

⁴⁸⁾ Forderungsüberweisung etc., S. 124 Note 1.

⁴⁹⁾ Grünhut's Zeitschr. Bd 11 S. 656.

⁵⁰⁾ Vertr. z. G. Dr. S. 289. Gareis sagt „Zahlungsübernahme;“ besser ist die Regelsberger'sche Bezeichnung.

⁵¹⁾ Das österr. Obligationenrecht II. Bd (1890) S. 229 f.; 247. Ihm schloss sich Gömöry an, a. a. O. S. 108, 109 Note 6.

bloss deren Tilgung übernimmt, ist der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber blosser Mandatar des Schuldners; zahlt er dem Gläubiger, so tilgt er wohl dem Zahlungsüberweiser, nicht aber dem Gläubiger gegenüber eine eigene Schuld;⁵²⁾ dabei wird er zwar in der Regel in eigenem Namen auftreten,⁵³⁾ da er eine Vollmacht zur Tilgung der Schuld nicht nötig hat; das steht aber selbstverständlich mit seiner Eigenschaft als Mandatar nicht im Widerspruch. Von dem oben (zu Note 30) erwähnten Vertrage zu Gunsten eines Dritten unterscheidet sich die Erfüllungsübernahme wesentlich, indem bei letzterer der Uebernehmer die (ihm fremde) Schuld nach Massgabe ihrer konkreten Gestalt zu tilgen hat, während er im ersten Falle die von ihm aus dem materiellen Rechtsverhältnisse zum Schuldner geschuldete Leistung bewirkt.⁵⁴⁾ Gehört es zum Wesen der Erfüllungsübernahme, dass der Uebernehmer sich nur dem Schuldner, nicht aber dem Gläubiger gegenüber verpflichten will, so ist es wohl nur konsequent, dem Letztern jedes Klagerecht aus der Erfüllungsübernahme abzusprechen. Hellwig kommt in der That zu diesem Resultate (a. a. O.), indem er davon ausgeht, dass die Verpflichtung des Erfüllungsübernehmers auf die Befreiung des Schuldners gehe, und sodann darauf hinweist, dass der Gläubiger gegen den Uebernehmer unmöglich auf Befreiung des Schuldners klagen könne, da sein Anspruch auf eigene Befriedigung gehe, und dass umgekehrt der Schuldner vom Uebernehmer nur Befreiung, nicht Zahlung⁵⁵⁾ verlangen könne,

⁵²⁾ Vgl. Menzel, a. a. O. S. 656.

⁵³⁾ Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 191.

⁵⁴⁾ Vgl. Hellwig, a. a. O. S. 191 ff. Bei dem in Note 30 angeführten Beispiel zahlt der Uebernehmer den von ihm geschuldeten Kaufpreis; bei der Erfüllungsübernahme zahlt er eine Darlehensschuld, wenn die Schuld des B gegenüber C aus Darlehen herrührt. Die theoretischen wie die praktischen Konsequenzen der beiden verschiedenen Arten gehen weit auseinander. Ist z. B. der Kaufvertrag Zug um Zug zu erfüllen, so hat der Käufer den Kaufpreis sofort an den C abzuführen, auch wenn des Letztern Darlehensforderung noch nicht fällig ist. Bei der Erfüllungsübernahme hat A erst an den C zu leisten, wenn die Darlehensschuld fällig ist.

⁵⁵⁾ Das ist gewiss richtig; wenn die Erfüllung lediglich um der Befreiung des Schuldners willen übernommen wird, muss es dem Uebernehmer

so dass ein Klagerecht nach den über die Verträge zu Gunsten Dritter geltenden Grundsätzen nicht zu begründen sei. Dieser Ansicht ist nun auch Kipp⁵⁶⁾ beigetreten.

Ueber das Verhältnis der Erfüllungs- zur Schuldübernahme haben in letzter Zeit Regelsberger und v. Blume einen lebhaften Streit mit einander geführt. v. Blume⁵⁷⁾ spricht der Erfüllungsübernahme die Existenzberechtigung rundweg ab, indem er behauptet, dass die zwischen Schuldner und Uebernehmer vereinbarte Schuldübernahme stets auf nichts anderes als auf Befreiung des Schuldners gerichtet sei und nach Parteiabsicht nur interne Wirkung habe, da es für den Schuldner gleichgültig sein müsse, ob der Uebernehmer die Befreiung durch Erfüllung oder durch Eintritt in die Schuld (an seine Stelle) herbeiföhre. Mit Bähr⁵⁸⁾ leugnet er, dass es möglich sei, zu erkennen, ob die Parteien den Eintritt des Uebernehmers in die Schuld bezweckt haben oder nicht. Das, was Regelsberger also Erfüllungsübernahme nennt, ist nach v. Blume als „interne Schuldübernahme“ aufzufassen, die zur „externen“ Uebernahme führen kann, wenn der Uebernehmer oder der Schuldner (als Bevollmächtigter des Uebernehmers) dem Gläubiger den Schuldnerwechsel mit Erfolg anbietet. Dagegen sieht Regelsberger⁵⁹⁾ in der Blume'schen Bezeichnung eine Verschlimmbesserung, weil juristisch mit Schuldübernahme stets die Vorstellung verbunden sei, dass der Uebernehmer zum Gläubiger in ein Haftverhältnis trete. Wo aber ein Rechtsgeschäft mit dem Inhalte der Erfüllungsübernahme geschlossen werde, — und das sei doch nicht so verzweifelt schwer zu erkennen — da liege

frei stehen, die Art und Weise der Liberierung zu bestimmen. Dass diese auch anders als durch Zahlung bewirkt werden kann (durch Erlassvertrag, Kompensation, Expromission etc.), ist klar.

⁵⁶⁾ In Windscheid's Pand. 8. Aufl. Bd 2 S. 375 Ziff. 4.

⁵⁷⁾ Novation etc. S. 91 ff.; S. 94: „Der Urschuldner will frei werden, weiter nichts.“ Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 39 S. 403 ff.; Bd 40 S. 111. („Das Vorkommen der Erfüllungsübernahme leugne ich.“)

⁵⁸⁾ Krit. Vierteljahrsschrift, Bd 30 S. 366; Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 8 S. 295.

⁵⁹⁾ Iherings Jahrb. f. Dogm., Bd 39 S. 464 ff.

den Parteien jede Heranziehung des Gläubigers fern. Als Beispiel einer Erfüllungsübernahme führt er den Studentenfall an, da der Onkel seinem in Not geratenen Neffen erklärt: „Ich will deine Schulden bezahlen, aber für die Zukunft hast du von mir eine Hilfe nicht mehr zu erwarten.“ Hier liege der Unterschied zur Schuldübernahme klar zu Tage, da die Absicht des Onkels jedenfalls nicht dahin gehe, sich auch den Gläubigern gegenüber als deren Schuldner zu verpflichten. Gleich wie v. Blume fasst Hellwig⁶⁰⁾ die Erfüllungsübernahme als das typische Uebernahmeverhältnis des ersten Stadiums auf, ohne dass er indessen an der Bezeichnung Anstoss nimmt. Schuldübernahme und Erfüllungsübernahme sind ihm keine entgegengesetzten Begriffe. „Schuldübernahme — im Sinne der zwischen Urschuldner und Uebernehmer getroffenen Vereinbarung — ist nichts anderes als die Erfüllungsübernahme. Das besondere ist nur, dass, wenn jener Ausdruck von den Parteien gebraucht wurde, der Urschuldner ermächtigt sein kann, die Schuldübernahme im Sinne der Schuldsuccession herbeizuführen. (Diese Besonderheit stützt sich auf das positive deutsche Recht [§ 415 B. G. B.].) Ehrenzweig⁶¹⁾ gelangt im Grunde genommen zum gleichen Resultate, obschon er die beiden Uebernahmearten als „ganz disparate“ Geschäfte bezeichnet. Er sieht das interne Verhältnis zwischen Schuldner und Uebernehmer als Erfüllungsübernahme an, durch welche der Uebernehmer regelmässig nur verpflichtet wird, den Schuldner „klag- und schadlos“ zu halten, d. h. (durch rechtzeitige Zahlung oder in anderer Weise) dafür zu sorgen, dass der Schuldner nicht belangt werde, und, wenn dies gleichwohl geschehen wäre, ihn durch Ersatzleistung vor Schaden zu bewahren.

Was v. Blume und Ehrenzweig interne Uebernahme nennen, das ist nichts anderes als der Schuldübernahmevertrag im Stadium vor der Zustimmung des Gläubigers; so sieht es auch Hellwig an. Ob der Begriff der Erfüllungs-

⁶⁰⁾ a. a. O. S. 200.

⁶¹⁾ a. a. O. S. 127 ff.

übernahme auf diesen Vertrag sich anwenden lasse oder nicht, hängt m. E. davon ab, ob man die Erfüllungsübernahme auf diejenigen Fälle beschränken will, in welchen nach der Absicht der Uebernahmeparteien oder wenigstens des Uebernehmers ein Schuldnerwechsel nicht stattfinden soll, oder ob jener Begriff, wie Hellwig und v. Blume wollen, alle Geschäfte zu umfassen hat, bei denen der Uebernehmer die Befreiung des Schuldners verspricht, wo die Befreiung also auch dadurch herbeigeführt werden kann, dass der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber die Schuld selbst privativ übernimmt.⁶²⁾ Zweifellos hat Regelsberger seine Bezeichnung nur für die erste, engere Kategorie von Verträgen bestimmt. v. Blume geht entschieden zu weit, wenn er das Vorkommen solcher Verträge leugnet. Auf der andern Seite ist ihm, wie auch Bähr und Hellwig, zuzugeben, dass in vielen Fällen, in welchen wir von Schuldübernahme sprechen, die Parteien in der That nichts anderes wollen, als dass der Schuldner auf irgend eine Weise durch den Uebernehmer von seiner Schuld befreit werde; besser würde man hier mit Cosack⁶³⁾ von „Schuldbefreiungsverträgen“ reden, um keine Verwechslung mit der Regelsberger'schen Terminologie aufkommen zu lassen. Dagegen giebt es gewiss auch Fälle, bei welchen die Interessen des Schuldners, des Uebernehmers oder beider Teile von Anfang an darin gipfeln, dass prinzipiell der Schuldnerwechsel vollzogen werde: Der Uebernehmer verspricht, bei Geneigtheit des Gläubigers auf erstes Verlangen des Schuldners in die Schuld zu succedieren. Sowohl der Schuldbefreiungsvertrag wie auch dieser Uebernahmever-

⁶²⁾ Gareis fasst die „Zahlungsübernahme“ als Unterart der Schuldübernahme auf (a. a. O. S. 289). Sicher ist, dass im täglichen Verkehre von Schuldübernahme auch da gesprochen wird, wo nach Regelsberger eine Erfüllungsübernahme vorliegt. Die Absicht: „ich will deine Schuld zahlen“ wird häufig genug mit den Worten ausgedrückt: „ich übernehme deine Schuld.“

⁶³⁾ Lehrbuch des Handelsrechtes, 4. Aufl. § 14 III. 3. a. S. 70; Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes, I. Bd. 3. Aufl. § 116, 7 a. S. 386. — „Erfüllung“ bedeutet Tilgung der Obligation durch Leistung, ist also der engere Begriff als „Befreiung,“ die auch durch andere Mittel bewirkt werden kann.

trag haben privativen Charakter; den letztern könnte man als translative⁶⁴⁾ Uebernahme im technischen Sinne bezeichnen.

Der Inhalt des privativen Schuldübernahmegeschäftes (im ersten Stadium) geht also stets auf Befreiung des Schuldners; die Verpflichtung des Uebernehmers kann aber zwei verschiedene Gestalten annehmen:

a) Der Uebernehmer verspricht, den Schuldner zu befreien, d. h. dafür zu sorgen, dass der Schuldner vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird; dann hat er nötigenfalls also rechtzeitig Zahlung an den Gläubiger zu leisten oder zu deponieren, wenn er auf andere Weise die Befreiung des Schuldners nicht zu erzielen vermag⁶⁵⁾: Schuldbefreiungsvertrag.

b) Wird translative Uebernahme vereinbart, so ist der Uebernehmer verpflichtet, Hand zum Vollzug der Succession zu reichen für den Fall, als der Gläubiger in den Schuldnerwechsel einwilligt;^{65a)} bei Weigerung des Gläubigers tritt die sub a) erwähnte Verpflichtung ein.

Ob Schuldbefreiungs- oder translativer Schuldübernahmevertrag im gegebenen Falle vorliege, ist Sache der Vertragsauslegung.

Wird im einen oder andern Falle die Zustimmung des Gläubigers eingeholt, so tritt das Uebernahmegeschäft in ein neues Stadium: Der Schuldner wird frei (liberatorische Wirkung) und der Uebernehmer ist an dessen Stelle dem Gläubiger verpflichtet (obligatorische Wirkung); der Gläubiger hat ein Klagerecht gegen den Uebernehmer erworben. Bei

⁶⁴⁾ Vgl. Kipp in Iherings Jahrb. f. Dogm., Bd 36 S. 344 f.

⁶⁵⁾ Zu eng fasst Bähr die Verpflichtung auf, wenn er den Uebernehmer nur auf Zahlung haften lässt (siehe Note 44); zu weit geht Gürgens (siehe Note 43), der dem Schuldner eine Klage auf Vollzug der Succession im Sinne der Verschaffung der Zustimmung des Gläubigers geben will. Beide Kontrahenten wissen ja, dass diese Zustimmung nicht erzwungen werden kann.

^{65a)} also auch dann, wenn der Schuldner, welcher seinerseits erfüllt hat, dem Gläubiger den Schuldnerwechsel offeriert. So auch Coviello, Arch. giur. Bd 57 S. 384.

der cumulativen Uebernahme tritt selbstredend nur die obligatorische Wirkung ein.

Nach diesen Erörterungen soll nun noch kurz auf die oben (S. 317) angedeuteten Konstruktionen eingetreten werden, welche die Bedeutung der Zustimmung des Gläubigers zum Ausgangspunkte genommen haben.

Am ältesten und verbreitetsten ist die sogen. Verfügungstheorie. Nach ihr liegt der Schwerpunkt des ganzen Uebernahmegeschäftes in dem zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Uebernahmevertrage (was wir als erstes Stadium bezeichneten). Die Succession in die Schuld liegt in diesem Vertrage; sie ist nur bedingt durch die als einseitiger Akt zu betrachtende Genehmigung des Gläubigers. Tritt diese Bedingung ein, dann gilt der Schuldnerwechsel als mit dem Abschluss des (internen) Uebernahmevertrages vollzogen. Gürgens,⁶⁶⁾ welcher als Urheber dieser Theorie anzusehen ist, argumentiert so: Die Uebertragung des obligatorischen Verhältnisses des Schuldners auf einen Andern enthält eine Rechtsveränderung für den Gläubiger; es ist aber eine einfache Konsequenz des Rechtsbegriffes, dass, wo jemand in seinen Rechtsverhältnissen eine Änderung vornehmen will, die zugleich in das Rechtsgebiet eines Andern eingreift, dieselbe nicht ohne Zustimmung dieses Andern statthaben kann. Noch deutlicher spricht sich Windscheid⁶⁷⁾ aus, welcher in seinen Pandekten die Verfügungstheorie als die einfachste und natürlichste Konstruktion erklärt. Er sagt: „Das Verhältnis ist das gleiche, wie bei der Veräußerung einer fremden Sache, oder, was hier noch näher liegt, einer fremden Forderung. Die Veräußerung ist ungültig ohne Zustimmung des Berechtigten, wird aber gültig durch dessen hinterher erteilte Genehmigung.“ Als Hauptvertreter dieser Richtung sind noch zu nennen: Unger,⁶⁸⁾ Regelsberger,⁶⁹⁾

⁶⁶⁾ Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 8 S. 271.

⁶⁷⁾ Pandekten II. Bd § 336 Note 6.

⁶⁸⁾ Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd 10 S. 90; Schuldübernahme, Note 38.

⁶⁹⁾ Bayr. Hypothekenrecht 2. Abt. S. 456 f.: „Hierin,“ scil. im Uebernahmevertrage, „liegt der beabsichtigte Eingriff in eine fremde Ver-

Brun's⁷⁰⁾ und Beseler,⁷¹⁾ Welch' letzterer für die Genehmigung den Ausdruck Agnition verwendet, was aber nichts anderes als eben die Anerkennung des neuen Schuldners (ohne Vertrag) bedeutet. In dem translativen Uebernahmevertrage liegt nach allen diesen Schriftstellern eine eventuelle Befreiungsübernahme, welche ihre Wirkungen äussert, wenn ein Schuldnerwechsel nicht zu Stande kommt. Ein Klagerecht gegen den Uebernehmer gewinnt der Gläubiger erst mit seiner Genehmigung, „m. a. W., er hat ein Recht nicht auf die Schuldübernahme (im Sinne des Schuldnerwechsels verstanden), sondern aus der Schuldübernahme.“⁷²⁾ So lange der Gläubiger seine Genehmigung nicht erteilt hat, können Schuldner und Uebernehmer daher den Uebernahmevertrag mutuo dissensu aufheben. Die Genehmigung setzt i. d. R. eine Mitteilung Seitens der Uebernahmeparteien voraus. Diese Konstruktion, welche das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§§ 415 ff.) adoptiert hat⁷³⁾ und die — wenigstens bis zum Erlass dieses Gesetzbuches — als die herrschende anzusehen ist, hat insbesondere in der jüngsten Zeit die heftigste Anfechtung erfahren. Schon Menzel⁷⁴⁾ ging der Genehmigungstheorie scharf zu Leibe. Ein trifftiges Gegenargument dürfte Regelsberger in seiner Widerlegung Menzels⁷⁵⁾ nicht entkräftet haben. Letzterer citiert nämlich den von Regelsberger selber angerufenen Monroy⁷⁶⁾ dafür, dass die Ana-

mögensphäre, dessen Verwirklichung von der Zustimmung des Berechtigten abhängig ist.“ Ferner in Endemanns Handb. des H. R. Bd 2 S. 535; Arch. f. civ. Pr. Bd 67 S. 26 f.; Krit. Vierteljahrsschrift Bd 28 S. 396 f. Iherings Jahrb. Bd 39 S. 472 f. S. 477: „Der Berechtigte hebt durch seine Zustimmung das Hindernis, das sich ohne sie der Einwirkung der fremden Verfügung auf sein Vermögen entgegenstellt.“

⁷⁰⁾ Bei Holtzendorff, a. a. O. § 65.

⁷¹⁾ System 1. Bd 4. Aufl. § 108 S. 474.

⁷²⁾ Unger, Iherings Jahrb. Bd 10 S. 90.

⁷³⁾ Ihr folgen auch Münster und Fluhme, s. oben Note 29.

⁷⁴⁾ Grünhut's Zeitschr. Bd 11 S. 593 ff.; S. 676.

⁷⁵⁾ Krit. V. J. Schr. Bd 28 S. 396 f.

⁷⁶⁾ Vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte, Rostock 1878, bei Menzel, a. a. O. S. 594.

logie mit der Veräusserung einer fremden Forderung nicht zutreffen könne, weil diese „eine Handlung ist, welche die fremde Forderung überhaupt gar nicht trifft, weder der Wirkung, noch dem Gegenstande nach;“ von einem Eingriffe in eine fremde Vermögensphäre sei also bei der Cession einer fremden Forderung nicht die Rede. Wenn Regelsberger dagegen nichts anderes einwendet als, das sei doch noch kein unumstößliches Dogma, mit dem eine Theorie aus dem Feld geschlagen werden könnte, so giebt er damit gewiss die Schwäche seiner Position zu erkennen, denn bei ihm ist man sonst an schlagendere Beweisführung gewöhnt! In Anlehnung an Monroy und Menzel hält denn auch Coviello⁷⁷⁾ an der Unrichtigkeit der Genehmigungstheorie fest, indem er sagt, der Schuldner, welcher ohne Zustimmung des Gläubigers die Schuld einem Andern überbinde, wolle ein Recht ausüben, das ihm gar nicht zustehe; weil er sich aber nicht selber zu befreien vermöge, so sei diese seine Absicht unschädlich, denn sie könne keinerlei Wirkungen erzeugen: als ein Eingriff in eine fremde Vermögensphäre sei sie daher nicht zu betrachten und daher entfalle auch die Anwendbarkeit des Begriffes der Genehmigung. Auch v. Blume⁷⁸⁾ setzt bei diesem Begriffe ein und erklärt es als zum Wesen der Genehmigung gehörend, dass der Berechtigte nicht nur das Hindernis für den Erwerb des Dritten hinwegräumen (siehe oben Note 69 am Ende), sondern sich zum Urheber der Verfügung machen, sich die fremde Verfügung aneignen wolle. Die Schuldübernahme aber enthalte keine Handlung, welche der Gläubiger als eigene gelten lassen könnte. Ueberdies beruhe das Genehmigungsrecht des Gläubigers nach der Verfügungstheorie darauf, dass die Schuldübernahmeparteien unberechtigter Weise über sein Recht verfügt haben; das Genehmigungsrecht werde ihm also nicht durch den Parteiwillen im Schuldübernahmevertrage verliehen, sondern er genehmige kraft seines

⁷⁷⁾ Arch. giurid. Bd 57 S. 348 f. Coviello hält dies für die einzige zutreffende Kritik der Verfügungstheorie.

⁷⁸⁾ Novation etc. S. 115 ff.; Iherings Jahrb. Bd 39 S. 400 ff.; Bd 40 S. 119 ff.

Gläubigerrechtes. Darum sei es auch nicht richtig, wenn Regelsberger es mit der Genehmigungstheorie vereinbar halte, dass die Uebernahmeparteien das Genehmigungsrecht von einer Mitteilung an den Gläubiger und von einer dem letztern angesetzten Frist (vgl. D. B. G. B. § 415 Abs. 1 u. 2) abhängig machen können.⁷⁹⁾ Hellwig⁸⁰⁾ schliesst sich der Kritik v. Blume's ohne Einschränkung an und führt aus, dass die besprochene Auffassung zu Konsequenzen führen müsse, welche unannehmbare seien, weil sie das Rechtsleben geradezu vergewaltigen würden. Auch L. Seuffert⁸¹⁾ hatte sich gegen diese Theorie ausgesprochen, indem er ebenfalls bestritt, dass der Uebernahmevertrag überhaupt in die Rechtssphäre des Gläubigers eingreife. Die Analogie der Veräusserung einer fremden Sache wirft Stammel (allerdings vom Standpunkte des neuen Reichsrechtes aus) unter das alte Eisen.⁸²⁾ Dernburg^{82a)} bezeichnet die Theorie ebenfalls als eine bedenkliche.

Um den Schwierigkeiten, welche die Verfügungstheorie bietet, zu entgehen, haben Andere die Zustimmung des Gläubigers als Beitritt zum Schuldübernahmevertrage ausgelegt. Ihnen ist der Wille des Gläubigers so wesentlich, dass sie die Schuldsuccession auch nicht bedingt in das zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossene Uebernahmegeschäft verlegen wollen, sondern verlangen, dass der

⁷⁹⁾ Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 120 f.

⁸⁰⁾ a. a. O. S. 167 Note 334. S. 169 Note 336 stellt Hellwig die omniöse Frage: „Wer eigentlich der Verfügende sei (der Uebernehmer, indem er sagt, ich will jetzt Schuldner sein, oder der Schuldner, indem er sagt, ich will nicht mehr Schuldner sein, oder beide?), auf diese Frage wäre eine Antwort dringend wünschenswert.“ Die Antwort ist bald gegeben: Nach der Verfügungstheorie disponiert zweifelsohne der Schuldner, der das Band, das ihn an den Willen des Gläubigers knüpft, auf einen Andern übertragen will. Der Uebernehmer hat keinerlei Berührungs punkte mit dem Gläubiger; daher kann er auch über nichts verfügen.

⁸¹⁾ a. a. O. S. 45/46. „Genehmigt können Geschäfte werden, welche subjektiv oder objektiv in die Rechtssphäre des Genehmigenden eingreifen.“

⁸²⁾ a. a. O. S. 209.

^{82a)} Das bürg. Recht des deutschen Reichs u. Preussens, 2. Bd. § 156 Note 3.

Gläubiger als Kontrahent an jenem Geschäfte teilnehme, damit der Schuldnerwechsel sich vollziehen könne.

So fassen Gareis, Simon, Menzel und Kipp die translative Schuldübernahme als dreiseitigen Vertrag auf, in dem Sinne, dass die Uebertragung der Schuld (in ihrer liberatorischen und obligatorischen Funktion) erst mit dem erklärten Konsens des Gläubigers sich vollziehe. Das zweiseitige Geschäft zwischen Schuldner und Uebernehmer ist für sie zwar nicht etwa wirkungslos, vielmehr lassen sie dasselbe mit Modifikationen als Schuldbefreiungsvertrag gelten. Das Zustandekommen des dreiseitigen Successionsvertrages denken sich die genannten Vertreter dieser Theorie ungleich.

Simon⁸³⁾ betrachtet den Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer als Vorvertrag, welcher seinem Inhalte nach eine Kollektivofferte an den Gläubiger sei; dabei gelten die beiden Paciscenten derart als gegenseitig zur Stellvertretung ermächtigt, dass die Mitteilung der Kollektivofferte an den Gläubiger mit voller Wirkung sowohl von dem einen als auch von dem andern geschehen könne. Die gegenseitige Stellvertretung gehe aus der Natur des Uebernahmevertrages hervor, welcher illusorisch würde, wenn die Mitteilung nur gemeinschaftlich erfolgen könnte, indem dann (bei Renitenz eines Teiles) ein einseitiges Rücktrittsrecht jedes Einzelnen bestehen würde. Mit der Annahme der Kollektivofferte seitens des Gläubigers werde der Uebernahmevertrag perfekt.

Gareis,⁸⁴⁾ welcher die Natur der Kollektivofferte einer einlässlichen Untersuchung unterwirft, unterscheidet die Fälle, bei denen schon der Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer eine bindende Offerte erzeugt, von denjenigen, wo die Kollektivofferenten durch mutuus dissensus vor der Acceptation zurücktreten können.

Menzel⁸⁵⁾ schreibt dem Uebernahmevertrage eine doppelte Funktion zu; „er ist einerseits Kollektivofferte im Verhält-

⁸³⁾ Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden, in Goldschmidt's Zeitschrift Bd 24 S. 102 f.

⁸⁴⁾ Vertr. z. G. Dr. S. 272 f.; vgl. S. 44 ff.; 72 ff.; 85.

⁸⁵⁾ Grünhut's Zeitschr. Bd 11 S. 161, 666 ff.

nisse zum Gläubiger, andererseits ein selbständiger Vertrag.⁸⁴⁾ Diese zweite Funktion soll indessen erst dann zur Geltung kommen, wenn die erste erloschen ist, d. h. die in der Uebernahme liegende Kollektivofferte nicht acceptiert wurde; der Uebernehmer ist alsdann zur rechtzeitigen Zahlung der Schuld verbunden. Darin unterscheidet sich die Menzel'sche Ansicht wesentlich von derjenigen Simon's, welcher den Uebernehmer schon im ersten Stadium zur Schadloshaltung des Schuldners verpflichtet sein lässt. Einen Fortschritt bedeutet die Menzel'sche Auffassung insofern, als Menzel einsieht, dass der Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer nicht schon an und für sich eine Kollektivofferte ist, sondern dass er zu einer solchen erst wird durch die Notifikation an den Gläubiger. Die abfällige Kritik v. Blume's,⁸⁵⁾ der sich einfach dagegen wendet, dass der Vertrag eine Kollektivofferte bedeuten solle, ist daher Menzel gegenüber kaum am Platze.

Am richtigsten ist die Angebotstheorie bei Kipp⁸⁶⁾ vertreten. Er findet in der Vereinbarung der translativen Schuldübernahme nichts anderes, als „den schlichten Sinn, dass dem Gläubiger angeboten werden solle, Gläubigerrechte gegen den Uebernehmer für diejenigen gegen den alten Schuldner einzutauschen.“ Nicht der Vertrag an und für sich schon ist nach Kipp die Offerte an den Gläubiger, sondern nach Vertrag soll erst offeriert werden. Der Gläubiger wird Gläubiger des neuen Schuldners durch Acceptation der wirklich erfolgten Offerte und hört gleichzeitig auf, Gläubiger des Urschuldners zu sein. Die Offerte kann von jedem der Vertragschliessenden mitgeteilt werden; sie ist die Einladung an den Gläubiger, dem Uebernahmevertrag als dritter Kontrahent beizutreten.

Auf Grund seiner Delegationstheorie trifft auch Co-viello⁸⁸⁾ mit der Konstruktion der Kollektivofferte zusammen. Er wendet sich zunächst gegen die Aufstellung

⁸⁶⁾ Novation etc. S. 117.

⁸⁷⁾ Iherings Jahrb. Bd 36 S. 350 ff.; ferner in der Bearbeitung der Windscheid'schen Pandekten 8. Aufl., Bd 2 § 338 Note 6.

⁸⁸⁾ Arch. giurid. Bd 57 S. 360 ff., bes. S. 364 f.

eines dreiseitigen Vertrages mit der Behauptung, dass bei jedem Vertrage nur zwei Parteien vorkommen. Dagegen könne, sagt er, eine und dieselbe Partei von mehreren Personen dargestellt werden, und hiebei sei der Fall denkbar, dass von zwei Personen der nämlichen Parteiseite nicht jede den gleichen Anteil an Pflichten und Rechten habe, wie die andere, sondern dass der einen Person alle Rechte, der andern alle Pflichten der gemeinsam vertretenen Partei zukommen.⁸⁹⁾ Diese Parteispaltung liege bei der (als Delegation gedachten) Schuldübertragung vor, indem Schuldner (Delegant) und Uebernehmer (Delegat) zusammen die eine Partei bilden, innerhalb welcher der erstere alle Rechte (d. h. die Befreiung), der letztere alle Pflichten (die Obligierung gegenüber dem Gläubiger) habe, während der Gläubiger (Delegatar) die zweite Partei darstelle, an welche die erste eine Kollektivofferte richte.

Menzel und Coviello stimmen darin überein, dass sie in der zeitgemässen Fortbildung der römischen Delegation die richtige Grundlage für die moderne Schuldübernahmetheorie finden.

Mit allen bisher erörterten Konstruktionen bricht die Theorie, welche vor Jahren schon v. Salpius⁹⁰⁾ vertreten, in neuerer und neuester Zeit Seuffert, v. Blume und Hellwig mit dem grössten Nachdruck als die einzige richtige proklamieren. Sie gipfelt in dem Satze: Die Succession in die Schuld kann nur durch Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer bewirkt werden. v. Blume,⁹¹⁾ der Hauptträger dieses Gedankens, sagt, nachdem er alle andern Theorien verworfen: „Wenn man darüber einig ist,

⁸⁹⁾ Coviello wendet hier die Ehrenzweig'sche Lehre von der Spaltung der Parteirollen an (vgl. Ehrenzweig a. a. O. S. 21 ff.). Ehrenzweig selber leugnet aber die Möglichkeit von drei — und mehrseitigen („pluralistischen“) Verträgen nicht, ib. S. 105. Wo sind denn bei einer zwischen drei oder mehr Personen geschlossenen Gesellschaft die zwei Parteien zu finden? — Ehrenzweig will weder die Schuldübernahme noch die Erfüllungsübernahme unter den Gesichtspunkt der Parteirollenspaltung gebracht wissen, ib. S. 136.

⁹⁰⁾ Novation u. Delegation S. 448, 507 ff.

⁹¹⁾ Novation etc. S. 118.

dass die Mitwirkung des Gläubigers und des neuen Schuldners zur Durchführung der Sondernachfolge in die Schuld unbedingt erforderlich ist, die Mitwirkung des Urschuldners aber dabei entbehrt werden kann, so ist ein Sondernachfolgevertrag, in welchem dem Urschuldner eine Hauptrolle zugewiesen wird, eine ungesunde Rechtsbildung und muss über Bord geworfen werden.“ Die Versuche, in den Schuldübernahmevertrag eine Passivsuccession des Uebernehmers in die übernommene Schuld hineinzuverlegen und dem Gläubiger aus dem vom Schuldner geschlossenen Uebernahmevertrage eine Klage gegen den Schuldübernehmer zu verschaffen, erklärt er als gescheitert.⁹²⁾

Von einem andern Gesichtspunkte aus hatte Adler⁹³⁾ schon im Jahre 1890 die Versuche, eine richtige Konstruktion für die Schuldübernahme zu finden, samt und sonders verworfen. Er bestritt nämlich, dass die Schuldübernahme überhaupt ein durch seine Wirkungen charakterisiertes Rechtsgeschäft sei, etwa wie die Cession. Es handle sich vielmehr nur um die wissenschaftliche Bezeichnung für einen Komplex von Wirkungen, die sich aus den verschiedensten Rechtsfiguren ergeben können. „Es wurde etwas Unmögliches versucht, etwas nicht Vorhandenes gesucht: die civilistische Formel für die Passivsuccession in Obligationen. Sie existiert nicht, weil diese Succession unter den verschiedensten Formen bewerkstelligt werden kann, die nicht unter eine Vertragskategorie zu subsumieren und denen nur gewisse Wirkungen gemein sind.“ Dagegen hält Adler die Schuldübernahme gleichwohl für einen fruchtbaren Begriff, den wir der nachrömischen Rechtsentwicklung verdanken. „Man kann von einem Prinzipie der Erhaltung der Obligation sprechen,

⁹²⁾ ib. S. 136, 139, 168.

⁹³⁾ Dr. K. Adler, Passivenübergang bei Uebernahme eines Handelsgeschäftes im Archiv f. Bürgerl. Recht Bd 3 S. 1 ff. — An der radikalen Kritik Adlers übt Coviello (Arch. giurid. Bd 57 S. 335 Note 2) nicht minder scharfe Gegenkritik, indem er Adler vorwirft, dass er sich über die verschiedene Natur der Rechtsgeschäfte, welche unter dem Namen der Schuldübernahme verstanden werden, nicht klar geworden sei, und den wirtschaftlichen Zweck des Geschäftes mit dem juristischen verwechsle.

das sich gegenüber dem Novationsprinzip des ältern römischen Rechtes geltend macht. Der Fortschritt des heutigen Rechtes besteht eben darin, dass dem Parteiwillen auf Uebertragung der Schuld „„der Substanz nach““ keine doktrinären Schranken entgegen gestellt werden, dass dieser Wille vielmehr unter den wechselvollsten Formen sich Geltung verschafft, obschon die juristische Konstruktion ihnen nur mit Mühe zu folgen vermag.“⁹⁴⁾ Der positive Vorschlag Adlers soll später zur Sprache gebracht werden. Gegenüber der That-sache, dass die Schuldübernahme ein in der Praxis je und je anerkanntes Institut ist, kann seine rein negative Kritik nicht wohl Stand halten.

Gleichwie v. Blume (und vor ihm Seuffert)⁹⁵⁾ anerkennt Hellwig⁹⁶⁾ als translative Schuldübernahme nur den zwischen Gläubiger und Uebernehmer abgeschlossenen Successionsvertrag, weil der Wille des Gläubigers sowohl hinsichtlich der obligatorischen (Eintritt des neuen Schuldners) als auch der liberatorischen Wirkung (Befreiung des alten Schuldners) so unentbehrlich sei, wie der Verpflichtungswille des Uebernehmers und die Vereinigung dieser beiden Willen, während der Wille und die Mitwirkung des zu befreien Urschuldners völlig überflüssig sei. Hellwig geht so weit, dass er diese Auffassung sogar der doch offenbar auf der Genehmigungstheorie fussenden Schuldübernahme der §§ 415 ff. D. B. G. B. unterschiebt.⁹⁷⁾ Dass nach § 415 l. c. auch der Urschuldner die Mitteilung an den Gläubiger machen kann, erklärt er daraus, dass der Urschuldner eben durch das Gesetz ermächtigt sei, statt des Uebernehmers dem Gläubiger die Offerte zu machen.⁹⁸⁾ Dafür, dass ein Vertretungs-verhältnis vorliege, giebt aber § 415 keinerlei Anhaltspunkte und nach § 416 ist dasselbe geradezu als ausgeschlossen zu

⁹⁴⁾ a. a. O. S. 12 f.

⁹⁵⁾ a. a. O. S. 44 f.

⁹⁶⁾ a. a. O. S. 161.

⁹⁷⁾ Das wird von Kipp missbilligt (Windscheids Pand. 8. Aufl. II. Bd. S. 373).

⁹⁸⁾ a. a. O. S. 162.

betrachten. v. Blume⁹⁹⁾ schien anfänglich die Successionsofferte nur vom Uebernehmer ausgehen lassen zu wollen, hat aber nachher ausdrücklich auch dem Schuldner als Bevollmächtigten des Uebernehmers jene Funktion zuerkannt. Von der gesetzlichen Konstruktion des deutschen Rechtes abgesehen, soll nach Seuffert¹⁰⁰⁾ „ohne alle Fiktion, vielmehr in Uebereinstimmung mit dem Geschäftszwecke und dem Parteiwillen“ die Annahme gestattet sein, dass in dem Uebernahmevertrage eine solche Ermächtigung gelegen sei. Das geht wohl zu weit, denn der Uebernehmer hat jedenfalls vor dem Zeitpunkte, da der Schuldner den materiellen Vertrag (Kauf etc.) erfüllt hat, ein Interesse daran, dass die Succession, die ihn zum Schuldner macht, noch nicht stattfinde. Wohl aber ist je nach den Umständen des Falles die Annahme einer Vollmacht (mit Rücksicht auf das im translativen Uebernahmevertrag liegende pactum de succedendo) denkbar, ohne dass dieselbe ausdrücklich erteilt wird. Ein deus ex machina ist sie also keineswegs, wie Regelsberger¹⁰¹⁾ meint. Der Vorwurf Regelsbergers trifft die einseitige Auffassung v. Blumes, welcher im Schuldübernahmevertrag immer nur eine Befreiungsübernahme sehen will. Wo der Uebernehmer die Wahl haben soll, wie er den Schuldner befreien wolle, kann ihm allerdings der Letztere den Successionsvertrag nicht aufoktroyieren. Ist aber der Parteiwille von Anfang an auf eine externe Wirkung, d. h. auf Begründung eines Haftverhältnisses zum Gläubiger (translative Uebernahme) gerichtet, so müssen die Bedenken Regelsbergers schwinden. Sein „Entweder-oder“¹⁰²⁾ stimmt eben nicht. Neben der Erfüllungsübernahme (im engern Sinne) und der translativen Schuldübernahme kommt auch der Schuldbefreiungsvertrag vor, welcher zunächst nur intern wirkt, jedoch zur externen Uebernahme nach Wahl des Uebernehmers werden kann.

⁹⁹⁾ Novation, S. 110; Iherings Jahrb. Bd 39 S. 416.

¹⁰⁰⁾ a. a. O. S. 44.

¹⁰¹⁾ Iherings Jahrb. Bd 39 S. 482.

¹⁰²⁾ ib. S. 482/83.

Was den Successionsvertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer von allen übrigen Uebernahmekonstruktionen am schärfsten unterscheidet, das ist seine abstrakte Natur. Er hat mit dem zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Vertrage gar nichts zu thun. Das Verhältnis zwischen diesen beiden Partiscenten ist für den Gläubiger ein fremdes. Eine eigene *causa* hat er nicht, denn er erzeugt, wie man zu sagen pflegt, nur die Passivlegitimation des Uebernehmers in Bezug auf das unveränderte Forderungsrecht des Gläubigers.¹⁰³⁾ Der Letztere hat deshalb Einwendungen, die ihm der Uebernehmer aus dem materiellen, der Uebernahme zu Grunde liegenden Verhältnisse zum Schuldner entgegen halten wollte, sich nicht gefallen zu lassen. Zwar haben die Vertreter der früheren Theorien vielfach auch dem zwischen Schuldner und Uebernehmer unter Genehmigung bzw. Beitritt des Gläubigers abgeschlossenen Uebernahmevertrag die abstrakte Natur zugeschrieben,¹⁰⁴⁾ und so wird er im D. B. G. B. behandelt;¹⁰⁵⁾ allein das ist schwer zu begründen. v. Blume macht mit Recht darauf aufmerksam, dass der Schuldübernahmevertrag regelmässig einen integrierenden Bestandteil eines andern Geschäftes zwischen Schuldner und Uebernehmer (z. B. eines Kaufes) bildet und dass er in diesem Geschäfte nicht nur seine materielle *causa* findet, sondern auch formell gar nicht davon los zu lösen ist. „Kommt ein Kauf nicht zu Stande, so kommt auch der Schuldübernahmevertrag nicht zu Stande, der die Entrichtung des Kaufpreises regeln soll, und es hiesse der Wahrheit ins Gesicht schlagen, wenn man behaupten wollte, dass der Uebernehmer den Uebernahmevertrag gelten lassen wolle, ob er

¹⁰³⁾ Vgl. z. B. bei Gürgens, Iherings Jahrb. 8 S. 298; Menzel, a. a. O. S. 598.

¹⁰⁴⁾ Siehe die Citate bei v. Blume, Novation etc., S. 111 Note 1.

¹⁰⁵⁾ Arg. § 417 Abs. 2. Vgl. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, I. Bd 6. Aufl. § 153 Ziff. 3. Die Motive (Bd 2 S. 143) sprechen von einem „dinglichen“ Vertrage, was Unger (Schuldübernahme, Note 32) mit Recht tadelt.

zu Recht gekauft habe oder nicht.“¹⁰⁶⁾ Kipp¹⁰⁷⁾ sieht die Schwierigkeiten ein und versucht, die abstrakte Natur aus einem ganz neuen Grunde zu rechtfertigen. Diesen erblickt er darin, dass der Gläubiger bei der translativen Uebernahme den neuen Schuldner nicht unentgeltlich, sondern gegen das Entgelt der Aufgabe des alten Schuldners empfängt. Damit habe der Gläubiger nämlich die ihm obliegende Gegenleistung gemacht und es entspräche weder der Billigkeit, noch könnte es als die Vertragsabsicht billig denkender Männer angesehen werden, dass der Gläubiger in seinen Rechten gegenüber dem Schuldübernehmer ausserdem noch davon abhängig sein sollte, dass der Schuldner die ihm obliegende Gegenleistung an den Schuldübernehmer bewerkstelligt habe; auch sei nicht anzunehmen, dass der Gläubiger auf solche Bedingungen hin dem Vertrage beitreten wolle. Allgemein sei bei einem dreiseitigen Vertrage zu behaupten, dass jede Partei auf die ihr gebührende Leistung klagen könne, sobald sie die ihr obliegende Leistung beschafft habe, selbst wenn es dem Beklagten an einer von dem dritten Mitkontrahenten zu beschaffenden Leistung fehle. Von vornherein leuchtet ein, dass diese Begründung jedenfalls auf die Genehmigungstheorie nicht passt, denn in der Genehmigung des Uebernahmevertrages kann begrifflich eine Leistung des Gläubigers nicht liegen; vielmehr ist zu sagen, dass der Uebernahmevertrag so genehmigt wird, wie ihn die beiden Uebernahmekontrahenten abgeschlossen haben, regelmässig also als unlösbarer Bestandteil eines andern materiellen Vertrages. Ob aber die eigene Konstruktion Kipps, nach welcher der Gläubiger als dritter Kontrahent dem Uebernahmevertrage beritt, sich mit der abstrakten Natur des letztern vertrage, ist mehr als zweifelhaft. Kipp giebt selbst zu, dass der Gläubiger dem Vertrage nur so beitreten könne, wie er geschlossen wurde; sofern auf die Vertragsabsicht abgestellt werden will, steht

¹⁰⁶⁾ a. a. O. S. 111. Gleicher Ansicht wie v. Blume ist auch Dernburg, Preuss. Privatrecht, 2. Bd (3. Aufl.) § 65 zu Note 16; Pandekten 2. Bd § 53 zu Note 6.

¹⁰⁷⁾ Iherings Jahrb. Bd 36 S. 364 f.

daher der Begründung Kipps der oben erwähnte Umstand entgegen, dass jedenfalls der Uebernehmer sich nicht abstrakt, sondern nur causal verpflichten will. Was aber den Hinweis auf die Dreiseitigkeit des Uebernahmegeschäftes betrifft, so kann in dem Beitritte des Gläubigers doch kaum ein synallagmatisches Rechtsgeschäft erblickt werden, bei welchem die Entlassung des alten Schuldners als eine Leistung des Gläubigers für die Obligierung des neuen Schuldners erschiene; vielmehr ist der Beitritt des Gläubigers nichts anderes als die (von keinerlei Gegenleistungen abhängige) Zustimmung zu dem ihm anerbotenen Schuldnerwechsel (so Kipp selbst, a. a. O. S. 350). Die Liberierung des alten und die Obligierung des neuen Schuldners sind also lediglich die Wirkungen des Beitrittes, welche Schuldner und Uebernehmer mit ihrem Vertrage bezweckt haben.

Wer daher mit v. Blume¹⁰⁸⁾ (und Andern) die Schuldübernahme nur in ihrer abstrakten Gestalt als ein dem Verkehre dienliches Geschäft anerkennen will, der wird sich kaum an eine andere als die zuletzt erörterte Konstruktion halten können; denn der Successionsvertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer ist immer abstrakt,¹⁰⁹⁾ während der Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer regelmässig nur als causales Geschäft vorkommt; die Genehmigung oder der Beitritt des Gläubigers vermögen diesen Charakter nicht zu alterieren, wenn der Gläubiger sich nicht etwas anderes ausbedingt.

b) Die Wirkungen.

An der Schuldübernahme sind drei Parteien beteiligt: der Gläubiger, der Schuldner und der Uebernehmer. Dementsprechend sind von jeher die Wirkungen der Schuldüber-

¹⁰⁸⁾ Novation etc., S. 110: „Es bedarf keines Beweises, dass die Schuldübertragung nur dann Wert für das Rechtsleben hat, wenn sie von ihrer materiellen causa vollständig losgelöst ist . . .“

¹⁰⁹⁾ Selbstverständlich kann der Uebernehmer durch besondere Ueber-einkunft mit dem Gläubiger sich die Einreden aus dem Verhältnisse zum Schuldner vorbehalten. Das ist aber nicht der normale Fall des Successionsvertrages.

nahme in der Weise besprochen worden, dass man die drei daraus resultierenden Rechtsverhältnisse nach ihren Besonderheiten untersuchte.

a) Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Uebernehmer.

Es hat grössere theoretische und praktische Bedeutung als die andern beiden Verhältnisse.

Dass der Gläubiger einen Anspruch, ein Klagerecht gegen den Uebernehmer aus der eigentlichen Schuldübernahme erhalten solle, darüber war seit Delbrück ziemlich alles einig. Nachdem des Letztern sachenrechtliche Theorie verworfen war, wurde zunächst versucht, mit Hülfe der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter dem Bedürfnisse der Praxis zu genügen. Dieser Versuch muss nach den früheren Ausführungen als misslungen bezeichnet werden. Der Anspruch kann sich vielmehr nur darauf stützen, dass der Gläubiger zur Mitwirkung bei dem Uebernahmegeschäfte herbeigezogen wird. In welche verschiedenen Gestalten diese Mitwirkung gekleidet wurde, braucht nicht wiederholt zu werden.

Der Inhalt und der Umfang des Anspruches bestimmt sich zunächst nach dem ausgesprochenen oder stillschweigend vereinbarten Parteiwillen. Accessorien: In der Regel gelten die laufenden, nicht aber die rückständigen und die gesetzlichen Zinsen als mit der Kapitalschuld übernommen. Eine Konventionalstrafstipulation geht ebenfalls auf den Uebernehmer über, sofern dieser von ihrer Existenz Kenntnis hat und überhaupt in das ganze obligatorische Verhältnis eintreten will.¹¹⁰⁾ Bürgschaften und solche Pfandrechte, welche nicht der Schuldner bestellt hat, folgen nach der herrschenden Ansicht der Hauptschuld nicht, weil hinsichtlich deren Bestellung die Individualität des Schuldners für wesentlich bestimmend ge-

¹¹⁰⁾ Gürgens, a. a. O. S. 290 f.; Regelsberger in Endemanns Handb. II, S. 537. Anders Danz (Forderungsüberweisung etc. S. 96 f.), welcher auch die rückständigen und die gesetzlichen Zinsen übergehen lassen will. Vgl. v. Blume, Novation, S. 120 f.

halten wird.¹¹¹⁾ Die Konkursprivilegien, welche dem Gläubiger gegen den Schuldner zustanden, kann er auch im Konkurse des Uebernehmers geltend machen.¹¹²⁾ Einreden: Die der übertragenen Obligation anhaftenden Einreden bleiben bestehen. Das ergiebt sich aus dem Successionscharakter der Schuldübernahme: das alte Schuldverhältnis bleibt unverändert bestehen, nur die Passivlegitimation ändert sich. Dieser überall aufgestellte Satz ist indessen nicht so einfach, wie es den Anschein hat. Es ist auch hier wieder das Verdienst v. Blume's, auf Schwierigkeiten aufmerksam gemacht zu haben, welche die herrschende Lehre grösstenteils übersehen hat. Zwar hatte schon Gürgens¹¹³⁾ einlässliche Untersuchungen über die Fortdauer der Einreden angestellt, im Uebrigen aber wurde allgemein nur der Kompensationsein-

¹¹¹⁾ Gürgens, S. 289 f.; Menzel, a. a. O. S. 679; Danz, S. 97 ff.; Regelsberger a. a. O. S. 537 f.; Windscheid Pand. 2. Bd § 339 zu Note 3. Anders D. B. G. B. § 418, wonach auch die vom Schuldner selbst bestellten Pfandrechte untergehen. v. Blume will Pfandrechte und Bürgschaften übergehen lassen. Nach seinen Ausführungen (Novation etc., S. 129 ff.) verliert der Bürge, der auch für den neuen Schuldner haftet, nichts, weil ihm unter allen Umständen der alte Schuldner regresspflichtig bleibt.

¹¹²⁾ Delbrück, S. 109; Gürgens, S. 302; Danz, S. 100; Windscheid Pand. 2. Bd § 339 Note 2; v. Blume, Novation etc., S. 128. Anders D. B. G. B. § 418 Abs. 2: es geht nicht über; — was v. Blume mit guten Gründen verwirft.

¹¹³⁾ a. a. O. S. 299 ff. Gürgens unterscheidet zwischen denjenigen Einreden, nach welchen die Forderung des Gläubigers überhaupt nicht zur Entstehung gekommen oder später wieder aufgehoben ist, und allen übrigen Einreden. Die erstern stehen dem Uebernehmer immer zu. Von den letztern scheidet er wiederum diejenigen aus, welche sich auf die Beschaffenheit des Forderungsrechtes beziehen und ihren Grund schon in der Entstehung der Forderung haben (exc. doli, metus, SCti Maced. etc.); diese gehen ebenfalls über. Diejenigen Einreden indessen, welche auf einem (vor oder nach der Entstehung der Forderung begründeten) besondern Rechte des Beklagten beruhen (Kompetenz, exc. compensationis, pacti de non petendo, rei judicatae etc.), gehen nur über, wenn sie a) nicht höchst persönlich sind (wie das benefic. competentiae), und b) im Verhältnis zur Schuld accessorischen Charakter haben, also nur mit der bestimmten Schuld und allein für diese bestehen; das seien weitaus die meisten Einreden. Völlig unabhängig dagegen sei die Compensationseinrede von der Schuld, der Uebernehmer könne sie daher aus der Person des Schuldners nicht geltend machen.

rede eine besondere Behandlung zu teil, indem regelmässig hervorgehoben wird, dass diese Einrede nicht vom Schuldner auf den Uebernehmer übergehen könne.¹¹⁴⁾ v. Blume¹¹⁵⁾ bestreitet, dass der Uebergang der Einreden einfach aus der Successionsnatur der Uebernahme sich ableiten lasse, und hält andere Erwägungen für diese Frage für massgebend. Zunächst geht er von der Thon'schen Unterscheidung zwischen rechtsvernichtenden und rechtsverfolgenden Einreden aus. Erstere giebt er dem Uebernehmer ohne Bedenken, weil dieser aus einer Forderung, die nicht da ist, nicht zu leisten braucht. Die rechtsverfolgenden Einreden des Schuldners aber dürfen dem Uebernehmer nicht ohne weiteres eingeräumt werden, weil hier die Gefahr bestehe, dass in des Ersteren Rechte eingegriffen werde. Wo dies Bedenken gerechtfertigt sei, dürfe der Uebernehmer des fremden Rechtes sich nur dann bedienen, wenn eine Ermächtigung durch den Schuldner vorliege, oder wenn der Letztere an der Wahrung seiner Rechte durch den Uebernehmer ein Interesse habe. Wird z. B. der Uebernehmer (wenn er ohne Vertrag mit dem Schuldner eine Schuldübernahme abschliesst) durch seine Intercession regressberechtigt gegenüber dem Schuldner, so will v. Blume dem Uebernehmer gegenüber dem Gläubiger auch die positive Rechte verfolgenden Einreden, insbesondere die Kompen-sationseinrede (ebenso die exc. non adimpl. contr. und die Retentionseinrede) gewähren, weil so die Interessen des Schuldners gewahrt werden. Dieser Fall erscheint immerhin als eine Ausnahme, gegenüber welcher v. Blume die positive Rechte verfolgenden Einreden in der Regel dem Uebernehmer versagt. Die negativen Rechte des Schuldners (wie die exceptio metus, doli specialis), d. h. diejenigen, welche auf die Aufhebung der Obligation zielen (sie gehören nach Thon aber

¹¹⁴⁾ Vgl. Danz, S. 88; Menzel, S. 678; Regelsberger in Endemanns Handb. Bd 2 S. 537; Stobbe, Handb. 2. Bd S. 281; Windscheid (Pand. 2. Bd § 339 zu Note 1) lässt diejenigen Einreden übergehen, welche sich auf die Schuld als solche und nicht auf die bestimmte Schuldnerperson beziehen.

¹¹⁵⁾ a. a. O. S. 121 ff.

ebenfalls zu den rechtsverfolgenden Einreden), dürfen dem Neuschuldner ebenfalls nicht unbedingt zugestanden werden, dann nämlich nicht, wenn es sich um ein wechselseitiges Rechtsverhältnis handelt, aus dem auch für den Schuldner Forderungen entstehen können.¹¹⁶⁾ Endlich sind die ihrer innern Natur nach unübertragbaren Einreden (die höchstpersönlichen) dem Uebernehmer abzusprechen. — So einfach wie § 417 Abs. 1 D. B. G. B. diese Materie regelt, liegen also die Dinge nicht. Immerhin ist trotz v. Blume's Bestreitung daran festzuhalten, dass kraft der Successionswirkung der Uebernahme grundsätzlich die mit der Obligation verbundenen Einreden¹¹⁷⁾ fortduern, sofern dadurch nicht nach der besonderen Natur der Einrede oder den konkreten Verhältnissen des Falles ein Eingriff in die Rechte des Schuldners herbeigeführt wird.

Kann der Uebernehmer aber auch Einreden aus seinem eigenen Verhältnisse zum Schuldner gegen die Forderung des Gläubigers ableiten? Diese Frage ist vielumstritten. Am einfachsten beantwortet sie sich nach der jüngsten Theorie, welche die translative Schuldübernahme nur als abstrakten Successionsvertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer kennt. Hier sind solche Einreden schlechterdings ausgeschlossen. Die herrschende Ansicht ist aber überhaupt für diesen Ausschluss;¹¹⁸⁾ ihr hat sich auch das D. B. G. B. in § 417 Abs. 2 angeschlossen. Wie schwer dies zu begründen ist, wenn die Schuldübernahme als ein unter Zustimmung des Gläubigers zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossener Vertrag behandelt wird, ist oben (S. 335) ausge-

¹¹⁶⁾ Begründung: „Der Schuldner kann nicht als Gläubiger aus einer Obligation auftreten, die der Uebernehmer zunichte gemacht hat.“

¹¹⁷⁾ Unger (Schuldübernahme zu Note 52) sagt ähnlich wie Windscheid und Regelsberger: Die Einreden aus der Schuld gehen auf den Uebernehmer über, mit Ausnahme derjenigen, welche sich bloss auf die Person des alten Schuldners beziehen (Gegensatz von exceptiones rei cohaerentes und exc. personae cohaerentes).

¹¹⁸⁾ Vgl. Gürgens, S. 282 ff.; Menzel, a. a. O. S. 676; Danz, S. 90 f.; Stobbe, a. a. O. S. 280 f.; Unger, Schuldübernahme zu Note 55.

führt worden. Dass Bähr¹¹⁹⁾ und Zaun¹²⁰⁾ dem Uebernehmer alle Einreden aus dem Verhältnisse zum Schuldner gewähren, ist einfach die Konsequenz ihrer grundsätzlichen Auffassung, nach welcher die Klage des Gläubigers sich inhaltlich deckt mit dem Anspruche, den der Schuldner aus dem der Uebernahme zu Grunde liegenden Geschäfte gegen den Uebernehmer erworben hat. Anders begründet Dernburg¹²¹⁾ die Zulässigkeit dieser Einreden, indem er darauf abstellt, dass nach der Intention der Uebernahmeparteien das Recht des Gläubigers von der rechtlichen Geltung des die materielle Unterlage bildenden Geschäftes (Kauf etc.) abhängig sein soll. Gürgens¹²²⁾ bestreitet zwar die Abhängigkeit der Uebernahme von ihrer *causa*, nimmt jedoch an, dass überall, wo die Schuldübernahme auf einem onerosen Titel beruhe (das dürfte in der grossen Mehrzahl der Fälle zutreffen), wo sie also das Aequivalent für eine vom Schuldner ausgehende Gegenleistung darstelle, der wirkliche Eintritt dieser Gegenleistung eine stillschweigende Bedingung der Uebernahme selbst sei. Gürgens will daher dem Uebernehmer sogar die Einrede des nicht erfüllten Kaufvertrags geben.¹²³⁾ Weniger weit geht Regelsberger,¹²⁴⁾ welcher zwischen der Nichtig-

¹¹⁹⁾ Iherings Jahrb. Bd 6, S. 176.

¹²⁰⁾ Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, N. F. 1. Bd S. 118 ff.

¹²¹⁾ Preuss. Privatrecht, 2. Bd § 65 zu Note 16 und 17; Pandekten, 2. Bd § 53 zu Note 6; Das bürg. Recht des Deutschen Reiches u. Preussens, 2. Bd § 157. III.

¹²²⁾ a. a. O. S. 286.

¹²³⁾ Ebenso das Reichsgericht (VI. Civ.-Senat) bei der kumulativen, nicht aber bei der privativen Schuldübernahme; in dem berühmten Schuldübernahmefalle v. 24. Mai 1894, Entsch. Bd 33 Nr. 39.

¹²⁴⁾ in Endemanns Handb. 2. Bd S. 536; Archiv f. civ. Pr. Bd 67 S. 37 f.: Die Forderung des Gläubigers aus der Schuldübernahme (beim Kauf) sei unabhängig vom Kaufverhältnis und von der Kaufpreisschuld, nicht aber vom Kaufgeschäft. Daher könne der Uebernehmer Fehler, mit denen das Kaufgeschäft behaftet sei und infolge deren es nicht zu rechtllichem Dasein kam (Handlungsunfähigkeit, Mangel der Willensübereinstimmung, Nichtexistenz des Gegenstandes u. s. w.), dem Gläubiger entgegenhalten, nicht aber die Anfechtbarkeit des Kaufverhältnisses (wegen Arglist oder Drohung, Mängel der Sache, Entwehrung u. s. w.) und ebenso wenig die Ein-

keit und der Anfechtbarkeit des kausalen Geschäfts unterscheiden will und im ersten nicht aber im zweiten Falle dem Rechte des Gläubigers den Boden entziehen lässt. Dem gegenüber betont Kipp¹²⁵⁾ vom Standpunkte der Genehmigungstheorie des geltenden Reichsrechtes aus doch wohl mit Grund, dass die Rechte des Gläubigers auf dem von ihm genehmigten Vertrage beruhen und deshalb fallen müssen, nicht nur wenn dieser Vertrag nichtig ist, sondern auch wenn er infolge Anfechtung fällt. So oft aber der Schuldübernahmevertrag einen integrierenden Bestandteil eines nützlichen oder anfechtbaren Geschäftes bildet, ergreift die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des letztern auch die Schuldübernahme.¹²⁶⁾ Das muss übrigens auch für diejenigen Theorien Geltung haben, welche in der Mitwirkung des Gläubigers einen Beitritt zum Schuldübernahmevertrage erblicken; denn der Gläubiger kann diesem Vertrage nicht anders beitreten, als wie ihn Schuldner und Uebernehmer ihm präsentieren, d. h. eben behaftet mit denjenigen Mängeln, welche zur Nichtigkeitserklärung oder zur Anfechtung führen. Wer aber in der Schuldübernahme einen zu Gunsten des Gläubigers abgeschlossenen Vertrag erblickt, aus welchem der Letztere ein unmittelbares Klagerecht erlangt, muss dem Uebernehmer erst recht die Einreden aus dem Verhältnisse zum Schuldner geben, da sich hier die Rechte des Gläubigers ausschliesslich auf dieses Verhältnis stützen (vergl. D. B. G. B. § 334; das S. O. R. schliesst die Einrede der Kompensation ausdrücklich aus, Art. 135, was auch für das deutsche Recht gilt, vergl. Endemanns Lehrb. d. B. R., 6. Aufl., Bd 1, § 126, Note 16). Ob die Nichtigkeit oder die Anfechtung des kausalen Vertrages vor oder

rede des nicht erfüllten Vertrages, weil diese nur die Schuldigkeit des Kaufpreises berühre. Gegen diese Unterscheidungen wenden sich mit Recht Menzel (a. a. O. S. 678) und Dernburg, Pand. a. a. O.

¹²⁵⁾ Windscheid, Pand. 2. Bd 8. Aufl., S. 380/81.

¹²⁶⁾ Vgl. den Entscheid der I. Appellationskammer des Zürch. Obergerichts v. 17. März 1900; in dieser Zeitschr., lauf. Jahrg. S. 65 Nr. 10. Anders das Reichsgericht in einer preussischen Sache, Entsch. v. 11. Febr. 1899, Entsch. Bd 43 Nr. 65.

nach der Genehmigung bezw. dem Beitritte des Gläubigers eintrete, bleibt sich gleich; im ersten Falle sollte Niemand Zweifel darein setzen können, dass der Gläubiger keine oder doch nur anfechtbare Rechte erwerbe,¹²⁷⁾ im zweiten Falle kann dessen Recht nur so zum abstrakten werden, dass er nachträglich mit dem Uebernehmer noch einen besondern Successionsvertrag abschliesst (z. B. in Gestalt eines Anerkenntnisvertrages); in den blossen Erfüllungshandlungen des Uebernehmers aber (Zins- oder Abschlagszahlungen) kann die Umwandlung der kausalen in die abstrakte Haftung nicht erblickt werden. Wird die Schuldübernahme nach dem Beitritt des Gläubigers hinfällig, so fällt damit selbstredend nicht nur die obligatorische, sondern auch die liberatorische Wirkung derselben dahin; der alte Schuldner wird also ipso iure wieder haftbar.¹²⁸⁾

In den bisher besprochenen Fällen zielen die Einreden des Uebernehmers gegen den Bestand des Schuldübernahmevertrages selbst, insofern der Letztere als unlöslicher Teil des kausalen Geschäftes zu betrachten ist. Wird ein von solcher Unterlage unabhängiger Uebernahmevertrag geschlossen (was wohl zu den Seltenheiten gehört), so können sich die Einreden natürlich nur auf die Mängel dieses Vertrages stützen. Einreden aber, welche nicht gegen den Bestand des Kausalgeschäftes oder des abstrakten Successionsvertrages selbst gerichtet sind, stehen dem Anspruche des Gläubigers nicht entgegen.

β) Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner.

Da das Schuldverhältnis richtiger Ansicht nach ohne die Mitwirkung des Gläubigers nicht übertragen werden kann, so entsteht im ersten Stadium des Schuldübernahmegeschäftes eine Änderung des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner nicht. Bleibt das Uebernahmegeschäft in der Folge

¹²⁷⁾ Seltsamerweise macht Gürgens (a. a. O. S. 294) hier eine Ausnahme. Er ist aber ganz allein geblieben.

¹²⁸⁾ Vgl. Kipp, Windsch. Pand., 2. Bd S. 380 Ziff. 3 litt. b; Coviello, Arch. giur. Bd 57, S. 383.

bei einer Erfüllungs- oder bei einer Befreiungsübernahme stehen, so ist dasselbe zu sagen. Die Verabredung einer translativen Uebernahme kann den Schuldner¹²⁹⁾ in das Verhältnis des Offerenten gegenüber dem Gläubiger als Oblaten bringen. Hiebei sind indessen die Rechtssätze, welche für das gewöhnliche Vertragsangebot gelten, kaum ohne Weiteres zur Anwendung zu bringen, denn die Verhältnisse, die bei der Schuldübernahme in der Regel zu Tage treten, verlangen eine andere, passendere Behandlung, insbesondere was die Dauer der Gebundenheit des Offerenten und die Bedeutung des Stillschweigens des Oblaten betrifft.¹³⁰⁾ Ein Bedürfnis, den Offerenten nur kurze Zeit an sein Angebot zu binden und das Stillschweigen des Oblaten regelmässig als Ablehnung zu deuten, besteht hier nicht.

Hat der Gläubiger in den Schuldnerwechsel eingewilligt, so wird der Schuldner frei; seine Verpflichtung kann aber wieder auflieben, wenn die Uebernahme rückgängig gemacht wird. Bei der kumulativen Schuldübernahme wird durch die Zustimmung des Gläubigers an dem Verhältnisse zum Schuldner so lange nichts geändert, als der Letztere nicht dadurch liberiert wird, dass der Gläubiger ihn verzichtweise aus der Haft entlässt, oder dass der Uebernehmer den Gläubiger befriedigt (selbstverständlich auch durch Verjährung und Konfusion). Inzwischen haften beide Verpflichtete als Korreal-schuldner.¹³¹⁾

γ) Das Verhältnis zwischen Schuldner und Uebernehmer.

Je nachdem die Uebernahmeparteien eine Erfüllungs-, eine Befreiungs-, eine translativ e oder kumulative Uebernahme

¹²⁹⁾ Das Gleiche gilt natürlich auch für den Uebernehmer, wenn er dem Gläubiger den Schuldnerwechsel offeriert.

¹³⁰⁾ Vgl. z. B. Menzel, a. a. O. S. 671 f.; Seuffert, a. a. O., S. 47.

¹³¹⁾ Wenn Regelsberger (Endemanns Handb. 2. Bd S. 532 f.) von einer alternativen Verpflichtung spricht, so dürfte dies dem Wesen der kumulativen Uebernahme doch kaum entsprechen. Zweifellos muss es dem Gläubiger bei der letztern gestattet sein, den Schuldner für einen beim Uebernehmer erlittenen Ausfall zu belangen; das wäre ihm aber nach jener

oder einen wirklichen Vertrag zu Gunsten des Gläubigers abschliessen, gestalten sich die Rechte und Verbindlichkeiten von Schuldner und Uebernehmer ganz verschieden. Es ist darüber, soweit die Uebernahme privativ wirken soll, an einer früheren Stelle das Nötige bereits gesagt worden (oben S. 324). Soll der Uebernehmer dem Gläubiger neben dem Schuldner haften, so bestimmt sich das Verhältnis nach der jeweiligen causa, die der Uebernahme zu Grunde liegt; danach wird sich insbesondere die Frage beantworten, ob der zahlende Uebernehmer ein Regressrecht gegen den Schuldner erwerbe oder nicht. Wo die Uebernahme die Gegenleistung für eine Leistung des Schuldners darstellt, ist von einem Regress natürlich keine Rede, wohl aber z. B. da, wo die Uebernahme lediglich auf einem Mandate beruht, oder wo der Uebernehmer als negotiorum gestor des Schuldners gehandelt hat.

Nach der Zustimmung des Gläubigers ist (bei der translativen, der kumulativen und der Befreiungsübernahme) das Verhältnis zwischen Schuldner und Uebernehmer dasjenige der Kontrahenten nach erfolgter Vertragserfüllung: Der Uebernehmer ist Schuldner geworden und hat damit seine Verpflichtung aus dem Uebernahmevertrag vollständig erfüllt. Für die Erfüllungsübernahme ist die Zustimmung des Gläubigers unerheblich, der Uebernehmer hat seiner Vertragspflicht erst genügt, wenn er den Gläubiger befriedigt. Ebenso wird der Promittent bei einem wirklichen Vertrage zu Gunsten Dritter erst durch die Leistung an den Drittgläubiger von seiner Schulpflicht gegenüber dem Promissar befreit. Die Frage, ob die kumulative Uebernahme als „Zahlung“ gelten könne, hat mit der Schuldübernahme direkt nichts zu thun. Der praktisch sehr wichtige Satz: „Uebernahme ist Zahlung,“¹³²⁾ d. h. der Uebernehmer hat mit der Uebernahme

Auffassung nicht möglich, weil er sich durch die Ausübung seines Wahlrechtes gegenüber dem Uebernehmer seines Anspruches gegenüber dem Schuldner begeben hätte.

¹³²⁾ Vgl. hierüber Delbrück, S. 45 ff.; ferner die Dissertationen von R. Voigt, „Schuldübernahme ist Zahlung“ (Göttinger Univ. 1891, S. 27:

seine Pflichten gegenüber dem Schuldner getilgt (bei der hypothekarischen Schuldübernahme würde danach die Kaufrestforderung des Verkäufers mit der Uebernahme der auf der Sache verschriebenen Schulden getilgt), kann nach den vorstehenden Ausführungen nur dann unbedingte Geltung haben, wenn (mit Zustimmung des Gläubigers) der Uebernehmer an Stelle des Schuldners in die Schuld eingetreten, die Succession also vollzogen ist.^{132a)} Wird die Uebernahme rückgängig gemacht, so lebt die Forderung des Schuldners wieder auf.

Mit zwei Worten soll noch berücksichtigt werden

δ) die Weiterübertragung der Schuld auf einen zweiten Schuldner.

Delbrück's Theorie führte zu dem Resultate, dass der Gläubiger seine gegen den Uebernehmer bereits erworbenen Rechte sofort verliert, sobald der erste Uebernehmer die Schuld auf einen neuen Schuldner überträgt.¹³³⁾ Diese Konsequenz kann aus der rein obligationenrechtlichen Behandlung der Schuldübernahme nicht gezogen werden. Hat der Gläubiger infolge seiner Mitwirkung bei der Uebernahme einen Anspruch gegen den Uebernehmer erworben, so kann ihm derselbe einseitig, d. h. ohne seine Zustimmung, dadurch nicht entzogen werden, dass der Uebernehmer die Schuld auf einen Nachmann überträgt. Zur Liberierung des Uebernehmers bedarf es also der Mitwirkung des Gläubigers beim zweiten Uebernahmegeschäft oder eines Verzichtes desselben. Erfolgt die zweite Uebernahme, bevor der Gläubiger der ersten zugestimmt hat, so kann er auf den ersten Uebernehmer nur dann greifen, wenn ihm die Genehmigung oder der Beitritt zum ersten Geschäfte nachträglich

die Kaufpreisforderung wird schon im ersten Stadium des Uebernahmegeschäftes getilgt) u. Davidsohn, Schuldübernahme als Zahlung (Breslauer Univ. 1897). — Die im Text geäusserte Meinung vertreten auch die Motive zum I. Entw. des D. B. G. B., Bd 2, S. 145.

^{132a)} So auch das Urteil des Reichsger. v. 22. V. 80, Entsch., Bd 2 Nr. 72.

¹³³⁾ Delbrück, a. a. O. S. 117 ff.

noch angeboten wird, denn nur auf diese Weise erlangt er ja ein Klagerecht. Will er vom zweiten Uebernehmer nichts wissen, so bleibt ihm Mangels der Perfektion der ersten Succession nur der ursprüngliche Schuldner.¹³⁴⁾

Aus diesen Andeutungen ergeben sich ohne weiteres die Grundsätze, welche auf das übrige Verhältnis zwischen dem Gläubiger und den Uebernehmern anzuwenden sind. Das Verhältnis des Uebernehmers zum Schuldner wird durch die zweite Uebernahme nicht verändert; zu den weiteren Uebernehmern steht der Urschuldner in keinem obligatorischen Verhältnisse (vergl. den reichsger. Entsch. vom 24. Nov. 1884 bei Bolze, die Praxis des Reichsgerichts, Bd 1, No. 870).

2. Die gesetzliche (notwendige) Schuldübertragung.¹³⁵⁾

In der Theorie der vertraglichen (freiwilligen) Schuldübernahme darf heute als Fundamentalsatz der gelten, dass der Eintritt in eine fremde Schuld nur mit der Zustimmung des Gläubigers möglich ist. Insbesondere erwächst aus dem blossen Vertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer dem Gläubiger kein Anspruch gegen den letztern. Die Frage, wie das in der Praxis in gewissen Fällen trotzdem anerkannte, einem wirklichen Verkehrsbedürfnis entsprechende Klagerecht des Gläubigers aus einem ohne seine Mitwirkung abgeschlossenen Uebernahmevertrag zu erklären sei, ist daher immer noch nicht beantwortet. Weder Delbrück's geistreicher Erklärungsversuch noch die zu Hülfe genommene Konstruktion der Verträge zu Gunsten Dritter vermochten der wissenschaftlichen Kritik auf die Dauer Stand zu halten.

¹³⁴⁾ Auf Grund seiner Ansicht von der Haftung des ersten Uebernehmers kommt Gürgens dazu, dem Gläubiger schlechthin die Wahl einzuräumen unter den verschiedenen Uebernehmern. a. a. O. S. 307.

¹³⁵⁾ Den Ausdruck „Schuldübertragung“ will v. Blume (Novation etc., S. 39) überhaupt an Stelle von „Schuldübernahme“ setzen, um so einerseits eine einheitliche Bezeichnung für die freiwillige und die notwendige Uebernahme zu gewinnen und anderseits damit den die Succession vorbereitenden Schuldnahmevertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer von dem Begriffe der Sondernachfolge fern zu halten.

Delbrück¹³⁶⁾ hat die Geschäfte bezw. Verhältnisse, aus denen dem Gläubiger in der Praxis ein direktes Klagerecht gewährt wurde, zusammengestellt; es sind die folgenden:

1. Erbschaftskauf,
2. Schenkung des ganzen Vermögens,
3. Leibrentenvertrag (Vitalien-Kontrakt),
4. Uebernahme einer Schuld überhaupt (nur ganz vereinzelte Fälle),
5. Leibzuchsvertrag,
6. Eheliche Gütergemeinschaft,
7. Uebernahme bei Gelegenheit eines Vergleiches (nur 2 Fälle citiert),
8. Uebernahme bei Gelegenheit einer Erbteilung,
9. Ankauf eines Handelsgeschäftes,
10. Eintritt in ein Handelsgeschäft als neuer Gesellschafter,
11. Uebernahme in Abrechnung auf das Kaufgeld bei Veräußerung hypothekarisch belasteter Liegenschaften.

Nun hat schon im gleichen Jahre, da Delbrück's Schrift erschien, Hinrichs¹³⁷⁾ in seiner Recension über dieselbe, „neben einigen allgemeinen Tiraden gegen die historische Schule und verschiedenen unbegründeten Einwendungen gegen die Delbrück'sche Lehre,“ (wie Kuntze¹³⁸⁾ sagt), eine sehr beachtenswerte Erklärung für das in den Fällen der Uebergabe eines ganzen Vermögens anerkannte Klagerecht gegeben, indem er hervorhob, dass hier die Thatsache des Erwerbs des Vermögens, zu dem die Schulden als die Kehrseite gehören, zum wirklichen Grunde der Verpflichtung werde; von einer stillschweigenden Uebernahme könne keine Rede sein; ebenso hänge auch da, wo nur einzelne Vermögensbestandteile übertragen werden, die übernommene Schuld im Sinne des Verkehrs an der erworbenen Sache, und der Erwerb der letztern werde als Bedingung der Haftung für die Schuld vorausgesetzt. Ein Fall,

¹³⁶⁾ a. a. O., S. 81 ff.

¹³⁷⁾ Kieler allg. Monatsschrift 1853, S. 691—694; ich citiere nach Kuntze, da mir die Hinrichs'sche Besprechung selbst nicht zugänglich war.

¹³⁸⁾ Obligation u. Singularsuccession, S. 326 ff.

wo ohne diese Voraussetzung die Klage des Gläubigers zugelassen werde, sei nicht nachgewiesen. Diese Erwägung fand schon Kuntze (a. a. O.) aller Beachtung wert. Er hält zwar dafür, dass ausser den von Delbrück hervorgehobenen und von Hinrichs mit grösserem Nachdruck umgrenzten Fällen (Veräusserung eines Vermögens oder eines Vermögensteiles) kein praktisches Bedürfnis vorhanden sei, dem Gläubiger ohne seinen Beitritt ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Schuldübernehmer zu gewähren; dagegen erkennt er, dass diese Theorie den Vorteil besitze, sich an einen wichtigen Charakterzug der germanischen oder überhaupt modernen Rechtssitte anlehnen zu können: die Tendenz, obligatorische Abwandlungen in Verbindung zu setzen mit dem Besitzerwerb und Besitzverlust sachlicher Vermögensstücke.¹³⁹⁾

Diesen Gedanken hat Gürgens¹⁴⁰⁾ aufgenommen, indem er den Grund, weshalb die Praxis in jenen Fällen den Gläubigern gegen den Erwerber eines Vermögens eine Klage giebt, einzig und allein darin findet, dass sie das übertragene Vermögen selbst als für die Schulden des Veräusserers verhaftet ansieht und nicht etwa darauf abstelle, dass mit dem Erwerbe des Vermögens die Absicht des Erwerbers, auch die Schulden des Veräusserers zu übernehmen, verbunden sei. Das Vermögen sei in diesen Fällen das Medium, durch welches der Erwerber desselben zu den Gläubigern des Veräusserers in ein Rechtsverhältnis gebracht werde.

Von den spätern Bearbeitern unserer Lehre haben indessen nur sehr Wenige an diese Ideen angeknüpft: das möchte nicht zum wenigsten davon herrühren, dass die Gerichtspraxis anfing, neue Bahnen einzuschlagen und andere Erklärungen (insbesondere mit Hülfe der Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter) aufzustellen. Unter den Wenigen ist in erster Linie

¹³⁹⁾ ib., S. 328, S. 329: „der Uebergang und Erwerb des Grundstücks, der Handlung, der Fabrik vermittelt die Begründung der neuen Obligation; es ist der gesetzliche Erwerb eines Forderungsrechtes gegen den Schuldübernehmer, welcher die konnexe Sache in Händen hat, für den Gläubiger.“

¹⁴⁰⁾ a. a. O., S. 257.

Dernburg¹⁴¹⁾ zu nennen, welcher nicht nur in seiner Darstellung des preussischen Rechtes,¹⁴²⁾ sondern nachher auch in seinen Pandekten¹⁴³⁾ den Zusammenhang von Schuld und Vermögen betont und das Klagerecht des Gläubigers gegen den Erwerber eines Vermögens von dem Grundsatze ableitet, dass der Erwerber eines Inbegriffes dessen Lasten übernehme, da die Schulden als die Lasten des Gesamtvermögens anzusehen seien. Beim Verkauf eines hypothekarisch belasteten Grundstückes sieht er den realen Hintergrund für das direkte Klagerecht darin, dass der Käufer, welcher die Kaufsache unter Anrechnung der Hypotheken auf den Kaufpreis erlangte, den Vermögenswert hinter sich habe, welchen der Gläubiger mit der persönlichen Klage beanspruche. In seinem Pandekten-Lehrbuch weicht Dernburg insofern etwas ab, als er hier den Grund für die Einräumung einer direkten Klage in der vermutlichen Parteiabsicht findet, nach welcher die Schuld da auf den Erwerber übergehen soll, wo das Schuldübernahmegeschäft dem Uebernehmer die Werte verschafft, aus denen nach der Verkehrsauffassung die übernommene Schuld vorzugsweise zu tilgen ist, insbesondere wenn ihm ein Vermögen übertragen wird, zu welchem die übernommenen Verbindlichkeiten gehören. Indessen spricht Dernburg hier nicht von einer blossen Vermutung zu Gunsten des direkten Klagerechtes des Gläubigers, sondern er will offenbar den Schuldübergang in den von ihm hervorgehobenen Fällen kraft Rechtssatzes sich vollziehen lassen. Aehnlich versucht Simon¹⁴⁴⁾ die von ihm konstatierte Gerichtspraxis (nach welcher der Erwerber eines Handlungsgeschäftes neben dem alten Schuldner für die Handlungsschulden haftet, wenn er in gewisser Weise öffentlich die Uebernahme der Passiven erklärt hat) auf einen unmittelbar wirkenden Rechtssatz zurückzuführen, und Adler¹⁴⁵⁾ tritt de lege ferenda

¹⁴¹⁾ v. Blume (Novation, S. 143, Note 4) citiert auch Sintenis (Civilrecht II § 102 Anm. 132).

¹⁴²⁾ 2. Bd § 65.

¹⁴³⁾ 2. Bd § 53.

¹⁴⁴⁾ Goldschmidt's Zeitschr. Bd 24, S. 164.

¹⁴⁵⁾ Archiv f. bürg. Recht, Bd 3, S. 30; seine Stimme hat in § 25 Abs. 1 des neuen D. H. G. B. Nachklang gefunden.

für eine rechtsnotwendige solidarische Haftung des Firmübernehmers ein.

Auf einer neuen wissenschaftlichen Grundlage sucht v. Blume den von Hinrichs, Kuntze, Gürgens, Dernburg u. a. geäusserten Gedanken zu rechtfertigen; ja, er hofft damit die Schwierigkeiten, welche die Theorie bei dem Bestreben nach konstruktiver Bearbeitung des von der Praxis gebotenen Materials gefunden hat, im wesentlichen gehoben zu haben.¹⁴⁶⁾ „Der Ausweg aus dem Chaos der Meinungen liegt in der Erkenntnis, dass die von der Praxis geforderte Haftung des Uebernehmers ihre Grundlage nicht in dem Schuldübernahmevertrage, sondern in der von der Schuldübernahme nur begleiteten Uebertragung von Vermögenswerten aus dem Vermögen des Urschuldners in das des Uebernehmers hat, dass die Haftung des Erwerbers keine freiwillige ist, sondern an den Vermögenserwerb mit Rechtsnotwendigkeit sich anknüpft.“¹⁴⁷⁾ Gleich wie Kuntze bestreitet v. Blume, dass ausser in den von Delbrück angeführten Hauptfällen,¹⁴⁸⁾ zu denen er noch die Uebernahme einer vorhandenen Pacht oder Miete bei Erwerb eines Pachtgrundstückes oder Miethauses hinzufügt, ein Bedürfnis zur Gewährung einer direkten Klage des Gläubigers gegen den Schuldübernehmer nachgewiesen oder nachweisbar sei.¹⁴⁹⁾ Soll in andern Fällen vertraglich eine Schuld übertragen und daraus dem Gläubiger ein Forderungsrecht verliehen werden, so ist hiefür nach v. Blume der Successionsvertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer da. Den § 415 D. B. G. B., welcher die vertragliche Schuldübernahme in einen Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer verlegt, nennt er ein totgeborenes Kind.¹⁵⁰⁾

¹⁴⁶⁾ Novation etc., S. 168.

¹⁴⁷⁾ a. a. O., S. 139.

¹⁴⁸⁾ Von den oben, S. 349, aufgezählten 11 Fällen lässt v. Blume die Nr. 4, 7 u. 10 weg.

¹⁴⁹⁾ a. a. O., S. 162.

¹⁵⁰⁾ Iherings Jahrb., Bd 39, S. 419.

v. Blume¹⁵¹⁾ legt wie Delbrück Gewicht darauf, dass Forderung und Schuld von der Obligation ausgeschieden werden. Die Obligation ist ihm das Recht auf ein irgendwie vorausbestimmtes unerzwingbares Verhalten einer Person (auf ein natürliches Handeln), die Forderung aber das erzwingbare Recht auf Vermehrung des eigenen Vermögens auf Kosten des Schuldnervermögens (juristischer Vorgang weil mit Rechtsübertragung verbunden). Die Obligation ist vom Rechte i. obj. S. dadurch geschützt, dass dem Berechtigten für den Fall der Verletzung eine Forderung gegen den Verpflichteten zugesagt wird. Die Obligation ist ohne jede Wirkung auf das Vermögen des Obligierten, die Forderung von der allergrössten. Die Forderungen sind es, welche, wenn das Schuldnervermögen übergeht, daran haften bleiben und deshalb den neuen Inhaber zum alleinigen oder solidarischen Schuldner machen; zwischen der Forderung und dem Schuldvermögen besteht eine Beziehung, welche in dem Zweck der Forderung ihre Ursache hat. „Wird ein Vermögen veräussert, so erhält damit der Erwerber diejenigen Rechte, aus denen die Schulden des Veräusserers gedeckt werden sollten; dem Gläubiger aber sind die Befriedigungsmittel entzogen. Das subjektive Schuldmoment wird hier nur in den seltensten Fällen ausreichen, wenn es gilt für den Gläubiger eine Hilfe zu finden. Dagegen liegt in der Thatsache des Vermögensüberganges ein objektives Moment, dessen Ausbeutung zu Gunsten des Gläubigers dann keinem Bedenken mehr unterliegen kann, wenn man sich überzeugt hat, dass mit einer Belastung des Vermögenserwerbers durch die Schulden diesem nichts unbilliges zugemutet werde.“¹⁵²⁾ Nichts anderes als dieses Prinzip der notwendigen Schuldübertragung liege der Haftung des Erben bei der Universalsuccession zu Grunde. „Für uns hat die Universalsuccession ihren Nimbus verloren, sie ist nichts als die Uebertragung eines ganzen Vermögens durch einen Akt. Es steht also nichts im Wege, sie überall anzuwenden,

¹⁵¹⁾ Novation etc., S. 141 ff.

¹⁵²⁾ Novation, S. 155.

wo es praktisch erforderlich und durchführbar ist.“¹⁵³⁾ Mit einer auf die freiwillige Schuldübernahme basierten Klage wäre den Gläubigern schlecht gedient. Nicht auf dem Willen der Parteien darf die Haftung des Vermögenserwerbers ruhen, sondern auf dem Gesetz, denn sie soll den Gläubigern gerade helfen in den Fällen böswilligen Verhaltens der Parteien. Böser Wille ist schwer nachzuweisen und die auf ihn begründete paulianische Haftung wird nur zu leicht zur Chimäre. Hier bedarf es einer auf einen objektiven Thatbestand gestützten Klage des Gläubigers gegen den, der ihm die Exekutionsmittel entzogen hat. Und ein solcher Thatbestand liegt im Erwerbe des Schuldnervermögens. So weit v. Blume. Das zuletzt erwähnte, rechtspolitische mehr als juristische Argument wird von Ehrenzweig¹⁵⁴⁾ gegenüber Seuffert¹⁵⁵⁾ (welcher der notwendigen Haftung des Erwerbers eines Vermögens geringe Sympathien entgegenbringt und den geschädigten Gläubiger auf die paulianischen Rechtsmittel verweist) lebhaft verfochten, indem er hier mit Recht den Satz anwendet, dass Prävention besser sei als Repression.

Wie gross die Tendenz war, auf die Veräusserung von Vermögensinbegriffen unter Lebenden die Grundsätze der Universalsuccession des Erbrechtes anzuwenden, den Erwerber also ohne jede Rücksicht auf die Verabredungen der Parteien für die auf dem übertragenen Vermögen lastenden Schulden haften zu lassen, das beweist am schlagendsten der Umstand, dass die Gesetzgebungen des vorigen Jahrhunderts von den bei Delbrück und v. Blume speziell aufgezählten Uebernahmefällen eine ganze Anzahl zur notwendigen Schuldübertragung gemacht haben.¹⁵⁶⁾ Wird man auch zugeben müssen, dass die Sätze, welche v. Blume zum Ausgangspunkte für seine Be-

¹⁵³⁾ Novation, S. 159.

¹⁵⁴⁾ Die sog. zweigliedrigen Verträge, S. 133 Note 28. Vgl. auch Kommissions-Prot. 2. Lesung D. B. G. B., I. Bd S. 429, wo eine Analogie zwischen dem Anspruch des Gläubigers gegen den Uebernehmer und dem Anspruch des Anfechtungsgläubigers gezogen wird.

¹⁵⁵⁾ a. a. O., S. 50.

¹⁵⁶⁾ Vgl. hierüber unten, bei der Behandlung der Gesetzgebung.

gründung genommen hat, der weiteren Abklärung bedürfen, so ist ihm gewiss beizustimmen, wenn er der gesetzlichen Haftung des Vermögenserwerbers in der Lehre von der Schuldübernahme einen dominierenden Platz anweist. Ob er dabei in einzelnen Punkten nicht übers Ziel hinausschieße¹⁵⁷⁾, das hier zu erörtern, würde zu weit führen.

Die notwendige Schuldübertragung kann ihrer Natur nach nur kumulative, nicht privative Wirkung haben. Eine Säkularisation in dem Sinne, dass das Gesetz dem Gläubiger einen Schuldner rauben und einen andern aufdrängen könnte, ist auf dem Gebiete des Civilrechtes nicht denkbar.¹⁵⁸⁾ Der Veräußerer wird also nicht anders frei, als wenn der Gläubiger ihn durch Verzicht aus seiner Haftung entlässt. Einen solchen Verzicht schon aus der Thatsache zu schliessen, dass der Gläubiger vom Vermögenserwerber Kapital- oder Zinszahlungen annimmt, geht nicht an, da eine solidarische Schuldnerschaft vorliegt.¹⁵⁹⁾ In der Gesetzgebung kommen jedoch Modifikationen vor, welche einerseits dem Zwange Rücksicht tragen, der in der Behaftung des Erwerbers liegt, andererseits aber eine Annäherung an die privative Schuldübernahme bedeuten.

¹⁵⁷⁾ z. B. darin, dass er den Satz „Kauf bricht nicht Miete“ unter den Gesichtspunkt des notwendigen Schuldübergangs bringen will. (Die Mietobligation ist für den Vermieter eine obligatio faciendi und hängt als solche nach der v. Blume'schen Auffassung mit dem Vermögen des Vermieters nicht zusammen; darum braucht sie mit der Veräußerung des Hauses nicht notwendig auf den Erwerber überzugehen; anders wenn aus ihr schon vor der Veräußerung eine Forderung i. e. S. (eine obligatio dandi) herausgewachsen wäre.)

¹⁵⁸⁾ Da das Privatrecht keine Macht über die Gestaltung öffentlich-rechtlicher Persönlichkeiten (Staat, Gemeinde) hat, kann allerdings das öffentliche Recht aus Gründen des öffentlichen Wohles solche Träger von Vermögensverhältnissen gegen den Willen der Gläubiger umgestalten, wie z. B. bei Gemeindevereinigungen. Wer dem Staate oder der Gemeinde kreditiert, muss mit solchen Möglichkeiten von Anfang an rechnen. Siehe Heusler, der Einfluss von Gemeindevereinigung auf Gemeindeschulden, in dieser Zeitschr., N. F. Bd 10 S. 354 ff. spez. S. 365, 367.

¹⁵⁹⁾ Vgl. z. B. die reichsgerichtl. Urteile v. 19. Mai 1885 und 10. Okt. 1887 bei Bolze, Bd 1 Nr. 871, Bd 5 Nr. 520.

In der ersten Richtung bewegen sich diejenigen Gesetze, welche bei einzelnen Fällen der Vermögensübertragung den Uebernehmer nur bis zu (oder mit) dem Bestande der übertragenen Aktiven für die damit verbundenen Schulden haften lassen,¹⁶⁰⁾ ihm also gewissermassen ein *beneficium inventarii* gewähren.

Die zweite Modifikation zeigt sich zum Teil darin, dass dem Gläubiger nur ein alternatives Recht gegeben wird, in der Meinung, dass er (meist innerhalb beschränkter Fristen) nach seiner Wahl auf den einen oder den andern Schuldner greifen könne, wobei nach unbenütztem Ablauf der gesetzlichen Frist der alte Schuldner entweder für liberiert erklärt wird,¹⁶¹⁾ oder doch nur noch subsidiär haftet.¹⁶²⁾ Das Bestreben, den Veräußerer in nicht zu langer Zeit frei werden zu lassen, kann sich aber auch darin dokumentieren, dass dessen Haftbarkeit einer kurzen Verjährung unterworfen wird.¹⁶³⁾

Soll durch das Institut der notwendigen Schuldübernahme die Sicherheit des Schuldverkehrs wirklich gefördert werden, dann ist es dringend wünschbar, dass die Gesetzgebung daselbe mit zwingendem Charakter ausstätte, wie es die deutsche Reichsgesetzgebung in dem Hauptfalle des Erwerbes eines Vermögens gethan hat. § 419 Abs. 3 D. B. G. B. Die im preuss. A. L. R. vorgesehenen Fälle notwendiger Uebernahme wurden vom Reichsgericht ebenfalls als *jus cogens* behandelt. (S. Bolze Bd 9 Nr. 287.)

Haben Gläubiger, Schuldner oder Uebernehmer ein gemeinsames Interesse an einer sofortigen Liberierung des alten Schuldners, so steht ihnen der *translative Schuldübernahme*-

¹⁶⁰⁾ So das D. B. G. B. im Falle des § 419.

¹⁶¹⁾ So z. B. das Recht des Hypothekargläubigers bei der Uebertragung der Hypothekarschulden im Zürch. Privatrecht (§ 363), mit weiteren Bestimmungen zu Gunsten des Veräußerers.

¹⁶²⁾ Hiefür plädiert Ehrenzweig, a. a. O. S. 136. Da es der ursprüngliche Schuldner sei, der dem Gläubiger, um frei zu werden, den neuen Schuldner vorschiebe, erscheine nach allgemeinen Prinzipien (Gewährleistungspflicht) die Verantwortlichkeit desselben gegeben.

¹⁶³⁾ Wie z. B. im Falle des § 25 D. H. G. B.

vertrag zu Gebote, der aber niemals ohne die Zustimmung des Gläubigers zum Ziele führen kann. Die Regelung der freiwilligen Uebernahme wird also durch die Einführung einer notwendigen Schuldübertragung keineswegs überflüssig.

B. In der Gerichtspraxis.

Die deutsche Gerichtspraxis, welche sich in den leichter zugänglichen Präjudiziensammlungen wiederspiegelt,¹⁶⁴⁾ beschäftigt sich in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle blass mit zwei Schuldübernahmegeschäften: das sind die Uebernahme von Geschäfts-Passiven beim Erwerb einer kaufmännischen Handlung und die Uebernahme hypothekarisch versicherter Schulden im Liegenschaftenverkehre. Wenn dabei anfänglich die Schuldübernahmetheorie bei jedem dieser beiden Geschäfte ihre eigenen Wege einschlagen zu wollen schien, so wurde das bald anders, nachdem die wissenschaftliche Bearbeitung unserer Lehre einmal festen Fuss gefasst und den gemeinschaftlichen Charakter der zwei Fälle hervorgehoben hatte. Schon vom Jahre 1866 treffen wir einen Gerichtsentscheid, welcher sich ex professo mit der Schuldübernahme abgiebt;¹⁶⁵⁾ zwei Urteile des O. A. G. zu Lübeck aus dem Jahre 1873 enthalten eine breite Auseinandersetzung und man darf wohl sagen eine Abfertigung der ganzen damals bestehenden Doktrin.¹⁶⁶⁾ Das Reichsoberhandelsgericht äusserte sich am 28. November 1872¹⁶⁷⁾ in einem vorbild-

¹⁶⁴⁾ Hier konnte nur die Ausbeute aus folgenden Sammlungen berücksichtigt werden: Seuffert's Archiv für Entsch. der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (bezeichnet S. A.), die Entscheidungen des Deutschen Reichsoberhandelsgerichtes (bez. R. O. H. G.), die Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft (bez. R. G.) sowie Bolze, die Praxis des Reichsgerichtes in Civilsachen (bez. Bolze).

¹⁶⁵⁾ O. A. G. München, in S. A. 21 Nr. 41. Vgl. auch S. A. 21 Nr. 39 (H. A. G. Nürnberg, 1866).

¹⁶⁶⁾ S. A. 32 Nr. 219.

¹⁶⁷⁾ R. O. H. G. 8 Nr. 27.

lichen Entscheide über das Wesen der Schuldübernahme, indem es betonte, dass diese nicht einen neuen Schuldgrund, sondern lediglich eine Veränderung hinsichtlich der Subjekte auf der Schuldnerseite unter Erhaltung der Identität der Obligation bewirke. Im Jahre 1889 sprach das Reichsgericht expressis verbis den Satz aus,¹⁶⁸⁾ dass auch im gemeinen Rechte eine Sondernachfolge in die Schuld in der Weise möglich sei, dass an die Stelle des alten ein neuer Schuldner trete, während im übrigen die ursprüngliche Obligation in ihrem früheren Bestande unverändert bleibe, — nachdem es schon zwei Jahre vorher den gleichen Grundsatz in der Form der erwähnten reichsoberhandelsgerichtlichen Aeusserung adoptiert hatte.¹⁶⁹⁾ Als Abschluss der gemeinrechtlichen Schuldübernahme-Praxis darf wohl der Entscheid des VI. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 24. Mai 1894¹⁷⁰⁾ gelten: eine förmliche Abhandlung, in welcher eine Reihe neuer Gesichtspunkte auftreten. Kipp hat dem Entscheide einen eigenen Aufsatz gewidmet.¹⁷¹⁾

Die von Delbrück in so folgenreicher Weise geschilderte Praxis, die dem Gläubiger ein direktes Klagerecht aus dem zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Vertrage gegeben hat, scheint — wenigstens nach den ältern in Seuffert's Archiv gesammelten Urteilen — gerade vor 50 und 60 Jahren nicht sehr nachhaltig gewirkt zu haben. So wird in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 1845 das direkte Klagerecht rundweg abgesprochen und zwar gerade in Fällen, welche heute fast überall zur Statuierung eines gesetzlich notwendigen Schuldüberganges geführt haben (Gutsübernahme und Erbschaftskauf),¹⁷²⁾ während z. B. ein Erkenntnis des

¹⁶⁸⁾ Bolze 9 Nr. 56; ebenso in dem Entscheide vom 9. Jan. 1892 R. G. 28 Nr. 83.

¹⁶⁹⁾ R. G. 19 Nr. 48.

¹⁷⁰⁾ R. G. 33 Nr. 39.

¹⁷¹⁾ Iherings Jahrb. Bd 36 S. 336 ff. — Eck nimmt den Entscheid ziemlich scharf her in Iherings Jahrb. Bd 35 S. 295 ff.

¹⁷²⁾ O. A. G. zu Cassel und Jena, S. A. 1 Nr. 77; 7 Nr. 22 (letzterem Entscheide gegenüber verweist die Redaktion auf die gegenteiligen Ansichten Beselers, Delbrück's und Windscheids).

O. A. G. zu Lübeck¹⁷³⁾ vom Jahre 1823 die Uebernahme einer Meierstelle und ein nicht datierter alter Entscheid des Oberhofgerichtes in Mannheim¹⁷⁴⁾ die Gutsübernahme mit der gegenteiligen Wirkung ausgestattet hatten. In einer grossen Zahl von Fällen wird die Ansicht zum Ausdruck gebracht, dass der Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer nur interne Wirkung haben könne und dass zu einer Schuld-succession die Mitwirkung des Gläubigers unbedingt notwendig sei.¹⁷⁵⁾ Interessant ist dabei die Thatsache, dass die interne Wirkung nur ausnahmsweise im Sinne der Regelsberger'schen Erfüllungsübernahme,¹⁷⁶⁾ meist aber als Befreiungsübernahme gedacht ist;¹⁷⁷⁾ der Uebernehmer ist danach also dem Schuldner gegenüber nicht zur Zahlung an den Gläubiger, sondern zur Befreiung verpflichtet.

Gegenüber dieser ablehnenden, auf der strengen Durchführung der Logik des römischen Obligationenrechtes beruhenden Auffassung machte sich aber auch eine Strömung zu Gunsten der externen Wirkung des Uebernahmegeschäftes geltend. So gab das O. A. G. Jena¹⁷⁸⁾ im Jahre 1852 dem Gläubiger eine direkte Klage gegen den Erben, der gegenüber seinem Miterben alle Erbschaftspassiven übernommen hatte, weil in solchem Vertrage eine Stipulation zu Gunsten eines Dritten zu erblicken sei, die den direkten Anspruch des Begünstigten auch nach römischem Rechte erzeuge, sofern nur der Stipulator ein Interesse daran habe, dass dem Dritten etwas geleistet werde. Eine Reihe von Gerichtsentscheiden haben im Anschluss hieran die Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter zur Begründung des direkten

¹⁷³⁾ S. A. 4 Nr. 241.

¹⁷⁴⁾ S. A. 7 Nr. 316.

¹⁷⁵⁾ S. A. 7 Nr. 21; 18 Nr. 128; 20 Nr. 27; 21 Nr. 40; 23 Nr. 120; 32 Nr. 219; 40 Nr. 11; 45 Nr. 175; 47 Nr. 102; Bolze 6 Nr. 417; 10 Nr. 377 und 378; 15 Nr. 273; 20 Nr. 88 und 357.

¹⁷⁶⁾ So das O. A. G. Celle in S. A. 20 Nr. 27 und in neuester Zeit das oberste L. G. für Bayern (1898) S. A. 53 Nr. 218.

¹⁷⁷⁾ S. A. 32 Nr. 219; 40 Nr. 11; 45 Nr. 175; 47 Nr. 102; R. G. 32 Nr. 40 u. 33 Nr. 39 S. 190.

¹⁷⁸⁾ S. A. 8 Nr. 30.

Klagerechtes bis in die neueste Zeit hinein zu Hilfe gezogen¹⁷⁹⁾ und dabei anfänglich die blosse Befreiungs- oder Erfüllungsübernahme als genügende Grundlage erachtet,¹⁸⁰⁾ während später insbesondere das Reichsgericht jene Konstruktion nur da angewendet wissen wollte, wo der Uebernehmer die Schuld als eigene, also auch mit Wirkung gegenüber dem Gläubiger übernimmt, mit andern Worten wo nach unserer Terminologie eine **kumulative** oder eine **translative** Schuldübernahme vereinbart wird.¹⁸¹⁾ Ob der Beitritt des Gläubigers eine an ihn gerichtete **Mitteilung** voraussetze, wird konsequenterweise verneint,¹⁸²⁾ dagegen die Frage unbedingt bejaht, ob in der Klageanstellung der Beitritt (die Aneignung des zu seinen Gunsten stipulierten Rechtes) liege.¹⁸³⁾ Ein Unterschied zwischen Uebernahme von Geschäfts- und von Hypothekar-Schulden wird bei dieser Theorie nicht gemacht. Das O. A. G. Celle wandte sich schon im Jahre 1859 und später wieder gegen die eben behandelte Praxis, indem es bestritt, dass nach römischem Rechte die zu Gunsten Dritter geschlossenen Verträge für den Begünstigten regelmässig ein Klagerecht erzeugen;¹⁸⁴⁾ ebenso verwarf das O. A. G.

¹⁷⁹⁾ S. A. 21 Nr. 39; 33 Nr. 146; 44 Nr. 14; R. G. 32 Nr. 40; 33 Nr. 39; Bolze 3 Nr. 147; 4 Nr. 573; 10 Nr. 378; 13 Nr. 327; 22 Nr. 345; vgl. auch 16 Nr. 314 u. 315; 18 Nr. 338. In der zürcherischen Praxis hat sich in zwei Fällen das Obergericht für die allgemeine Anwendung dieser Konstruktion ausgesprochen. Schweiz. Blätter f. handelsrechtl. Entsch., Bd 12 S. 158 Erw. 4; Rechenschaftsbericht 1895 Nr. 58. Ebenso neigte sich das Kassationsgericht derselben bei der hypothek. Uebernahme zu (Entsch. v. 17. III. 1900. Schweiz. Blätter f. handelsrechtliche Entsch. Bd 19 S. 142 Erw. 1). Vgl. aber dagegen die Ausführungen von Oberrichter Billeter in den gleichen Blättern, Bd 19 S. 246.

¹⁸⁰⁾ So in S. A. 8 Nr. 30; 21 Nr. 39.

¹⁸¹⁾ S. A. 44 Nr. 14; 48 Nr. 100; R. G. 32 Nr. 40; Bolze 3 Nr. 147; 4 Nr. 573; 10 Nr. 378.

¹⁸²⁾ So ausdrücklich vom Reichsgericht u. vom O. L. G. Braunschweig. R. G. 32 Nr. 40; S. A. 54 Nr. 8.

¹⁸³⁾ So S. A. 21 Nr. 39; 33 Nr. 146; R. G. 7 Nr. 41; 32 Nr. 40; Bolze 22 Nr. 345.

¹⁸⁴⁾ S. A. 18 Nr. 128; 21 Nr. 40 (1865): hier wird auch eingewendet, dass die Parteien offenbar nicht beabsichtigen, dem Gläubiger irgend einen Vorteil zuzuwenden.

zu Lübeck in den früher schon hervorgehobenen Urteilen vom Jahre 1873¹⁸⁵⁾ die Anwendung jener Vertragskategorie, davon ausgehend, dass die Uebernahme-Verabredung in den eigenen Interessen der Kontrahenten selbst ihre genügende Erklärung finde und ein aus der Erfüllung des Vertrages für den Dritten entspringender Vorteil nicht ersichtlich sei. Bei der Behandlung der Uebernahme von Geschäftsschulden hat das Reichsoberhandelsgericht sich bis zum letzten Jahre seiner Wirksamkeit von der Heranziehung des Vertrages zu Gunsten Dritter fern gehalten. In dem Erkenntnis vom 2. Dezember 1876¹⁸⁶⁾ widerstand es jedoch der Versuchung nicht länger und gewährte mit Hilfe jener Panacee dem Gläubiger eine Klage gegen den Geschäftserwerber, der Aktiven und Passiven in der Meinung übernommen hatte, sich auch den Gläubigern gegenüber zu verpflichten, ohne die Uebernahme jedoch in der üblichen Weise bekannt zu machen. (Dass die Absicht auf Begründung eines Klagerechtes für den Gläubiger nicht zu vermuten sei, hat der Gerichtshof wiederholt entschieden.)¹⁸⁷⁾ Das Reichsgericht (III. Senat) hat in einem ähnlichen Falle die jüngste Konstruktion des R. O. H. G. mit Bezug auf diejenigen Fälle, in welchen die Geschäftsgläubiger dem Uebernehmer nicht bekannt sind, für die Regel abgelehnt, im Uebrigen aber zugegeben, dass beim translativen Uebernahmevertrag ein Vertrag zu Gunsten Dritter anzunehmen und deshalb den Gläubigern eine Klage gegen den Uebernehmer zu geben sei, auch wenn dieser die übliche Bekanntmachung unterlassen habe.¹⁸⁸⁾ In dem bedeutsamen Entscheide vom 24. Mai 1894¹⁸⁹⁾ will es (VI. Sen.) bei der privativen Schuldübernahme nur unter besondern Umständen, bei der kumulativen dann den Vertrag zu Gunsten Dritter anwenden, wenn der Uebernehmer unmittelbar, d. h. unab-

¹⁸⁵⁾ S. A. 32 Nr. 219.

¹⁸⁶⁾ S. A. 33 Nr. 146.

¹⁸⁷⁾ R. O. H. G. 2 Nr. 8; 3 Nr. 75.

¹⁸⁸⁾ R. G. 2 Nr. 48; 32 Nr. 40. Vgl. auch S. A. 48 Nr. 100 (O. L. G. Braunschweig).

¹⁸⁹⁾ R. G. 33 Nr. 39.

hängig von weiteren Voraussetzungen als dem Bestehenbleiben des Uebernahmevertrages,¹⁹⁰⁾ Schuldner des Gläubigers werden soll.

Neben dieser Richtung einher ging lange Jahre eine Praxis, die für die Uebernahme von Geschäftsschulden beim Erwerb eines kaufmännischen Geschäfts eine eigene Konstruktion des Klagerechtes verfolgte. Sie stützte sich auf die Erscheinung, dass der Uebernehmer in der Regel eine Anzeige (in den Zeitungen, durch Zirkulare, durch Börsenanschlag oder auf andere Weise) an das Publikum oder an die Geschäftsfreunde erlässt, in welcher er erklärt, er habe das Geschäft seines Vorgängers mit Aktiven und Passiven übernommen. In dieser Bekanntmachung erblickte das O. A. G. zu Lübeck in einem Erkenntnis aus dem Jahre 1846¹⁹¹⁾ einen „obligatorischen Akt,“ durch welchen der Uebernehmer sich den Gläubigern gegenüber für die übernommenen Passiven verpflichtet, gestützt auf den also die Gläubiger ohne weiteres, d. h. ohne dass es einer Annahme- oder Beitrittserklärung bedürfte, berechtigt werden, sich an den Uebernehmer zu halten. Diese Konstruktion hat mit der vorher behandelten nichts zu thun, denn der Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer kommt hier dem Gläubiger gegenüber nicht in Betracht. Das Reichsoberhandelsgericht hat sich der so begründeten Praxis angeschlossen und dabei von Anfang an ausdrücklich erklärt, dass die Bekanntmachung ausschlaggebend sei und darauf, ob die Uebernahme auf einem speziellen Vertrage zwischen Veräußerer und Erwerber beruhe oder ob die Firma beibehalten werde, nichts ankomme.¹⁹²⁾

¹⁹⁰⁾ Damit soll gesagt sein, dass die Uebernahmekontrahenten bis zum Beitritte des Gläubigers den Uebernahmevertrag rückgängig machen und so das Recht des Gläubigers unterbinden können. Das entsprach der herrschenden Ansicht in Theorie und Praxis.

¹⁹¹⁾ S. A. 11 Nr. 83; während einige andere Gerichte (s. S. A. 21 Nr. 143; 25 Nr. 47 u. 147) den Übergang der Passiven als einen rechtsnotwendigen behandelten.

¹⁹²⁾ R. O. H. G. 1 Nr. 18; 15 Nr. 28 und die hier citierten weiteren Erkenntnisse. Voraussetzung war aber stets, dass die Uebernahme von Aktiven und Passiven publiziert wurde; die bloße Bekanntmachung der Geschäftsumnahme genügte nicht: R. O. H. G. 16 Nr. 66. Der Praxis des R. O. H. G.

Von Anfang an hat es die öffentliche Bekanntmachung als einen dem Handelsgewohnheitsrecht angehörenden obligatorischen Dispositionsakt des Uebernehmers hingestellt, dem bindende Kraft zukomme und durch den die Gläubigerrechte konstituiert werden.¹⁹³⁾ Dagegen hat Simon¹⁹⁴⁾ wohl mit Grund eingewendet, dass ein Akt, durch welchen jemand einem andern das Recht, in seine Willenssphäre einzugreifen, einräume, vom (obj.) Rechte anerkannt sein müsste, um rechtliche Wirkung zu haben. Der Dispositionsakt, den das R.O.H.G. zur Grundlage seiner Rechtsprechung machte, ist in der That nichts als höchstens ein Versprechen, dem kein nachweisbarer Rechtssatz Verbindlichkeit beilegt. Darum offenbar hat ihn das Reichsgericht über Bord geworfen, ohne dass es aber die Haftung des Uebernehmers als eine rechtsnotwendige, mit der Thatsache der Uebernahme von Aktiven und Passiven verknüpfte behandelte. In der Begründung des Klagerechtes herrschte unter den einzelnen Civilsenaten nichts weniger als Uebereinstimmung.¹⁹⁵⁾ So hat noch der III. Senat im Jahre 1880 in der Geschäftsübernahme (mit Aktiven und Passiven) eine der besondern Annahme nicht bedürftige Offerte des Erwerbers an die Gläubiger erblickt,¹⁹⁶⁾ während der I. Senat in einem Entscheide vom 20. April 1887 auf den vermutlichen Vertragswillen der Parteien abstellt, indem anzunehmen sei, dass bei einem Vertrage, mit welchem alle

hat sich auch das Bundesgericht angeschlossen: Entsch. Bd 19 Nr. 43 Erw. 5; Bd 20 Nr. 83 Erw. 7. Hafner scheint die Konstruktion der Verträge zu G. Dr. anwenden zu wollen, vgl. seinen Komm. Note 5 zu Art. 128 O.R. Dem erstangeführten Entscheide des B. G. könnte auch die Auffassung des rechtsnotwendigen Schuldübergangs zu Grunde liegen. Im Sinne der reichs-oberhandelsgerichtlichen Praxis sprach sich auch das zürch. Obergericht aus: Blätter für handelsrechtl. Entscheid. Bd 15 S. 66 ff.; Rechensch. Ber. des O. G. 1896 Nr. 55.

¹⁹³⁾ R. O. H. G. 1 Nr. 18; S. A. 33 Nr. 146; R. O. H. G. 12 Nr. 55.

¹⁹⁴⁾ in Goldschmidt's Zeitschr., Bd 24 S. 162 f.

¹⁹⁵⁾ Vgl. Kipp's summarische Bearbeitung der reichsger. Praxis in Iherings Jahrb. B. 36 S. 336 ff.

¹⁹⁶⁾ R. G. 2 Nr. 16; nach Simon (a. a. O. S. 161) behandelten die Nürnberger Protokolle (zum D. H. G. B.) die öffentliche Anzeige des Uebernehmers als Vertragsofferte.

aktiven Bestandteile des Vermögens des Veräusserers gegen Uebernahme aller Schulden auf einen Andern übertragen werden, der Vertragswille regelmässig nur darauf gerichtet sein könne, den Gläubigern des Veräussernden die Rechtsstellung als unmittelbare Gläubiger des Uebernehmers zu gewähren.¹⁹⁷⁾ Wie bereits angedeutet, ist auch der Versuch nicht ausgeblichen, das Klagerecht in diesen Fällen mit Hilfe der Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter zu erklären.¹⁹⁸⁾

Für das Gebiet der hypothekarischen Schuldübernahme findet sich daneben beim Reichsgericht (III. Sen.) vereinzelt auch die Ansicht vertreten, dass in dem Uebernahmevertrage eine Kollektivofferte liege, welche die beiden Kontrahenten an den Gläubiger richten,¹⁹⁹⁾ während die mehrfach erwähnte Entscheidung des VI. Senates vom 24. Mai 1894 (R. G. 33 Nr. 39) eine solche Offerte „nicht schon ohne weiteres in dem Abschlusse des (privativen oder kumulativen) Uebernahmevertrages“ erblicken will. Dass aber die an den Gläubiger gerichtete Mitteilung der Uebernahme als gemeinsame Offerte der beiden Kontrahenten zu betrachten sei, scheint hier für die privative Uebernahme eher verneint zu werden, da auf die Genehmigungstheorie der deutschen Entwürfe verwiesen wird (S. 189); dagegen wird bei der kumulativen Uebernahme (sofern sie nicht als Vertrag zu Gunsten Dritter aufzufassen sei) das Klagerecht des Gläubigers davon abhängig gemacht, dass ihm von den Kontrahenten, mindestens aber von einem derselben der Beitritt zum Uebernahmevertrag offeriert und dieser „Vertragsantrag“ vom Gläubiger

¹⁹⁷⁾ R. G. 17 Nr. 22. Das Urteil nimmt auf die bekannten Ausführungen Dernburgs (in s. Pandekten) Bezug, ohne jedoch das Klagerecht so allgemein wie Dernburg anerkennen zu wollen.

¹⁹⁸⁾ Der I. Hilfssenat will sowohl diese Konstruktion als auch diejenige der Kollektivofferte gelten lassen: R. G. 7 Nr. 41. Für erstere auch der III. Sen.: R. G. 32 Nr. 40. Im Uebrigen soll mit Bezug auf die Praxis des Reichsgerichtes, welches das Klagerecht der Gläubiger immer mehr erleichterte, auf Staub's Kommentar zum D. H. G. B. 4. Aufl., §§ 12—14 zu Art. 22, sowie auf Fuchsberger's Entsch. (2. Aufl.) zum nämlichen Artikel verwiesen sein.

¹⁹⁹⁾ R. G. 19 Nr. 48. Die Uebernahme von Hypothekarschulden wird translativ aufgefasst.

angenommen werde, „worauf er als Mitkontrahent die Klage gegen den Schuldübernehmer erheben kann“ (S. 191). Dem Reichsgerichte ist jedenfalls beizustimmen, dass es mit allem Nachdruck den Anspruch des Gläubigers sowohl bei der privativen wie auch bei der kumulativen Uebernahme von einer vorherigen Mitteilung der Uebernahmeparteien abhängig macht: „... es kann nicht zugegeben werden, dass der Gläubiger die Zustimmung oder Genehmigung ohne weiteres wirksam erteilen könnte, wenn er auch nur zufällig von dem Vertrage Kenntnis erhalten hat. Es würde hiedurch in die Rechte und Interessen der Vertragschliessenden in nicht zu rechtfertigender Weise eingegriffen. Derartige Vereinbarungen zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer sind regelmässig Bestandteil eines anderweitigen zwischen denselben geschlossenen Vertragsverhältnisses, häufig eines Kaufvertrages, wobei der Käufer behufs gänzlicher oder teilweiser Tilgung des Kaufpreises den Eintritt in Schulden des Verkäufers verspricht. Den Vertragschliessenden muss freistehen, das zwischen ihnen bereigte Vertragsverhältnis zu ändern oder aufzuheben“ (S. 189). Demgegenüber stellte sich das O. L. G. Braunschweig in einem Erkenntnis vom 8. Juli 1898²⁰⁰⁾ auf den Standpunkt, dass der Gläubiger da, wo der Uebernehmer (kumulativ) auch ihm gegenüber verpflichtet sein will, ohne Offerte oder Mitteilung zugreifen könne, was bei der hypothekarischen Schuldübernahme als die Regel zu betrachten sei. Gerade dieses Uebernahmegereschäft verträgt aber wohl nur die reichsgerichtliche Behandlung; denn es ist nicht anzunehmen, dass der Schuldübernehmer sich dem Zugriff des Gläubigers unmittelbar auf den die Uebernahme enthaltenden Kaufvertrag hin aussetzen wolle, d. h. bevor der Verkäufer nur erfüllt (tradiert) hat.²⁰¹⁾ Wird nur eine interne

²⁰⁰⁾ S. A. 54 Nr. 8.

²⁰¹⁾ Aus diesem Grunde darf nach § 416 Abs. 2 D. B. G. B. der Veräußerer dem Gläubiger die Schuldübernahme erst mitteilen, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. — Eck verteidigt für die kumulative Uebernahme den unmittelbaren Rechtserwerb des Gläubigers (Iherings Jahrb. 35 S. 299).

Wirkung beabsichtigt, so verlangt auch das braunschweigische Gericht den auf Grund einer Offerte zu geschehenden Beitritt des Gläubigers für die Entstehung des Klagerechtes.

Mit der letzten Bearbeitung der Schuldübernahme-Theorie hat sich das Reichsgericht in der Hauptsache auf den Boden derjenigen Praxis gestellt, welche erklärt: ohne Mitwirkung des Gläubigers kein direktes Klagerecht! Warum aber bei der privativen Uebernahme die Genehmigungs-, bei der kumulativen dagegen die Angebotstheorie zutreffen soll, ist schwer einzusehen. Die ältern Gerichtserkenntnisse, die auf dem gleichen Standpunkte stehen, sprechen sich selten exakt darüber aus, in welcher rechtlichen Gestalt die Mitwirkung des Gläubigers sich vollziehen soll.²⁰²⁾ Am radikalsten räumt das O. A. G. zu Lübeck²⁰³⁾ in den mehrfach erwähnten Erkenntnissen vom 18. Januar und 10. Juni 1873 mit der gegenständigen Theorie und Praxis auf; es verwirft die Konstruktionen Delbrücks, Windscheids, Ungers und Bährs und geht sogar so weit, dass es ein praktisches Bedürfnis für das Klagerecht des Gläubigers aus der blossen Schuldübernahme überhaupt abstreitet. In seiner eigenen für den Fall der Uebernahme von Aktiven und Passiven eines Geschäftes aufgestellten Konstruktion kommt es aber nicht über den in der öffentlichen Bekanntmachung liegenden „obligatorischen Akt“ (des Uebernehmers gegenüber den Gläubigern) hinaus, den es indessen im Verlaufe der Begründung als eine vom Erwerber ausgehende Offerte an die Gläubiger betrachtet.

In der konstruktiven Behandlung der Schuldübernahme hat die Praxis, wie man sieht, nicht mehr Glück gehabt als die Theorie. Die Ansicht, dass die Schulden an dem veräusserten Vermögen haften und deshalb beim Erwerb eines

²⁰²⁾ In S. A. 7 Nr. 22 soll der Gläubiger als „Mitkontrahent“ beim Uebernahmevertrag konkurrieren; in S. A. 18 Nr. 128 ist er zum Vertrage „beizuziehen.“ Nach dem Entsch. des O. A. G. München v. 30. XI. 1866 (S. A. 21 Nr. 41) „acceptiert“ der Gläubiger die Willenserklärung des Uebernehmers, wodurch zwischen diesen Beiden ein selbständiger Vertrag zu Stande kommt. Ebenso das O. A. G. Berlin in S. A. 27 Nr. 17.

²⁰³⁾ S. A. 32 Nr. 219.

ganzen Vermögensinbegriffes auf den Erwerber kraft Rechtsnotwendigkeit übergehen, findet sich nur ganz ausnahmsweise angetönt (s. Note 191). Nicht einmal die Uebernahme ganzer Vermögen (Erbschaftskauf,²⁰⁴⁾ Schenkung eines Vermögens)²⁰⁵⁾ ist nach diesem Gesichtspunkte behandelt worden. Wo das Reichsgericht, der alten, von Delbrück geschilderten Praxis folgend, ein direktes Klagerecht aus dem Uebernahmevertrage einräumte, stellte es auf die vermutliche Parteiabsicht ab,²⁰⁶⁾ die für sich allein ein Klagerecht doch nur bei der Herbeiziehung der Verträge zu Gunsten Dritter zu schaffen vermag und deshalb eine ungenügende Grundlage für alle diejenigen darstellt, welche diese Verträge prinzipiell mit der Lehre von der Schuldübernahme nicht in Zusammenhang bringen wollen.

Auch in der Ausgestaltung des Details herrscht die grösste Verschiedenheit; doch würde es zu weit führen, das hier im einzelnen nachzuweisen. Es soll genügen, wenn folgende zwei Punkte noch hervorgehoben werden:

Als Auslegungsregel wurde mit Bezug auf die Frage, ob im Zweifel privative oder kumulative Uebernahme anzunehmen sei, eine Vermutung bald für die eine, bald für die andere Art aufgestellt;²⁰⁷⁾ indessen galt für die Uebernahme von Geschäftsschulden beim Erwerb einer kaufmännischen Handlung allgemein die Vermutung für kumulative Uebernahme, obschon daran kaum zu zweifeln ist, dass auch hier die Intention des Veräusserers doch wohl auf Befreiung von den übertragenen Schulden geht. Sobald man rechtsnotwendigen Schuldübergang annimmt, erklärt sich freilich sofort die kumulative Wirkung dieser Uebernahme, die mit der

²⁰⁴⁾ Siehe S. A. 7 Nr. 22; 44 Nr. 14.

²⁰⁵⁾ S. A. 36 Nr. 36.

²⁰⁶⁾ So R. G. 43 Nr. 47; 17 Nr. 22.

²⁰⁷⁾ a) Vermutung für kumulative Uebernahme: (Geschäftsübernahme:) S. A. 21 Nr. 39; 45 Nr. 9; R. O. H. G. 8 Nr. 27 u. a.; R. G. 19 Nr. 48; Bolze 14 Nr. 338; 16 Nr. 315; 20 Nr. 357; (Hypothekar. Schuldübernahme:) S. A. 54 Nr. 8; Bolze 1 Nr. 871; 5 Nr. 520; 7 Nr. 439.

b) Vermutung für privative Uebernahme: (Hypothekar. Uebern.:) S. A. 23 Nr. 120, R. G. 19 Nr. 48.

Absicht der Uebernahmekontrahenten nicht verwechselt werden sollte. Die freiwillige Schuldübernahme wird in den wenigsten Fällen als kumulative vereinbart werden, sie kann aber die beabsichtigte privative Wirkung nur mit Zustimmung des Gläubigers erlangen.

Ueber die Einreden, welche dem Uebernehmer gegenüber der Klage des Gläubigers eingeräumt werden dürfen, findet sich verhältnismässig wenig Material. Doch ist klar, dass sich der Ausschluss der aus dem Verhältnis zum Schuldner abgeleiteten Einreden für diejenigen Fälle von selbst ergiebt, in denen die Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer sich vollzieht.²⁰⁸⁾ Ebenso einleuchtend sollte aber die gegenteilige Annahme da sein, wo die Gerichte die Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter anwenden; gleichwohl werden bisweilen auch hier jene Einreden ausgeschlossen.²⁰⁹⁾ Das Reichsgericht unterscheidet in seinem Urteile vom 24. Mai 1894 zwischen der privativen und der kumulativen Uebernahme und versagt bei der ersten, nicht aber bei der zweiten Art die Einreden; bei der privativen Uebernahme müsse der Uebernehmer die Schuld so übernehmen wie sie gegen den Schuldner begründet gewesen sei; bei der kumulativen dagegen werde man nicht davon ausgehen können, dass der Uebernehmer sich dem Gläubiger gegenüber unbedingt (abstrakt) habe verpflichten wollen, wenn die Uebernahme bei Anlass eines zwischen Schuldner und Uebernehmer geschlossenen gegenseitigen (entgeltlichen) Vertrages mit dem Charakter des von dem Uebernehmer zu leistenden Aequivalentes erfolge.²¹⁰⁾ Ebenso gewährt das Reichsgericht die Einreden da, wo ein wirklicher Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt. Mit Recht hat Kipp die Begrün-

²⁰⁸⁾ So S. A. 21 Nr. 41.

²⁰⁹⁾ So S. A. 21 Nr. 39.

²¹⁰⁾ R. G. 33 Nr. 39 S. 188 u. 192. In R. G. 17 Nr. 22 ist die Frage offen gelassen worden. R. G. 43 Nr. 65 behandelt preussisches Recht. Der Ausschluss der Einreden wird hier darauf zurückgeführt, dass der Gläubiger das Klagerecht ohne Beitritt (*ex lege*) erwirbt; das Verhältnis zwischen Schuldner und Uebernehmer sei ihm deshalb ein absolut fremdes. — Vgl. noch das in Note 126 citierte zürch. Urteil.

dung des Ausschlusses der Einreden bei der privativen Uebernahme als unzureichend erklärt, weil es auch hier vollkommen möglich sei, dass der Uebernehmer die Last der Obligation nur als abhängig von der Gegenleistung übernehme.²¹¹⁾ Dass und warum Kipp doch zum gleichen Resultate wie das Reichsgericht kommt, ist früher ausgeführt worden (oben S. 336). Die Praxis kann offenbar auch in diesem Punkte zu der wünschbaren Gleichförmigkeit nur gelangen, wenn der Gesetzgeber ihr mit einer grundsätzlichen Normierung der Schuldübernahme an die Hand gehen wird.

C. In der Gesetzgebung.

Im allgemeinen verhielt sich die Gesetzgebung des vorigen Jahrhunderts unserem Stoffe gegenüber spröde. In grossen Gebieten wurde die Singularsuccession nur in der Gestalt der Cession anerkannt. Daneben aber erstunden insbesondere im Hypothekarrecht Aufgaben, welchen der Gesetzgeber nur gerecht werden konnte, wenn er entweder bei der Behandlung des Pfandrechtes oder aber im Obligationenrecht die Lehre von der Schuldübernahme zu Rate zog.

Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten anerkennt die Sondernachfolge in die Schuld in der Gestalt eines zwischen Gläubiger und Uebernehmer abzuschliessenden Successionsvertrages; es ist die in Teil I, 14 §§ 399 ff. behandelte Exposition, welche eine Novation der ursprünglichen Schuld nicht bewirkt.²¹²⁾ Als notwendige (kumulative) Schuldübernahme behandelt es die Fälle des Erbschaftskaufes und des Vitalienvertrages (I, 11 § 463, Anh. § 19 zu § 646).²¹³⁾ Die hypothekarische Schuldübernahme erfuhr eine ganz neue Bearbeitung in dem (preuss.)

²¹¹⁾ Iherings Jahrb. Bd 36, S. 362 f.

²¹²⁾ Vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht, 2. Bd. § 64 zu Note 6 u. 7; sowie R. G. 2 Nr. 72; Bolze 9 Nr. 393.

²¹³⁾ Vgl. Dernburg, a. a. O. § 65 zu Note 6. Die preuss. Praxis fügte die Schenkung eines Gesamtvermögens hinzu.

Gesetze über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 (§ 41). Hier wird dem Gläubiger ohne dessen Beitritt eine Klage gegen den Uebernehmer gewährt und der Veräußerer für befreit erklärt, wenn der Gläubiger nicht innerhalb eines Jahres von der Bekanntmachung bzw. von der Kündbarkeit an kündigt und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit klagt.

Auch für das österreichische allgemeine Gesetzbuch wird die novatorische Wirkung des Schuldnerwechsels geleugnet und eine wirkliche Schuldübernahme in dem Institut der „vollständigen Anweisung“ (§§ 1400 ff.) erblickt.²¹⁴⁾ Die Frage ist indessen bestritten;²¹⁵⁾ jedenfalls können die in Betracht kommenden Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuches nicht vorbildlich sein. Der Erbschaftskauf ist hier ebenfalls mit gesetzlichem (kumul.) Schuldübergang verknüpft (§§ 1278 u. 1282).

Das französische Civilgesetzbuch kennt nur die novatorische Schuldübernahme (Art. 1271, 1284);²¹⁶⁾ ebenso die bekannten Nachbildungen des Code civil, zu denen in diesen Punkten auch das eidg. Obligationenrecht gehört.

Auf römischem Boden steht hinsichtlich der externen Schuldübernahme auch das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, da es den Schuldnerwechsel als reine Novation behandelt (§§ 1003 u. 1005). Dagegen treffen wir hier eine gesetzliche Normierung des internen Schuldüber-

²¹⁴⁾ Menzel nimmt mit Gürgens sogar an, dass in keinem modernen Gesetzbuch die Sondernachfolge in Schulden so klar und bestimmt anerkannt erscheine wie hier (Grünhut's Zeitschr. Bd 11 S. 602). Auch Hasenöhrl, d. österr. Oblig. Recht (2. Bd 1890, S. 517 Note 23; S. 229 ff.), verteidigt diese Auffassung.

²¹⁵⁾ Unger (Schuldübernahme, S. 8) legt der Schuldübernahme der §§ 1344, 1345 u. 1407 Novationswirkung bei und hält die Assignation (§§ 1400 ff.) ihrem Wesen nach für völlig verschieden von der Schuldübernahme.

²¹⁶⁾ Die scheinbar abweichende Aeusserung Cromé's in seiner Bearbeitung des Zachariä von Lingenthal'schen Handbuches (8. Aufl.) S. 355 zu Note 11 bezieht sich lediglich auf die dem neuen Schuldner eingeräumte Einrede der Nichtigkeit oder Ungültigkeit der Novation.

nahmevertrages (§§ 1402—1408): Der Schuldübernehmer hat seinem Kontrahenten, dem Schuldner, gegenüber dafür zu haften, dass dieser vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird; er ist, wenn dies dennoch geschieht, zur Befreiung des Schuldners oder zum Schadenersatz verbunden. Die Uebernahme wirkt kumulativ und kann insofern zu einer externen werden, als der Gläubiger nach den im Gesetze über die Verträge zu Gunsten Dritter aufgestellten Grundsätzen (§ 854), bei der hypothekarischen Schuldübernahme durch seinen Beitritt, ein Klagerecht gegen den Uebernehmer erwerben kann. Dem letztern stehen alsdann die Einreden aus der Urschuld, nicht aber (so nach den Motiven)²¹⁷⁾ diejenigen aus dem Uebernahmevertrag zu Gebote.

Der hessische (Art. 322, 326 f.) und der Dresdener Entwurf (Art. 375 ff.) haben nur die novatorische Schuldübernahme anerkannt. Anders dagegen der bayrische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches vom Jahre 1861, welcher neben der Novation („Schuldumwandlung,“ Art. 197 ff.) die Schuldübernahme als Gegenstück der Cession ex professo normiert (Art. 159—163). Im Gegensatz zum sächsischen B. G. B. wird hier die Uebernahme privativ gedacht.²¹⁸⁾ Intern ist sie Befreiungsübernahme,²¹⁹⁾ nicht etwa blosses Erfüllungsversprechen. Externe Wirkung erlangt sie durch die Genehmigung des Gläubigers, die aber nur auf vorherige Mitteilung seitens des Schuldners oder Uebernehmers hin geschehen kann. Als konkludente Genehmigung wird

²¹⁷⁾ S. Siebenhaar, Kommentar z. d. B. G. B. (2., von Pöschmann bearbeitete Aufl. 1869) zu § 1405.

²¹⁸⁾ Die Motive (S. 103) sagen darüber: „Dass ihm (seil. dem Gläubiger) neben dem alten Schuldner ein neuer erwachse, wie mitunter angenommen worden ist, würde der Absicht und dem Zwecke des Rechtsgeschäftes offenbar zuwiderlaufen.“

²¹⁹⁾ Art. 159: „Eine Verbindlichkeit kann, ohne dass der Bestand des Schuldverhältnisses seinem Rechtstitel oder Inhalte nach geändert wird, durch Uebereinkunft des Schuldners mit einem andern auf diesen übertragen werden.“

Der Schuldübernehmer wird dadurch dem Schuldner verpflichtet, dessen Befreiung zu bewirken.“

ausdrücklich die vorbehaltlose Annahme von Zins- oder Kapitalzahlungen vom Schuldübernehmer, desgleichen Stundung oder Nachlass an den letztern und Klagerhebung gegen ihn hervorgehoben (Art. 160 Abs. 2). Die Genehmigung wirkt liberatorisch gegenüber dem Schuldner, obligatorisch gegenüber dem Uebernehmer. Die Nebenrechte dauern fort, ausgenommen die Bürgschaften und die auf dem Eigentum eines Dritten haftenden Pfandrechte (die auf dem Eigentum des Schuldners bestellten Pfandrechte erlöschen auch, wenn der Uebernehmer die Pfandsache nicht erwirbt). Dem Uebernehmer stehen die in seiner eigenen Person begründeten und die aus dem Schuldverhältnisse selbst entspringenden Einreden gegenüber den Gläubiger zu.

Auf dieser Grundlage fußt das gegenwärtige deutsche Reichsrecht. Die Motive zum ersten Entwurfe des D. B. G. B. (Bd 2 S. 142) leiten die Lehre von der Schuldübernahme mit folgenden, nicht als Phrasen aufzufassenden Worten ein: „Indem der Entwurf auch eine Sondernachfolge in die Schuld mit der Wirkung für rechtlich zulässig erklärt, dass an die Stelle des alten Schuldners ein neuer Schuldner unter wesentlicher Aufrechterhaltung der Identität des Schuldverhältnisses tritt, trägt er nicht minder, als durch Anerkennung der Sondernachfolge in die Forderung, einem lebhaft empfundenen Bedürfnisse des Verkehrs und ebenso häufigen als wichtigen Erscheinungen des Rechtslebens die gebührende Rechnung.“ Danach schien dem deutschen Gesetzgeber die Hauptaufgabe darin zu bestehen, eine richtige Lösung für die eigentliche Succession in die passive Seite der Obligation zu finden. Ihm ist denn auch der Schuldübernahmevertrag „auf unmittelbaren Uebergang der Schuld von dem alten Schuldner auf den neuen Schuldner gerichtet, nicht auf Begründung einer persönlichen Verpflichtung zur Schuldübernahme.“ Die interne Wirkung des Schuldübernahmevertrages tritt in zweite Linie. Zunächst wird also nur die translative Schuldübernahme ins Auge gefasst. Das ist ein Beweis dafür, dass der deutsche Gesetzgeber die kumulative Uebernahme ebenfalls als Ausnahme gegenüber der privativen betrachtete.

In § 314 des I. Entwurfes ist die alte Expromission in ein modernes Gewand gekleidet worden: sie kann ohne Novationswirkung den Schuldnerwechsel herbeiführen. Die Schuldübernahme soll aber (nach § 315) auch durch Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer erfolgen können, doch immer nur mit Genehmigung des Gläubigers. Diese Genehmigung wird von der vorgängigen Mitteilung des Schuldners oder des Uebernehmers abhängig gemacht. So ist im Zweifel die Uebereinkunft zu behandeln, nach welcher der Käufer in Anrechnung des Kaufpreises eine Schuld des Verkäufers übernimmt (§ 318). Während aber für die Regel der Uebernehmer dem Schuldner gegenüber (also intern) verpflichtet ist, die Genehmigung des Gläubigers zu verschaffen, so haftet in dem letztern Falle der Käufer nur dafür, dass der Verkäufer vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird (§ 318 Abs. 2). Die Nebenrechte der übertragenen Forderung bleiben bestehen, mit Ausnahme der Ansprüche aus einer von Dritten geleisteten Bürgschaft oder Verpfändung (es wäre denn, dass diese Intercessionen ohne Rücksicht auf die Person des bisherigen Schuldners stattgefunden hätten) (§ 317). Einreden aus dem Rechtsgrunde der zwischen ihm und dem Schuldner vereinbarten Schuldübernahme kann der Uebernehmer dem Gläubiger nicht entgegenhalten (§ 316). Neben der translativen Uebernahme erhält aber auch die Erfüllungsübernahme einen Platz im Entwurfe (§ 318); sie besteht darin, dass ein Dritter sich dem Schuldner verpflichtet, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken, und damit die Haftung dafür übernimmt, dass der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nimmt. Zum erstenmal wird sodann eine allgemeine Regelung der notwendigen (kumulativen) Schuldübernahme versucht. Nach § 319 soll nämlich derjenige, welcher durch Vertrag das ganze gegenwärtige Vermögen eines Andern übernimmt, den Gläubigern des letztern vom Vertragsschluss an für die zu dieser Zeit vorhandenen Schulden haften, jedoch nicht über den Wert des Aktivvermögens hinaus (§ 319).

In der zweiten Lesung ist die Erfüllungsübernahme von dem Zusammenhange mit der Schuldübernahme losgelöst

und in den „das Versprechen der Leistung an einen Dritten“ behandelnden Titel gestellt worden; dabei ist es geblieben: D. B. G. B. § 329. Aus der Erfüllungsübernahme soll der Gläubiger im Zweifel ein unmittelbares Recht gegen den Uebernehmer nicht erhalten.

Die hypothekarische Schuldübernahme wurde neu geordnet. Nach § 416 kann der Gläubiger die Uebernahme einer Hypothekarschuld nur genehmigen, wenn der Veräusserer sie ihm mitteilt. Im Interesse einer baldigen Befreiung des Veräusserers wird eine Vermutung für die Genehmigung des Schuldnerwechsels aufgestellt (die Genehmigung gilt als erteilt, wenn der Gläubiger sie innerhalb sechs Monaten seit dem Empfange der Mitteilung nicht verweigert hat). Zum Schutze des Uebernehmers wird vorgeschrieben, dass der Veräusserer dem Gläubiger die Schuldübernahme erst mitteilen dürfe, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sei.

Auch das Schicksal der Nebenrechte ist im Gesetze anders geregelt worden, als es der I. Entwurf vorsah. Nunmehr gilt als Grundsatz der Untergang aller Bürgschaften und Pfandrechte, wenn der Bürge oder derjenige, dem die Pfandsache zur Zeit der Uebernahme gehört, nicht in die Schuldübernahme einwilligt. Die mit der Forderung verbundenen Konkursprivilegien können im Konkurse des Uebernehmers ebenfalls nicht geltend gemacht werden.²²⁰⁾

In Uebereinstimmung mit dem Successionscharakter der Schuldübernahme werden dagegen die Einreden des Uebernehmers (in seinem Verhältnisse zum Gläubiger) in § 417 des Gesetzes behandelt, indem die Einwendungen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner mit Ausnahme der Kompensationseinrede zugelassen sind. Der Ausschluss der Einreden aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und

²²⁰⁾ Dass v. Blume sich entschieden gegen diese Behandlung der Nebenrechte ausgesprochen, ist früher schon angedeutet worden. (Novation etc. S. 128 ff.)

Uebernehmer zeigt, dass der Gesetzgeber auch den mit Genehmigung des Gläubigers zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Schuldübernahmevertrag als abstrakten Vertrag aufgefasst wissen will.

So ergiebt sich denn für das gegenwärtige deutsche Reichsrecht folgendes gesetzliche Schuldübernahmesystem:

1. Translativer Schuldübernahmevertrag zwischen Uebernehmer und Gläubiger, moderne Expromission (§ 414);
2. Translativer Schuldübernahmevertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer unter Genehmigung des Gläubigers (§ 415), (mit Modifikation für die hypothekarische Schuldsuccession [§ 416]);²²¹⁾
3. Notwendiger Schuldübergang bei der Veräußerung eines Vermögens, mit kumulativer Wirkung (§ 419);
4. Erfüllungsübernahme mit Präsumption gegen das direkte Klagerecht des Gläubigers (§ 329).

Bei Nr. 2 gilt die Erfüllungsübernahme²²²⁾ als zu vermutende interne Wirkung der Schuldübernahme sowohl für das erste Stadium des Geschäftes (vor der Genehmigung) als auch für den Fall der Verweigerung der Genehmigung; im Gegensatz zum I. Entwurfe ist der Uebernehmer nämlich nicht mehr zur Verschaffung der Genehmigung des Gläubigers (die ja nicht erzwungen werden kann), sondern nur zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet (§ 415 Abs. 3). Wenn die freiwillige kumulative Schuldübernahme im Gesetzbuche nicht zu finden ist, so bedeutet das natürlich nicht ihren Ausschluss; wenn also einmal den Parteien einfallen

²²¹⁾ Regelsberger hat im Anschluss an eine von Zimmermann eingeführte Terminologie vorgeschlagen, den ersten Vertrag als eingeschaltige, den zweiten als zweigliedrige Schuldübernahme zu bezeichnen. Iherings Jahrb. Bd 39, S. 468.

²²²⁾ Da das Gesetz dem Uebernehmer nicht die Pflicht zur Befreiung des Schuldners, sondern nur zur Befriedigung des Gläubigers ausspricht, geht es nicht wohl an, die interne Wirkung als Befreiungsübernahme zu behandeln, wie es Hellwig (Vertr. z. G. Dr. S. 189) und Cosack (Lehrb. des deutschen bürg. Rechts 1. Bd 3. Aufl. S. 386 Ziff. 7 b) thun. Vgl. v. Blume in Iherings Jahrb., Bd 39 S. 408.

sollte, dem Gläubiger einen zweiten Hauptschuldner zu verschaffen, so wird ihnen das D. B. G. B. nicht im Wege stehen.

Für den Handelsverkehr haben endlich die §§ 25 und 28 des neuen D. H. G. B. zwei sehr wichtige Fälle notwendiger Schuldübernahme geschaffen.

In der Schweiz hat die freiwillige Schuldübernahme als selbständiges Rechtsinstitut in keinem Kantone Eingang gefunden. Die vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht bestandenen kantonalen Gesetzgebungen behelfen sich mit der Novation oder mit der Anweisung. Dagegen sind in den einzelnen Hypothekarrechten die mannigfältigsten Variationen über das Schicksal der persönlichen Forderung bei der Veräußerung oder Zerstückelung des Grundpfandes zu treffen, die bisweilen unter den Begriff der Schuldübernahme gebracht werden können. Je nach dem Pfandrechtssystem (gemeinrechtliche [rein accessorische] Hypothek, Gültprinzip, gemischtes System) werden die Folgen der Veräußerung des belasteten Grundstückes nach vorwiegend obligationen- oder sachenrechtlichen Gesichtspunkten bestimmt; beim gemischten System findet sich vereinzelt eine obligatorische Verpflichtung des Erwerbers zur Uebernahme der Schulden (Glarus, Zürich), aber auch ein notwendiger Schuldübergang (Solothurn) vor; in Schaffhausen führt die Weigerung des Gläubigers, dem Schuldnerwechsel zuzustimmen, die Fälligkeit der Schuld herbei; Graubünden und Thurgau überlassen die Nachfolge in die persönliche Schuld der freien Vereinbarung der Parteien. Das interessante Detail über diese Frage hat Huber in seinem *Schweiz. Privatrecht* (Bd 3, S. 534—555) vollständig bearbeitet, weshalb hier einfach auf dessen Darstellung verwiesen sein soll.

Den notwendigen Schuldübergang sehen verschiedene Kantone beim Erbschaftskauf (Erbauskauf und Erbschaftskauf i. e. S.) vor (Zürich, Schaffhausen, Zug, Aargau, Bern, Luzern, Freiburg), wobei indessen nicht immer kumulative, sondern mitunter auch blosse Subsidiärhaft des Erbschaftsverkäufers eintritt; im Einzelnen ist auch hier auf die Ausführungen

Hubers zu verweisen (Schweiz. Privatrecht, Bd 2, S. 327 ff.). Dagegen wird die Uebertragung eines Vermögensinbegriffes mittelst Leibdings- (Leibzuchs-, Verpfändungs-) Vertrags nirgends mit der Wirkung der Universalsuccession ausgestattet. Zürich (§ 488) und mit ihm Schaffhausen (§ 1609) lehnt diese Wirkung ausdrücklich ab und verweist die Gläubiger auf das paulianische Anfechtungsrecht (§ 489, Schaffh. § 1609 Abs. 3). Besser sorgen Graubünden (§ 451 Ziff. 3) und Aargau (§ 967) für die Interessen der Gläubiger, indem sie die Genehmigung des Verpfändungsvertrages von der vorherigen Sicherstellung der Gläubiger des Pfrundnehmers abhängig machen. In Solothurn (alt § 1257, neu § 340) ist der Pfrundgeber obligatorisch verbunden, die im vorgängigen Aufgebotsverfahren (sog. Rechnungstag) angemeldeten Schulden des Pfrundnehmers zu übernehmen (soweit sie nicht etwa auf Liegenschaften haften, die der Letztere zurückbehält). Bemerkenswert ist eine Aeusserung Planta's, des Redaktors und Kommentators des bündnerischen Civilgesetzbuches, welcher die Uebertragung eines ganzen Vermögens auf den Pfrundgeber trotz der prinzipiell abweichenden Auffassung jenes Gesetzbuches (hinsichtlich der Wirkungen des Verpfändungsvertrages auf die Rechte des Gläubigers) der Universalsuccession gleichstellen will, mit der Begründung, dass unter „Vermögen“ nur die nach Abzug der Passiven übrigbleibende „Aktivität“ zu verstehen sei (Note 5 zu § 451). Das ist ein Gedanke, welcher (ob schon kaum richtig formuliert) in der Wissenschaft für die Begründung des notwendigen Schuldübergangs, bei Veräusserung von Vermögensinbegriffen, öfters ins Feld geführt worden ist.

Der Charakter der Universalsuccession zeigt sich aber ganz deutlich in den ehegüterrechtlichen Systemen der (von Huber so genannten) Eigentumseinheit (Hubers Schweiz. Privatrecht, Bd 1, S. 298) und der allgemeinen Gütergemeinschaft (ib., S. 301). Im ersten Falle bewirkt die Uebertragung des ganzen Frauenvermögens auf den Mann den notwendigen Uebergang der ehefräulichen Schulden; und im zweiten Güterstande hat das Gemeinschaftsvermögen für die

vorehelichen Schulden sowohl des Mannes als der Frau zu haften.

Endlich kommt in vielen Kantonen eine beschränkte notwendige Schuldübernahme bei der Nutzniessung vor. Fast überall hat der Nutzniesser die auf dem Niessbrauchsobjekte haftenden Lasten und Steuern zu tragen; entsprechend dem auf den Fruchtgenuss beschränkten Rechte, bezieht sich der notwendige Schuldübergang auch nur auf die Haft für die Zinsen und nicht für das auf dem Objekte haftende Kapital. Einzelne Kantone unterscheiden zwischen der Nutzniessung an einem ganzen Vermögen (oder einer Quote desselben) und derjenigen an einzelnen Sachen (oder Sachteilen). Bei der ersten Art geht die beschränkte Haft von Gesetzes wegen auf den Niessbraucher über, bei der zweiten ist der Wille der Konstituenten dafür massgebend, ob der Eigentümer oder der Nutzniesser die Hypothekarschulden zu verzinsen habe oder nicht. So Zürich (§ 296), Schaffhausen (§ 692) und die Kantone Waadt, Freiburg, Wallis und Tessin, welche die Bestimmungen des französ. Code civil (Art. 611—613) adoptiert haben. Vgl. Huber, a. a. O. Bd 3, S. 403 ff.

Dass da, wo vertragliche Erbeinsetzungen oder sog. lebzeitige Erbteilungen vorkommen, die Folgen der Universal-succession eintreten, ist selbstverständlich.

Der vom eidgen. Justiz- und Polizei-Departement herausgegebene Vorentwurf für ein schweizerisches Civilgesetzbuch enthält über die freiwillige Schuldübernahme gar keine Bestimmungen. Der notwendige Schuldübergang findet sich, abgesehen von der Grundlast und der als solcher behandelten Gült (§§ 786 und 833), nur vorgeschrieben bei der ehelichen Gütergemeinschaft mit Bezug auf die Haftung für die vorehelichen Schulden (§249) und — mit Beschränkung auf die Zinslast — bei der Nutzniessung (§§ 759 f.). Beim Erbschaftskauf wird die Schuldübernahme der freien Partei vereinbarung überlassen (§ 642), gerade wie beim Wechsel des Eigentums an einem mit einer Grundpfandverschreibung oder einem Schuldbrief belasteten Grundstücke (§§ 820 und 828).

II. Welche Stellung soll der schweizerische Gesetzgeber einnehmen?

Liessen sich die aus der Uebernahme fremder Schulden entspringenden Rechtsverhältnisse ohne Schwierigkeit nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Obligationenrechtes beurteilen, so dürfte es sich kaum der Mühe verlohnen, aus der Schuldübernahme ein selbständiges gesetzlich anerkanntes Institut zu machen. Dem ist aber nicht so. Schon mit Bezug auf die verschiedenen Uebernahme-Arten bietet die Frage nach dem präsumptiven Parteiwillen dem Richter Schwierigkeiten, über die das Obligationenrecht keinerlei Auskunft giebt. Dann aber hat sich gezeigt, dass die verschiedenen Wirkungen der Schuldübernahme (nach den drei möglichen Seiten) eine eigene Regelung nötig haben und unter einem einheitlichen Gesichtspunkte zusammenzufassen sind, indem hiefür nicht nur theoretische, sondern auch praktische Gründe sprechen. Gerade wenn man mit dem Vorentwurf zu einem Schweiz. Civilgesetzbuch in verschiedenen Fällen auf die freiwillige Schuldübernahme verweisen will, wo bisher gesetzliche Spezialbestimmungen die Uebernahme geregelt haben, dürfte es sich empfehlen, ins Obligationenrecht einige gemeinschaftliche Grundsätze über die Schuldübernahme aufzunehmen. Es wäre sonst, wie in der Einleitung schon angedeutet, zu befürchten, dass bei uns derselbe unerquickliche Zustand in der Rechtsprechung eintreten würde, der in Deutschland vor der Kodifikation des Schuldübernahmerechtes geherrscht hat.

Das geltende Obligationenrecht ignoriert die Sondernachfolge in die Schuld vollständig. Es weiss weder etwas von der Schuldübernahme^{222a)}, noch von der Befreiungs- oder der Erfüllungsübernahme. Der Fick'sche und der Kommissional-Entwurf hatten (in Art. 29) wenigstens die Erfüllungsübernahme regeln wollen. Indem dabei dem Gläubiger in allen Fällen ein direktes Klagerecht eingeräumt wurde, das ganz unabhängig von der Willensmeinung und von irgend welcher

^{222a)} obschon dieser Ausdruck in Art. 37 so verwendet wird, als ob damit auf ein gesetzlich normiertes Institut hingewiesen würde.

Mitteilung der Kontrahenten unmittelbar aus dem die Erfüllungsübernahme enthaltenden Vertrage entstehen sollte, gingen die Entwürfe allerdings zu weit, was auch E. Vogt in seiner Kritik (S. 89) damals gleich hervorhob. Wie früher schon (oben S. 320) bemerkt wurde, ist es inkonsequent, den Parteien, welche eine Verpflichtung nur *inter partes* statuieren wollen, von Gesetzes wegen die Absicht zu unterschieben, dass dem Gläubiger aus ihrem Vertrage ein unmittelbares Klagerecht gegen den Erfüllungsübernehmer entspringen solle.

Nach dem Buchstaben des Gesetzes wäre heute in der Schweiz ein Schuldnerwechsel nur auf dem Wege der Novation möglich,²²³⁾ denn nach Art. 142 Ziff. 2 O. R. ist Novation vorhanden, wenn ein neuer Schuldner mit Befreiung des früheren Schuldners an dessen Stelle tritt. Sollte das wirklich so aufgefasst werden müssen, dass jedesmal dann, wenn eine privative Schuldübernahme vollzogen wird, die alte Obligation erlischt, so hätten wir das merkwürdige Phänomen einer gesetzlich vermuteten Novation vor uns.²²⁴⁾ Und doch soll ja die Neuerung nicht präsumiert werden! Man braucht nur an die zahlreichen Fälle privativer Schuldübernahme zu denken, die im täglichen Verkehre vorkommen, um sogleich zu erkennen, dass in einer Menge von Geschäften der Wille der Parteien gerade darauf gerichtet ist, das alte Forderungsrecht in allen Teilen unverändert fortbestehen zu lassen. Nach dem Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge muss es indessen den Parteien auch bei uns unbenommen sein, einen Schuldnerwechsel, mit Forterhaltung des Bestandes der alten

²²³⁾ Auf diesen rigorosen Standpunkt hat sich in der That das zürch. Kassationsgericht in einer Entsch. v. 8. Mai 1893 gestellt: Schweiz. Bl. für handelsr. Entsch. Bd 12 S. 159 Erw. 1. Die auf S. 161 ibidem dagegen geführte Polemik geht ihrerseits zu weit, wenn sie als Normalfall der Schuldübernahme die kumulative Uebernahme aufstellt; die alte Delbrück'sche Theorie, die hier (und zum zweiten Male in dem im gleichen Jahrgang der erwähnten Zeitschrift, S. 277 Erw. 1 abgedruckten Falle) verwertet wurde, hat das wohl verschuldet.

²²⁴⁾ Vgl. hierüber auch die interessanten Ausführungen Coviello's im Arch. giur. Bd 57 S. 194 ff.

Forderung zu vereinbaren.²²⁵⁾ Auf welch' gebrechlichen Füssen unsere direkt vom französischen Civilgesetzbuch herübergenommene Novationslehre überhaupt steht, hat Coviello²²⁶⁾ dogmengeschichtlich überzeugend nachgewiesen. (Darauf, dass die Ziff. 3 des Art. 142 dem Wortlaute nach den Fall der Cession umfasst, obschon doch bei dieser von Novation keine Rede ist, hat Hafner in seinem Kommentare (Note 4) aufmerksam gemacht.)²²⁷⁾ Man wird geradezu sagen dürfen, dass die liberatorische Wirkung der privativen Schuldübernahme nicht als Novation behandelt werden dürfe, wenn die Parteien den Untergang der alten Forderung mit all ihren Einreden und Nebenrechten nicht klar erkennbar beabsichtigt haben. In diesem Sinne hat Art. 143 O. R. seine Berechtigung.

Da die Novation auf die Vernichtung,²²⁸⁾ die Schuldübernahme aber auf die Erhaltung der Obligation ausgeht, so ist die Anwendung von Grundsätzen, die der Neuerungslehre angehören, für die Behandlung der Schuldübernahme allerdings ausgeschlossen. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Novation ganz aus dem Gesetze gestrichen werden müsse, wie es in Deutschland geschehen ist (vgl. Unger, Schuldübernahme, Note 30). Einer Revision sollte sie immerhin unterzogen werden.

Man könnte nun daran denken, die „Anweisung“ der Art. 406—413 für unsere Lehre heranzuziehen. Das geht aber ebenfalls nicht. Die Anweisung ist ein Anwendungsfall des Mandatvertrages. Die Schuldübernahme beruht wohl selten auf einem Mandate; in den allerhäufigsten Fällen ist sie die Gegenleistung, die in einem synallagmatischen Vertrage ver-

²²⁵⁾ So auch Gömöry, Vertr. z. G. Dr. S. 115.

²²⁶⁾ a. a. O. S. 195 ff.

²²⁷⁾ Die entsprechende Bestimmung des Code civil (Art 1271 Ziff. 3) lässt diese fatale Auslegung allerdings nicht zu, denn hier wird die Begründung einer neuen selbständigen Obligation vorausgesetzt („lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement [ital.: in forza d'una nuova obbligazione], un nouveau créancier est substitué à l'ancien“ u. s. w.). Man hat also beim Abschreiben etwas vergessen!

²²⁸⁾ Die Novation ist nach S. O. R. nur als Tilgungsgrund anerkannt; andere Funktionen werden ihr nicht zugewiesen. Daher hat die sog. titulierte Novation, sofern sie als Singulärsuccession gelten soll, hier keinen Raum.

sprochen wird. Die Verpflichtung des Angewiesenen besteht in der Zahlung einer bestimmten Geldsumme an den Anweisungsempfänger (Art 406), sofern überhaupt die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung gegeben sind (Art. 410). Bei der Anweisung könnte also allerhöchstens von einer Art Zahlungsübernahme gesprochen werden, niemals aber ist davon die Rede, dass der Angewiesene einfach die Befreiung oder gar die Schuld des Anweisenden übernehme. Nicht gerade notwendig war daher der Vorbehalt betreffend die hypothekarische Schuldübernahme in Art. 414.²²⁹⁾

Dass die Konstruktion der Verträge zu Gunsten Drittter mit dem Wesen der Schuldübernahme in Widerspruch gerät, dürfte kaum mehr zu bestreiten sein; sie schafft einen neuen Schuldgrund und verleugnet so den Successionscharakter der Uebernahme. Das gilt sowohl für das privative als auch für das kumulative Geschäft. Wollte man aber auch für das letztere die Anwendbarkeit des Art. 128 Obl.-R. zugeben,²³⁰⁾ so wäre damit noch sehr wenig gewonnen, weil die freiwillige kumulative Schuldübernahme zu den Seltenheiten gehört, die privative als die Regel zu betrachten ist.

Es bleibt die Angebotstheorie. Soweit sie in dem Uebernahmevertrage (zwischen Schuldner und Uebernehmer) selber eine (kollektive) Offerte zum Schuldnerwechsel erblickt,²³¹⁾ ist sie unhaltbar. Jener Vertrag kann höchstens eine Verpflichtung zur Stellung eines Angebotes an den Gläubiger begründen. Darüber aber, wie das Verhältnis des Gläubigers zu den Uebernahmekontrahenten da zu beurteilen sei, wo aus den Vereinbarungen der letztern jene Verpflichtung nicht entnommen werden kann, giebt das Obl.-R. keine Aus-

²²⁹⁾ Einzelne Kantone reden zwar von der Anweisung hypothekarischer Schulden; diese „Anweisung“ bedeutet aber nichts als Schuldüberbindung und hat mit dem Institut der Art. 406 ff. gar nichts zu schaffen.

²³⁰⁾ Wie es Gömöry (a. a. O. S. 108 f.) thut. Dagegen verwirft er diese Konstruktion ebenfalls und unbedingt für die privative Uebernahme (S. 112).

²³¹⁾ So will Gömöry (a. a. O. S. 112) vom Standpunkt des S. O. R. aus in jeder privativen Schuldübernahme eine Kollektivofferte an den Gläubiger sehen

kunft. Nimmt man eine Vermutung für den Angebotswillen der beiden Parteien an, so entsteht die neue Schwierigkeit, dass die nackte Anwendung der Offertentheorie unseres Obl.-R. gerade auf die wichtigsten Uebernahmefälle den Verhältnissen nicht gerecht wird. Der Offerent hat hier in der Regel kein Interesse daran, dass der Oblat sich umgehend entschliesse, und umgekehrt ist dem Gläubiger häufig an der Gebundenheit des Offerenten wenig gelegen, da seine wirtschaftliche Stellung bei der Annahme des angebotenen Schuldnerwechsels ja nicht verändert werden soll. Ueberdies erklärt die Angebotstheorie nur das Zustandekommen der Schuldsuccession, versagt also ihre Dienste bei der blossen Befreiungs- und bei der kumulativen Schuldübernahme.

Ueber die Hauptpunkte, auf deren glückliche legislatorische Lösung es der Praxis ankommt, giebt also das gegenwärtige Obligationenrecht keinen befriedigenden Aufschluss.

Für den eidgenössischen Gesetzgeber dürfte daher genügende Veranlassung vorliegen, der von uns behandelten Frage näher zu treten. Vom Standpunkte des praktischen Bedürfnisses aus wäre etwa folgendes Programm aufzustellen:

Es ist zu untersuchen,

1. ob es sich nicht rechtfertigt, mit Rücksicht darauf, dass die Schuldübernahme regelmässig mit einem synallagmatischen Veräußerungsgeschäfte (Kauf, Tausch) verknüpft ist und deshalb im Verkehre mit einer gewissen Gleichförmigkeit auftritt, eine gesetzliche Auslegungsregel für den normalen Inhalt des zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Uebernahmegeschäftes aufzustellen;

2. welches als der zu vermutende Inhalt der Uebernahme-Obligation zu bezeichnen sei;

3. welche Voraussetzungen an die Entstehung des direkten Klagerechtes des Gläubigers zu knüpfen seien;

4. ob nicht in bestimmten Fällen eine Vermutung für oder gegen die Zustimmung des Gläubigers und für die Befreiung des ursprünglichen Schuldners aufgestellt werden solle;

5. welche Folgen für die Accessorien der Obligation mit der Schuldübernahme zu verknüpfen seien;

6. welche Einreden dem Uebernehmer gegenüber dem Anspruche des Gläubigers einzuräumen seien;

7. ob nicht die notwendige Schuldübertragung allgemein für die Veräusserung eines Vermögensinbegriffes (nach dem Vorbilde des § 419 D. B. G. B.) oder doch für einzelne Fälle eingeführt werden soll.

Als Beitrag zur Lösung dieser Fragen sollen folgende kurzen Bemerkungen dienen, in der Meinung, dass damit lediglich der Anfang für eine weitere, gründlichere Diskussion gemacht sei.

Zu 1. Die Parteien bedienen sich der mannigfachsten Ausdrücke und Formen, um ein und dasselbe Schuldübernahmegeschäft abzuschliessen. Eine gesetzliche Interpretationsregel würde daher die gleichförmige richterliche Behandlung desselben sehr wesentlich fördern. Die Praxis hat in der Auslegung des Geschäftswillens bei der Schuldübernahme so grosse Sprünge gemacht, dass die Aufstellung einer gesetzlichen Regel sehr wünschbar erscheint.

Zu 2. Abzulehnen ist von vornherein die Vermutung für kumulative Schuldübernahme. Als Regel ist vielmehr anzunehmen, dass der Wille der Parteien auf eine Ueberwälzung der Schuld gerichtet ist. Das trifft insbesondere auch da zu, wo der Uebernehmer in ein dauerndes Kreditverhältnis zum Gläubiger eintreten soll, wie es bei der Geschäftsübernahme und dem Erwerb einer hypothekarisch belasteten Liegenschaft Regel ist. Die Vermutung spricht also für privative, präziser ausgedrückt, für translative Schuldübernahme. Als Schuldübernahmevertrag ist (entsprechend der Auffassung des Verkehrs) der auf die Uebertragung der Schuld gerichtete Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer anzusehen und von dem die Succession herbeiführenden Akte zu unterscheiden. Die Verpflichtung des Uebernehmers besteht jedenfalls in der Befreiung des Schuldners von der übernommenen Schuld; der translative Charakter der Uebernahme bedingt aber noch die weitere Verpflichtung, dem dazu bereiten Gläu-

biger gegenüber auf Verlangen des Schuldners die Succession in die Schuld zu vollziehen, bzw. vollziehen zu lassen, um so die bezweckte Befreiung des Schuldners herbeizuführen. Da der Uebernehmer jedoch durch diesen Successionsakt die vollständige Erfüllung seiner Uebernahmeverpflichtung bewirkt, ist ihm zu gestatten, die Mitwirkung zu demselben so lange zu verweigern, bis der Schuldner seinerseits die Verpflichtungen aus dem synallagmatischen Vertrage, dessen Bestandteil die Schuldübernahmevereinbarung ist, erfüllt hat. So lange der Gläubiger die Zustimmung zum Schuldnerwechsel versagt, bleibt es bei der internen Wirkung des Uebernahmevertrages, d. h. also bei der Verpflichtung des Uebernehmers den Schuldner rechtzeitig zu befreien, m. a. W. dafür zu sorgen, dass der Schuldner vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird. Ergiebt sich, dass es den Kontrahenten nicht um eine externe Wirkung zu thun war, so liegt überhaupt nur eine Befreiungsübernahme vor, die nach der Wahl des Uebernehmers durch Expromission gegenüber dem Gläubiger zur Schuldsuccession führen kann. Dass diese Uebernahmeart aber die Regel sei, kann bei den Veräusserungsgeschäfte innerwohnenden translativen Tendenz nicht wohl angenommen werden.

Zu 3. Hier kann nur die Lostrennung der notwendigen von der freiwilligen Schuldübernahme zu einem befriedigenden Resultate führen. Da, wo den Kontrahenten volle Freiheit gelassen wird, wie bei der freiwilligen Uebernahme, muss es folgerichtig ihrer Willkür überlassen werden, die Bedingungen für die Entstehung des direkten Klagerechtes des Gläubigers zu setzen. Im Zweifel wird man der Argumentation des Reichsgerichtes (Entsch. Bd. 33 Nr. 39, siehe oben S. 365) folgend den Zugriff des Gläubigers von einer vorherigen, den Schuldnerwechsel offerierenden Kundgebung der Uebernahmeparteien abhängig machen müssen. Diese Kundgebung ist als das gemeinsame Angebot der Parteien zu betrachten, mittelst dessen sie dem Gläubiger den Schuldnerwechsel offerieren, um so die zum Vollzug der Sondernachfolge un-

entbehrliche Zustimmung zu erhalten. Als die blosse Mitteilung vom Abschluss des Uebernahmevertrages kann sie richtigerweise nicht aufgefasst werden, denn die Thatsache, dass die Parteien einen Schuldnerwechsel vereinbart haben, ist dem Gläubiger gegenüber absolut wirkungslos und deshalb für ihn durchaus gleichgültig. Die Genehmigungs- (Verfügungs-) Theorie ist daher nicht zu acceptieren. Bis die Zustimmung des Gläubigers erfolgt ist, muss es den Uebernahmeparteien frei stehen, die Uebernahme rückgängig zu machen. Die neueste Theorie, nach welcher die Succession nur durch Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer bewerkstelligt werden kann, schiesst übers Ziel hinaus. Das Schuldübernahmegeschäft zwischen Schuldner und Uebernehmer ist mehr als nur die Veranlassung zu einem von ihr zu scheidenden Schuldsuccessionsvertrag; der Schuldnerwechsel ruht in den normalen Fällen ganz auf dem Schuldübernahmegeschäft. Ueber den Zeitpunkt, von welchem an die Succession dem Uebernehmer gegenüber wirken soll, entscheidet der Wille der Uebernahmeparteien.

Ganz anders verhält es sich bei der notwendigen Uebernahme; siehe unter Ziff. 7.

Zu 4. Für die gewöhnlichen Fälle der vertraglichen Schuldübernahme scheint die Aufstellung irgend einer Vermutung für die Zustimmung des Gläubigers kaum notwendig, da die Parteien es in ihrer Hand haben, dem Gläubiger Fristen für die Abgabe einer bestimmt gearteten Erklärung anzusetzen. Nach den allgemeinen Regeln über die Bedeutung des Stillschweigens zu einer Offerte müsste letzteres im Zweifel als Verweigerung gelten. Doch fragt es sich, ob nicht für die hypothekarische Schuldübernahme eine gegenteilige Vermutung, wie sie § 416 D. B. G. B. aufstellt, am Platze sei und ob hier überhaupt nicht vom Gesetze eine Lösung der persönlichen Schuldverhältnisse durch zwingende Vorschriften anzuordnen sei. Im Interesse der Vereinigung von persönlicher Schuldpflicht und Pfandeigentum dürfte es sich in der That empfehlen, wenigstens das Stillschweigen des Gläubigers auf die

an ihn ergangene Offerte hin nach dem Ablaufe einer gewissen Zeit gesetzlich als Zustimmung zum Schuldnerwechsel auszulegen; ob daneben noch ein Zwang zur Liquidation auszusprechen sei, wie es z. B. diejenigen Kantone thun, die dem Gläubiger aufgeben, bei Verlust seines persönlichen Anspruches gegenüber dem ursprünglichen Schuldner die Forderung innerhalb einer bestimmten Frist beim letztern einzutreiben, ist eine Frage, die so enge mit dem Hypothekarrecht und -Kredit zusammenhängt, dass hier nicht wohl darauf eingetreten werden kann. Bekanntlich will v. Blume die hypothekarische Schuldübernahme zur rechtsnotwendigen machen. Bei der rein accessorischen Natur, welche der Grundpfandverschreibung und auch dem Schuldbriefe nach dem Vorentwurfe zukommen soll, würde sich eine derartige Behandlung für den unverändert gedachten Entwurf kaum rechtfertigen. Das Gebiet für die notwendige Uebernahme ist hier die Gült.

Da nach unserer Auffassung die vertragliche Schuldübernahme regelmässig privativen Charakter hat, so brauchen besondere Auslegungsregeln hinsichtlich der Frage, ob der alte Schuldner als liberiert zu halten sei, nicht aufgestellt zu werden, denn diese Frage fällt notwendigerweise zusammen mit der eben berührten Behandlung der Zustimmung des Gläubigers zum Schuldnerwechsel. Bei der kumulativen Uebernahme bedeutet die Entlassung des alten Schuldners einen Verzicht auf dessen Korrealschuldnerschaft; sie könnte daher jedenfalls aus der blossen Annahme von Zahlungen seitens des hinzugetretenen zweiten Schuldners nicht gefolgert werden. Anders liegt die Sache bei der translativen Schuldübernahme. Hier kann in der Annahme von Zahlungen, welche der Uebernehmer dem Gläubiger macht, eine Zustimmung zum Schuldnerwechsel liegen und diese Annahme ist jedenfalls da gerechtfertigt, wo dem Gläubiger bekannt ist, dass der Uebernehmer die Zahlung für eigene Rechnung leisten will; hier hat der Gläubiger doch wohl die Pflicht, es dem Uebernehmer ausdrücklich zu erklären, wenn er mit der Annahme der Zahlung den Schuldnerwechsel nicht anerkennen will, denn die Uebernahmeparteien haben ein Recht darauf, dass der Gläubiger sich

bei solcher Gelegenheit entscheide. Hierauf beruht wohl die in jüngster Zeit angefochtene alte Praxis des Zürch. Obergerichtes,²³²⁾ sowie die früher erwähnte Auslegungsregel des bayrischen Entwurfes (Art. 160 Abs. 2).

Zu 5. Die Accessorien einer Forderung sind zwar mit dieser nicht so unzertrennlich verbunden, dass die Succession in das Schuldverhältnis notwendig auch die Succession in seine Accessorien zur Folge haben müsste; allein es wird doch als regelmässige Willensmeinung bei der Schuldübernahme anzusehen sein, dass der Schuldnerwechsel eine Aufhebung der Nebenrechte (bezw. -Pflichten) nicht zur Folge haben soll; bei gegenteiliger Meinung wäre dem Gläubiger (ohne gleichzeitigen Ersatz) die Zustimmung zum Schuldnerwechsel doch schwerlich zuzumuten. Accessorien, welche nur um der persönlichen Individualität des Schuldners willen begründet wurden, können natürlich ebenso wenig übertragen werden, wie die von der Person des Debtors nicht zu trennenden Hauptschulden (Art. 77 Obl.-R.) oder die vermöge der besondern Natur des Rechtsverhältnisses nicht cedierbaren Forderungen (ib. Art. 183). Nach diesem Gesichtspunkte dürfte zu entscheiden sein, ob im konkreten Falle die Bürgschaften und die von Dritten für den Schuldner konstituierten Pfandrechte der übertragenen Hauptforderung folgen oder nicht. Soweit die Konkursprivilegien mit der Person des Gläubigers und nicht mit derjenigen des Schuldners zusammenhängen, wäre ihr Ausschluss gegenüber dem Uebernehmer nicht zu rechtfertigen.

Zu 6. Als Regel dürfte der Uebergang der mit der Forderung und nicht mit der Individualität des Schuldners zusammenhängenden Einreden aufgestellt werden, in der Meinung jedoch, dass bei den sog. rechtsverfolgenden Einreden jeweilen zu untersuchen wäre, ob deren Geltendmachung dem Uebernehmer mit Rücksicht auf die dadurch beeinflussten Rechte des Schuldners überlassen werden dürfe. Für die Regel ist dem

²³²⁾ S. Schneider's Komm.²³²⁾ zum privatrechtl. Gesetzb. d. Kts. Zürich, Note 3 zu § 363.

Uebernehmer die aus dem Rechte des Schuldners abgeleitete Kompensationseinrede zu versagen.

Die Nachfolge in die Schuld ruht mit Ausnahme des Falles der selbständigen Expromission stets auf dem zwischen Schuldner und Uebernehmer abgeschlossenen Uebernahmevertrage. Der Uebernehmer will dem Schuldner gegenüber keine abstrakte Haftung für die übernommene Schuld übernehmen. Dem Gläubiger, welcher den angebotenen Schuldnerwechsel annimmt, muss ebenfalls bekannt sein, dass die Haft des Uebernehmers kausal gemeint ist. Daher ist es nicht richtig, die Schuldübernahme in ihrer regelmässigen Gestalt zu einem abstrakten Geschäfte zu machen. Vielmehr ist daran festzuhalten, dass die Succession in die Schuld von der Rechtsbeständigkeit des Uebernahmevertrages, dem der Gläubiger mit seiner Zustimmung beigetreten ist, abhängig ist, dass also die nachträgliche Aufhebung des Uebernahmevertrages bzw. des Veräusserungsvertrages, dessen Bestandteil derselbe ist, auch die Schulpflicht des Uebernehmers aufhebt. Dagegen sind alle Einreden, welche nicht gegen den Bestand der Uebernahme-Vereinbarung, sondern gegen das übrige der Uebernahme zu Grunde liegende Vertragsverhältnis zwischen Schuldner und Uebernehmer gerichtet sind (wie z. B. der einredeweise geltend gemachte Kaufminderungsanspruch), auszuschliessen. Zu empfehlen wäre die Aufstellung einer ausdrücklichen Bestimmung des Inhaltes, dass im Falle der Aufhebung des Uebernahmevertrages die Schulpflicht des alten Schuldners wieder auflebe. Auf diese Weise würden die Rechte des Gläubigers durch die Zulassung der Einreden gegen die Gültigkeit des Uebernahmevertrages in keiner Weise verletzt.

Zu 7. Unter Verweisung auf die frühere Darstellung der notwendigen (gesetzlichen) Schuldübernahme möchten wir uns in der That den Vorschlag erlauben, den rechtsnotwendigen Schuldübergang (aus den dort hervorgehobenen praktischen Gründen) für die Uebernahme eines Vermögens oder einer Vermögensquote allgemein vorzuschreiben und dabei den Gläubigern ein unmittelbar auf den Vermögenserwerb be-

gründetes Forderungsrecht unter zeitlich (vielleicht auf zwei Jahre) beschränkter korrealer Forthaftung des Veräusserers gegen den Uebernehmer einzuräumen. Die Haftung des letztern wäre dabei auf den Bestand des übernommenen Vermögens zu beschränken, gleichzeitig aber als *jus cogens* zu behandeln.

Endlich dürfte sich im Anschlusse hieran noch eine spezielle Behandlung der Uebernahme eines kaufmännischen Geschäftes rechtfertigen. Auch hier liegt ein dringendes praktisches Bedürfnis für die Einräumung eines unmittelbaren (kumulativen) Klagerechtes gegen den Geschäftsübernehmer vor. Entsprechend dem in Deutschland vielfach konstatierten Handelsgewohnheitsrechte und der bei uns ebenso bestehenden Handelsauffassung wäre die notwendige Haftung überall da vorzuschreiben, wo der Erwerber die Uebernahme mit den Aktiven und Passiven des früheren Geschäftes (sei es im Handelsregister allein oder auch noch durch Cirkulare oder Inserate o. ä.) bekannt giebt (vgl. neues D. H. G. B. § 25 Abs. 3); ja es dürfte sich fragen, ob man nicht nach dem Vorschlage Staub's (Komm. z. D. H. G. B., 4. Aufl. Art. 22, § 13 a. E.) so weit gehen sollte, diese Haftung schon da zu statuieren, wo die Geschäftsübernahme veröffentlicht wird, ohne dass dabei die Nichtübernahme der Passiven zu ersehen ist. Die Haftung des Veräusserers wäre einer kurzen (etwa zweijährigen) Verjährung zu unterwerfen.

Nach dem Vorbilde des neuen deutschen Handelsgesetzbuches wäre ferner eine in der Praxis empfundene Lücke durch Herübernahme des § 28 jenes Gesetzbuches auszufüllen. Diese Bestimmung könnte (natürlich ohne den für uns nicht passenden Zwischensatz „auch wenn sie die frühere Firma nicht fortführt“) vor oder nach Art. 565 des geltenden Obligationenrechtes eingefügt werden.

Die Accessorien und Einreden sind bei der notwendigen (kumulativen) Uebernahme im Wesentlichen gleich zu beurteilen wie bei der freiwilligen Uebernahme; es könnte daher in diesem Punkte einfach auf die entsprechenden, für die letztere aufgestellten Bestimmungen verwiesen werden.

