

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: 44 (1925)

Artikel: Die "Clausula" und die "Aufwertung" nach schweizerischem Recht

Autor: Fick, Fritz

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895899>

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: 08.02.2026

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

Druckfehlerberichtigung.

Infolge eines bedauerlichen Versehens sind bei der Drucklegung des letzten Heftes im Aufsätze von Dr. F. Fick „Die Clausula etc.“ einige Fehler stehen geblieben. Die Leser werden gebeten, die Verbesserungen selbst vorzunehmen. Nur die sinnstörenden Stellen seien hier noch besonders erwähnt:

Pag. 220 Zeilen 22 und 23 von oben fällt der ganze Satz „Widersinn“ bis „könnte“ weg.

Pag. 221 drittunterste Zeile lies: Zweckes statt Zweck.

Pag. 222 Zeilen 28 und 29 von oben fällt „act. 31“ bis „500 Kronen“ weg.

Die „Clausula“ und die „Aufwertung“ nach schweizerischem Recht.

Von Dr. FRITZ FICK, Rechtsanwalt, Zürich.

Obwohl A. Siegwart vor noch nicht allzulanger Zeit in der „Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg zur 59. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins, 29./30. September 1924,“ in einem Aufsatz „Der Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweizerischen Gerichte seit dem Kriege“, sowie Hans Müller und E. Barth in ihren Referaten über „Die Einwirkung der Währung auf die privatrechtlichen Verhältnisse“ („de l'influence du change sur les rapports du droit privé“) am gleichen Juristentage die zu erörternde Frage eingehend behandelt haben, wage ich es, schon jetzt — im 2. Heft des Jahrgangs 1925 der Z.f.schweiz.Recht — nochmals an sie heranzutreten. Ich tue das in erster Linie deshalb, weil diese Frage infolge der gerade jetzt sich auswirkenden Umstellung des reichsdeutschen Wirtschaftslebens von dem tiefsten Tiefstand im Jahre 1923 zu normaleren Verhältnissen im Jahre 1924 und durch den Übergang von der durch ihre völlige Entwertung ausgeschalteten Papiermark zu der neuen goldwertigen Reichsmark ganz besonders aktuell ist und es noch lange bleiben wird. Man denke an die zahlreichen Fälle, in denen langfristige Mark-Darlehen unserer Schweizerbanken zur Rückzahlung fällig werden. Man denke an die Frage, wie solche nunmehr — nach Übergang der deutschen Wirtschaft und sogar Gesetzgebung von der Papierwährung zur Goldwährung — zu verzinsen sind. Diese Fragen werden häufig — ja meistens — nach schweizerischem Recht zu entscheiden sein, sei es infolge besonderer vertraglicher Rechtsanwendungsklauseln, sei es deshalb, weil die Rückzahlung in der

Schweiz geschuldet wird (vergl. hiezu das Votum von Bundesrichter Oser am Juristentag — abgedruckt in Z.f.schweiz.Recht 65, 250 a). In zweiter Linie hat mich auch der Umstand dazu bewogen, dass ich mich als praktizierender Anwalt häufig mit diesen Fragen zu befassen hatte, und dass mir allerhand noch ungedrucktes Material zu Gebote steht.

Ich gebe im folgenden zum kleineren Teile ein Gutachten wieder, das ich schon im Jahre 1921 dem deutschen Generalkonsulate in Zürich erstattete, über die Hypotheken mit Kursklausel, zum grösseren Teil ein solches, das ich zu Anfang dieses Jahres für ein schweizerisches Kreditinstitut ausarbeitete mit Bezug auf ein langfristiges ungedecktes Darlehen und dessen Verzinsung.

Da die Aufwertungsfrage sich aber — namentlich im schweizerischen Recht, in dem gesetzliche Aufwertungsregeln gänzlich fehlen — nur im Zusammenhang mit der Clausulafrage lösen lässt, war ich gezwungen, meine Ausführungen in dem durch den Titel angedeuteten weiteren Rahmen zu behandeln.

I.

Allgemeine Bemerkungen.

In den folgenden Erörterungen gehe ich zwar vom Boden des schweizerischen Rechtes aus und will mich auf dessen Auslegung beschränken.

Da das reichsdeutsche Recht aber die Aufwertungsfrage theoretisch, gesetzgeberisch und durch Gerichtsentscheide eingehend behandelt hat, wird es zweckmässig sein, auch an ihm nicht achtlos vorüberzugehen, einmal, weil die reichere Entwicklung auf diesem Rechtsgebiete im deutschen Reiche nicht ganz ohne Rückwirkung auf die Anschauungen des schweizerischen Richters bleiben kann, zum anderen, weil bei der Auslegung des Parteiwillens die reichsdeutsche Praxis und Theorie allerhand Fingerzeige zu geben geeignet ist.

II.

Die clausula rebus sic stantibus und andere ihr verwandte Rechtsfiguren — insbesondere im schweizerischen Recht — vor, während und nach dem Weltkriege.

Schon gleich zu Anfang des Krieges hatte ich mich mit der Frage der Einwirkung der unerwarteten Ereignisse auf Vertragsverhältnisse zu befassen und sprach meine Ansicht damals dahin aus, dass die schon fast verschollene clausula rebus sic stantibus in irgendwelchen Formen zu neuem Leben werde erweckt werden.

Ich hatte mich darin auch nicht getäuscht, war aber verwundert, wie zögernd und zurückhaltend der schweizerische Richter sich an dieses sich gewaltig aufdrängende Problem heranmachte.

Im Jahre 1921 hatte ich Gelegenheit, mich eingehender mit diesen Fragen zu befassen.

Es trat mir dabei zunächst eine von Windscheid aufgestellte Theorie entgegen.

1. Die Windscheid'sche Voraussetzungslehre.

Bis zum Jahre 1900 spielte die Windscheid'sche Voraussetzungslehre in der gemeinrechtlichen Doktrin eine grosse Rolle. Schon in Urteilen vom 16. September 1881 und vom 18. Februar 1882 behandelte das Bundesgericht eine „conditio obligationis“ „wegen ermangelnder Voraussetzung“ und setzte sich mit der Klage auseinander, ohne die Voraussetzungslehre zurückzuweisen, allerdings auch ohne sie anzuerkennen (E.B.G. 7, 568 f., 8, 118 f.).

Das schweizerische Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 (in Kraft seit 1. Januar 1883) nahm ebenfalls keine Stellung dazu — wenigstens nicht ausdrücklich. Auf Grund desselben war ihre Anwendung aber keineswegs ausgeschlossen. Ein Entscheid des Bundesgerichts vom 11. Dezember 1886, der aber — weil auf einen schon

1873 abgeschlossenen Vertrag sich beziehend — für die Auslegung des OR keine zwingenden Schlüsse zulässt, scheint ganz von den Windscheid'schen Anschauungen auszugehen, wenn er sie auch nicht zitiert:

„Selbst wenn beide Parteien bei Abschluss eines Vertrages übereinstimmend der Ansicht sind, die Dinge werden sich in Zukunft in gewisser Weise gestalten (es werden z. B. die Preise steigen oder fallen u. dgl.), so sind Bestand und Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrages doch nicht davon abhängig, dass dies auch wirklich eintreffe, sofern nicht ausdrücklich erklärt ist, oder sich aus den Umständen unverkennbar ergibt, dass Bestand oder Fortdauer des Rechtsverhältnisses nur für diesen Fall gewollt sind. Die, wenn auch übereinstimmende Ansicht der Kontrahenten darüber, was in Zukunft wahrscheinlich oder sicher geschehen werde, ist für sich allein rechtlich gleichgültig. Rechtlich entscheidend ist einzig die (ausdrücklich oder stillschweigend erklärte) Absicht, der Wille der Parteien, sich nur auf gewisse Eventualität hin oder bis zu derselben zu binden.“ (E.B.G. 12, 741.)

Hafner (Anm. * zu a.OR Art. 171) scheint durch Hinweis auf die drei oberwähnten Urteile andeuten zu wollen, dass auch unser OR neben der ausdrücklichen Bedingung auch die stillschweigende Bedingung (Voraussetzung) anerkennt.

Auch Oser (Vorbemerkung 7 c vor OR Art. 151—157) erwähnt die „Voraussetzung“ als die „Selbstbeschränkung“ des Willens durch eine Partei, die nicht bis zur Bedingung entwickelt ist“.

Der Entwurf zum deutschen BGB hatte die Lehre von der stillschweigend gesetzten Bedingung aufgenommen, und unter ausdrücklichem Hinweis auf sie die Irrtumslehre stark eingeschränkt (vergl. Motive zum BGB 1, 199).

Eine enge Wechselbeziehung zwischen der Voraussetzungslehre und der Irrtumslehre ist damit nachgewiesen.

Das BGB selbst erweiterte in § 119 die Irrtumslehre und liess die Voraussetzungslehre fallen.

Im Gegensatz zur reichsdeutschen Praxis, die Windscheids Voraussetzungstheorie ausdrücklich ablehnte (Seufferts Archiv III. F. 6 Nr. 133), hat das schweizerische

Bundesgericht nur Zweifel geäußert und als jedenfalls notwendig bezeichnet, dass „eine auf dem Willen der Kontrahenten beruhende Selbstbeschränkung des Vertragswillens erkennbar“ sei oder „aus den Umständen gefolgert“ werden könne (E.B.G. **28**², 374).

Die Praxis hat als derartige selbstverständliche Voraussetzung, als stillschweigende Bedingung, angesehen z. B. die Gleichstellung aller Gläubiger im Nachlassvertrage (H.E. **16**, 24; Praxis **14** No. 16 Erw. 2), die Güte der aufgegebenen Referenzen (S.J.Z. **4** 201 Nr. 544).

Man kann also schon vom alten OR sagen, dass es der Voraussetzungslehre keine Schwierigkeiten in den Weg legte. Das bereits zitierte bundesgerichtliche Urteil (E.B.G. **28**², 373 ff.) geht der Frage, ob das schweizerische Recht die Voraussetzungslehre anerkenne oder nicht, aus dem Wege, sagt aber für den letzteren Fall:

„Soll die Lehre von den Voraussetzungen als einer Selbstbeschränkung der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt praktische Bedeutung haben, so ist jedenfalls zu erfordern, dass diese Selbstbeschränkung nach aussen irgendwie zutage trete, sei es, indem sie direkt erklärt wird, sei es, indem sie aus den den Vertragsabschluss begleitenden Umständen gefolgert werden muss.“

(Es folgen Erörterungen darüber, dass es im zu beurteilenden Falle an diesen Erfordernissen gefehlt habe.)

Das revidierte OR vom 30. März 1911 (in Kraft seit 1. Januar 1912) hat offiziell der Voraussetzungslehre Windscheids wenigstens an einer Ecke wieder Eingang verschafft, nämlich in Art. 24 Ziffer 4.

Diese Auffassung, die ich zuerst aussprach in einem Plädoyer vor Handelsgericht Zürich i. S. Borner u. Co. gegen A.-G. für industrielle Finanzierungen (vergl. auch Fick, Der wesentliche Irrtum im revidierten schweizerischen OR Seite 45 ff., und Fick, Anm. 19—23 vor Art. 151 OR) kann heute als durch Praxis (Z.R. **15** Nr. 176; E.B.G. **41**², 356; Praxis **4** Nr. 137) und Theorie (Oser, Anm. 3 c zu Art. 23 OR — nur scheinbar ab-

weichend Becker, Anm. 22 zu Art. 24 OR) bestätigt gelten.

Dass aber auch neben der Lehre vom wesentlichen Irrtum die Voraussetzungslehre im rev. OR grundsätzlich ihren Platz behielt, ist einer beiläufigen Ausführung des Bundesgerichts in einem Urteil vom 10. Sept. 1919 zu entnehmen (E.B.G. 45², 393 f. Erw. 3).

Das Bundesgericht tritt hier an die Prüfung des Tatbestandes heran, indem es sowohl die Voraussetzungslehre, als auch die lückenausfüllende Vertragsauslegung (hierüber siehe unten bei 7) als statthaft betrachtet.

Es mag daher hier ein Blick auf den Inhalt der Lehre Windscheids gestattet sein.

Windscheid (Pandekten 6. Aufl. § 97 Seite 314 bei und in Anm. 3) spricht von dem Falle, „dass der Wille bei Kenntnis bzw. Voraussicht der Wirklichkeit der Verhältnisse nicht gefasst worden sein würde,“ dass also sich später herausstellt, dass die geäußerte Erklärung „dem wahren, dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung“ „nicht“ „entspricht“. „Deswegen“ sei „das Bestehen der rechtlichen Wirkung“ der Erklärung „obgleich formell gerechtfertigt, doch materiell ohne rechtfertigenden Grund“. Er gestattet daher in diesem Falle dem „Beeinträchtigten“, d. h. „bei Willenserklärungen unter Lebenden“ dem „Urheber der Willenserklärung“ (a. a. O. Anm. 3) die „exceptio doli“ oder „in factum concepta“.

Der Theorie Windscheids entspricht, dass „der Umstand, auf welchen die Voraussetzung gerichtet ist“, „ein tatsächlicher oder ein rechtlicher“, auch ein „zukünftiger“ sein kann, „ein Ereignis“ oder ein „bleibendes Verhältnis“. Die Voraussetzungslehre geht also über den Umfang der Lehre vom Grundlagenirrtum hinaus.

2. Das Wiederaufleben der Voraussetzungslehre in veränderter Form — insbesondere die Lehre Oertmanns von dem neuen Rechtsbegriff der „Geschäftsgrundlage“.

Da das schweizerische Recht vor und nach Inkrafttreten des Obligationenrechtes (1883) — ja sogar noch nach Inkrafttreten des revidierten Obligationenrechtes (1912) die Windscheid'sche Lehre — wenn auch etwas schüchtern, so doch immerhin — angewendet, zum mindesten — im Gegensatz zum deutschen Reichsrecht — nicht ausdrücklich abgelehnt hat, so ist die weitere Frage durchaus nicht abwegig, ob nicht die Neubelebung und Weiterentwicklung dieser Lehre im deutschen Reichsrecht Nachahmung verdient und findet.

Hedemann („Richterliche Umgestaltung laufender Verträge“ in S.J.Z. 17, 307 f.) lehnt die Annahme, „dass jedem“ Verträge „stillschweigend der Gedanke beigelegt sei, es solle alles nur gelten, solange die Grundlagen, auf denen man sich zum Verträge zusammengefunden hat, nicht ernstlich erschüttert seien,“ ab.

Auch Siegwart (in seinem bereits zitierten Aufsatze) steht der Klausel auf Grund der Voraussetzungs- oder Grundlagenlehre eher ablehnend gegenüber, muss aber zugeben, dass sie im deutschen Reiche und noch mehr in der Schweiz mannigfachen Anklang gefunden hat. Er berichtet (a. a. O. Seite 133 f.) darüber unter Hinweis auf eine Anzahl schweizerischer Urteile und die reichsdeutsche Theorie („Oertmann, „Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff,“ 1921; Böckel, „Die Veränderung der Vertragsgrundlagen“, 1922.) Auch Windscheids Voraussetzungslehre ist ja ganz ähnlicher Natur, namentlich aber Locher („Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck“, Archiv f.d.civil.Praxis N. F. Bd. I S. 1)“. Von der letzteren Theorie rühmt Oertmann:

„Sie drückt aber vielleicht in etwas anschaulicherer Weise als die andern aus, was den Anlass zum Rechtsstreit gibt und bei der Lösung desselben schwer in die Wagschale fällt: Die von

den Parteien angestrebten und nicht verwirklichten Zwecke. Und da die Praxis im allgemeinen weniger auf eine ganz tiefgründige und abstrakte Begründung als auf eine anschauliche, dem Fall angepasste und sofort überzeugende Begründung ausgeht, spielen denn auch bei ihr solche Erwägungen mit Vertragszwecken, deren Verwirklichung durch die veränderten Verhältnisse verhindert wurde, eine ziemlich bedeutende Rolle.“

Schon vorher hatte Siegwart (a. a. O. Seite 107/110) festgestellt, dass ein Eingriff in den abgeschlossenen Vertrag nur da denkbar sei, wo die eingetretenen Fälle nicht voraussehbar waren, und dass die Voraussehbarkeit von subjektiven Momenten abhängig sei, ferner dass die Vertragsdauer oft eine ausschlaggebende Rolle spiele.

Oertmann („Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff“, Seite 137 f.) betont mit Recht, dass die Voraussetzungslehre in aufgeregten Zeiten entstanden (Windscheids Buch erschien 1850, also kurz nach dem Revolutionsjahr 1848), in ruhigen Zeiten eingeschlafen, in wiederum aufgeregten Zeiten ihre Auferstehung feiern musste (während und nach dem Weltkriege 1914/1925).

Die durch ihn modernisierte „Voraussetzung“ nennt Oertmann „Geschäftsgrundlage“.

Über den Unterschied seiner Theorie von der Windscheid'schen Voraussetzungslehre äussert er sich (a. a. O. Seite 140 f.):

„Die hier entwickelte Lehre steht in der Mitte zwischen der älteren subjektivistischen und der neueren objektivistischen Behandlung des Problems. Sie sieht in der Geschäftsgrundlage nicht einen eigentlichen Geschäftsbestandteil und führt ihre Bedeutsamkeit für den Geschäftsbestand nicht auf den Parteiwillen zurück. Sie erblickt darin aber auch nicht einen rein objektivrechtlichen Behelf ohne Zusammenhang mit dem geschäftlichen Gesamttatbestand. Nicht der frei sich tummelnde, zwecklose Individualwille ist es, dessen Bedeutsamkeit wir in der Geschäftsgrundlage anerkennen, sondern das meist wirtschaftliche, jedenfalls reale Bedürfnis, zu dessen Befriedigung der Geschäftsschluss dienen soll. Welches das ist, das hängt allerdings von den Parteien ab; sie schliessen das Geschäft als das Mittel zur Befriedigung dieses oder jenes auch subjektiv empfundenen

denen Bedürfnisses. Dass es ein dazu geeignetes Mittel sei, das beruht für die Parteien auf ihrer Vorstellung von gewissen Umständen. Erweist sich der eine oder andere dieser Umstände hernach als nicht vorhanden, so ist die Grundlage vernichtet, auf der das Geschäft sich aufgebaut hat. Und dieses Geschäft wird dadurch selbst in Frage gestellt. Nicht deshalb, weil der damit zu erreichende Zweck objektiv nicht erreicht wird. Sondern deshalb, weil das Geschäft sich nunmehr selbst als seiner vorausgesetzten Eignung als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes darbietend ergibt.

Gewiss hängt es von den Parteien ab, sowohl welche Zwecke sie erreichen, als auch welche Mittel sie zu solcher Erreichung anwenden wollen, ja auch das wird ihrer Beurteilung überlassen, aus welchen Umständen sie die Eignung des zu verwendenden Mittels zur Erreichung des Zweckes ableiten. Wenn sich aber diese ihrem Geschäftsschluss zugrunde gelegten Vorstellungen als unrichtig herausstellen, dann kann das Geschäft angetastet werden. Ob die Schlüsse, die die Parteien daraus gezogen haben, zutreffen, ob die wirtschaftliche Beurteilung richtig war oder nicht, interessiert die Umwelt nicht; unter der Herrschaft einer individualistischen Gesellschaftsordnung muss dem einzelnen die Verantwortung für die sachliche Richtigkeit, den Erfolg seiner Beurteilung überlassen werden. Schon deshalb, weil derartige Dinge rein subjektiv sind, nur die eine oder andere Partei, aber nicht das Geschäft selbst angehen. Die Vorstellung der Partei dagegen von der Eignung des Geschäftes für einen zu erreichenden Zweck ist zwar auch zunächst subjektiv, wird aber darüber hinausgehoben dadurch, dass der Gegner sie erkennt und in ihrer Bedeutung für den Geschäftsschluss mindestens stillschweigend genehmigt.“

Auch Stammler lehnt die Klausel in ihrer Allgemeinheit ab, nähert sich aber (in seinem Vortrage vor dem bernischen Juristenverein über „Änderung laufender Verträge“, abgedruckt in Z.B.J.V. 58, 52) stark der Voraussetzungslehre Windscheids.

Müller (in Z.S.R. 65 121a) erwähnt ebenfalls die „Geschäftsgrundlagetheorie“ als ungefähr gleichbedeutend mit der „clausula rebus sic stantibus“ und der „Äquivalenztheorie“, tadelt an ihr aber in erster Linie, dass mit ihr nur die Auflösung des Vertrages bezweckt werden könne (ähnlich Hedemann in S.J.Z. 17, 307 f.), und dass sie nur anwendbar sei auf synallagma-

tische Verträge (in Z.S.R. **65**, 123a f.), „da ja abgestellt wird auf die Störung der von den Parteien beabsichtigten Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung. Der Darlehensvertrag, auf den zufolge seiner meist längeren Dauer die Inflation die peinlichste Einwirkung hat, und wo zwar nicht der Borger (Schuldner), wohl aber der Darleiher (Gläubiger) schutzbedürftig wäre, fällt nicht in den Klauselbereich.“

Der Tadel Müllers, mit der Voraussetzungslehre könne nur Auflösung des Vertrages bezweckt werden, trifft auf Windscheids Ausführungen zu, nicht aber — zum mindesten nicht restlos — auf „die durch Oertmann weiter entwickelte Geschäftsgrundlagentheorie.

Oertmann selbst (a. a. O. § 18 „Die Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ — Seite 115—173) betrachtet zwar die „Aufhebungsmöglichkeit des Geschäfts insoweit, als ihm die Grundlage entzogen ist“ — als „grundsätzliche“ „Folge des Mangels“ — also „Rücktritt“, „Widerruf“, „bei Dauerschuldverhältnissen“ „Kündigung“, aber anerkennt — unter gewissen Voraussetzungen — durchaus das Recht des Richters auf blosse Abänderung des Vertrages.

Auch der zweite Tadel Müllers betreffend die Unanwendbarkeit auf den Darlehensvertrag trifft die Grundlagentheorie Oertmanns nicht, so wie er sie selbst aufgefasst hat. In seiner Schrift über „die Aufwertungsfrage bei Geldforderungen, Hypotheken und Anleihen“ (1924) äussert sich Oertmann eingehend (auf Seite 20):

„In der Tat war die Verquickung der Klausellehre mit dem Gedanken der notwendigen Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung (so besonders Krückmann Anh. zur Prax. 116 S. 157 f., aber auch schon Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914 S. 201 f.) im Grund nichts als eine „verdienstvolle Halbheit“. Aber selbst wenn man daran festhält, ist die Unanwendbarkeit der Klausel auf das Darlehensverhältnis noch keineswegs erwiesen. Auch bei ihm soll ein Gleichwert geleistet werden; das

habe ich schon oben in § 2 am Ende dargelegt und als den innersten Kern der Worte des § 607 herauszuschälen versucht. Ja, der Äquivalenzgedanke tritt hier in gewissem Sinne noch schärfer zutage als bei den gegenseitigen Verträgen: bei diesen werden verschiedene Leistungen ausgetauscht, die an sich nichts miteinander gemein haben und zunächst nur im Sinne der subjektiven Parteizwecke sich als Gleichwerte gegenüberstehen. Beim Darlehen dagegen handelt es sich um Rückgabe des auch objektiv nicht nur gleichen, sondern selbst identischen Wertquantums.

Insofern steht der Anwendung des Gedankens der Geschäftsgrundlage auf das Darlehen keinerlei Bedenken entgegen. Und zwar um so weniger, wenn man ihn über den Sonderfall der Gleichgewichtsstörung hinaus als ein allgemein verwertbares Prinzip der Rechtsgeschäftslehre anerkennt. (Nach dem Vorgang meines gleichnamigen Buches „Die Geschäftsgrundlage“, Leipzig 1921).“

Der Annahme von Oertmanns Geschäftsgrundlagen-Lehre stehen im schweizerischen Recht noch weniger Bedenken entgegen, als im reichsdeutschen Recht. Lehnte es doch nicht einmal die weit eher bedenkliche Windscheid'sche Voraussetzungslehre grundsätzlich ab.

Im Verein mit der Lehre von der lückenausfüllenden Auslegung (vergl. unten bei 7) ist sie m. E. sogar berufen, uns einer verständigen Lösung der „Clausula“-Frage näherzubringen.

Siegwart (a. a. O. Seite 134) macht darauf aufmerksam, dass „der Ausdruck“ „Grundlage“ „ja in unserem Gesetz in Art. 24 Ziffer 4 OR in Verbindung mit dem Irrtum“ auch verwendet werde, „und ein ähnlicher, der der „„Voraussetzung““ in Art. 373 OR“, und dass „gelegentlich“ diese Begriffe „auch bei der Lösung unseres Problems verwendet“ „werden“, „doch mehr nur zufällig, nebenbei, und also offenbar ohne dass damit in irgendwie allgemeiner Weise Stellung zu einer bestimmten Theorie genommen werden sollte“.

Abgesehen von der letzteren Einschränkung kann ich Siegwart zustimmen.

3. Die Anwendung der Voraussetzungslehre und der Grundlagenlehre auf Garantieverträge ist regelmässig ausgeschlossen.

Auch wenn man die Voraussetzungslehre Windscheids und die Lehre Oertmanns von der Geschäftsgrundlage an sich als durchaus fruchtbar anerkennt, so darf man sie doch nicht blindlings auf alle Verträge anwenden. Gewisse Verträge widerstreben ihr grundsätzlich, so alle Garantieverträge.

Darunter sind heute besonders wichtig die Kursgarantieklauseln.

Der Gläubiger, der dem Schuldner das Kursrisiko überbindet, bei verhältnismässig kleinen Kursdifferenzen, wollte zweifellos bei grossen Kursdifferenzen es ihm erst recht überbinden.

Er ist durch den Wortlaut der Erklärung gedeckt und könnte die aus dem inneren, nicht ausgedrückten Willen des Schuldners fließende *exceptio doli* mit noch grösserem Recht durch eine *replicatio doli* aus dem Felde schlagen.

Von einer „auf dem Willen der Kontrahenten beruhenden Selbstbeschränkung des Vertragswillens“ — welche unser Bundesgericht (E.B.G. 28², 373 f.) bei seiner halben Anerkennung der Voraussetzungslehre fordert — kann in solchem Falle wohl keine Rede sein.

Auch die in der Gerichtspraxis anerkannten Fälle stillschweigender Bedingung (der Gleichstellung aller Gläubiger im Nachlassvertrage — H. E. 16, 24 — P.B. 14 Nr. 16 — der Güte der einzuziehenden Referenzen — S.J.Z. 4, 201) bieten keine für den Fall der Kursklausel brauchbaren Analogien.

In dieser Richtung hat auch die reichsdeutsche Gerichtspraxis nach kurzem Schwanken (J.W. 1921, 229) sich fest gezeigt. Ich zitiere nur das neueste mir bekannte Urteil des Reichsgerichts vom 27. Juni 1923 (J.W. 1924, 173 f. Nr. 10; vergl. auch Müller, Die Einwirkung der

Währung auf die privatrechtlichen Verhältnisse — in Z.S.R. 65, 159 a. f.).

Auch Hedemann (in seinem trefflichen Buche: Schuldrecht des BGB, 1921, Seite 321) warnt vor Überspannung der Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* unter Hinweis auf die „Vertragstreue“. Gerade Treu und Glauben im Verkehr und Verkehrssitte — die Quellen der *clausula rebus sic stantibus* — zwingen dazu, dann, wenn eine der beiden Parteien das Risiko übernommen hat, es ihr aufgebürdet zu lassen, auch wenn sie dabei zugrunde geht.

Die schweizerische Praxis hat in dieser Richtung nie geschwankt (vergl. die grundsätzliche Entscheidung des Bundesgerichtes vom 2. Juni 1920 über eine Dividendengarantie — E.B.G. 46², 162 f. — gebilligt durch Stämmler in Z.B.J.V. 58, 51).

Die entsprechenden Erwägungen gelten auch für die Bürgschaft. Wie mancher Bürge hat die Bürgschaft unterzeichnet unter der für ihn gewissen Voraussetzung, der Hauptschuldner sei ehrlich, er bleibe zahlungsfähig und er — der Bürge — laufe folglich kein Risiko.

Der Bürgschaftsvertrag ist aber gerade zu dem Zwecke abgeschlossen, dem Gläubiger das Risiko abzunehmen, und so ist es auch mit der Kursklausel.

Sie kann nicht aus Billigkeitsgründen gerade dann illusorisch gemacht werden, wenn die durch sie geschützte Vertragspartei ihrer am bittersten benötigt.

Das strenge Recht (der Wortlaut des Vertrages) spricht zugunsten des Gläubigerstandpunktes.

Die Billigkeit kann von beiden Parteien gleicherweise angerufen werden.

Wenn aber nicht überwiegende Billigkeitsgründe für die Entlastung der formellrechtlich verpflichteten Partei sprechen, so geht das Recht der Billigkeit vor.

4. Die Lehre vom Grundlagenirrtum.

Vom Grundlagenirrtum haben wir bereits gesprochen in seinem Zusammenhang mit der Windscheid'schen Voraussetzungslehre (oben bei 1). Die grundlegenden Entscheide über die Auslegung der neuen Fassung des Gesetzestextes waren diejenigen des Handelsgerichtes Zürich vom 15. Dezember 1914 (Z.R. 15 Nr. 176) und des schweizerischen Bundesgerichtes vom 27. Mai 1915 (Z.R. 15 Nr. 176 — P.B. 4 Nr. 137 — E.B.G. 41², 356).

Danach kann von einem Irrtum nur dann die Rede sein, wenn es sich um zur Zeit des Vertragsabschlusses „gegenwärtige“ oder „vergangene“ oder doch „vor-aussehbare zukünftige“ Tatsachen handelte, „die dem Irrenden, wie auch seinem Vertragsgegner allenfalls hätten bekannt sein können“.

Diese Auffassung schneidet für unseren Fall bereits die Möglichkeit ab, die Fragen der Geldentwertung unter dem Gesichtswinkel des Grundlagenirrtums zu betrachten. Es ist ausgeschlossen, dass die Vertragsparteien vor oder während des Krieges und in der näheren Nachkriegszeit schon das Sinken der Papiermark auf ein Billionstel ihres normalen Goldwertes, also praktisch auf Null voraussehen konnten.

Aber auch andere Gründe sprechen gegen die Anwendung der Lehre vom Grundlagenirrtum. Wir können aber die nähere Untersuchung hierüber unterlassen, da schon der erstaufgeführte Grund genügt.

Die schweizerische Praxis hat denn auch nach kurzen Versuchen die Anwendung der Irrtumsregeln auf die Kriegsfälle wieder aufgegeben (Siegwart a.a.O. S. 141 f.).

5. Die Unsittlichkeit des Vertrages.

In der Tat ist — allerdings nur im deutschen Reiche — der Versuch gemacht worden, die „clausula rebus sic stantibus“ auf dem Wege der Unsittlichkeitseinrede in

das Recht einzuführen, und zwar speziell auch mit Bezug auf die Kursklauseln.

Ich zitiere aus einem nicht publizierten Urteil des II. Zivilsenates des Oberlandsgerichts Hamm vom 14. April 1920:

„Ist hiernach dem Vorderrichter darin beizustimmen, dass nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien der Kläger als persönlicher Schuldner das Darlehen in Schweizerfranken und zwar für je 100 Mark Nennbetrag 123.50 Schweizerfranken zurückzuzahlen hat, so ist auch der weitere Einwand des Klägers, dass die Forderung der Beklagten gegen die guten Sitten verstosse, indem sie das Unglück Deutschlands und den dadurch herbeigeführten schlechten Kursstand der deutschen Valuta zum Nachteil des Klägers für sich ausnutzte, um einen übermässig hohen Gewinn zu erzielen, nicht als berechtigt anzuerkennen. Nach den vorstehenden Ausführungen ist die Beklagte berechtigt, die Rückzahlung des längst fälligen Darlehens in Schweizerfranken zu fordern. Wenn sie von ihrem Rechte Gebrauch macht, so liegt darin kein Verstoss gegen die guten Sitten; denn der dem Kläger erwachsende hohe Schaden ist nicht von der Beklagten verursacht, sondern eine Folge des stark gesunkenen Wertes der deutschen Währung.“

Meines Erachtens kann — wie das Gericht richtig ausführt — von Unsittlichkeit keine Rede sein. Sonst wäre jeder Garantievertrag, bei dem der Verpflichtete zu grösserem Schaden kommt, und der Berechtigte gemäss der Garantie vor Schaden bewahrt wird, unsittlich (vergl. hiezu auch Stammler in Z.B.J.V. 58, 51).

Der Versuch, mit der Unsittlichkeit zu operieren, ist denn auch bald eingestellt worden (Hedemann, in S.J.Z. 17, 307 unter a.).

Die schweizerische Praxis hat sich dem angeschlossen (Müller in Z.S.R. 65, 159 a.).

6. Die Konsenslehre.

Der Gedanke liegt nahe, zu prüfen, ob mit Bezug auf das Sinken des Wertes der Mark auf Null überhaupt eine Einigung der Parteien betreffend Zahlung in Papiermark zustandegekommen sei (OR Art. 1).

Bezüglich der verschiedenen Theorien, welche auf diesen Artikel gegründet werden, verweise ich auf Henricis Ausführungen (Über den Irrtum beim Vertragsabschluss, Seite 168—187) und die dortigen Zitate (vergl. auch Oser, Anm. IV zu Art. 1 OR und Becker Anm. 1 ff. zu Art. 1 OR). Herrschende Meinung ist jedenfalls, dass die „Vertrauenstheorie“, eine Abart der Erklärungstheorie, gilt.

Gehen wir aber von dieser Theorie aus, so wird, wenn man zugeben muss, dass beide Parteien bei Abschluss der Verträge wohl nicht an den Fall so starken Sinkens des Markkurses dachten, und daher für diesen Fall gar keinen Willen gebildet hatten, zu untersuchen sein, welchen Willen der Vertrag ausdrückt. Das ist nur durch Erforschung des fehlenden Willens oder durch richterliche Ergänzung desselben möglich.

7. Die lückenausfüllende Auslegung des Parteiwillens.

Wir haben bereits anlässlich der Besprechung der Windscheid'schen Voraussetzungslehre ein Urteil des Bundesgerichtes (E.B.G. 45², 393 f.) kennen gelernt, welches neben dieser und im Zusammenhang mit ihr von der „Auslegung der Verträge“ „aus dem Gesichtswinkel einer Lücke in den Parteivereinbarungen spricht“ und eine solche keineswegs ablehnt.

Ein weiteres bundesgerichtliches Urteil vom 14. Juli 1921 bekennt sich zu ihr uneingeschränkt (E.B.G. 47², 317 f.).

Die lückenergänzende Auslegung ist denn auch im schweizerischen Recht in einem Sonderfalle („vorbehaltene Nebenpunkte“) ausdrücklich dem „Richter“ überbunden unter Hinweis auf die „Natur des Geschäfts“ (in OR Art. 2 Abs. 2).

Die Ausdehnung dieser Befugnis auf nicht vertraglich vorbehaltene — erst später als Lücken empfundene — Punkte des Vertrages liegt im schweizerischen Rechte

besonders nahe, wenn man an die Befugnis des Richters zur lückenergänzenden Gesetzesauslegung (ZGB Art. 1 Abs. 2) denkt.

In diesem Zusammenhange sei auch erwähnt, dass die Lückentheorie selbst im deutschen Reichsrecht, das weder eine OR Art. 2, 2 noch ZGB Art. 1, 1 entsprechende Bestimmung ausdrücklich enthält, wenschon ähnliche Grundsätze durch Theorie und Praxis in das Rechtssystem eingeführt wurden, eine erhebliche Rolle spielte, namentlich in der Kriegs- und Nachkriegszeit, und zwar in zwei verschiedenen Varianten. Hedemann (in S.J.Z. 17, 308) berichtet eingehend darüber.

Der uns interessierende Fall völligen Währungsverfalles (Sinken des Kurses auf Null — dadurch entstehende wirtschaftliche Vernichtung eines Teiles des Vertragsinhaltes) zwingt geradezu zur Ergänzung der durch ihn entstandenen Vertragslücken.

Der ihm verwandte Fall der gesetzlichen Ablösung einer Währung durch eine andere wurde schon vom Reichsoberhandelsgericht (E.R.O.H.G. 23, 205 ff., insbes. Seite 210) durch lückenergänzende Auslegung erledigt.

Dieses Urteil wurde später mehrfach bestätigt (R.O.G. 25, 48 — E.R.G. 1, 61).

Als analoge Überlegung zu einem gerade heute vielfach akut werdenden Fall wird man herausheben dürfen, dass bei einer Zinsverpflichtung, welche auf eine grössere Anzahl von Jahren eingegangen wird, die jeweils übliche Landeswährung als Grundlage der Zinszahlungen bei deren Fälligkeit zu gelten habe.

Als Anhänger der lückenausfüllenden Auslegung ist auch Geiler („Die Geldentwertung als Gesetzgebungsproblem des Privatrechts“, 1922, Seite 46/47) zu nennen, merkwürdigerweise nicht für den Fall des Darlehens (a. a. O. Seite 48).

Mir will im Gegenteil scheinen, im Darlehensvertrag dränge sich die Lückentheorie noch mehr auf, falle aber, zu Gunsten und zu Lasten beider Ver-

tragsparteien, mit der Treu- und Glaubenstheorie zusammen.

Siegwart (a. a. O. Seite 115/121) lehnt denn auch alle anderen Theorien ab zu Gunsten der letzteren. Er beginnt seine Ausführungen (a. a. O. Seite 118/119) mit den Worten:

„Unseres Erachtens gibt es nur eine absolut richtige Begründung, die Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr. Nur dieses Kriterium ist so elastisch, dass es eine Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände und eine absolut freie Einschätzung ihrer jeweiligen Bedeutung im einzelnen konkreten Fall gestattet. Das Problem wird dabei als ein abgeschlossenes Ganzes betrachtet, in welchem kein Punkt für sich allein ausschlaggebend ist, sondern erst aus der richtigen Bewertung aller das Urteil erfließt. An der Unbestimmtheit dieses Masstabes brauchen wir uns nicht zu stossen, nachdem wir doch Ähnliches auch auf anderen Gebieten, z. B. auf dem Gebiet des Schadensersatzrechtes ohne Nachteil, ja zum grossen Vorteil der Richtigkeit der Lösungen bereits besitzen.

Tatsächlich sehen wir denn auch, dass in der schweizerischen Praxis durchwegs die bezüglichlichen Entscheide in dieser oder jener Gestalt auf die Grundsätze von Treu und Glauben abgestellt werden. Bald geschieht dies wörtlich (die Fälle sind so zahlreich, dass eine Zitierung nicht nötig ist) mit dieser Begründung, bald mit Formeln, die sinngemäss das gleiche besagen: loyale Verkehrsauffassung (Bl.Zü.R. **22** S. 72), loyauté commerciale (Sem.jud. **1919**, 477), Gebot der Billigkeit und eines gerechten Interessenausgleiches (Bl.Zü.R. **21** S. 71), Momente wirtschaftlicher und sozial-ethischer Natur (Bl.Zü.R. **19** S. 185; B.G.E. **48**² S. 252) usw. Auch wenn man in den uns beschäftigenden Fällen eine Lücke im Vertrag oder eine Lücke im Gesetz annimmt — eine Erklärung, auf die wir aber in der schweizerischen Praxis sehr wenig stossen (gelegentlich aber in der Theorie, vergl. S.J.Z. **17** S. 308) — so führt dies ungefähr doch zum gleichen Resultat; denn auch diese Lücken wären nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auszufüllen.“

Auch Geiler (a. a. O. Seite 48/49) bekennt sich zur Theorie der lückenausfüllenden Auslegung mit so treffenden Worten, dass ich mir nicht versagen kann, sie wörtlich zu übernehmen, als wären sie meine eigenen:

„Ich bin kein radikaler Freirechtler und achte die Grenzen, die dem Richter durch das Gesetz, insbesondere durch zwingendes

Gesetz gezogen sind. Aber zweierlei ist doch zu berücksichtigen, wenn nicht der Satz „Fiat justitia, pereat mundus“ in Erfüllung gehen soll.

Es darf einmal die Rechtsfindung nicht versagen, nicht impotent werden, ganz besonders nicht in Zeiten der Not und der sonstigen Unsicherheit.

Und es darf ferner die Rechtsfindung nicht zur offensichtlichen Unrechtsfindung werden.

Beides lässt sich aber in so schwankungsvollen Zeiten, wie wir sie jetzt erleben, nur vermeiden, wenn man eine gewisse rechtsschöpferische Macht des Richters anerkennt. Sie greift ein, wenn Gesetz und Parteiwillen versagen. Beide tun dies einmal dann, wenn ein Punkt weder im Gesetz noch in der Willenserklärung der Parteien eine Regelung gefunden hat. Die Befugnis des Richters, diese Lücke rechtsschöpferisch auszufüllen, ist kaum bestritten. Gesetz und ausgedrückter Parteiwillen versagen aber heute sehr oft auch dann, wenn zwar ein Punkt im Gesetz oder in der Willenserklärung der Parteien geregelt ist, geregelt aber für normale Zeiten, also unter ganz anderen Verhältnissen als wie wir sie heute erleben. Auch hier muss heute die rechtsschöpferische Macht des Richters eingreifen, wenn unsere Rechtsprechung ihre Aufgaben erfüllen soll und nicht antiquiert und lebensfremd werden soll. Insoweit ist dem Richter auch in beschränktem Umfang eine Änderung des durch die Ereignisse überholten Inhalts der privaten Willenserklärung, ihre Anpassung an die neuen Verhältnisse unter Berücksichtigung des mutmasslichen Parteiwillens gestattet.“

Schon in meinem am 13. April 1921 abgegebenen, ungedruckten Gutachten über die Hypotheken mit Kursklausel habe ich mich über die lückenergänzende Auslegung von Verträgen ausgesprochen:

„Für einen kühnen Richter ergäbe sich im schweizerischen Recht eine Stütze durch einen Analogieschluss aus ZGB Art. 1.

Übertragen wir denselben vom Boden der Gesetzesauslegung auf den Boden der Vertragsauslegung, so müsste er lauten: „Der Vertrag findet auf alle Tatbestände Anwendung, für die er nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Vertrage keine Vorschrift entnommen werden, so sollen die Parteien nach der Verkehrssitte handeln, und wo auch eine solche

fehlt, nach der Regel entscheiden, die sie als Schiedsrichter aufstellen würden.

Sie folgen dabei den Grundsätzen, die verständige Vertragsparteien bei Vergleichen zu befolgen pflegen.“

Tun das die Parteien nicht, so muss es der Richter an ihrer Stelle tun.

8. Die Lehre von der Unmöglichkeit.

Die „*clausula rebus sic stantibus*“, die in den Vorkriegszeiten ziemlich vergessen war, hat in den schweren Zeiten des Krieges und des ihm nachfolgenden Friedens ihre Wiederauferstehung erlebt und zwar im schweizerischen Obligationenrecht im Rahmen der Unmöglichkeitslehre des OR Art. 119, Absatz 1.

Immerhin darf schon hier darauf aufmerksam gemacht werden, dass der schweizerische Richter noch zögernder an die Wandlung der Praxis herangetreten ist, als der deutsche Richter.

Auch mit der Publikation der entschiedenen Fälle waren die Zeitschriften sehr zurückhaltend, so dass es geradezu unmöglich ist, ein vollständiges Bild der Praxis zu geben. Es ist das aber auch nicht mehr nötig, nachdem sich bereits ein anderer dieser Aufgabe unterzogen hat.

Die Lehre von der Unmöglichkeit in ihrer Kriegs- und Nachkriegsentwicklung ist wohl so erschöpfend wie irgend denkbar dargestellt durch Siegwart (a. a. O. Seite 121—132). Es ist daraus ersichtlich, dass die Praxis dazu überging, der Unmöglichkeit gleichzustellen die „der Unmöglichkeit sich nähernde Erschwerung“.

Die schweizerische Literatur ist im übrigen ziemlich dürftig.

Das „Exposé“ des „Vorortes des schweizerischen Handels- und Industrievereins“ vom Herbst 1914 (S.J.Z. 11, 71 ff.) befasst sich ausschliesslich mit Dienstverträgen und Lieferungsverträgen und fördert unsere Untersuchung in keiner Weise. Es sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

Hedemann (in S.J.Z. **17**, 307 unter b.) beschäftigt sich nur ganz kurz mit dieser seiner Ansicht nach mehr oder weniger aufgegebenen Problem.

Welti (la guerre et la responsabilité contractuelle — Genfer Dissertation, 1918) macht einen interessanten Versuch, die Unmöglichkeitstheorie zu modifizieren. Er schlägt vor (auf Seite 73):

„Si avant l'exécution totale d'une obligation la survenance d'un malheur social tel que la guerre, la famine, la révolution, la peste, rend l'obligation impossible ou exceptionnellement onéreuse, celui qui supporte les risques de l'exécution peut faire valoir la force majeure qualifiée.

La force majeure qualifiée limite les dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'engagement au dommage que le créancier aurait pu subir en temps normal.“

Er hält diese Regel für anwendbar auf „tous les contrats synallagmatiques“, „à tous les contrats ayant un caractère commercial pour les deux parties ou pour l'une d'elle“ (a. a. O. Seite 71). Seine Aufzählung dieser Verträge (a. a. O. Seite 72) „contrats d'entreprises“, „de transport“, „de louage de services“, „d'assurance“, zeigt aber, dass er doch vorwiegend an diese Verträge gedacht hat. Ganz deutlich aber legt auch er seinen Ausführungen mehr als die Lehre von der Unmöglichkeit und der „quasi-impossibilité“ (a. a. O. Seite 25 ff.) die Lehre von der Auslegung der Verträge nach „Treu und Glauben“ zugrunde (vergl. a. a. O. Seite 44 ff. — „la bonne foi“) und diese ist und wird immer mehr in der Tat auch für die „clausula rebus sic stantibus“ der leitende Gesichtspunkt.

Picot behandelt in seinem scharfsinnigen Aufsätze „Les cours de change et le droit“ (in Z.S.R. **62**, 293 ff.), der in seinem 3. Kapitel (Z.S.R. **62**, 308/328) wertvolle Fingerzeige gibt für die Frage des Verzuges, die Frage des Einflusses der Kursschwankungen auf bestehende Verträge in seinem kurzen Schlusskapitel (Z.S.R. **62**, 328/333) nur ganz beiläufig. Er verhält sich recht ablehnend. Immerhin gestattet er dem Richter den Eingriff, aber nur „avec une grande circonspection“.

Aber noch in einem jüngsten Entscheide (vom 1. Juli 1924) hält das Bundesgericht grundsätzlich daran fest, dass die Einhaltung eines Vertrages dann nicht mehr „zugemutet“ werden dürfe, wenn „die Einhaltung des Vertragspreises“ eines Lieferungsvertrages „zum finanziellen Ruin“ des Liefernden führen könnte (E.B.G. 50², 266).

Mit besonderer Schärfe wird der Übergang der Lehre von der „Unmöglichkeit“ in die Lehre von der „Nichtzumutbarkeit“ — allerdings mit Bezug auf das reichsdeutsche Recht, aber deshalb für unsere Betrachtungen nicht weniger lehrreich — herausgeschält durch Nipperdey (Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, 1921, Seite 19):

„Die beiden besprochenen Theorien, die Unmöglichkeitslehre und die Einredetheorie verwenden entscheidend den Gedanken des § 242. Sie gebrauchen ihn aber nicht in der einfachen und im Gesetz gegebenen Form einer objektiven Beschränkung des Leistungsbefehls, sondern pressen ihn in eine Konstruktion hinein. Demgegenüber sagen wir:

Die Nichtzumutbarkeit der Leistung ist keine Unmöglichkeit, sie gibt auch nicht eine Einrede aus entgegenstehendem Interesse und beruht nicht auf einer stillschweigenden *clausula rebus sic stantibus*, Rechtsfiguren, für die es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, sondern sie ist einzig und allein nach den im § 242 BGB niedergelegten Grundsätzen von Treu und Glauben zu behandeln.“

9. Die Auslegung des Parteiwillens „nach Treu und Glauben“.

Den Hinweis auf „Treu und Glauben“ haben wir anlässlich der Erörterungen über die Lücken in der Gesetzgebung (siehe oben bei 7) und über die Unmöglichkeit (siehe oben bei 8) bereits angetroffen.

Hedemann (in S.J.Z. 17, 307 f.) schildert — allerdings zunächst im Hinblick auf die reichsdeutsche Rechtsentwicklung, aber auch in stetem Hinweis auf das SOR — die verschiedenen hiebei auftauchenden Probleme.

Einige davon haben wir bereits kennen gelernt. Einen letzten Lösungsversuch, der für die Schweiz die

grösste Bedeutung erlangt hat, formuliert Hedemann (a. a. O. Seite 308 unter d.) wie folgt:

„Eine weitere Theorie lässt sich von ganz ähnlichen Zielpunkten leiten. Nur sucht sie eine Objektivierung zu erreichen. Sie hält es für Phantasie und Fiktion, dass dies der Parteiwille sei. Vielmehr glaubt sie, dass die Entscheidung aus dem Gesetz herausgeholt werden müsse. Und nun taucht der bekannte § 242 des deutschen BGB auf, dem in der Schweiz der noch viel weiter gefasste und deshalb noch geeignetere Art. 2 ZGB entspricht, wonach eine jede Leistungspflicht (und vor allem auch das mit ihr korrespondierende Recht des Gläubigers) „an Treu und Glauben“ seine Grenze findet. Diese Auffassung der Lage dürfte zurzeit in Deutschland am verbreitetsten sein.“

Dass das in der Tat auch für die Schweiz zutrifft, stellt Siegwart (a. a. O. Seite 132 ff.) fest, wensschon er den verschiedenen „Varianten“ „dieser Auffassung“ mit ihren „feineren Unterschieden, die manchmal mehr gedachte als wirkliche sind“, einen wesentlichen Einfluss auf die schweizerische Praxis nicht beimisst (a. a. O. Seite 133).

Dabei verkennt Siegwart (a. a. O. Seite 144) nicht, dass die Frage der Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben eine echte Frage des richterlichen Ermessens ist:

„Wichtiger als die formal-juristische Begründung, wenn auch von derselben einigermaßen beeinflusst, ist die Frage, welche Faktoren der Richter bei seinem Ermessensentscheid zu berücksichtigen hat und in welchem Verhältnisse er dies tun soll. Eine erschöpfende und systematische Erörterung lässt sich nun aber, wie in allen solchen Fällen, darüber nicht geben, sonst wäre ja eben die genauere und bestimmtere Formel gefunden (Stammler, Z.B.J.V. 58, S. 55), nach der man so sehr sucht.“

Die weiteren Ausführungen Siegwarts darüber, dass „die Untersuchung des Falles“ „natürlicherweise bei demjenigen beginnen“ müsse, „der den Vertrag aufheben oder ändern möchte“ (a. a. O. S. 145 — im Einzelnen erörtert bis Seite 156), dass „die gleiche Untersuchung“ aber „nun auch vom Standpunkt des anderen Teils“ durchzuführen sei (a. a. O. Seite 157 — erörtert auf Seite 157—159)

führen bei der Verschiedenartigkeit der Einzelfälle zu gar keinen brauchbaren Grundregeln.

Trotz dieser Unmöglichkeit, einen für alle Einzelfälle leitenden Grundgedanken zu finden, hat die Theorie der Auslegung des Parteiwillens nach Treu und Glauben bis in die jüngste Zeit hinein immer mehr und mehr Anhänger gefunden.

Am schweizerischen Juristentag in Freiburg (29. und 30. September 1924 — siehe den Bericht Bauhofers in S.J.Z. **21**, 117 ff.) lehnte zwar Müller, der deutsche Referent, die bisherigen Versuche von Theorie und Praxis in dieser Richtung ab (Z.S.R. 65, 120 a—131 a; S.J.Z. **21**, 119), zugunsten seiner Theorie der ungerechtfertigten Bereicherung (siehe unten bei 13). Der französische Referent, Barth, bekannte sich aber zu der „*théorie de la valeur d'échange*“ und zwar auf Grund der Ermittlung des wahren Parteiwillens (Z.S.R. **65**, 219 a f.). Trotzdem streicht er die Segel vor der Allmacht des Staates (Z.S.R. **65**, 220 a f.).

Bezüglich der sich anschliessenden Diskussion verweisen wir auf das Protokoll vom 29. September 1924 (Z.S.R. **65**, 248 a ff. — vergl. auch Bauhofer in S.J.Z. **21**, 117 ff.). Sie war für die von uns zu behandelnde Frage nicht sehr fruchtbar. Immerhin mag daran erinnert werden, dass die Theorie Barths sich stark der Lehre von der Auslegung des Parteiwillens „nach Treu und Glauben“ nähert, und Zustimmung fand von seiten der Herren Oser (Z.S.R. **65**, 251 a f.) und Ems (Z.S.R. **65**, 253 a), dagegen nicht Wiedemann (Z.S.R. **65**, 248 a f.).

Müller formulierte seine ablehnende Haltung im Schlusswort (Z.S.R. **65**, 254 a f. — S.J.Z. **21**, 122) besonders scharf, Barths Auffassung würde zu einem Chaos führen.

Barth antwortete in seinem Schlusswort (Z.S.R. **65**, 255 a f. — S.J.Z. **21**, 122), „das von Dr. Müller befürchtete Chaos hindere nicht, dass dem wirklichen Parteiwillen Geltung verschafft werden müsse“.

Wir werden später Gelegenheit haben (unten bei 13—14) zu zeigen, dass die verschiedenen Theorien einander gar nicht so schroff gegenüberstehen, sondern sich leicht zu einem geordneten System vereinigen lassen.

Kehren wir zurück zu Siegwart. Er fasst das Ergebnis seiner Untersuchung der Praxis (a. a. O. Seite 159/60) dahin zusammen, es sei zwar anzuerkennen, dass ein fester Masstab fehle, dass jede Reduktion einen Stempel der Willkür trage, und dass es schwierig sei, die Leistungsfähigkeit der Parteien nachzuprüfen u.s.w., schliesst aber mit den warnenden Worten:

„Doch darf dies nicht zu einer Kapitulation vor den Schwierigkeiten führen. Voll wäre die Verkehrssicherheit nur geschützt, wenn man überhaupt keine Befreiung von der Erfüllungspflicht zulassen würde, es sei denn, dass sie durch eine unzweideutige Gesetzesbestimmung vorgesehen sei. Hat man aber einmal Ausnahmen zugelassen, die ihrer Natur nach unbestimmten Charakter haben müssen, so leidet die Verkehrssicherheit nicht mehr viel darunter, wenn man sich bemüht, bei diesen Ausnahmen der Gerechtigkeit und Billigkeit so vollkommen, wie möglich, zum Siege zu verhelfen.“

Diesem Bestreben, der Billigkeit gegenüber dem strengen Recht, das aus dem „Summum ius“ zur „summa injuria“ wird bei Veränderung der Verhältnisse, wie wir sie erlebt haben, zum Siege zu verhelfen, dient nun in hervorragendem Masse der Grundsatz des ZGB Art. 2. Unser Bundesgericht hat ihn denn auch in vielen Fällen angewendet.

Hungerbühler, Die Erhöhung der Strompreise bei langfristigen Verträgen durch Elektrizitätswerke (im Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 22, 3 f.) führt unter Hinweis auf zwei bundesgerichtliche Urteile aus, der „Grundsatz, dass langfristige Verträge aufgehoben bzw. im beiderseitigen Einverständnis unter veränderten Modalitäten fortgesetzt werden können,“ „wenn sich infolge Eintritt von normalerweise nicht vorauszusehenden Verhältnissen die Leistungspflicht des

einen Kontrahenten im Verhältnis zu derjenigen“ des anderen so sehr erschwert, „dass ihm nach den Regeln über Treu und Glauben die Leistung nicht zugemutet werden kann,“ ergebe sich aus ZGB Art. 2. „Dem sittlichen und rechtlichen Gebot der Heiligkeit des Vertrages“, „der Vertragstreue“, stehe „das stärkere sittliche und rechtliche Gebot der Ausübung der Rechte nach Treu und Glauben entgegen“.

Ein neuestes Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juli 1924 (E.B.G. **50**, 256 ff. Nr. 41 — Praxis **13** Nr. 128) lehnt zwar im betreffenden Falle die Anwendung des ZGB Art. 2 ab, anerkennt aber grundsätzlich, dass er unter Umständen anzuwenden sei im Sinne der „Unzumutbarkeit“ (E.B.G. **50**, 263 Erw. 3 — Praxis **13** Nr. 357).

Das Bundesgericht verweist dabei in bestätigendem Sinne auf seine früheren Entscheide (E.B.G. **45**², 355, **45**², 397, **47**², 457 ff., **48**², 246 f., 451 f.).

Nicht zu vergessen ist an dieser Stelle auch der ausdrückliche Hinweis eines bundesgerichtlichen Urteils vom 14. Juli 1921 (E.B.G. **47**², 318) auf die Analogie aus OR Art. 373 Abs. 2.

Durch diese sämtlichen Urteile wird — allerdings unter grosser Reserve — der Grundsatz der Aufhebung oder Änderung des Vertrages wegen Unzumutbarkeit nach Treu und Glauben anerkannt.

Es mag daher gestattet sein, diesen Abschnitt über die sogenannte Äquivalenztheorie zu schliessen mit der trefflichen Zusammenfassung Nipperdeys (a. a. O. S. 29) über das Ergebnis der reichsdeutschen Theorie und Praxis:

„Das Prinzip der Nichtzumutbarkeit steht mit dem Grundsatz der wohlverstandenen Vertragstreue nicht in Widerspruch. Eine Nichtzumutbarkeit der Leistung ist nach Treu und Glauben anzunehmen, wenn 1. ohne Verschulden des Schuldners, 2. ein in diesem Ausmass nicht veranschlagbares, 3. Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bei der Vertragserfüllung besteht.“

Man beachte, dass in der Formulierung Nipperdeys ein deutlicher Anklang zu vernehmen ist an den Wucherbegriff. In der Tat wird die Unzumutbarkeit nur dann anzunehmen sein, wenn die entsprechenden Voraussetzungen des OR Art. 21 („offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung“ — allerdings nicht durch den Vertrag begründet, sondern durch die unverschuldete Veränderung der Verhältnisse — und eine „Notlage“ der einen Vertragspartei) gegeben sind. Darin liegt die Stärke und die Schwäche der Lehre von der Unzumutbarkeit, die Stärke, weil diese Beschränkung ein Abirren des Richters ins Uferlose verhindert, und die Rechtssicherheit besser gewährleistet, die Schwäche, weil diese Einschränkung die Änderung der Verträge verhindert auch da, wo sie die Billigkeit erfordert, wenn zufälligerweise die geschädigte Vertragspartei aus ausserhalb des Vertrages liegenden Gründen nicht in eine Notlage gerät.

10. Die Berücksichtigung des Volkswohls.

Einer Anzahl von Schriftstellern ist nicht entgangen, dass das Volkswohl eine wichtige Rolle bei der Frage des richterlichen Eingriffs in die privatrechtlichen Verhältnisse spielt, spielen darf und spielen soll.

Welti (a. a. O. Seite 45) tönt das schon an.

Siegwart (a. a. O. Seite 166/167) wird deutlicher:

„Der Richter darf nicht bei der Betrachtung der Verhältnisse bei den beiden Parteien stehen bleiben, sondern muss auch das allgemeine Interesse gebührend zu Rate ziehen.“

Eine Warnung möchte ich aber beifügen. Der Richter darf sich auch nicht durch Interessen des eigenen Staates abhalten lassen, das Volkswohl — in einem höheren Sinne aufgefasst — hintanzuhalten.

Eine gerechte Ausbildung des „Clausula“- und namentlich des „Aufwertungs“-Gedankens, ein Ausgleich zwischen dem Kriegsverlierer und dem Kriegsgewinner zu Lasten des letzteren, eine höchstmögliche Verhinderung

der Vermögensverschiebung vom alten Sparer- auf den neuen Spekulantenkreis ist ein Erfordernis des Volkswohls in diesem höheren Sinne. Da aber namentlich die Aufwertung der durch den Währungssturz entwerteten Schulden auch die Forderungen des alten Sparer^s an den Staat betreffen müsste — und das um so mehr, wenn er seine kleinen Leute, seine Waisen, aufgemuntert oder gezwungen hat, ihm zu borgen —, eine Aufwertung dieser Forderungen an den Staat aber die Staatsfinanzen und damit auch das Volkswohl schwer belasten müsste, so liegt die Gefahr nahe, dass der Richter und namentlich der Gesetzgeber der in Betracht fallenden Staaten dieses Staatswohl dem wirklichen Volkswohl voranstellt.

In der Tat scheint diese Überlegung es gewesen zu sein, die unseren westlichen und südlichen Nachbarn veranlasste, die Frage der Aufwertung kaum aufzuwerfen (vergl. Müller, in Z.S.R. **65**, 109 a), unseren östlichen Nachbarn, die von den Unterinstanzen aufgeworfene und bejahte Frage oberinstanzlich zu verneinen (siehe unten Seite 189 unter II. 12) und unseren nördlichen Nachbarn, sie von der falschen Seite her (Aufwertung statt Schuld-nachlass — siehe unten Seite 189 unter II. 12) anzufassen und ein für viele Fälle zu niedriges Maximum der Aufwertung (15% — siehe unten Seite 191 unter II. 12) gesetzlich festzulegen.

Der Schweizer Richter ist in der glücklichen Lage, dass für ihn kein solcher Konflikt zwischen Volkswohl und Staatswohl in Frage kommt. Wenn er im Interesse eines gerechten Ausgleichs zwischen dem alten Sparer und dem neuen Gewinner die volle oder eine hohe Aufwertung — besser gesagt: keinen oder einen kleinen Schuld-nachlass — gewährt, so dient er dabei sowohl dem allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesse der Hintanhaltung allzu grosser Vermögensverschiebungen, als auch dem besonderen Interesse der schweizerischen Volkswirtschaft. Man denke nur an die Riesensumme, die aus den Taschen des schweizerischen Sparer^s durch unsere

Banken — namentlich die Hypothekenbanken — ins Ausland abgeflossen sind, und in Italien und Frankreich zu 75%, in Deutschland und den österreichisch-ungarischen Nachfolgestaaten ganz oder fast ganz verloren gehen, wenn der Aufwertungs-Ausgleich vom Richter verweigert wird.

Dass natürlich nicht der Begriff des Volkswohls missbraucht werden darf, um den Einheimischen vor dem Fremden zu bevorzugen, ist eine Binsenwahrheit, die bei der glücklicherweise noch nicht nationalistisch entarteten Gesinnung des schweizerischen Richterstandes kaum in Erinnerung gerufen werden muss.

11. Die Entwicklung der Währungsfrage im deutschen Reich.

Anlässlich der Behandlung der einzelnen aufgeworfenen Fragen haben wir jeweilen schon Entwicklungen in der reichsdeutschen Theorie und Praxis mitbehandelt.

Da aber naturgemäss — der grösseren wirtschaftlichen Not in der Kriegszeit und namentlich in der Nachkriegszeit entsprechend — im deutschen Reiche die Eingriffe in das normale Vertragsrecht früher, zahlreicher und tiefer erfolgten als im schweizerischen Recht, sei ein kurzer Überblick der Gesamtentwicklung gestattet.

Zunächst ist an die Gesetzgebung zu erinnern.

Seit dem 1. Juli 1876 bestand im deutschen Reiche die Goldwährung. Die neue Fassung des Münzgesetzes datiert vom 1. Juni 1909. Gemäss diesem Gesetze waren die Reichsbanknoten gesetzliches Zahlungsmittel, die Reichskassenscheine und die Noten von Privatbanken nicht. Das Papiergeld stand aber praktisch dem Goldgeld gleich, weil es jederzeit in Gold umwechselbar war.

Durch Gesetz vom 4. August 1914 wurden auch die Reichskassenscheine als gesetzliches Zahlungsmittel anerkannt, aber gleichzeitig die Einlöschungspflicht für Reichskassenscheine und Reichsbanknoten aufgehoben. Damit

war die Goldwährung theoretisch nicht, aber praktisch aufgehoben, und die Papiergeldwährung eingeführt.

Durch Verordnung vom 28. September 1914 wurden Vereinbarungen, wonach Zahlung in Gold erfolgen sollte, für unverbindlich erklärt.

Schäffer und Keidel (Die Hauptfragen der Geldentwertung und Aufwertung — Stand der Rechtsprechung 15. Oktober 1924 — zweite völlig umgearbeitete Auflage) bemerken dazu:

„Die Fiktion „Mark = Mark“ gründet sich darauf, dass das Münzgesetz keinen Unterschied zwischen Gold- und Papiergeld macht.

Die Fiktion hat ihre Berechtigung verloren, seit die Einlösungspflicht für das staatliche Papiergeld aufgehoben ist und die Kaufkraft des Papiergeldes in einem ganz aussergewöhnlichen Masse sank.“

Sie schildern nun die Abhülfeversuche der Rechtsprechung bei gegenseitigen Verträgen, zunächst „durch Befreiung von der Sachleistung“ 1. „unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit“, 2. „unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit“ (a. a. O. Seite 4—6), dann „die Abhilfe an der Geldleistung“ (a. a. O. Seite 6):

„Die Entwertung der Papiermark als Zahlungsmittel wurde von der Rechtsprechung, insbesondere der höheren Gerichte, als der wesentliche Faktor erst anerkannt, als sie soweit vorgeschritten war, dass die Erfüllung älterer, insbesondere vor dem Kriege begründeter Markschulden in Papiermark „als ein Hohn auf Recht und Billigkeit“ erschien.

Daraus folgte: Die Leistungspflicht des Geldschuldners wird nur durch Zahlung einer entsprechend höheren Geldsumme erfüllt.

Damit war die Abkehr von dem Grundsatz der formalen Vertragstreue vollzogen und der Grundsatz der inneren Vertragstreue anerkannt.

Der Grundsatz „Verträge sind zu halten“ war zuerst in dem Sinne angewendet worden, dass der Sachschuldner um den Nennbetrag der in Geld ausgedrückten Gegenleistung zu erfüllen habe, weil es der Vertrag so bestimme. Man haftete am Wortlaut des Vertrags.

Nachher wendete man den Grundsatz richtig dahin an, dass der Sachschuldner auf eine Gegenleistung in Geld Anspruch habe, die nach ihrem inneren Werte dem entspreche, was sich die

Vertragsteile beim Vertragsabschluss unter Zugrundelegung der damaligen Kaufkraft des Geldes unter der vereinbarten Geldleistung vorgestellt hatten. Man forschte nach dem Sinn des Vertrags, nach dem mutmasslichen Willen der Vertragsteile.“

Insoweit deckt sich die reichsdeutsche Entwicklung grundsätzlich mit der schweizerischen. Nur hat letztere die „Abkehr von dem Grundsatz der formalen Vertragstreue“ zu dem „Grundsatz der inneren Vertragstreue“ nicht so restlos vollzogen wie die erstere. Namentlich stand sie der eigentlichen Aufwertung bisher recht skeptisch gegenüber. Wir werden darauf noch (unten bei 18) zurückkommen.

Es würde zu weit führen, die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte und Landesgerichte über sämtliche Fälle der Aufwertung zu verfolgen,*) wichtig für unseren Fall aber sind die vom Oberlandesgericht Darmstadt am 29. März 1923 (J.W. 1923, 459 Nr. 2 — 1923, 522 Nr. 6) und vom Reichsgericht am 28. November 1923 (E.R.G. 107, N. 87 — J.W. 1924, 40 ff.) ausgesprochenen Grundsätze. Wir zitieren der Kürze halber bloss die Zusammenfassung durch Schäffer und Keidel (auf Grund der ersten Auflage — Stand der Rechtsprechung 1. April 1924 — Seite 42/43):

„Der Aufwertung steht das Währungsrecht nicht entgegen. Die Bestimmungen, dass Reichsbanknoten überhaupt, Reichskassenscheine bis auf weiteres gesetzliches Zahlungsmittel sein sollen, beruhen auf der nach den damaligen wirtschaftlichen Verhältnissen begründeten Annahme, dass das Papiergeld dem Goldgeld gleichwertig sei. Seit dem gänzlichen Verfall der Papiermark entstand ein Widerstreit zwischen den Währungsvorschriften

*) Neben der bereits zitierten Schrift von Schäffer und Keidel ist zu verweisen auf die 39. Spruchsammlung der D. J. Z. „Zum Recht der Aufwertung“. „enthaltend Rechtssprechung und Schrifttum zum Recht der Aufwertung“ „bearbeitet von den Kammergerichtsräten Berthold Lehmann und Dr. van Velsen“, welche für die vorliegende Arbeit leider nicht mehr benutzt werden konnte, da sie erst während der Drucklegung erschienen ist.

einerseits und denjenigen gesetzlichen Vorschriften anderseits, die verhüten sollen, dass sich der Schuldner seiner Verbindlichkeit in einer mit Treu und Glauben und der Rücksicht auf die Verkehrssitte unvereinbaren Weise entledigt, § 242. Dabei müssen die Währungsvorschriften zurücktreten, weil eben bei ihrem Erlass der Währungsverfall, der den Widerstreit hervorruft, nicht in Betracht gezogen ist. Die Macht des Verkehrs hat den Grundsatz, dass Währungsgeld zur Begleichung alter Schulden zum Nennwert anzunehmen ist, ausser Kraft gesetzt. Auch die Gesetzgebung hat die Fiktion „Mark = Mark“ in verschiedenen Gesetzen aufgegeben.

Der Grundsatz des § 242 ist auch auf das Darlehen anwendbar. Durch die Geldentwertung entsteht, wie beim gegenseitigen Vertrag, ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, so beim Darlehen ein Missverhältnis zwischen dem hingegebenen und dem zurückerstatteten Betrag bei Rückerstattung im Nennwert. Der Schuldner einer einseitigen Geldschuld handelt gegen Treu und Glauben, wenn er sich durch Zahlung eines geringen Wertbruchteiles des Empfangenen von seiner Schuld befreien will.

§ 607 rechtfertigt die Aufwertung. Er fordert Rückerstattung nicht bloss in gleicher Menge, sondern auch in gleicher Güte. Der zurückzuerstattende Betrag ist von den Vertragsteilen in Währungsgeld festgesetzt im Vertrauen auf dessen Wertbeständigkeit innerhalb der Grenzen normaler Schwankungen. Das Geld ist nicht mehr von gleicher Güte, wenn sich sein Wert in einer unvorhergesehenen und unvorhersehbaren Weise gemindert hat. Bei welchem Grad der Wertminderung die Aufwertung notwendig wird, ist nach Treu und Glauben zu beurteilen.

Zum nämlichen Ergebnis führt die ergänzende Vertragsauslegung (§ 157), nämlich die Prüfung, was die Vertragsteile vereinbart hätten, wenn sie die Möglichkeit einer so ungewöhnlichen Geldentwertung erwogen und sich dabei dem Gebote von Treu und Glauben gefügt hätten. Der Auslegung, dass sie die Rückerstattung in einer der Geldentwertung entsprechend erhöhten Summe vereinbart hätten, stehen wieder die Währungsvorschriften nicht im Wege. Diese verbieten nicht eine Vereinbarung, die das Risiko des Währungsverfalles dem Gläubiger abnimmt.

Die Anwendung des Grundsatzes der §§ 157, 242 führt nicht in jedem Falle zur Aufwertung oder zum gleichen Mass der Aufwertung. Die Interessen beider Teile sind in billiger Weise zu berücksichtigen. Neben dem in Papiermark berechneten gestiegenen Preis des Grundstücks sind auch die anderen Umstände des Falles in Betracht zu ziehen, z. B. die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners, die Art des Grundstücks (landwirtschaft-

lich, industriell, städtisch), die Grundstücklasten, namentlich die öffentlichen, bei Mietgrundstücken die Minderung des Ertrages durch die Mieterschutzgesetzgebung.

Durch den schuldrechtlichen Vertrag hat sich der Schuldner verpflichtet, für die ganze Forderung des Gläubigers Sicherheit durch die Hypothek zu gewähren. Erweitert sich die Forderung ziffermässig durch die notwendig werdende Aufwertung, so gebieten Treu und Glauben, dass der Schuldner die hypothekarische Belastung bis zur völligen Befriedigung der Forderung fortbestehen lässt. Löschungsbewilligung und Herausgabe des Hypothekenbriefes können deshalb in Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 bis zur Zahlung des aufgewerteten Betrages verweigert werden. R.G. **107**, 87 — J.W. **24**, 40; O.L.G. Darmstadt in J.W. **23**, 459, 2, 522, 6 — Seufferts Archiv **78** Nr. 5; L.G. Münster in J.W. **23**, 1059, 9; L.G. Göttingen in J.W. **23**, 1057, 5. Es läuft dem normalen Anstandsgefühl zuwider, dass der Schuldner, der Goldwert erhalten hat und in Gestalt eines Sachwertes fortbesitzt, die Markentwertung und die allgemeine Notlage dazu ausnützt, um sich auf Kosten des Gläubigers ungerechtfertigt ganz erheblich zu bereichern. Dass sich die Kündigung auf den Vertrag stützt, steht der Nichtigkeit nach § 138 Abs. 2 nicht entgegen; subjektiv kommt die Sittenwidrigkeit des Beweggrundes zur Ausübung des Vertragsrechts, objektiv der Umstand in Betracht, dass das Kündigungsrecht unter ganz anderen Umständen und Voraussetzungen begründet wurde. Dass die Unsittlichkeit schon zur Zeit der Begründung des Rechts bestand, ist nicht erforderlich.“

Mit diesen Urteilen ist die Papierwährung praktisch abgeschafft.

Städel (Forderungsaufwertung oder Schuldnachlass der dritten Steuernotverordnung — in J.W. **1924**, 485/86) bemerkt:

„Diese gesetzlichen Bestimmungen“ — (die Eigenschaft des Papiergeldes als „gesetzliches Zahlungsmittel“ betreffend) — „gelten aber nicht mehr, sie sind vielmehr durch Gewohnheitsrecht beseitigt.“

„Die eigentliche Bedeutung der berühmten Entscheidungen“ — des O.L.G. Darmstadt vom 18. Mai 1923 (J.W. **1923**, 522) und des Reichsgerichts vom 28. September 1923 (J.W. **1924**, 38) — „scheint mir darin zu liegen, dass sie klarstellen, dass Reichsbanknoten und Reichskassenscheine nicht mehr gesetzliche Zahlungsmittel sind.“

Der höchste reichsdeutsche Richter hat sich also entgegen dem Postulate Barths am schweizerischen

Juristentag vom 29./30. September 1924 (S.J.Z. 21, 121) vor dem „Machtgebot des Staates“ nicht gebeugt.

In der Tat hatte das Geschäftsleben schon längst durch Selbsthilfe sich von der Papierwährung emanzipiert und in Dollar oder Schweizerfranken oder einer fiktiven Goldwährung kalkuliert.

Der Gesetzgeber hatte diesen faktischen Zustand — ursprünglich widerstrebend — anerkennen müssen, und — nachdem schon am 18. August 1922 eine Roggenrentenbank mit dem Recht zur Ausgabe von „Roggenrentenbriefen“ und „Roggenrentenmark“ gegründet worden war — selbst durch Verordnung vom 15. Oktober 1923 die Errichtung einer deutschen Rentenbank angeordnet mit dem Rechte „Rentenbankscheine“ auszugeben, weiter durch Verordnung vom 23. Dezember 1923 angeordnet, den „Postcheckverkehr“ „auf Rentenmark“ umzustellen.

Eine Verordnung vom 28. Dezember 1923 bestimmte weiter in § 1:

„Kaufleute, die zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet sind, haben vom 1. Januar 1924 ab oder, falls das neue Geschäftsjahr mit einem späteren Zeitpunkt beginnt, von diesem Zeitpunkt ab das Inventar und die Bilanz in Goldmark aufzustellen.

Als Goldmark gilt der Gegenwert von 10/42 des nordamerikanischen Dollars. Die Reichsregierung ist ermächtigt, eine andere Einheit festzusetzen.“

Durch Gesetz vom 19. März 1924 wurde die Errichtung einer „Deutschen Golddiskontbank“ in Aussicht genommen und seither begründet.

Durch das Bankgesetz vom 30. August 1924 § 3 wurden die auf „Reichsmark“ lautenden „Reichsbanknoten“ — neben den „Reichsgoldmünzen“ — als „das einzige unbeschränkte gesetzliche Zahlungsmittel in Deutschland“ bezeichnet.

Durch das Münzgesetz § 1 vom gleichen Datum wurde die Goldwährung ausdrücklich wieder eingeführt.

Durch die erste Verordnung zur Durchführung des Münzgesetzes vom 10. Oktober 1924 § 1 wurden „die auf Mark bisheriger Währung lautenden Reichsbanknoten“ beschränkt — d. h. „bis zum Ablauf von drei Monaten nach ihrem Aufruf durch das Reichsbankdirektorium — im Umlauf belassen und „als gesetzliche Zahlungsmittel“ anerkannt „in der Weise, dass eine Billion Mark einer Reichsmark gleichgesetzt wird“.

Die Papierwährung ist also schon im Laufe des Jahres **1923** abgeschafft und zunächst praktisch durch die „Rentenmark“, später — **1924** — gesetzlich durch die „Reichsmark“ auf Grund der neuen Goldmarkwährung ersetzt worden.

12. Der gegenwärtige Stand der Aufwertungsfrage im deutschen Reich.

Diese Entwicklung des Währungsrechtes führte zur Betrachtung der Frage von einer ganz anderen Seite her — sie führte zur Frage der Aufwertung des entwerteten Geldes.

Die grundlegenden Entscheide in der Aufwertungsfrage haben wir bereits im vorigen Abschnitte kurz besprochen.

Mit den beiden Urteilen des Darmstädter O.L.G. vom 29. März und vom 18. Mai 1923 und des deutschen Reichsgerichts vom 28. November 1923 ist aber die Entwicklung noch keineswegs abgeschlossen.

Ob eine Aufwertung von Rechts wegen zulässig sei, war lange hart umstritten.

Oertmann, der sich in seiner Schrift „Die Aufwertungsfrage bei Geldforderungen, Hypotheken und Anleihen“ (1924) als einstiger Saulus und heutiger Paulus bekennt, zählt (a. a. O. Seite 10/11) die Anhänger der Aufwertung und die Gegner ziemlich erschöpfend auf, so dass wir uns hier mit einem Hinweis begnügen können.

Seine eigene Bekehrung motiviert er (a. a. O. Seite 8–9) mit den Worten:

„Seit Anfang Mai sind die Beurteilungsmomente für das Problem meiner Arbeit eben neuerdings grundstürzend geändert. Damals konnte das Kammergericht (Erkenntnis vom 1. 5. 1923, Jur. Woch. **1923**, 693) die Ablehnung der Hypothekenaufwertung mit einem Schein von Recht u. a. auch damit begründen, dass „„die Mark als Rechnungseinheit bestehen geblieben ist und das auf dieser Rechnungseinheit beruhende Papiergeld vom Verkehr im allgemeinen als das einzige Zahlungsmittel anerkannt wird““.

Es genügt, diese Worte hierher zu setzen, um uns sofort klar zu werden, wie heispiellos sich im letzten Halbjahr die Verhältnisse und Anschauungen verändert haben. Denn es ist doch eine Binsenwahrheit, dass auch schon vor der Erfindung der Rentenmark in Wahrheit die Gold- und nicht mehr die Papiermark die allgemein massgebende Rechnungseinheit, mindestens im Grossverkehr, zu bilden begonnen hatte; dass auch da, wo man noch formell nach Papiermark rechnete, im Hintergrunde als wirklicher Berechnungsfaktor überall der Dollar oder die Goldmark zu stehen pflegte.“

„Ohne die Aufwertung,“ so meint Oertmann (a. a. O. Seite 9), „hätten wir die grösste Rechtsvernichtung, die ein Kulturstaat in der Geschichte sich geleistet hat.“

„Die Tatsache, dass man um ein Nichts alle Vorkriegsschulden abschütteln könnte,“ so sagt er, „würde durch jede nähere Ausmalung ihre Schlagkraft nur abschwächen. Sie ist so grotesk, dass man nur darüber zweifeln kann, ob man sie mit dem Auge des lachenden oder dem des weinenden Philosophen betrachten solle. Sie einfach mit lässigem Achselzucken hinzunehmen, ist jedenfalls unmöglich. ‚Wer über gewisse Dinge,‘ hat Lessing einmal gesagt, ‚den Verstand nicht verliert, der hat keinen zu verlieren.‘ Eine Rechtsordnung, die solche Früchte zeitigen müsste, die ist, ich sage nicht: unmöglich — denn ich bin kein Freirechtler oder Naturrechtsgläubiger —, aber so minderwertig, so von allen guten Geistern verlassen, dass ein Gemeinwesen auf die Würde eines Kulturstaates verzichten müsste, das sich dabei beruhigte. Ein solcher Staat wäre nicht mehr nach Hegels Wort die „objektive Sittlichkeit“, müsste sich vielmehr mit Fug im Gegenteil als die objektive Unsittlichkeit schelten lassen.“

Der Entwicklung im deutschen Reichsrecht Bahn gebrochen hat ein oberstgerichtlicher Entscheid eines anderen schweren Inflationslandes — nämlich der Entscheid des höchsten Gerichtshofes für Polen in Warschau vom 26. Februar 1922 (J.W. **1923**, 332 ff.). Das dritte mitteleuropäische Inflationsland — Deutsch-Österreich — scheint nach einer kurzen Blüte der Aufwertungs-idee in der Gerichtspraxis zum Satze „Krone = Krone“ zurückgekehrt zu sein (Telegramm des Europapress vom 23. Dezember 1924 in Z.P. Nr. 305).

Im deutschen Reich hat der Gesetzgeber — wenigstens teilweise — eine Lösung versucht in der „Dritten Steuernotverordnung“ vom 14. Februar 1924.

Da dieser positiv rechtliche Lösungsversuch des deutschen Reichsrechts für nach schweizerischem Recht zu beurteilende Verträge keine Bedeutung hat, können wir uns ein näheres Eintreten ersparen.

Der uns interessierende Inhalt der dritten Steuernotverordnung wird übersichtlich dargestellt von Kipp („Das bürgerliche Recht in der dritten Steuernotverordnung“ in J.W. **1924**, 479 ff.), worauf wir lediglich verweisen.

Zu bemerken ist aber, dass diese gesetzgeberische Lösung weder textlich noch gesetzgebungspolitisch als glücklich zu bezeichnen ist.

Einen sehr beachtenswerten Einwand erhebt Städel („Forderungsaufwertung oder Schuldnachlass der dritten Steuernotverordnung“ in J.W. **1924**, 485):

„Der schwerste Fehler der Verordnung ist aber, dass sie den ganzen Problemkomplex unter einem falschen Gesichtspunkt betrachtet. Es handelt sich in Wahrheit nicht darum, ob man die von der Geldentwertung betroffenen Forderungen aufwerten, sondern ob man den Schuldnern einen Nachlass gewähren soll.“

Weiter muss daran erinnert werden, dass die Verordnung nur scheinbar und nur teilweise die Aufwertung anordnet, vielmehr gerade da, wo sie

Geltung beansprucht, die Entwicklung einer gesunden Aufwertungslehre behindert.

Städel (Forderungsaufwertung oder Schuldnachlass der dritten Steuernotverordnung — in J.W. **1924**, 485, ähnlich auch Seite 487) sagt mit Recht:

„Nun ist zu bemerken, dass in Wahrheit nicht die Aufwertung angeordnet wird — das war nicht notwendig, denn das hat die Rechtsprechung schon getan —, sondern der Sinn der VO ist, dass die Aufwertung beschränkt wird. Diese Aufwertungsbeschränkung ist aber nur für Ansprüche aus Vermögensanlagen, die durch den Währungsverfall entwertet sind, angeordnet.“

Schliesslich ist scharf zu betonen, dass die Verordnung nur einen Teil der aufwertungsbedürftigen Forderungen herausgreift, um ihre Aufwertung anzuordnen und gleichzeitig zu beschränken.

Wrzeszinski (Neue Unklarheiten in der Aufwertungsfrage — in J.W. **1924**, 1122) bemerkt diesbezüglich:

„Die Aufwertungs-VO selbst weist eine ganze Reihe von Ansprüchen (z. B. aus Gesellschaftsverträgen) aus ihrem Anwendungsgebiet aus; für diese Ansprüche gelten nach herrschender Auffassung nicht die Beschränkungen der Aufwertungs-VO, sondern kann eine weit höhere Aufwertung auf Grund der vom R.G. gegebenen Richtlinien erfolgen.“

Auch Kipp (Das bürgerliche Recht in der dritten Steuernotverordnung — in J.W. **1924**, 483) zählt als nicht der Verordnung unterstehend auf:

„Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, Gesellschaftsverträgen und anderen Beteiligungsverhältnissen, sowie Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, die bei Abfindungen, Auseinandersetzungen oder ähnlichen Vorgängen begründet sind.“

Dagegen will Kipp (a. a. O.) „Rechtsgeschäfte, bei denen ein Vermögenswert hingegeben wird, um in Form einer Geldforderung aufbewahrt zu werden,“ „also insbesondere das einfache Darlehen“ „als“ „Vermögensanlagen“ ansehen. Deren „Aufwertung“ richte sich „nach Rechtsgrundsätzen, die ausserhalb der VO liegen, nur mit den in § 12 Abs. 1 gegebenen Schranken“.

Die letztere Annahme blieb nicht unbestritten.

Nicht einmal alle langfristigen Darlehen, die doch gewiss Vermögensanlagen (im gemeinen Wortsinne) sind, sind der Beschränkung der Notverordnung in der Aufwertung unterworfen.

Wrzeszinski (in J.W. 1924, 1122) führt diesbezüglich meines Erachtens mit Recht aus:

„Vor allem verstösst die Durchf.VO gegen die dritte Steuer- notverordnung darin, dass sie alle nicht von ihr besonders auf- geführten Darlehensforderungen in Bausch und Bogen für nicht höher als mit 15 Goldprozent aufwertbar erklärt.

Nicht jede Darlehensforderung ist eine Vermögensanlage. Hierüber besteht im Schrifttum Übereinstimmung. Auch Schlegelberger, der ja an der Gestaltung der VO wesentlich beteiligt ist, führt S. 87 seines Erläuterungsbuchs aus, dass nur langfristige Darlehen Vermögensanlagen seien. Man wird noch erheblich weiter gehen müssen und nicht nur kurzfristigen oder mit täglicher Kündigungsmöglichkeit gewährten Darlehen den Charakter einer Vermögensanlage ab- sprechen, sondern auch die Gruppe von Darlehen aus- nehmen, die in einem Geschäftsbetriebe erteilt sind und deren Hingabe nicht sowohl der Anlage als viel- mehr dem Betriebe dienen sollte: z. B. Darlehen von Banken und Finanzkonsortien zum Ausbau von land- wirtschaftlichen oder industriellen Unternehmungen, Darlehen, durch die Brauereien Gastwirten die Ein- richtung und Führung ihrer Schankstätten ermög- lichen. In Darlehen dieser Art sucht nicht ein Kapital eine feste Anlage, sondern werben die Betriebsmittel der genannten Unternehmungen, um in mehr oder min- der beschleunigtem Lauf zum Geldgeber zurückzu- kehren. Auch eine Hingabe auf längere Dauer lässt die Betriebsmittel regelmässig nicht zum Anlagekapi- tal werden, sondern erhält ihnen ihren ursprünglichen Charakter; die Verlangsamung des Tempos wird dann meist durch einen höheren Nutzen ausgeglichen, der aus der Gewährung des Darlehens erwartet wird.“

Auch die neueren Entwürfe gehen in der gleichen Richtung. „Ein von dem O.L.G.Präs. Best im Auftrage des Schutzverbandes der Hypothekengläubiger ausgearbei- teter Entwurf“ „will“ „die Aufwertung nach den Um- ständen jedes einzelnen Falles regeln“ (Mügel, Der

gegenwärtige Stand der Aufwertungsfrage — in D.J.Z. 1925, 47). Ein Entwurf der Juristischen Arbeitsgemeinschaft in Berlin sagt wenigstens in Leitsatz 2 am Schlusse:

„Der Aufwertungssatz für Hypotheken und für die durch Hypotheken gesicherten persönlichen Forderungen ist erheblich über 15% zu erhöhen. Eine solche Erhöhung ist ohne unbillige Belastung des Grundbesitzes möglich, wenn der Gläubiger Zahlung des Kapitals vor dem 1. Januar 1932 nicht verlangen darf. Die berechtigten Interessen der Eigentümer müssen in der Gesetzgebung Berücksichtigung finden, insbes. durch möglichst baldige Beseitigung oder Einschränkung der Hauszinssteuer. Der Aufwertungssatz gilt als Normalsatz. Gläubiger oder Schuldner können eine Erhöhung oder Herabsetzung des Normalsatzes verlangen, wenn er nach den besonderen Umständen des Falles eine grobe Unbilligkeit bedeutet.“

Und in Leitsatz 3:

„Über das Verlangen auf Erhöhung oder Herabsetzung des Normalsatzes entscheidet im ersten Rechtszuge eine Schiedsstelle, durch deren Zusammensetzung die Beachtung rechtlicher und wirtschaftlicher Gesichtspunkte sicherzustellen ist. Für ihre Entscheidung können Richtlinien aufgestellt werden.“

Wenn diese Grundsätze im deutschen Reichsrecht — entgegen einer positivrechtlichen Bestimmung — vertreten werden, so werden sie im schweizerischen Recht — dann, wenn sie auf Grund der geltenden Rechtsprinzipien (Voraussetzungslehre — lückenausfüllende Auslegung) überhaupt denkbar sind — in vermehrtem Masse Beachtung verdienen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass selbst reichsdeutsche Gerichte sich weigerten, auf Grund der dritten Steuernotverordnung Recht zu sprechen (Entscheid des Amtsgerichtes Oeynhausen vom 14. Oktober 1924 — abgedruckt in J.W. 1924, 2073 Nr. 6), dass diese renitente Stellungnahme gegen das gegenwärtig geltende Notrecht sogar direkt empfohlen wurde in der D.J.Z. (Mügel, Der gegenwärtige Stand der Aufwertungsfrage — in D.J.Z. 1925, 47), noch bevor der Reichstag selbst am 5. Februar 1925 die Aussetzung aller Aufwertungsprozesse gesetzlich anbefahl bis zum Inkrafttreten des neuen Auf-

wertungsgesetzes, welches bis spätestens 30. April 1925 in Aussicht genommen wurde (Kölnische Zeitung Nr. 94 vom 6. Februar 1925 — vgl. auch D.J.Z. 1925, 308/309 —). Nach einem weiteren Beschlusse des Reichstags vom 7. März 1925 ist der „Entwurf eines neuen Aufwertungsgesetzes“ „unverzüglich den gesetzgebenden Körperschaften zuzuleiten“ (Kölnische Zeitung Nr. 176 vom 8. März 1925). Inzwischen ist denn auch ein „Referentenentwurf einer Denkschrift über die Aufwertung“ — „verfasst im Reichsministerium“ — erschienen (Sonderbeilage zur D.J.Z. 1925, Heft 4), welcher in der Einleitung bemerkt:

„Nachdem inzwischen die wirtschaftliche Einheit des Reichs wiederhergestellt, die neue auf Goldwerte gegründete Reichsmarkwährung eingeführt, das Zeichnungsergebnis der Auslandsanleihe wirksam und die Lage der Staats- und Volkswirtschaft übersichtlicher geworden ist, erscheint der Zeitpunkt für eine eingehende Prüfung der Frage gekommen, ob den durch den Währungszerfall Geschädigten nicht in weiterem Umfang geholfen werden kann, als es beim Erlass der Dritten Steuernotverordnung möglich war.“,

und äusserst interessante historische und wirtschaftspolitische Zusammenstellungen enthält, die wir hier nicht mehr berücksichtigen können. Leider steht dieser Entwurf in seinen Vorschlägen wieder auf dem Standpunkt der starren Aufwertung zu einem bestimmten Höchstsatz.

Der Standpunkt gerechter Abwägung der Interessen und Möglichkeiten des Darleihers und des Darlehensempfängers ist aber unseres Erachtens der einzige, der zu einer gerechten Lösung des Problems führt.

Jede schematische Lösung — wähle man die Aufwertungsgrenze bei, oder unter, oder über 15% — wird im Einzelfalle zu schwersten Ungerechtigkeiten führen.

Das starre Prinzip der Vertragstreue ist zwar „summum ius“, führt aber bei wirtschaftlichen Umwälzungen, wie wir sie erlebt haben, zur „summa injuria“

überall da, wo der Schuldner unverschuldet all sein Gut verloren hat.

Das starre Prinzip der Vertragsuntreue in einem Mindestbetrag von 85% kann aber ebenso „*summa injuria*“ werden, überall da, wo der Schuldner mit dem zurückzugebenden Gelde Sach- oder Goldwerte geschaffen hat und der Gläubiger sich nun mit einem minimalen Teilbetrag soll abfinden lassen.

Nur ein biegsames Recht kann zum richtigen Recht hinführen, die äussere Vertragstreue durch die innere Vertragstreue (Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit — Seite 22) ersetzen.

13. Die Theorie der Bereicherung.

Die bisherigen Versuche, sich von der äusseren Vertragstreue loszulösen, um zur inneren Vertragstreue, zum richtigen Recht, zu gelangen, haben wir einlässlich geschildert. Nur einen neuen Versuch, der in der schweizerischen Juristenwelt besonderen Anklang gefunden hat, haben wir uns auf den Schluss aufgespart.

Schon Oertmann (Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff — 1921) hat den Zusammenhang der Windscheid'schen Voraussetzungslehre mit den „*conditiones*“ des römischen Rechts erkannt und anerkannt (a. a. O. § 2 „Das causa-Problem“ — § 3 „Der Mangel des Rechtsgrundes“ — Seite 4—24).

Müller (in Z.S.R. 65, 131 a ff.) baut seine Theorie ganz auf der „ungerechtfertigten Bereicherung“ auf.

Auch Barth kommt in seinen Erörterungen am schweizerischen Juristentag vom 29./30. September 1924, obwohl er die Kapitulation des Privatrechts vor dem öffentlichen Recht (Zwangskursgesetzgebung) für unumgänglich hält, zu dem Schlusse, „am ernsthaftesten verdiene die Bereicherungstheorie des deutschen Referenten genommen zu werden“.

Auch in der deutschen (Wahle, „Das Valorisationsproblem in der Gesetzgebung und Rechtsprechung Mitteleuropas“ — 1924 — Seite 249 ff. „Bereicherung“) und österreichischen Juristenwelt (Swoboda, „Natur und Inhalt des Bereicherungsanspruchs im österreichischen Recht“ — 1916 — und „Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem“ — 1919) scheint sie neuerdings immer mehr an Boden zu gewinnen (Bauhofer, in S.J.Z. 21, 121).

Oertmann (Die Aufwertungsfrage — Seite 33) lehnt die direkte Anwendung der Bereicherungsvorschriften des bestehenden Gesetzes ab, und hierin mag er Recht haben.

Ebenso mit Recht kommt er aber bei der Besprechung des Umfanges der Aufwertung auf die Bereicherungsidee zurück. Der Umfang der Aufwertung ist auf Grund einer gerechten Interessenabwägung zwischen beiden Vertragsparteien festzusetzen. Dabei spielt eine Rolle das „Alter der Forderung“, bei dinglich gesicherten Forderungen „die Höhe der Wert- oder der Ertragssteigerung des belasteten Grundstücks,“ und zwar gleichviel, ob man von der „Bereicherungstheorie“ oder von „der durch Treu und Glauben zu begründenden Aufwertung“ ausgeht (Oertmann a. a. O. Seite 49/50).

Oertmann fährt (a. a. O. Seite 50/51) fort:

„Ähnliches gilt bei persönlichen Forderungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage des Schuldners. Von einem gewerblichen Grossunternehmer wird man eine sehr viel stärkere Aufwertung heischen können als von einem dahinvegetierenden Rentner oder einem auf Hungergehalt gestellten kleinen Beamten.“ „Und mancher mag sich daran stossen, hier wieder einen neuen Anwendungsfall für den bei § 829 BGB so viel umstrittenen Grundsatz „richesse oblige“ beschert zu erhalten.

Aber entscheidend sind derlei Bedenken doch wohl nicht. Kommt es für die Aufwertung einmal auf die soziaethische Beurteilung nach Treu und Glauben an, so kann die Frage auch nicht ohne Rücksicht auf das Mass sittlichen Missbehagens entschieden werden, das ein Unterbleiben der Aufwertung dem unparteiischen Beurteiler verursachen würde. Und dieses Miss-

behagen ist natürlich weitaus am stärksten, wenn wir einen reichen Schieber oder Landwirt vor uns sehen, der einem hilflosen Mündel sein einziges Vermögensstück mit dem Bruchteil eines Kupferpfennigs, also in Wahrheit mit einem blanken Nichts, abgelten will. Nicht dass der Schuldner reich ist, erregt unsere Missbilligung und lässt ihn haftbar erscheinen, sondern dass er trotz seines Reichtums eine dazu keineswegs bestimmte gesetzliche Vorschrift zu dem Zwecke anzuwenden trachtet, um seine Verbindlichkeiten unentgeltlich los zu werden. Der Reichtum beseitigt im Grunde nur die „negative Instanz“ (Bacon), die uns andernfalls vielleicht hindern würde, ein solches Verhalten als Verstoss gegen Treu und Glauben zu brandmarken.“

14. Welches ist nun die richtige Lösung?

Zum richtigen Recht führt nur eine Abwägung, welche bei der Frage nach dem „ob“ die Voraussetzung oder Geschäftsgrundlage, und wo diese nicht erkennbar sind, die „Unzumutbarkeit“, bei der Frage nach dem „wie“ — ganze oder teilweise Aufhebung des Vertrages? — die Lücken des Parteiwillens nach Treu und Glauben (ZGB Art. 2) — und bei der Frage nach dem „wie hoch“ die Bereicherungsidee vor Augen hat.

Ist der Richter entschlossen, vom Wortlaute des Vertrages abzuweichen im Interesse einer höheren Gerechtigkeit, so ist alles Weitere Ermessensfrage. Dann kommt zu entsprechender Anwendung ZGB Art. 4. Er hat seinen Entscheid nach freiem Ermessen unter Würdigung der Umstände „nach Recht und Billigkeit“ zu treffen.

In dieser Richtung deutet auch das Votum des Gerichtspräsidenten Dr. Ems, Murten. (Z.S.R. 65, 253a, S.J.Z. 21, 122).

Auch die reichsdeutsche Theorie und Praxis ist dazu gekommen, „die Aufwertung nach den individuellen Verhältnissen vorzunehmen“. Schaeffer und Keidel (a. a. O. 2. Aufl. Seite 12/13) fassen die hierbei zu berücksichtigenden Gesichtspunkte kurz zusammen:

„Unter Berücksichtigung aller besonderen Verhältnisse des Falles ist zu prüfen, welche Geldleistung für den Gläubiger an-

nehmbar, für den Schuldner erschwinglich und zumutbar ist. Ist beim gegenseitigen Vertrag die Sachleistung für den Sachgläubiger und Geldschuldner zu teuer geworden, so muss er auf die Leistung verzichten.

1. Die allgemeinen Masstäbe berücksichtigen nur die Vermögensverhältnisse, während bei der Aufwertung nach Billigkeit alle Verhältnisse der Beteiligten, auch Stand, Verdienst, Familienverhältnisse in Betracht zu ziehen sind.
2. Sie stellen nur einen Masstab für den Durchschnittsmenschen auf, die Beteiligten haben aber Anspruch, dass ihre Verhältnisse berücksichtigt werden.
3. Ein allgemeiner Masstab kann deshalb nur den Ausgangspunkt für die Betrachtung des Einzelfalles bilden. Den Beteiligten bleibt es überlassen, die Eigentümlichkeiten ihres Falles darzulegen; zur Aufklärung ist von dem richterlichen Fragerecht Gebrauch zu machen. Die Beweislast trifft den Gläubiger.
4. Ist die Sachleistung schon früher erfolgt (z. B. Kaufpreis gestundet), so ist eine volle Aufwertung entsprechend der gesunkenen Kaufkraft des Geldes meist unbillig. Es würde dem Geldschuldner allein das Risiko der Geldentwertung übergebürdet. Es ist vom Schuldner dieselbe Kraftanstrengung zur Aufbringung der Geldleistung zu verlangen, die beim Vertragsabschluss vorausgesetzt wurde. Dabei ist seine wirtschaftliche Lage entscheidend.
5. Ist auch die Sachleistung erst zu bewirken, so verlangt die Billigkeit die volle Aufwertung der Geldleistung im Verhältnis zur Wertsteigerung der Gegenleistung. Das kann allerdings zur Unerschwinglichkeit der Geldleistung für ihren Schuldner führen (Zacharias in J.W. 24, 85; O.L.G. Hamburg in Hans. R Z 24, 71).“

Bei der Abwägung aller dieser Verhältnisse ist auszugehen von dem Normalfall: von der Vertragstreue. Wer behauptet, dass infolge veränderter Verhältnisse die äussere Vertragstreue nicht mehr der inneren Vertragstreue entspreche, hat das zu beweisen. Der anderen Vertragspartei steht der Gegenbeweis offen, dass durch die Forderung der Aufhebung oder der Änderung des bestehenden Vertrages ihr gegenüber nicht nur die äussere, sondern auch die innere Vertragstreue verletzt werde. Ein Vorbild für derartige Billigkeits-

abwägungen haben wir im schweizerischen Schadenersatzrechte (OR Art. 42—44). Die dort geltenden Grundsätze werden auch in unserem Falle mit Nutzen entsprechend zu verwerten sein.

15. Der Einfluss vorbehaltloser Zahlungsannahme auf die „Clausula“ und die „Aufwertung“.

Noch einige wenige Spezialfragen sind kurz zu erörtern.

Die Frage, ob bereits bezahlte Schulden noch aufgewertet werden können, ist im reichsdeutschen Recht hart umstritten gewesen.

Oertmann (a. a. O. Seite 55) bejaht sie. Die dritte Steuernotverordnung schliesst bei vorbehaltloser Annahme die Aufwertung aus.

Das Reichsgericht (J.W. **1924**, 1613 Nr. 2) erklärt aber ausdrücklich diesen Grundsatz als „nicht allgemein und unbedingt“ gültig „ausserhalb des Bereichs der genannten VO“.

Im schweizerischen Recht darf dagegen die Nichtrückwirkung bei vorbehaltloser Annahme als unumstössliche Regel gelten.

Interessant sind diesbezüglich schon die Ausführungen des Bundesgerichts i. S. Moulin & Co. gegen Junker & Ruh vom 29. Oktober 1920 (E.B.G. **46**², 375 ff.)

Später sagt das Bundesgericht ausdrücklich (E.B.G. **47**², 450): „Die Klagebegehren um Erhöhung des Vertragspreises für die abgelaufenen Jahre“ „seien schon deshalb“ „unbegründet, weil damals weder die Aufhebung des Vertrags verlangt, noch der Rücktritt erklärt worden sei.“

Im gleichen Entscheide (E.B.G. **47**², 459) sagt das Bundesgericht weiter: „Bei einem auf so lange Dauer (17 bzw. 22 Jahre) abgeschlossenen Verträge sind gute und schlechte Jahre ineinander zu rechnen,“ und in einem noch jüngeren Entscheide (E.B.G. **48**², 253) lehnte es die Vertragsänderung ab, weil dieser „ohne jeglichen Vor-

behalt erfüllt“ war, und weil die „Erschwerung keine derartige“ „gewesen sei, dass dem Verpflichteten diese Leistungen nicht mehr zugemutet werden konnten.“ (Vergl. auch Siegwart a. a. O. S. 83, ähnlich S. 92, sowie Z.R. **21** Nr. 9.)

Die Praxis ging sogar noch weiter. „Wenn der Gläubiger während längerer Zeit von seinen Rechten keinen Gebrauch gemacht hatte, so konnte dies dazu führen, dass man ihm die Berechtigung aberkannte, nachher plötzlich diese Rechte mit aller Schärfe geltend zu machen“ (Siegwart a. a. O. S. 92 — E.B.G. **48**², 462).

Das jüngste bundesgerichtliche Urteil, das sich zu der Frage ausspricht (Praxis **14** Nr. 3 Erw. 4) sagt klar und deutlich: „Die Anwendung der vom Kläger angerufenen *clausula rebus sic stantibus* ist hier schon deshalb ausgeschlossen, weil das Kaufgeschäft, im Zusammenhang mit welchem das Konkurrenzverbot zu würdigen ist, vollumfänglich erfüllt worden ist, und daher nachträglich nicht mehr abgeändert werden kann.“

Dem schliesst sich auch Stammer (in Z.B.J.V. **58**, 49) an:

„Es ist zunächst festzustellen, dass die Frage nach dem Einfluss der veränderten Umstände und der *clausula rebus sic stantibus* sich nur auf unerledigte Verpflichtungen laufender Verträge bezieht. Schon erfüllte Verträge bleiben ausser Betracht.“

16. Die Aufwertung der Zinsen.

Dass die Aufwertung sich auch auf die Kapitalzinsen bezieht, scheint allgemein anerkannt zu sein (Oertmann, Die Aufwertungsfrage bei Geldforderungen, Hypotheken und Anleihen, 1924 S. 46).

Bei der Aufwertung der Zinsen wird aber eine ausschlaggebende Rolle spielen, wer den Vorteil aus dem Kapital zieht. Das kann unter Umständen ein anderer sein als der Darlehensnehmer.

Oertmann (a. a. O. Seite 46) führt diesbezüglich aus:

„Z. B. der Schuldner ist Eigentümer eines Hauses, das im Nennwert gestiegen ist, während die Einnahmen auf Grund der

Vorschriften über die Höchstmietsätze keine entsprechende Steigerung aufzuweisen haben. In solchen Fällen den Schuldner mit einer Erhöhung seiner Zinsschuld zu verschonen, ist notwendig, aber auch nicht unfolgerecht. Denn nach der wirtschaftlichen Betrachtung, auf die auch § 242 weite Rücksicht nehmen muss, soll der Schuldner wie aus dem Bodenwert das Kapital, so aus den Bodenerträgen die Zinsen bezahlen. Sind also jene nicht erhöht, so kann auch eine Aufwertung der Zinsen nicht eintreten. Es ist durchaus folgerecht, die Nachteile aus der bisher nun einmal beliebten Niedrighaltung der Mieten diejenigen Personen tragen zu lassen, denen im wirtschaftlichen Endergebnis die Erträge des Grundstücks zufließen.“

Im umgekehrten Sinne wird gerade bei der Aufwertung von Zinsen noch nicht fälliger Kapitalien die Einstellung des schuldnerischen Betriebes auf die neue Renten- und Goldmarkwährung einen Grund für die Aufwertung bilden.

Die Frage wird in einem anderen Zusammenhange aufgeworfen durch Geiler und Pfefferle (Die schweizerischen Goldhypotheken in Deutschland, 1924, Seite 277/278), und — auf Grund der positivrechtlichen Bestimmungen des Abkommens zwischen dem Deutschen Reiche und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 6./9. Dezember 1920 (ergänzt am 25. März 1923) — in verneinendem Sinne gelöst.

Interessant ist für uns aber, dass auch Geiler/Pfefferle die Frage aufwerfen, ob und inwieweit die im Abkommen enthaltene vertragliche Überbindung der weiteren Markverschlechterung seit 1923 auf den Gläubiger (abgesehen von der vertraglichen Mindestgrenze) beeinflusst werde durch die schon eingetretene und bevorstehende Änderung der Valutaverhältnisse in Deutschland.

Wenn wir die Frage auf Grund von ZGB Art. 2 und ZGB Art. 4 nach Treu und Glauben und Recht und Billigkeit unter Berücksichtigung der Bereicherungsidee zu lösen suchen, so kommen wir zu dem Ergebnis, dass der Schuldner die Zinsen zu zahlen hat in der Währung, in der er kalkuliert und verdient, also seit der faktischen Umstellung von Handel und

Industrie auf die Goldwährung (Dollar — Franken — Rentenmark — Goldmark — Reichsmark) in der entsprechenden Goldwährung.

17. Die Clausula der Zukunft.

Diese Erwägung führt uns zu einem auch im deutschen Reichsrecht noch kaum erkannten und doch bald äusserst wichtig werdenden Problem.

Abraham („Die neue clausula“ in J.W. 1924, 1583/84) klagt beweglich:

„Die Aufwertungslehre steht heute so sehr im Vordergrund unseres juristischen Denkens, dass sie im gegenwärtigen Augenblick die zeitgemässe Erkenntnis des „Clausula-Gedankens“ vereitelt.“

Er hat Recht! Die entsprechenden Probleme, die seinerzeit für den Schuldner die Erfüllung „unzumutbar“ machten, können heute umgekehrt beim Gläubiger eine „Unzumutbarkeit“ auslösen. Bei dieser „Unzumutbarkeit“ wird aber nicht die Wucheridee, sondern mehr die Bereicherungsidee und der Verstoss gegen Treu und Glauben die Hauptrolle spielen müssen.

Auch an diese neue Frage müssen wir mit den gleichen Rezepten herantreten, wie an die alten Fragen, nur aus dem umgekehrten Gesichtswinkel heraus.

Abraham (a. a. O. in J.W. 1924, 1584) drückt das so aus:

„Substanziert muss die Partei darlegen, worin die grundlegende Veränderung der Verhältnisse zu sehen ist. Um die eigentliche Geschäftsgrundlage des einzelnen Abkommens braucht es sich hierbei nicht zu handeln. Es kann sich um Änderungen in den allgemeinen Wirtschaftsverhältnissen (Beseitigung von Schranken rechtlicher, wirtschaftlicher, politischer Art) handeln. In allen Fällen aber müssen wirklich zwingende Gründe vorliegen, Gründe gleichen Gewichtes, wie sie seinerzeit mit dem Übergang von normaler zu abnormer Wirtschaft verbunden waren.

Werden aber solche Gründe vorgebracht, so gebietet es Treu und Glauben, dass wir auch bei der Rückkehr zur Rechtsordnung die Schwierigkeiten der juristischen Überleitung durch den Clausula-Gedanken meistern.“

Hier wird es sich dann um eine wirkliche Aufwertung der durch die Wirtschaftskatastrophe entwerteten, nunmehr wieder wertvoll werdenden Forderungen handeln. Das Recht muss der Wirtschaft folgen.

18. Die Aufwertung in der schweizerischen Gerichtspraxis.

Ein Urteil des Zivilgerichtes Basel-Stadt vom 19. November 1920, bestätigt durch das Appellationsgericht am 25. Januar 1921 (Entscheid. 4. Bd., erstes Heft Nr. 34) wertet in vollster naiver Selbstverständlichkeit auf mit einer die Barth'sche Theorie des auf den Tauschwert des Geldes gerichteten Parteiwillens vorwegnehmenden Begründung:

„Ein in Mark gewährtes Darlehen ist zum Markkurs am Tage der Hingabe zurückzuerstatten. Diesen Wert hat der Darlehensempfänger erhalten und muss ihn auch wieder zurückerstatten. Eine seither eingetretene Wertverminderung der Mark hat nicht der Kläger, sondern nach den Grundsätzen des Darlehensvertrages der Beklagte zu tragen. Er befindet sich daher in einem Rechtsirrtum, wenn er glaubt, er brauche heute nur ebensoviel Mark zurückzuzahlen, als er damals aus den Titeln gelöst hat. Das wäre auch deswegen durchaus unbillig, weil er die am 15. Juli 1919 erhaltene Mark zur damaligen Valuta (100 M. = Fr. 37.50) verwerten konnte und verwertet hat.“ (S.J.Z. 19, 345 Nr. 302.)

Mit dem Ausdruck „naiv“ will ich keineswegs den Entscheid tadelnd kritisieren. Vielleicht ist er durchaus richtig. Ich will damit nur kennzeichnen, dass er aus einem gesunden Rechtsgefühl heraus — ohne grosse Sorgen um die Begründung — gefällt wurde.

Der Tatbestand, der diesem Urteil zugrunde lag, wird (in den „Entscheidungen des Appellationsgerichtes und der Gerichte erster Instanz des Kantons Basel-Stadt“ — Bd. 4 Nr. 34) dargestellt wie folgt:

„Die in der Schweiz wohnenden Parteien haben nach der gewechselten Korrespondenz einen Vertrag abgeschlossen, wonach der Kläger dem Beklagten zur Realisation von Geschäften (Importen aus Deutschland) und unter Gewinnbeteiligungsversprechen eine gewisse Summe deutschen Geldes geliehen hat; denn wenn

auch nicht Geld bzw. Banknoten, sondern Titel (deutsche Kriegsanleihen) übergeben wurden, so geht doch deutlich aus den Schreiben des Beklagten hervor, dass nicht Titel geliehen werden sollten, sondern deren Liquidationserlös = Geld, brauchte doch der Beklagte für seine „Transaktionen“ Geld und nicht Titel. So war auch die Meinung der Parteien die, dass nicht etwa Titel, sondern Geld zurückgegeben werden solle.

Es erscheint demnach als Darlehensobjekt der Kurswert der dem Beklagten übergebenen Kriegsanleihen zur Zeit und am Ort der Hingabe. Demnach ist von einem dem Beklagten übergebenen Darlehensbetrag von M. 8800.— Valuta 15. Juli 1919 auszugehen. Letztere stand damals durchschnittlich auf 100 Mark = Fr. 37.75. Mithin ist als Darlehenssumme der Betrag von Fr. 3322.— anzusehen.“

Wenn man dem Urteil einen Vorwurf machen will, so ist es der, dass es sich die Begründung etwas gar zu einfach, etwas gar zu schematisch macht, und die Frage nach der Billigkeit im Einzelfalle überhaupt nicht aufwirft, die Frage der Bereicherung mit keinem Worte streift. Wir wissen also nicht, ob das Urteil wirklich das richtige Recht trifft.

Betont muss aber werden, dass das Urteil der Basler Gerichte weit über die Grenzen der Schweiz hinaus ein zustimmendes Echo gefunden hat (Wahle a. a. O. Seite 249 ff.).

Der Ausdruck „naiv“ kann aber auch um deswillen hier kein Schimpf sein, als das Basler Gericht — offensichtlich unbewusst — eine Anschauung kundgibt, die schon der grosse Savigny in seinem **1851** erschienenen Obligationenrecht vertreten hatte (siehe Bd. I §§ 40—48 Seite 403—508 — vergl. auch Mügel „Geldentwertung und Gesetzgebung“ 1923 Seite 7).

Savigny's Hochachtung vor der Fähigkeit des Staates, Geld- und Zwangskurs zu schaffen, war eine geringe. Er ging so weit, zu sagen, „dass durch die Tätigkeit einer Regierung wahres Geld entsteht, nur wenn und insoweit die öffentliche Meinung es als solches anerkennt“ (a. a. O. Seite 408). Seine Meinung über die Auslegung des Vertragswillens fasste er in die

Worte zusammen, die Behauptung gehe „zuerst dahin, dass es dem wahren Willen der Parteien gemäss ist, bei Beurteilung ihrer auf Geld gerichteten Obligationen die Regel des Kurswertes eintreten zu lassen, nicht die des Metallwertes, noch weniger die des Nennwertes“ (a. a. O. Seite 461).

Nicht mit der gleichen Naivität, sondern mit den Hemmungen einer langjährigen Rechtsprechung auf Grund des in ruhigen Zeiten meist mit dem wahren Willen übereinstimmenden Wortlauts des ausgedrückten Willens, trat das Bundesgericht erstmals an die schwierige Aufgabe der Aufwertung einer nahezu wertlos gewordenen Summe heran.

Soviel ich sehe, hat nämlich die sogenannte Aufwertung von Geldforderungen wegen Sinkens des Markkurses, wie sie im deutschen Reichsrecht gegenwärtig im Vordergrund des Interesses steht, in der bundesgerichtlichen Praxis noch keine Rolle gespielt, abgesehen von einem einzigen Entscheid des Bundesgerichtes (vom 26. April 1923) über die Aufwertung eines Markvermögens.

Der Fall zeigt, dass damals der schweizerische Richter der Frage der Aufwertung gegenüber noch äusserst zurückhaltend war, was nicht zu verwundern ist, da auch der reichsdeutsche Richter sich erst viel später zu etwelcher Klarheit der Stellungnahme durchzuringen vermochte.

Der Fall ist immerhin so interessant, dass eine eingehendere Darstellung am Platz ist.

Die Testamentsvollstrecker des am 15. Dezember 1918 verstorbenen Karl Gustav Henneberg hatten am 7. Oktober 1920 auf Grund folgender

Erwägungen:

„Danz (Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, § 30, 1. Aufl. Seite 205) führt als Schulbeispiel der Notwendigkeit lückenergänzender Auslegung den Fall eines Währungswechsels (vergl. hiezu auch E.R.O.H.G. 23, 205 Nr. 72; 25, 41 Nr. 11; E.R.G. 1, 59 Nr. 30; 5, 258 Nr. 69) an.

Im vorliegenden Falle liegt nun zwar kein Währungswechsel vor, wohl aber eine derartige Verschiebung des Wertverhältnisses der beiden vorkommenden Währungen zwischen der Zeit der Niederschrift der letztwilligen Verfügungen und der Zeit der Auszahlung (100 Mark im September 1914 = 120 Franken; 100 Mark im Herbst 1920 = 10 Franken), dass die Frage, ob der Erblasser bei Kenntnis dieser Wertverschiebung noch in gleicher Weise verfügt haben würde, wohl aufzuwerfen ist. Dass er in der Zeit der Niederschrift der letztwilligen Verfügungen (September 1914 bis September 1918) an einen derartig tiefen und so andauernden Sturz der Mark gegenüber dem Franken gedacht habe, ist bei seiner Geistesrichtung — er war begeisterter deutscher Patriot und glaubte wohl selbst im Herbst 1918 noch nicht an die Möglichkeit eines derartigen Rache- und Vernichtungsfriedens, wie er sich im Versailler Vertrag ausdrückt — ganz ausgeschlossen. Auch die erst mit der Revolution im November voll in Erscheinung tretende und chronisch werdende Verringerung der Kaufkraft der Mark im deutschen Inlandsverkehr ist ihm sicher nicht bewusst gewesen.

Wir stehen daher vor der Notwendigkeit, in allen Einzelfällen von Markvermächtnissen die Frage zu prüfen, ob der erklärte Wille des Erblassers heute noch den wirtschaftlichen Zwecken entspricht, die der Erblasser mit seinen Verfügungen im Auge hatte.

Zunächst ist der letzte Wille des Erblassers daraufhin zu prüfen, ob sich über die Mark- und Frankenzuweisungen ein Grundsatz herauslesen lässt.

Das scheint nun nur in sehr beschränktem Masse der Fall zu sein. Das Heimatprinzip versagt, denn die Vermächtnisnehmer Böning, Engelmann, Babette, Sophie, Anna, Templer, Heinrich, Rosa sind deutscher Staatsangehörigkeit, aber mit Frankenvermächtnissen bedacht. Auch die Anstalten und Vereine, die deutschen Zwecken dienen, der deutsche Verein für Krankenpflege, der deutsche Männergesangsverein, die Krankenkasse des deutschen Kriegerbundes Germania und des deutschen Militärvereins Zürich, der deutsche Hilfsverein haben Frankenvermächtnisse zugewiesen erhalten.

Das Wohnsitzprinzip versagt aber ebenfalls, denn die Frankenvermächtnisnehmer Bertha, Anna, Templer, Peter und Heinrich werden ausdrücklich mit dem Zusatz „in Schachen“ aufgeführt. Auch das Zimmermädchen Rosa war in Schachen bedienstet, und der Frankenvermächtnisnehmer Engelmann wohnte zur Zeit der ihn bedenkenden letztwilligen Verfügung in Deutschland.

Immerhin kann festgestellt werden, dass Heimat und Wohnsitz eine gewisse Rolle spielten bei der Bedenkung mit Mark, denn

sämtliche Markvermächtnisnehmer, die Gemeinden Schachen und Bodolz, die Stadt Lindau, die Universität Freiburg, die Kirche Äschbach sind juristische Personen deutscher Nationalität und deutschen Wohnsitzes.

Der Grundsatz, der sich ergibt, ist also der, dass alle physischen Personen Frankenvermächtnisse erhalten ohne Rücksicht auf Staatsangehörigkeit und Wohnsitz, dass juristische Personen mit Wohnsitz in der Schweiz mit Franken bedacht sind, selbst wenn ihre Zweckbeziehungen rein reichsdeutsche sind, dass dagegen juristische Personen, welche nach Zweck und Wohnsitz dem reichsdeutschen Kreise angehören, mit Mark bedacht sind.

Dass schweizerische juristische Personen mit Wohnsitz in der Schweiz mit Franken bedacht wurden, ist nicht verwunderlich, so die Stadt Zürich, das Zürcher Tonhalleorchester, die Ferienkolonie Enge (oder Zürich), der Frauenverein Enge, das Kunsthaus am Heimplatz, das Zürcher Stadttheater, das Mütterheim Örlikon, ebenso physische Personen, so die Gertrud Stamm.

Abgesehen von dem weiter oben erwähnten Fall des Kunsthauses am Heimplatz, in dem wir einen blossen Schreibfehler („Mark“ statt „Franken“) annahmen, in welcher Annahme wir durch die soeben gemachte Erwägung noch gestützt werden, ist also davon auszugehen, dass die Vermächtnisse an die Markvermächtnisnehmer vollbewusst und gewollt in Mark bestimmt wurden.

Heute fallen noch in Betracht:

- 50,000 Mark für die Stadt Lindau,
- 50,000 Mark für die Gemeinde Hoyren,
- 5,000 Mark für die Kirche Äschbach,
- 50,000 Mark für die Universität Freiburg.

Hier kann es sich nicht um eine Fehlerberichtigung, sondern nur um lückenergänzende Auslegung handeln, wenn wir die Frage prüfen, ob nicht an Stelle von Mark die gleichen oder andere Summen in Franken auszuzahlen seien, wegen des Sinkens der Mark unter 10% des Frankens und wegen des Sinkens der Kaufkraft der Mark auch in Deutschland auf einen so allgemein nicht leicht zu bestimmenden Bruchteil der Kaufkraft.

Eine solche lückenergänzende Auslegung entgegen dem Wortlaut der letztwilligen Verfügungen kommt aber nur dann in Frage, wenn aus dem Inhalt der Verfügungen mit Sicherheit hervorgeht, dass das Ergebnis genauer Ausführung der Verfügung nach ihrem Wortlaut in unzweifelhaftem Widerspruch steht zum anderweitig feststellbaren wirklichen Willen des Erblassers.

Für diese Untersuchung sind die obgenannten Markvermächtnisse in den einzelnen Dreissigsteln gesondert zu behandeln.

Die Stadt Lindau war schon in dem Testamente vom 11. September 1897 mit $\frac{1}{50}$ des Nachlasses als Erbin eingesetzt. In dem Haupttestament vom 27. September 1914 tritt sie als Vermächtnisnehmerin von $\frac{2}{90}$ des Liquidationsergebnisses auf zusammen mit der Gemeinde Hoyren, welche $\frac{1}{90}$ erhalten soll, d. h. beide Gemeinden zusammen sollen das „vierundzwanzigste Dreissigstel“ im Verhältnis von 2 : 1 erhalten. Schon am 7. Mai 1915 wird aber der Stadt Lindau $\frac{1}{90}$ entzogen zugunsten der Gertrud Stamm. Auch in diesem ersten Nachtrag bleiben also die beiden Gemeinden Quotenvermächtnisnehmer und hätten demgemäss Anspruch auf Franken gehabt, da das zu liquidierende Vermögen im wesentlichen in der Schweiz liegt und demgemäss in Franken liquidiert wird. Der Nachtrag vom 27. Juli 1916 weist den beiden Gemeinden nunmehr blosse Summenvermächtnisse in Mark zu und zwar jeder der beiden Gemeinden „nur zwanzigtausend“ Mark, während der „grösste Teil“ des „vierundzwanzigsten Dreissigstel“ der Gertrud Stamm zufallen sollte. Aus der Begründung dieser Verfügung ergibt sich eine gewisse Verärgerung gegen beide Vermächtnisnehmer und der Wille, sie schlechter zu stellen als bisher. Diese Verärgerung scheint sich später etwas gemildert zu haben, aber doch nicht so, dass der Erblasser die beiden Gemeinden in ihre früheren Rechte eingesetzt hätte, vielmehr ergänzt er am 13. Juni 1918 die ihnen gemachten Vermächtnisse aus einem anderen Dreissigstel auf je 50,000 Mark. Ob bei dieser Verfügung der stark, von 95 % auf 60,8 % gesunkene Markkurs die ausschlaggebende Rolle spielte, ist nicht deutlich ersichtlich, lässt sich aber vermuten. Dass aber „den grössten Teil dieses Dreissigstels“ die „Ludendorffspende“ erhalten solle, sagt der Erblasser ausdrücklich. Diesem deutlich ausgesprochenen Willen des Erblassers, die Ludendorffspende vor den beiden Gemeinden stark zu bevorzugen, wird bei sinkendem Markkurs noch besser entsprochen als bei gleichbleibendem oder steigendem. Es kann also mit Bezug auf diese je 30,000 Mark mit Bestimmtheit angenommen werden, dass die Auszahlung in Mark auch bei gesunkenem Markkurs dem Willen des Erblassers entspricht. Bezüglich der je 20,000 Mark, welche aus dem vierundzwanzigsten Dreissigstel zu zahlen sein werden, lässt sich das nicht mit der gleichen Bestimmtheit sagen, aber auch das Gegenteil ist nicht mit Bestimmtheit ersichtlich.

Es liegen also keine triftigen Gründe vor, anzunehmen, die Auszahlung von je 50,000 Mark an die Gemeinden Lindau und Hoyren in der gesunkenen Markwährung widerspreche dem wahren Willen des Erblassers.

Ähnlich steht es mit dem Vermächtnis von 5000 Mark an die Kirche in Äschbach. Der Grund, hier Mark anstatt Franken

zu vermachen, ist nicht angegeben, liegt aber zweifellos allein in der Tatsache begründet, dass Äschbach eine juristische Person mit Sitz in Deutschland ist. Das Dreissigstel, aus dem dieses Vermächtnis entrichtet wird, ist zudem so stark belastet, dass Frankenauszahlung einen etwaigen Anspruch des Restvermächtnisnehmers „Consul Burchhardt in Davos für seine Lungenheilstätte“ noch illusorischer machen würde, als er schon heute ist. Davon, dass eine Verbesserung dieses Vermächtnisses aus einem Mark in ein Frankenvermächtnis erkennbar im wahren Willen des Erblassers läge, kann daher keine Rede sein.

Wesentlich anders aber liegt die Frage bei dem Vermächtnis von 50,000 Mark an die Universität Freiburg i. B.

Es ist laut Verfügung vom 1. Mai 1917 aus dem dreissigsten Dreissigstel zu entrichten. In den älteren Verfügungen über dieses letzte Dreissigstel gingen dem Restvermächtnis Summenvermächtnisse vor von 50,000 Fr. und sechs Jahresgehaltsvermächtnisse in einem Betrage von je rund 1500 bis 2000 Fr., also zusammen rund mindestens 10,000 Fr. Das Restvermächtnis dachte sich der Erblasser also in der Höhe von rund 90,000 Fr. und vermachte es nicht näher bezeichneten Wohltätigkeitsanstalten in Görlitz und Marklissa. Wie er dazu kam, am 7. Mai 1915 eine etwa nötig werdende Abrundungssumme für das Stipendium von 100,000 Mark von dem Restvermächtnis des letzten Dreissigstels abzuziehen, ist nicht leicht ersichtlich, sicher ist aber, dass diese Verfügung keinen starken Willen, diese Restvermächtnisnehmer besonders zu begünstigen, verrät. Dass dem Erblasser nicht daran gelegen war, das Restvermächtnis höher wachsen zu lassen, geht aber auch aus seiner letzten Verfügung vom 17. Juni 1915 hervor, in der er die wegen Austritts der Vermächtnisnehmer „Templer“ und „Anna“ frei werdenden 15,000 Fr. nicht etwa den Restvermächtnisnehmern überlässt, sondern der „Trudy Stamm“. Der Eindruck, dass ihm an den Restvermächtnisnehmern nicht viel lag, der überdies verstärkt wird durch die Tatsache, dass er sie nicht einmal näher bezeichnete, sondern die Auswahl seinen gesetzlichen Erben überliess, wird durch die Belastung des letzten Dreissigstels mit dem in Frage stehenden Summenlegat von 50,000 Mark zugunsten der Universität Freiburg laut Verfügung vom 1. Mai 1917 noch weiter verschärft. Die älteren Summenlegate von rund 60,000 Fr. bestanden damals im wesentlichen bereits. Die 50,000 Mark waren nach dem damaligen Kurse (rund 80 %) immerhin auf rund 40,000 Fr. einzuschätzen. Dazu kam der Zweifel über die Höhe des Wertes eines Dreissigstels, der damals in verschärftem Masse bestanden haben muss. Aber gehen wir davon aus, der Erblasser habe das ursprünglich auf

150—160,000 Fr. geschätzte Dreissigstel nunmehr auf 140,000 Fr. geschätzt, und das dürfte bei seinem Optimismus der Fall gewesen sein, so dachte er doch, die Universität Freiburg werde ungefähr gleichviel erhalten wie die Restvermächtnisnehmer. Namentlich hielt er aber 50,000 Mark für eine Summe, die einesteils dafür ausreichte, seinem Sohne Horst bei der Universität Freiburg, der er zur Zeit seines Todes als Student angehört hatte, ein dauerndes ehrendes Gedächtnis zu erhalten, andernteils aber auch ausreichen würde, ein anständiges Stipendium auszurichten. Gehen wir vom Vollwert der Mark (125 %) oder auch nur vom Pariwert (100 %) aus — und der Erblasser tat das mit Bezug auf die Zukunft gewiss, denn er war ein optimistischer deutscher Patriot —, so würde diese Einschätzung auch zutreffen. Mit dem Zins von 50,000 Mark oder 50—62,500 Fr. lässt sich etwas Vernünftiges anfangen, mit dem Zins von 50,000 Mark — nach heutigem Kurse rund 5000 Fr. nicht — mit der heutigen Inlandskaufkraft der Mark (schätzungsweise auch nur etwa ein Zehntel der Kaufkraft der Vorkriegszeit — vergl. Huck, Rechtliche Folgen der Geldentwertung in D.J.Z. 1920, 275) auch nicht.

Der Zweck des „Horst Henneberg-Stipendiums“, dem Horst ein ehrendes Gedenken zu sichern, und unbemittelte Kommilitonen seiner Alma Mater erheblich zu fördern und zu unterstützen, würde also vereitelt, wenn wir entsprechend dem Wortlaut der letztwilligen Verfügung 50,000 Mark in Mark auszahlen wollten. Diese Vereitelung der deutlich aus der letztwilligen Verfügung herauszulesenden Zwecke rechtfertigt also, in zweckerhaltender Auslegung von der Wortauslegung abzuweichen, und nicht einfach das Vermächtnis von 50,000 Mark in Markwährung auszuzahlen.

„Die Zuwendung an eine Stiftung muss sich“ „den Bedürfnissen der Stiftung anpassen“, sagt Kohler (Parteiwille und Rechtssatz im Testament, in Archiv f. zivilist. Praxis 90, 124). Wenn er dort zum umgekehrten Schluss kommt wie wir, (zur Auszahlung einer bestimmten Summe), so liegt das daran, dass dort die Verhältnisse umgekehrt lagen wie im vorliegenden Falle.

Da eine Auszahlung in Franken aber einen anderen Zweck der letztwilligen Verfügung gänzlich illusorisch zu machen geeignet wäre — bei Auszahlung von 50,000 Fr. an die Universität Freiburg nebst den zweifellos aus dem letzten Dreissigstel auszuzahlenden Frankenvermächtnissen von rund 60,000 Fr. bestünde bei Herabsinken des Wertes eines Dreissigstels auf 100,000 Fr. die Gefahr, dass die Restvermächtnisnehmer, die Wohltätigkeitsanstalten in Görlitz und Marklissa, gänzlich leer ausgingen — so rechtfertigt sich, zwischen diesen einander gegenüberstehenden Interessen und Vermächtniszwecken einen Ausgleich zu suchen.

Bei der Wortauslegung kommt der dem Erblasser augenscheinlich am Herzen liegende Zweck der „Horst Henneberg-Stiftung“ zu kurz, bei der Umwandlung des Markvermächtnisses in ein Frankenvermächtnis käme aber ein anderer Zweck, der zwar ersichtlich dem Erblasser weniger am Herzen, aber doch in seinem letzten Willen lag, noch ärger zu kurz.

Der Ausgleich wird also am besten darin gefunden, dass beide Zwecke ungefähr gleich berücksichtigt werden, wie sich der Erblasser am 1. Mai 1917 es wohl vorstellte. Eine mässige Bevorzugung des vom Erblasser bevorzugten Zweckes wird dabei aber dem Willen des Erblassers besser gerecht, als eine schematische Gleichstellung.

Das auf die lückenergänzende Auslegung sich stützende Ergebnis unserer Erwägungen würde also sein:

Die 50,000 Mark werden an die Universität Freiburg sobald als möglich — d. h. sofort nach Rechtskraft des Lindauer Erbschaftssteuerentscheides — ausbezahlt, und auf den letzten Dreissigstel zum Tageskurs in Rechnung gestellt. Das verbleibende Restvermächtnis aber fällt nicht den Wohltätigkeitsanstalten in Görlitz und Marklissa allein, sondern diesen und der Universität Freiburg zu gleichen Teilen zu. Die Horst Henneberg-Stiftung wird also ergänzt durch 50 % des Restes des letzten Dreissigstels.“

beschlossen:

„

„Die Vermächtnisse an die Stadt Lindau 50,000 Mark, die Gemeinde Hoyren 50,000 Mark, die Kirche in Äschbach 5000 Mark sind in Markwährung ausbezahlt worden unter Rückbehaltung der voraussichtlichen Steuerbeträge.

Die Willensvollstrecker werden in lückenergänzender Auslegung des Vermächtnisses vom 1. Mai 1917 (in Verbindung mit sämtlichen letztwilligen Verfügungen) der Universität Freiburg i. B. sofort nach Erledigung der Erbschaftssteuerangelegenheit in Lindau das Vermächtnis von 50,000 Mark in Markwährung ausbezahlen. Sie belasten diese Auszahlung auf dem Konto des letzten Dreissigstels und werden einen etwaigen Überschuss des letzten Dreissigstels über die Summenvermächtnisse zu gleichen Teilen

a) den gesetzlichen Erben:

Frau Sanitätsrat Anna Gebhard in Schachen und Major Bruno Neumann in Schachen zur Verteilung an Wohltätigkeitsanstalten in Görlitz und Marklissa,

b) der Universität Freiburg i. B. zur Ergänzung der „Horst Henneberg-Stiftung“ zuweisen.“

Die Beschwerde der Erben gegen diesen Beschluss der Testamentsvollstrecker wurde vom Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich in nichtstreitigen Rechtssachen (Bezirksrichter Würmli) mit Verfügung vom 7. Januar 1921 abgewiesen. Aus der Begründung ist — als für uns heute noch interessant — das Folgende zu entnehmen:

„Ob nun aber eine Massnahme als willkürlich oder unsachgemäss erachtet werden muss, entscheidet sich vorerst nicht nach dem blossen Wortlaut der betreffenden letztwilligen Verfügung allein, sondern hat sich aus einer vernünftigen Willensauslegung nach den hiefür massgebenden Grundsätzen der Rechtswissenschaft zu ergeben. Gerade davon aber sind die Testamentsvollstrecker nach den Erwägungen ihres Beschlusses ausgegangen. Die beabsichtigte Massnahme wird auf durchaus ernstliche rechtliche Erwägungen gestützt und beruht auf eingehender Würdigung aller für die Ergründung des wirklichen Willens des Erblassers in Betracht fallenden massgebenden Umstände. Hiezu sind die bestellten Testamentsvollstrecker auch als besonders befähigt zu erachten, zumal sie nach ihren Beziehungen zum Erblasser mit den von ihm auch nach gelegentlichen Äusserungen getragenen Absichten als wohlvertraut zu betrachten sind. Wenn auch diese Umstände selbstverständlich nicht ausschlaggebender Natur sind, so können sie doch für die Erkenntnis und Ergründung des wirklichen Willens des Erblassers als mitbestimmend in Betracht fallen.

Die von den Testamentsvollstreckern gegebene Willensauslegung kann nun aber durchaus nicht ohne weiteres als unzutreffend oder unsachgemäss erachtet werden, sondern sie ist gegenteils sehr wohl gedenkbar. Ein Ausgleich zwischen der Legatarin und den Restvermächtnisnehmern drängt sich unter den gegebenen Umständen bei richtiger Würdigung der Verhältnisse geradezu auf.“

Das Bezirksgericht Zürich begründete seine abweichende Ansicht in seinem Urteil vom 21. Juni 1921:

„Es ist ein Trugschluss, wenn die Testamentsvollstrecker behaupten, weil das Legat in Mark ausgesetzt und die Mark nun gesunken ist, sei die Verfügung unsinnig und zweckwidrig geworden.

Richtig ist nur, dass der vorgesehene Zweck: Erleichterung des Studiums für unbemittelte Studenten durch Zuwendung der Zinsen des Vermächtnisses, nicht mehr in demselben Masse erreicht werden kann. Wenn die Testamentsvollstrecker erklären,

dass unter den heutigen Verhältnissen ein Student von den Zinsen von 50,000 Mark nicht ein Semester lang leben könne, so ist ihnen hierin beizupflichten. Nur übersehen sie dabei, dass der Erblasser keine dahingehende Zweckbestimmung aufgestellt hat. Er hat lediglich verfügt, dass aus dem Legat ein Stipendium, d. h. eine Stiftung zur Unterstützung von Studenten in ihrer Ausbildung errichtet werden soll und dass das Rektorat in diesem Sinne über die Zinsen verfügen soll. Die Höhe des Ertrages und sein innerer Wert wird naturgemäss immer eine schwankende Grösse bleiben, die von der Höhe des Zinsfusses, der Kaufkraft der Mark u. s. f. abhängen wird.

Es kann aber nicht gesagt werden, dass das Stipendium in Zeiten der Teuerung und der geringen Kaufkraft der Mark zweckwidrig und unsinnig sei. Es kann auch darauf verwiesen werden, dass es, wie in Zürich, wohl auch anderwärts genug Stipendien gibt, deren Ertrag nicht grösser ist als der streitige zurzeit, und dass es dennoch niemandem einfällt, sie deshalb als unsinnig zu erklären.

Die *clausula rebus sic stantibus* kann bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung keinen Platz finden, denn sie würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen, wie von den Klägern ganz richtig ausgeführt worden ist.

Nach diesen Ausführungen steht fest, dass die letztwillige Verfügung klar und deutlich ist und keiner Auslegung bedarf. Es ist keine Lücke vorhanden, die von den Testamentsvollstreckern zu ergänzen ist. Das, was die Testamentsvollstrecker beschlossen haben, ist auch gar keine Auslegung der letztwilligen Verfügung, sondern eine Abänderung zugunsten der Universität Freiburg, wozu sie nicht befugt sind.“

Einem Gutachten der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i. B. vom 2. Mai 1921 entnehmen wir folgende gegenteilige Ansichtsaussprechung:

„Die nach alledem unvermeidliche Folgerung, dass schon aus dem Gesichtspunkt richtiger Auslegung die Entwertung der deutschen Valuta Berücksichtigung finden muss, kann nach schweizerischem Recht auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt begründet werden. Art. 24 Ziff. 4 des r.OR erklärt einen Vertrag für unverbindlich, wenn eine Vertragspartei über „einen bestimmten Sachverhalt“ im Irrtum war, „der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde“. Gilt dieser Grundsatz selbst für Verträge, bei denen doch auf die mögliche Schädigung

der Gegenpartei Rücksicht zu nehmen war, so muss ein entsprechender Grundsatz um so sicherer für Testamente angenommen werden, bei denen die gedachte Rücksicht nicht in Betracht kommt. Es kann nun nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, dass, wenn der Testator über den ganzen nach Abzug der Personalvermächtnisse und der der Universität Freiburg vermachten 50,000 Mark verbleibenden Rest zugunsten ungenannter Wohltätigkeitsanstalten verfügte, die notwendige Grundlage dieser Verfügung für ihn die irrige Annahme bildete, dass eine wesentliche Veränderung des Standes der deutschen Valuta zum Schlechteren nicht mehr eintreten werde. Allerdings kann in unserem Falle Art. 24 Ziff. 4 nicht unmittelbar, sondern nur analog angewendet werden, und zwar nicht nur deshalb, weil hier kein Vertrag, sondern eine letztwillige Verfügung in Frage steht, sondern vor allem deshalb, weil man hier nicht damit auskommt, das Restvermächtnis insoweit für unverbindlich zu erklären, als es nicht von jener Grundlage getragen wird, vielmehr auch eine Entscheidung darüber getroffen werden muss, wem der unverbindliche Teil des Restvermächtnisses zufallen soll. Wir sind aber der Meinung, dass die Berechtigung des Richters auch zu dieser zweiten Entscheidung sich als notwendige Konsequenz aus der ersten ergibt.

Steht fest, dass die Verschlechterung der Valuta berücksichtigt werden muss, so bleibt die Frage, in welcher Weise dies zu geschehen hat.

Hiebei wird der Gedanke ausscheiden müssen, dass die Valutaänderung in ihrer vollen Höhe in Rechnung gestellt werden soll, also ein Betrag von etwa 600,000 Mark an die Universität auszu zahlen wäre. Dagegen spricht zunächst, dass kleinere Schwankungen der Valuta vom Testator, wenn sie auch nicht ins Auge gefasst wurden, so doch sicher nicht berücksichtigt worden wären. Hätte er sie ausschalten wollen, so wäre eine besondere Regelung notwendig gewesen. Bei voller Berücksichtigung der Änderung des Valutastandes würden auch sie miteinbezogen werden. Dazu kommt, dass die Nutzung des Vermächtnisses in Deutschland erfolgt, und die Entwertung der Mark im Inland mit der im Ausland, wie sie sich im Markkurs ausdrückt, noch nicht völlig übereinstimmt.

Es werden vielmehr nur zwei Möglichkeiten ins Auge zu fassen sein. Die eine ist die Bestimmung des an die Universität zu zahlenden Betrages nach freiem billigem Ermessen, wie sie die Willensvollstrecker in Aussicht genommen haben, die andere eine Verteilung des nach Entrichtung der Personalvermächtnisse bleibenden Restes des 30. Dreissigstels zwischen der Universität

und den Wohltätigkeitsanstalten im oben festgestellten Verhältnis von 4 : 5. Für die Willensvollstrecker würde dabei auch heute noch der Grundsatz des römischen Juristen in L. 12 D. 50, 17, massgebend sein müssen: In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.“

Auch Stammler gab in einem Gutachten vom 18. September 1922 den Testamentsvollstreckern, nicht dem Bezirksgericht recht. Wir heben aus der Begründung seine Erwägung 4 hervor:

„Nicht immer will es glücken, den „wirklichen Willen“ einer einseitigen Erklärung mit vollem Erfolge klarzustellen; mindestens gelangt man nicht in allen Lagen ohne weiteres zu einer Einstimmigkeit über Sinn und Bedeutung namentlich einer letztwilligen Verfügung. Die schärfste Deduktion über die notwendige Harmonie zwischen Voraussetzungen und Folgen einer solchen geschäftlichen Disposition überwindet manchmal nicht einzelne Bedenken, die aus Wort und Buchstaben hervorspriessen. Dann aber entsteht bei dem fortdauernden Obwalten von Zweifeln die Notwendigkeit, darauf sich zu besinnen, was in dem gerade gegebenen Streitfall die grundsätzlich richtige Entscheidung sein muss. Denn das darf man dann als sicher unterstellen, dass der Erblasser das objektiv Richtige gewollt habe. Solange nicht ein besonderer Grund vorliegt, der uns nötigt, auf der Seite des Verfügenden eine bloss subjektivistische Tendenz anzunehmen, solange sind wir genötigt, seine Anordnung im Sinne vom richtigem Rechte aufzufassen. Das mag auch im vorliegenden Rechtsfall zur Erwägung gebracht werden.

Nun liegt theoretisch der Gedanke von grundsätzlicher Richtigkeit in der idealen Vorstellung einer unbedingt möglichen Harmonie verschiedener Bestrebungen. Eine solche absolute Harmonie ist freilich nur eine Idee. In der bedingten Wirklichkeit ist sie niemals restlos zu erzielen. Aber doch bildet sie den Leitstern der begrenzten Erfahrung und der Besonderheiten eines gegebenen Streitfalles. Und wer ihr folgt, wird zwar nicht ein absolut vollkommenes, aber doch ein objektiv richtiges Ergebnis haben.

In Wahrheit folgt dieser Idee auch jeder denkende Mensch. Bei jedem Suchen nach Gerechtigkeit denken wir an einen Ausgleich unter widerstreitenden Willensinhalten in der Art, dass nicht das bloss persönliche Begehren der einen Seite den entscheidenden Gesichtspunkt für die Wahl des massgeblichen Obersatzes abgibt. Das zeigt sich praktisch in der Forderung gegenseitiger Rücksichtnahme. Es darf nicht ein nur subjektiv begrün-

detes Verlangen des einen Teils dem anderen Beteiligten rücksichtslos aufgezwungen werden. Vielmehr ist ein Weg zu suchen, der einem jeden das seine lässt, wenngleich er selbstverständlich nicht mit allem persönlichen Anfordern durchdringen kann.

Es mag sein, dass es nicht unter allen Umständen gerade leicht ist, diesen Gedanken der Gerechtigkeit klar anzuwenden und gesichert durchzuführen. Das ist das Schicksal jeder allgemein bedingenden Methode gegenüber den konkreten Aufgaben, da sich hart im Raume die Sachen stossen. Aber in dem hier zur Beurteilung gebrachten Tatbestand dürfte eine allzu grosse Schwierigkeit für die Anwendung der richtenden Idee der Gerechtigkeit kaum behauptet werden können. Das folgt daraus, dass bei der tatkräftigen Durchführung der Willensmeinung der Erblasser — wie oben (Nr. 3) ausgeführt worden ist — niemandem aus dem ihm letztwillig Zugewendeten materiell etwas genommen zu werden braucht. Keine der vom Erblasser bedachten Personen soll nach berechtigter Deutung des Testamentes durch die Willensvollstrecker von ihrem Vermächtnisse etwas hergeben oder einbüßen. Nach dem Beschlusse der Willensvollstrecker steht nur die Grenzlinie innerhalb eines Restes in Frage, über den der Erblasser noch nicht zugunsten bestimmter Personen im einzelnen verfügt hatte.

Das Opfer, das den Erben zugemutet wird, besagt mithin gar nicht das Aufgeben irgendwelcher materieller Vorteile. Genau genommen schrumpft die jetzt in Prozess gebrachte Streitfrage gerade vom Standpunkt der Kläger aus recht zusammen. Es steht ja nur zur Frage, über wieviel sie von sich aus im Sinne des Erblassers verteilend zu verfügen haben. Die Grenze dieser Summe war niemals ehern fest. Wenn die 50,000 Mark im Werte vielleicht gestiegen, der Schweizerfranken dagegen gesunken wäre, so würde ganz von selbst der an die Wohltätigkeitsanstalten in Schlesien zu verteilende Rest quantitativ geringer gewesen sein, als bei völligem Stehenbleiben aller Werte auf dem Stande der Zeit, da die letztwillige Verfügung getroffen worden war. Auf die Höhe des Restbetrages kann es also im Sinne des Testamentes unmöglich entscheidend ankommen.

Es stehen jetzt vielmehr zwei recht ungleichartige Verlangen einander gegenüber. Auf der einen Seite steht in Frage die materielle Benachteiligung eines vom Erblasser selbst gewollten Zieles, das nach Lage der Umstände mit dem wörtlichen Festhalten der zahlenmässig genannten Summe nicht zu erreichen ist, — auf der andern Seite sehen wir die formelle Möglichkeit der Haupterben, etwas mehr oder weniger an noch nicht bestimmte Wohltätigkeitsanstalten verteilen zu können, welche letzteren,

wie erwähnt, kein festes Recht auf irgend eine Summe schon haben.

Nun ist es gewiss eine schöne Berechtigung und Verpflichtung der Erben, ihr „bestes Ermessen“ einzusetzen, um den Wohltätigkeitsanstalten, an die der Erblasser im allgemeinen gedacht hatte, etwas zuzuwenden: Es macht immer Freude, wohltun zu können. Aber dieses persönliche Gefühl edler Freude auf seiten der Erben darf nicht mit der Vernichtung tief empfundener Absichten des Erblassers erkaufte werden. Auch nach dem Beschlusse der Willensvollstrecker behalten die Erben ihr Verfügungsrecht über einen beträchtlichen Teil des Restes. Es würde aber ein bloss subjektives Verlangen werden, wenn die Erben fordern, dass Wunsch und Wille des Geschiedenen nach vollem und tatkräftig auswirkenden Gedächtnis seines einzigen Sohnes der persönlichen Freude der Erben am Wohltun geopfert würde. Wenn ihnen zugemutet wird, den von den Frankenvermächtnissen verbliebenen Rest im Sinne des Erblassers so zu teilen, dass der letzte Wille des Erblassers auch wirklich ausgeführt werden kann, so geschieht es nicht auf Kosten der ihnen zugewandten Substanz des Nachlasses. Nur der Betrag, den sie ja doch weitergeben müssen, wird in seiner Grenzziehung in sachlicher Erwägung festgestellt. So ist es der Beschluss der Willensvollstrecker, der ein bloss subjektiv giltiges Verlangen vermeidet, dagegen in gerechter Abwägung darauf besteht, ein objektiv richtiges Ergebnis zu erzielen, wie es als rechtes Ziel der Erblasser sicherlich gewollt hat.“

Der Referent im Obergericht (Dr. Bindschädler) wollte eine gewisse Aufwertung auf den Kurs der Mark Ende März 1919 (seiner Ansicht nach das Datum der Fälligkeit des Vermächtnisses) vornehmen und begründete das — kurz zusammengefasst — wie folgt:

„Eine Stiftung von 4000 Fr. eines vierfachen Millionärs zu Ehren seines Sohnes erscheint nun so gering, dass eine Auslegung seines Willens entsprechend seinen Motiven und Zwecken nötig erscheint. Aber darf entgegen dem klaren Wortlaut auf Motive abgestellt werden? BGB §§ 133 und 2084 geben Auslegungsregeln, das ZGB gibt keine. Daraus folgt aber gerade, dass der schweizerische Richter einen noch weiteren Spielraum, nicht etwa einen engeren hat (Escher, Komm. z. ZGB Art. 467). Die Verfügung ist daher zu interpretieren, denn sie ist ergänzungsbedürftig, mindestens bezüglich der Bestimmung des Markkurses, zu welchem das Legat ausgerichtet werden soll. Jedoch kann dies nicht geschehen in der Weise, wie die Testamentsvollstrecker wollen,

ihr Beschluss ist daher aufzuheben, aber es muss eine Beziehung des Franken- zum Markkurs gesucht werden. Für die Bestimmung des massgebenden Kurses kann nun jedenfalls nicht der Zeitpunkt der Errichtung des Testamentes gewählt werden, denn die Mark sank ja auch nach der Errichtung des Testamentes noch und der Erblasser hat dieses Sinken nicht durch eine Abänderung der Verfügung paralyisiert. Ist der Zeitpunkt des Todes massgebend? oder der, da das Legat fällig geworden ist?“

Der Antrag des Referenten wurde mit 3 gegen 2 Stimmen verworfen. Immerhin sah sich der Präsident (Dr. Bertheau, der seine Stimme ebenfalls dagegen abgegeben hatte) veranlasst, bei der mündlichen Eröffnung des Urteils noch hinzuzufügen, „die von den Testamentsvollstreckern vorgesehene Lösung“ „scheine“ „der Billigkeit zu entsprechen.“

Die schriftliche Begründung des Urteils der I. Kammer des Obergerichtes vom 2. Dezember 1922 setzte sich weder mit der Begründung der Testamentsvollstrecker, noch mit den beiden Gutachten auseinander, sondern beschränkte sich auf den kurzen Satz:

„In der Sache selbst ist der Entscheid der Vorinstanz aus den von ihr angeführten Gründen zu bestätigen.“

Der Referent im Bundesgericht (Dr. Strebel) war wieder gegenteiliger Auffassung. Er führte im wesentlichen ungefähr folgendes aus:

„Der Wortlaut des Testamentes ist an sich klar und eindeutig; zu interpretieren, dieses Wort in seiner engeren Bedeutung gebraucht, bleibt nichts. Der Erblasser vermachte der Universität Freiburg i. B. zur Errichtung eines Horst Henneberg-Stipendiums die feste Summe von 50,000 Mark. Fraglich könnte nur sein, ob in das Mark hinein nicht ein Gold gelegt, also Goldmark gelesen werden sollte. Dafür spricht aber gar nichts, so dass ich glaube es nicht notwendig zu haben, in dieser Richtung Worte zu verlieren. Es hat auch keine der Parteien eine solche Interpretation versucht. Es darf also ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Testator der Universität Freiburg im Moment der Testamenterrichtung nichts weiter als 50,000 Papiermark zuwenden wollte, dass also die buchstäbliche Interpretation dem Willen des Testators im Moment der Testamenterrichtung allein entsprochen hätte. Aber ebenso klar wie diese Tatsache scheint mir die andere zu sein, dass der buchstäbliche Vollzug der letztwilligen Verfügung

dem Willen und den Intentionen des Testators heute nicht mehr entsprechen würde, weil inzwischen Tatsachen eingetreten sind, welche ihn, hätte er sie bei der Willensbildung und -formulierung schon gekannt, zweifellos zu einem anderen Willensentschlusse bzw. -äusserung, also zu einer anderen Verfügung bezüglich dieses speziellen Punktes seiner letztwilligen Verfügungen veranlasst hätten. Ich werde in einem späteren Zusammenhange diese Auffassung begründen und an dieser Stelle nur betonen, dass ich bei meinen Erwägungen von diesem Standpunkte ausgehe und untersuche, ob dieser Tatsache eine Bedeutung zukomme und welche; denn darin scheint mir die zu lösende Frage zu liegen.

Es dürfte folgendes zu erwägen sein:

Derjenige, der letztwillige Verfügungen errichtet, verfolgt damit, wie bei jeder vernünftigen Handlung, bestimmte Zwecke. Ein Zweck kann derart sein, dass er in der Verfügung selbst direkt zum Ausdruck kommt. Beispielsweise wenn der Erblasser einen bestimmten Betrag zur Errichtung eines Grabdenkmals aussetzt; er kann aber auch so entfernt liegen, dass er aus der Verfügung nicht erkannt werden kann, beispielsweise wenn der Testator eine Vermögenszuwendung macht, um eine von ihm früher unerkannt begangene Vermögensschädigung gutzumachen; der Zweck kann auch bloss indirekt oder teilweise erkennbar sein. Solche Zwecke sind wohl zu unterscheiden von den rechtlich irrelevanten Motiven. Sie sind eben mehr als Motive, als Veranlassung etwas zu wollen, sie sind das Gewollte selbst. Gewiss ist auch das gewollt, was niedergeschrieben ist. Aber es ist nicht um seiner selbst willen gewollt, sondern nur als Mittel zum Zweck. Daher kann man, wenn man den wahren Willen erforschen will, den Zweck schlechterdings nicht unberücksichtigt lassen, wenigstens nicht, soweit er in der Verfügung selbst zum Ausdruck gebracht ist und damit ein Teil und Inhalt des geäusserten Willens. Allerdings ist den Klägern beizustimmen, wenn sie sagen, es sei oft ausserordentlich schwer, ja unmöglich, zu erforschen, was derjenige, der eine Verfügung treffe, in letzter Linie damit wolle, d. h. bezwecke, indem die Interna andern verborgen bleiben. Aus diesem Grunde muss es besonders bei zweiseitigen Rechtsgeschäften in der Regel abgelehnt werden, über die Willenserklärung im strengern engen Sinne hinaus nach dem Zwecke zu forschen, um so den wirklichen Willen zu ergründen, weil der Gegenkontrahent, der seine zustimmende Willenserklärung auf Grund des Ausgesprochenen abgab, sonst in seinen Interessen und Rechten verletzt werden könnte. Ausnahmen sind indessen auch hier zu machen, wenn der nicht direkt ausgesprochene Wille, der Zweck der Rechtshandlung dem Vertrags-

gegner erkennbar war; man denke z. B. an die Fälle der Pauliana. Mit Recht scheint mir aber Kohler (Archiv f. zivilist. Praxis, Bd. 90 Seite 122) auszuführen, dass beim Testament bei der Erforschung des wirklichen Willens des Verfügenden grösseres Gewicht auf den von ihm angestrebten Zweck gelegt werden dürfe. Nicht nur ist es kein zweiseitiges Rechtsgeschäft, wo sich ein anderer auf die Erklärung hin zu Gegenleistungen verpflichtet hat, sondern es handelt sich in der Regel auch um rein liberale Zuwendungen, deren Widerruf bis zum Tode des Erblassers in dessen Belieben steht. Diese Auffassung wird in der Theorie, soweit ich sie überblicken kann, ziemlich allgemein vertreten.

Mit diesen Ausführungen möchte ich bloss grundsätzlich betonen, dass der Richter beim Testamentvollzuge mehr als bei zweiseitigen Rechtsgeschäften auf die mit der Verfügung angestrebten und aus derselben erkennbaren, wenn auch nicht formell zum Inhalt der Willenserklärung selbst erhobene Zweckbestimmung Rücksicht nehmen kann und dass er unter Umständen sogar vom Wortlaut des Testamentes abweichen darf, wenn sich mit Sicherheit ergibt, dass der buchstäbliche Vollzug dem, was der Erblasser erkennbar (und zwar aus der Verfügung selbst erkennbar) bezweckt hat, widerstreiten würde. Dass der Richter in gegebenen Fällen allerdings mit äusserster Zurückhaltung vorgehen muss, braucht nicht besonders betont zu werden. Es scheinen mir vor allem drei Erfordernisse vorliegen zu müssen:

1. muss mit Sicherheit feststehen, dass der wörtliche Vollzug des Testamentes dem Willen des Testators nicht mehr gerecht würde; solange irgendwelche berechtigte Zweifel über diesen Punkt bestehen, wird sich der Richter an den Wortlaut des Testamentes halten.
2. muss sich ein Weg finden lassen, von dem man mit moralischer Sicherheit annehmen kann, dass er dem Willen des Testators gerecht wird, und dazu gehört insbesondere,
3. dass es möglich sei, die Verfügung in Abweichung vom Wortlaut dem erkannten Willen anzupassen, ohne damit Recht und Billigkeit ändern gegenüber zu verletzen.

ad 1. Die erste Voraussetzung ist offenbar gegeben: der wörtliche Vollzug des Testamentes würde dem, was der Erblasser mit dieser Verfügung gewollt, in keiner Weise mehr gerecht. Im Zeitpunkt, als das Legat von Mk. 50,000.— ausgerichtet werden konnte, d. h. als der Stand der Erbschaftsliquidation dies erlaubte, und als es mit Mk. 45,000.— (nach Abzug der Erbschaftssteuer) ausgerichtet wurde, d. h. im Dezember 1920,

repräsentierte es einen mit Schweizervaluta gemessenen Wert von Fr. 4140.—. Mögen nun auch Mk. 45,000.— heute in Deutschland wirtschaftlich einen höheren Wert repräsentieren als Fr. 4140.— in der Schweiz, so steht doch ausser Diskussion, dass heute der Ertrag von Mk. 45,000.—, also der Zins dieses Kapitals, wie er zu Stipendiumszwecken nach Testament verwendet werden soll, als nennenswertes, selbständiges Stipendium kaum mehr in Betracht fällt und jedenfalls dem nicht, und zwar bei weitem nicht mehr entspricht, was der Erblasser als dem Andenken seines Sohnes würdiges Stipendium gedacht hat. Es kann gar keinem Zweifel unterliegen, dass der Testator, wenn er eine solche Entwicklung der Dinge vorausgesehen hätte, eine Verfügung in diesem Wortlaute nicht getroffen hätte, einen solchen Betrag, bzw. eine bei der gegenwärtigen wirtschaftlichen Lage so unbedeutende Summe hätte er, der mehrfache Millionär — und zwar mehrfache Millionär in Schweizer Valuta — nicht mit seinem Namen verbunden. Das eine von zweien scheint mir mit Bestimmtheit angenommen werden zu müssen: entweder hätte der Testator die Formulierung so gewählt, dass der Zweck der Stiftung, seinem Sohne bei der Universität Freiburg i. B. ein würdiges Andenken zu schaffen, erreicht werden konnte, oder er hätte auf ein diesbezügliches Legat überhaupt verzichtet. „Widersinn“ fraglich, ob nicht heute ZGB 482/3 angezogen werden könnte. Das letztere darf man nicht annehmen, und zwar deshalb nicht, weil die Verminderung des wirtschaftlichen Wertes des Legates und die Gefährdung der Erreichung des damit gewollten Zweckes nicht mit einer wirtschaftlichen Entwertung der ganzen Erbschaft in Verbindung ist, so dass also bei einer Erhöhung des Legates die andern verhältnismässig leiden müssen, sondern vielmehr das Gleichbleiben des Legates die andern ganz wesentlich begünstigen würde, indem einfach weniger Werte der Erbschaft zum Vollzug des Legates aufgewendet werden müssten, somit die Anstalten in Görlitz und Marklissa ebensoviel gewinnen würden, als die Universität Freiburg durch die veränderten Verhältnisse verlöre. Durch eine andere, den wirtschaftlichen Wert des Legates erhaltende Formulierung hätte der Erblasser seine Verfügung, wirtschaftlich gesprochen, nicht ändern müssen, sondern sie gerade aufrechterhalten, während sie so durch die unberücksichtigten Umstände geändert würde. Unter solchen Verhältnissen darf man es als sicher annehmen, dass der Erblasser bei Voraussicht der nachträglich eingetretenen Verhältnisse seine Verfügung in der Weise klar gestellt hätte, dass er die Summe entsprechend erhöht oder das Summenlegat in ein Quotenlegat umgeändert oder in anderer

Weise die Erreichung des Zweckes des Legates gesichert hätte. Weil derart eine Sachlage eingetreten, für die der Erblasser keine Bestimmung getroffen, die aber von demselben sicher nicht als irrelevant erachtet würde und von Einfluss auf seine Verfügung gewesen wäre, kann man sagen, das Testament enthalte eine Lücke; denn für diesen Fall kann die wörtliche Interpretation nicht gelten, etwas anderes aber ist nicht bestimmt. Mir persönlich scheint es indessen nicht notwendig, nach einer Lücke zu suchen, indem die richtige Berücksichtigung des gewollten und im Testament selbst erwähnten Zweckes zu einer befriedigenden Auslegung des Testamentes hinreicht.

Ich möchte in diesem Zusammenhange nur noch auf einen Gesichtspunkt hinweisen, den mir die Vorinstanzen zu übersehen scheinen: Wenn der Testator auch ein Summenlegat in bestimmter Höhe ausgesetzt hat, so hat er dabei doch nicht nur extern an die auszurichtende Summe denken können, sondern er hat sich auch klar gemacht, dass er damit in gewissem Umfange seinen Nachlass binde, er hat nicht nur die Legatarin bedenken, sondern er hat auch seinen Nachlass belasten wollen und zwar in dem Umfange, in dem die Ausrichtung von 50,000 Mark damals, d. h. im Zeitpunkt der Testamenterrichtung den wirtschaftlichen Wert seines Gesamtvermögens betreffen musste. Diese Belastung des Nachlasses war ebenso gut sein Wille, wie die Begünstigung der Universität. Diese gewollte Belastung seines Nachlasses zugunsten der Universität würde nun aber gerade bei wörtlicher Auslegung des Testamentes nicht mehr vorhanden sein, diese würde nicht mehr in dem Umfange am 30. Dreissigstel partizipieren, wie der Testator es haben wollte. Im allgemeinen wird man ja allerdings Summenlegate einfach nach der Summe ausrichten und nach solchen Einwirkungen auf den Gesamtwert und die Gesamtliquidation des Nachlasses nicht zu fragen haben, weil eben der wirtschaftliche Wert im Verhältnis zum Gesamtnachlasse der gleiche geblieben, oder doch nicht derart fundamental geändert worden ist, dass die innere Bewertung des Legates in gar keinem Verhältnis mehr zum Nennwert stehen würde. Trifft dies aber zu, so würde es doch gewiss nicht mehr mit einer richtigen Interpretation verträglich sein, wenn man sagen wollte, der wörtliche Vollzug des Testamentes entspreche schlechthin dem Willen des Testators. Wenn dann noch dazu kommt, dass nicht nur aus diesem Missverhältnis, sondern auch aus der Unmöglichkeit der Erreichung des vor Eintritt solcher unvorhersehbarer Ereignisse erreichbaren Zweck sich eine offensichtliche Diskrepanz zwischen dem wirklichen Willen und dem bei wörtlichem Testamentsvollzug Erreichten ergibt, so möchte ich es meinerseits als

in der Kompetenz des Richters liegend erachten, von der buchstäblichen Interpretation abzuweichen, sofern auch die andern Bedingungen, die ich eben als Voraussetzung hiezu genannt, d. h. wenn es möglich ist, eine Lösung zu finden, von der mit moralischer Sicherheit angenommen werden kann, dass sie dem wirklichen Willen des Testators entspricht und wenn dies geschehen kann, ohne dass Rechte anderer Erben verletzt werden.

Auch diese Voraussetzungen scheinen mir vorliegend gegeben.

ad 2. Der Testator setzte 50,000 Mark für das Horst Henneberg-Stipendium aus, über dessen Zinsen das Rektorat frei verfügen sollte, natürlich in Wahrung des Zweckes der Stiftung. Diese 50,000 Mark hatten einen bestimmten wirtschaftlichen Wert und ihr Ertrag war geeignet, einem oder mehreren Studenten in bestimmtem Umfange die Kosten des Lebensaufwandes zu decken. Im Moment der Testamentserrichtung war der deutsche Kurs bereits auf 80 gesunken und die Teuerung im Lande entsprechend gestiegen, der Ertrag der 50,000 Mark also nur mehr in beschränktem Umfange zur Bestreitung der Lebenshaltung geeignet. Beim Tode des Erblassers war diese Entwertung noch weiter fortgeschritten, der Kurs auf 60 gesunken. Der Betrag hatte also immerhin noch ungefähr den halben Wert wie in der Vorkriegszeit. Es ist nun möglich, dass der Erblasser an andere Kursschwankungen gedacht, aber darüber kann man nur Vermutungen haben. Die Vermutung scheint mir eher dafür zu sprechen, dass der Testator an ein Steigen als an ein Sinken des Markkurses gedacht und geglaubt, hat er doch noch nicht allzulange vor seinem Tode, als die Mark bereits gesunken war, deutsche Anleihen gezeichnet, act. 31 und 32 1 b 1918 oder 15 9 ca. 200,000 Mark und 1918 auf 6 oder 500 Kronen. Als sicher kann man soviel annehmen, dass er nicht an ein Sinken der Mark auf den heutigen Wert geglaubt, sonst würde er als vernünftiger Mann zweifellos das zur Lächerlichkeit gewordene Legat entweder verstärkt oder ganz aufgehoben haben, jedenfalls nicht mit seinem Namen verknüpft und als selbständiges Henneberg-Stipendium gestiftet haben. Doch möchte ich auf Vermutungen nach dieser Richtung mich gar nicht einlassen, sondern von der sicheren Tatsache ausgehen, dass der Testator bei Testamentserrichtung den wirtschaftlichen Effekt für die bedachten Studenten erreichen zu können glauben durfte, den die Zinsen des Stipendiums fonds bei der damaligen Teuerung haben konnten. Soviel der Universität zuzuwenden, war damals sein Wille. Als der Kurs bis zu seinem Tode auf 60 sank, die Teuerung entsprechend stieg, der wirtschaftliche Wert der 50,000 Papiermark entsprechend kleiner wurde, sah er sich noch nicht zu einer Änderung veranlasst, sei es,

dass er an ein Steigen der Mark glaubte, sei es, dass er den wirtschaftlichen Effekt als noch genügend erachtete. Mangels anderer Anhaltspunkte wird man das letztere annehmen müssen, um so mehr, als er mit Nachtrag vom 19. September 1918 seinem Testament einen neuen Nachtrag beifügte, ohne Veranlassung zu nehmen, am Legat für die Universität Freiburg eine Änderung zu treffen. Deshalb würde ich bei Abweichen vom buchstäblichen Vollzug des Testamentes nicht weiter gehen als bis zur Herstellung des Zustandes im Moment des Todes und der Universität den damaligen wirtschaftlichen Wert des Legates sichern, was dadurch erreicht wird, dass ihr derjenige Betrag vom 30. Dreissigstel ausgerichtet wird, der dem Frankenbetrag entspricht, der damals für die 50,000 Mark aufgewendet hätte werden müssen, nämlich rund 30,000 Franken.

ad 3. Dieser mir allein dem Willen des Testators entsprechenden und offenbar allein billigen Lösung kann ich mich befreunden, weil auch die dritte Voraussetzung erfüllt ist, die ich aufgestellt habe, indem bei dieser Lösung auch keines andern Erben Rechte, die er nach dem Willen des Erblassers erwerben sollte, verletzt oder beeinträchtigt werden, speziell nicht die Wohltätigkeitsanstalten von Görlitz und Marklissa. Diese sollten nach dem Willen des Testators erhalten, was vom 30. Dreissigstel nach Ausrichtung der Summenlegate noch übrig bleibe. Speziell war der Erblasser sich genau bewusst, dass das Legat an die Universität Freiburg ihnen soviel entziehe, als der Wert von 50,000 Mark diesen Dreissigstel belaste, im Moment der Testamentserrichtung also ca. 40,000 Franken. Wenn nun das Legat an die Universität Freiburg so vollzogen wird, dass zu dessen Ausrichtung der Betrag verwendet wird, der im Moment des Todes des Erblassers zum Ankauf von 50,000 Mark nötig gewesen wäre, so wird den Anstalten nichts entzogen von dem, was sie nach dem Willen des Testators wirtschaftlich erhalten sollten, sie werden vielmehr noch die Kursdifferenz zwischen dem Tag der Testamentserrichtung und dem Tag des Todes profitieren. Würde aber das Testament wörtlich vollzogen, so würde ihnen als den Beneficianten des Restes all das zufallen, um was die Universität Freiburg verkürzt würde. Während sie bei möglicher sofortiger Liquidation am Todestage den Rest minus Fr. 30,000.— erhalten hätten, würden sie nun den Rest minus Fr. 4140.— beziehen. Das entspricht wiederum nicht dem Willen des Erblassers, denn damit fällt ihnen das, was der Erblasser in einem spez. Nachtrag zum Testament entzogen, alles — ein kleiner Rest ausgenommen — wieder an, nur weil man über dem Buchstaben den Sinn des

Testamentes missachtet. Es ist also nicht richtig, dass die Testamentsexekutoren durch ihren Beschluss den Anstalten von G. und M. etwas entziehen, was sie nach dem Willen des Testators erhalten sollen, vielmehr würden diese bei buchstäblichem Vollzug des Testamentes etwas erhalten, was ihnen der Erblasser in besonderer Verfügung entzogen hatte. Der Wille des Erblassers würde also bei buchstäblichem Vollzug des Testamentes in zweifacher Weise verletzt. Man würde derart unter dem Titel des genauen Willensvollzuges den wirklichen Willen vergewaltigen, Recht zu Unrecht verkehren.

Der Fall liesse sich noch krasser denken, grundsätzlich bleibt die Frage gleich:

Z. B. Henneberg sagt, ich will kein Denkmal in Stein, ich will mir ein ideales Denkmal schaffen und er verfügt: Die Inhaberoobligation Nr. X von Fr. 200,000.— bei der Kantonalbank Zürich soll verwendet werden, mir bei der Universität F. ein bleibendes Denkmal zu schaffen. Mk. 180,000.— sollen zur Errichtung eines Gust. Henneberg-Stipendiumsfonds verwendet werden, der Zins davon halbjährlich an vier Studenten verteilt, der Rest soll der Aktivschaft auf den ersten dies academicus zu einem gemütlichen Konveniat verabfolgt werden. Nach Errichtung des Testaments im Jahre 1917 ist der Testator sofort verfügungsunfähig geworden. Er stirbt heute. Wer würde nun von der Obligation Fr. 200,000. — = Mk. 180,000.— (heute 30—40 Fr.) für den Stipendiumfond für den Multimillionär H. (in schw. Valuta) als dauerndes Denkmal zum Unterhalt an die vier besten Jus-Studenten zuweisen und den Rest zum Vertrinken am ersten dies academicus nach dem Tode H.s? Doch kein Richter! Grundsätzlich liegt unser Fall gleich. Es scheint mir geradezu gegen Treu und Glauben zu sein, dass man die Universität Freiburg in solcher Weise zugunsten anderer benachteiligen will und dass die letzteren nicht nur das erhalten sollen, was ihnen der Erblasser zugedacht, sondern dass sie auch das noch profitieren wollen, was durch ganz unvorhersehbare Umstände bei wörtlichem Testamentsvollzug der Universität Freiburg entzogen würde. Und noch stossender finde ich es, dass die Erben eines Mannes, der ihnen einen Löwenanteil an einem Vermögen von 3 ½ Millionen hinterlassen, in solcher Art das einzige, verhältnismässig mehr als bescheidene Legat, mit dem er das Andenken seines einzigen, für das Vaterland gefallenen Sohnes, das nebenbei bemerkt auch das Vaterland dieser Erben ist, ehren und erhalten wollte, in dieser Weise zu einer Lächerlichkeit degradieren helfen wollen. Mir ist es nicht möglich, einer solchen Lösung beizustimmen, wenngleich — ich gebe das zu — eine gewisse Weitherzigkeit in der Interpretation

nötig ist, um den erkannten richtigen Willen zur Geltung zu bringen.

Zur Beruhigung kann gegenüber dem Einwand, das Legat laute im Gegensatz zu vielen anderen Legaten auf Mark und daher dürfe vom wörtlichen Vollzug nicht abgewichen werden, weil der Erblasser, wenn er etwas anderes als Papiermark hätte vermachen wollen, dann auch in Franken oder in Quoten testiert hätte, noch folgendes angeführt werden:

Schiesslich hat das Währungsgeld doch nicht einen stabilen, inneren Wert, es ist bloss ein Wertmesser, es hat keinen Verbrauchswert und sein Tauschwert ist variabel. Wer sich in einer Währungssumme ausspricht, meint ihren Tauschwert im Moment, da er spricht, soweit er nicht bereits Änderungen voraussehen und in Berücksichtigung ziehen kann. Wenn nun dieser Wert gegenüber dem, was die Währungssumme im Moment der Verfügung repräsentierte, ein vollständig anderer geworden ist, wenn er nur mehr einige Prozent gegenüber damals repräsentiert, so kann daran nicht unter allen Umständen festgehalten werden. Daher hat man auch früher schon z. B. bei Währungsänderungen sich entschlossen, von der wörtlichen Interpretation abzugehen (vergl. Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl., S. 232 f.). Nicht anders jetzt, bei Valutaentwertung. Da weicht man sogar bei zweiseitigen Rechtsgeschäften u. U. vom Wortlaut ab unter Anziehung der sog. *clausula rebus sic stantibus*. Viel weniger Bedenken braucht man zu haben, bei einer einseitigen letztwilligen Verfügung den veränderten Verhältnissen angemessen Rechnung zu tragen, bei deren Interpretation der Richter nach der in der Theorie allgemein vertretenen Auffassung freier ist, als bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, und wo er sich mehr bestreben soll, einen vom Buchstaben abweichenden Willen des Testators zu erkennen und zu beachten. Bei Sachlegat ist die Sache anders, dort kann nicht interpretierend ergänzt werden. Dort ist aber der Fall auch nicht möglich, weil dort Wertverminderung des Legates zugleich Wertverminderung der Erbmasse ist. Man kann nicht sagen, wie es die Kläger heute tun, der Erblasser habe der Universität ein bestimmtes Vermögensobjekt testiert. Eben gerade nicht, sondern er hat ihr einen Wert am damaligen Markwert gemessen und in diesem Umfang eine Quote des Gesamtnachlasswertes vermacht. Die betr. Literatur ist in den Rechtsschriften und Gutachten reichlich zitiert. Ich kann mich begnügen, daran zu erinnern.“

Bundesrichter Dr. Jaeger stimmte mit Wärme dem Referenten zu:

„Wenn man sagt, das Resultat befriedigt nicht, der Testator hätte das nicht gewollt, dann muss man helfen.

Man vergisst, dass man es mit Ausnahme-Verhältnissen zu tun hat, die man sich nicht vorgestellt, an die niemand gedacht hat.

Man muss berücksichtigen, dass man es zu tun hat mit einem Nachlass, der auf Schweizer Boden liegt und der in der Hauptsache in Schweizer Werten bestand. Die Legate wurden in Mark bezeichnet, soweit die Bedachten juristische Personen in Deutschland waren. Die 50,000 Mark sollten ein Verhältnis, eine Proportion hinsichtlich der Verteilung des letzten Dreissigstels bezeichnen. Der Testator wollte den Rest gleichmässig verteilen; das war offenbar seine Meinung.

Läge die Erbschaft in Deutschland, dann könnte man sagen, 50,000 Mark sind Mark und nichts anderes; liegt die Erbschaft in der Schweiz, so muss gesagt werden, die Bezeichnung Mark wird gebraucht als Relations-Bezeichnung (Mark zu Franken), als Wertmesser. Eine Änderung hinsichtlich des Wertmessers muss berücksichtigt werden. Berücksichtigt man dieselbe nicht, so wird die Erbschaft, d. h. der Rest dadurch in der Weise beeinflusst, dass die Erben mehr bekommen; es entsteht ein ganz anderes Verhältnis. Hätten die Testamentsvollstrecker mit der Zahlung noch weiter gewartet, so hätte die Universität Freiburg schliesslich sozusagen nichts mehr erhalten.

Berücksichtigt man jene Relation nicht, so fälscht man dadurch den Willen des Testators. Ich würde daher keine Bedenken tragen, das richtige Verhältnis herzustellen auf den Zeitpunkt des Todes. Die Lösung entspricht auch dem Gedanken, dass der Legatar die Sache erhalten soll in dem Zustande, in welchem sie sich im Zeitpunkt der Eröffnung des Erbganges befand (Art. 485).“

In der Abstimmung aber wurde der Antrag des Referenten mit 5 gegen 2 Stimmen abgelehnt. Die Ansicht der Mehrheit des Bundesgerichts fand ihren Niederschlag in der schriftlichen Begründung des Urteils vom 26. April 1923 (Praxis 12 Nr. 84 — E.B.G. 49², 15 Nr. 4 Erw. 2).

Um Platz zu sparen, verweise ich hier nur auf den gedruckten Entscheid, bitte aber den Leser, das Urteil an den angegebenen Orten nachzulesen.

Das Bundesgericht hat also in seiner Mehrheit die Aufwertung des Markvermögens durch lückenergänzende Auslegung damals abgelehnt. Es bleibt aber zu beachten, dass schon damals eine grössere Anzahl schweizerischer und reichsdeutscher Juristen — die persönlich durchaus nicht interessierten Testamentsvollstrecker — die allerdings als Fakultät der mit dem Vermächtnis bedachten Universität Freiburg einigermaßen interessierte Juristenfakultät Freiburg — der gänzlich uninteressierte Gutachter Prof. Stammler — ein erstinstanzlicher Richter — zwei Oberrichter (von 5) — zwei Bundesrichter (von 7) sich schon in den Jahren 1920/1923 für die Aufwertung — also gegen den Satz: Mark ist Mark — aussprachen.

Müller (in Z.S.R. **65**, 116 a) billigt das bundesgerichtliche Urteil ebenfalls nicht.

Ich habe den Fall der Horst Henneberg-Stiftung in solcher Breite geschildert, weil wir bei ihm neues Recht in seinen Geburtswehen kennen lernen.

Die Mehrzahl der konsultierten Rechts-Ärzte glaubte diesmal noch, das Kind (— das neue biegsame Recht —) opfern zu müssen, um die Mutter (— das alte starre Recht —) am Leben zu erhalten.

Ich glaube, dass heute, nachdem im deutschen Reiche die Entbindung in ähnlichen Fällen vielfach gelungen ist, ohne dass die Mutter daran starb, das gleiche Consilium von Rechtsärzten — das Bundesgericht — dem Kinde nunmehr zum Leben verhelfen würde.

Im deutschen Reichsrecht kann man schon von einer feststehenden Praxis im Sinne des neuen, sich den wirtschaftlichen Verhältnissen anschmiegenden, Rechtes — wenigstens im Erbrecht — sprechen.

Goldmann („Ist zur Erhebung erbrechtlicher Aufwertungsansprüche die Anfechtung der letztwilligen Verfügung erforderlich?“ — in J.W. **1924**, 1123) berichtet darüber:

„In der Rechtsprechung herrscht heute wohl Einigkeit darüber, dass auch im Erbrecht die alten Papiermarkforderungen aufgewertet werden müssen. Natürlich nur insoweit, als der Nachlass selbst eine entsprechende Wertsteigerung (richtiger Werterhaltung) erfahren hat. Ist das nachgelassene Vermögen selbst entwertet, so können der mit Geld bedachte Miterbe und der Nachlassgläubiger, mag er Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigter, Testamentsvollstrecker oder ein sonstiger Gläubiger sein, eine Aufwertung ihres Anspruchs nicht verlangen, weil dann der Nachlass nicht ausreichen oder die übrigen Beteiligten zu kurz kommen würden.“

Das Reichsgericht hat, wie das Bundesgericht, zwar „eine Änderung letztwilliger Anordnungen wegen nachträglich eingetretener Geldentwertung“ „für“ „grundsätzlich ausgeschlossen“ erklärt, dagegen doch „ausnahmsweise“ „zugelassen“ (Schaeffer und Keidel a. a. O., 2. Aufl. Seite 70/71). Die zugelassenen Sonderfälle werden von Schaeffer und Keidel (a. a. O.) kurz zusammengefasst:

- „1. Ist in einem Testament einem Miterben das Recht vermacht, einen Nachlassgegenstand zu einem im Testament ziffermässig bestimmten Preise zu übernehmen, so kann der Miterbe Aufwertung des Preises verlangen, wenn eine erhebliche Geldentwertung eingetreten ist. Dem Berechtigten steht es frei, ob er den Gegenstand zu dem aufgewerteten Preise noch übernehmen will oder nicht.“
- „2. Eine in einem Ehe- und Erbvertrag ausgesetzte Rente kann grundsätzlich auch nach dem Tode des einen Vertragsteils erhöht werden, wenn die ziffermässig ausgesetzte Rente infolge der Geldentwertung ihren Zweck nicht mehr erfüllt.“

Sie fügen (a. a. O.) bei:

„Bei dem Ausmass der Erhöhung ist zu berücksichtigen, ob nicht auch die Zuwendung an den mit der Rentenleistung belasteten Teil von der Geldentwertung betroffen ist.

Es entspricht der Billigkeit und dem Willen der Beteiligten, dass das beim Abschluss des Erbvertrags vorhandene Verhältnis zwischen dem Werte der Zuwendung an den mit der Rente belasteten Teil und der Rente ungefähr gewahrt bleibt. Ist die Zuwendung, aus der die Rente zu entrichten ist, trotz der ziffermässigen Höherbewertung infolge der Geldentwertung von der allgemeinen Wertminderung betroffen, welche Vermögen aller

Art in der Nachkriegszeit erlitten haben, so ist auch das Mass des daraus zu entrichtenden Unterhalts entsprechend herabzusetzen.“

Die Ähnlichkeit dieser Ausnahmegrundsätze mit den im Falle der Horst Henneberg-Stiftung von den Gutachtern und namentlich vom bundesgerichtlichen Referenten entwickelten Anschauungen springt in die Augen.

Von den Zürcher Gerichten sind mir seither zwei Aufwertungsentscheide bekannt geworden. Am 4. Juli 1922 wies die 1. Appellationskammer des Obergerichtes Zürich ein Begehren um aufwertende Festsetzung einer in einem Nachlassvertrag zugelassenen Markforderung wegen Verzugs des Schuldners ab. Das Bundesgericht wies mit Urteil vom 14. Februar 1924 das Obergericht, welches auf Grund schweizerischen Rechtes entschieden hatte, an, neu zu entscheiden auf Grund deutschen Reichsrechtes. Hiezu kam es infolge eines am 6. September 1924 abgeschlossenen Vergleiches der Parteien nicht mehr.

Das zweite Urteil wurde von der gleichen Kammer am 19. Dezember 1924 erlassen. Ihm kann weder das Lob der Naivität zugebilligt, noch der entsprechende Vorwurf gemacht werden. Das Gericht setzt sich vielmehr in eingehenden Auseinandersetzungen mit der einschlägigen Literatur auseinander.

Die Streitfrage lautete:

„Ist die Beklagte verpflichtet, die gemäss Vertrag vom 4. November 1918 in ein Darlehen von Goldmark 8000.— umgewandelte Kommanditeinlage von Fr. 10,000.— der Klägerin mit 20 % pro Jahr ab 1. Januar 1924 zum Normalkurs von 80 Goldmark für 100 Franken zurückzubezahlen und mit 6 % pro Jahr vom 1. Januar 1923 an zu verzinsen?“

Die klägerische Firma „verwies zur Begründung ihres Verlangens auf die neuere Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts und darauf, dass der Darleihensschuldner verpflichtet sei, das entlehnte Geld oder andere vertretbare Sachen in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten und zwar nach schweizerischem wie nach deutschem Rechte; nach Auffassung der deutschen

Gerichte könne der Satz Mark = Mark im privatrechtlichen Verkehr keine Geltung mehr haben. Die Beklagte erwiderte, dass es sich bei dem gegebenen Darlehen nicht um Goldmark gehandelt habe, da damals schon die Mark nur noch einen Drittel ihres früheren Wertes gehabt habe, sie habe einfach Mark zurückzuzahlen, wie sich auch daraus ergebe, dass die Klägerin die Zinse stets in Markzahlung angenommen habe.“

Das Gericht urteilte auf Grund folgender Erwägungen:

„4. Die Beurteilung der Streitsache hat nach schweizerischem Rechte zu erfolgen. Das Abkommen vom 4. November 1918 ist in der Schweiz abgeschlossen worden mit einem hier domizilierten Schuldner und mit Bezug auf das Geschäft, welches dieser hier betreibt; und hier fand auch die „Umwandlung“ der Kommanditeinlage in ein Darlehen statt. Unter diesen Umständen ist auszuschiessen, dass die Parteien sich etwa deutschem Rechte hätten unterstellen wollen; dieses um so weniger, als die neue Vereinbarung wirtschaftlich nur die Fortsetzung des früheren Vertragsverhältnisses war, bei welchem nicht fraglich sein konnte, dass es vom schweizerischen Rechte beherrscht wurde. Es ist deshalb nach diesem zu entscheiden, was der Inhalt des Vertrages sei und wie die Leistung des Beklagten beschaffen sein müsse. (Meili, Internat. Zivil- und Handelsrecht, S. 55). Und nur insofern kommt deutsches Recht zur Anwendung, als nach diesem zu beurteilen ist, was Mark sei (Meili S. 45).

5. Von dem Zeitpunkte an, in welchem die Kommanditeinlage von 10,000 Schweizerfranken in ein Darlehen von 8000 Mark umgewandelt wurde, schuldete die Beklagte Mark. Darüber, wie die Rückerstattung beschaffen sein müsse, war eine besondere Verabredung nicht getroffen worden. Die Parteien haben darüber nichts abgemacht, wie diese zu erfolgen habe, insbesondere nicht, dass „Goldmark“ zurückzuerstatten seien. Auch für die Annahme einer stillschweigenden „Goldmarkklausel“ ist kein Anhaltspunkt zu finden. Daraus, dass bei der Umwandlung die 10,000 Franken als 8000 Mark gerechnet wurden, ist nichts abzuleiten, da dies eine blosse Rechnungsoperation war, die den Vertragsinhalt weiter nicht berührte. Die Klägerin kann deshalb nicht geltend machen, dass ihr die 8000 Mark im Werte von 10,000 Franken geschuldet würden, und dass ihr somit ein Wert von diesem Betrage zu zahlen sei. Ohne besondere Abrede sind Darlehen von Geld oder anderen vertretbaren Sachen in gleicher Art, Menge und Güte zurückzugeben. Die Klägerin hat die Zahlung in

„Papiermark“ zurückgewiesen, weil die angebotene Mark nicht gleicher Güte sei wie die der Beklagten übergebene. In Wirklichkeit sei sie wertlos. Die Klägerin übersieht, dass in letzter Linie nicht die Zivilgesetze bestimmen, wie die Zahlung von Geldschulden zu geschehen habe, sondern die Währungsgesetze. Nun ist nicht bestritten, dass die Mark, wie sie die Beklagte als Zahlung anbot, heute noch deutsche Währung und gesetzliches Zahlungsmittel für Deutschland ist, mittelst welchem die Beklagte sich befreien kann, wenn nicht aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten anders entschieden werden muss. Und zwar kann sie es durch Zahlung von Mark im Nennwerte der Schuld. Die Behauptung, dass die Währungsgesetze nur bestimmen, was für Münzen Zahlungsmittel seien, jedoch nicht, wieviel ihrer zur Tilgung einer gegebenen Summe gezahlt werden müsste, ist zurückzuweisen. Die Geldzeichen bezeichnen ausdrücklich, welcher Zahlungswert ihnen zukomme. Darin liegt gerade das Wesen der Währung. Dass die Geldschuld nicht eine Nennschuld, sondern eine Wertschuld sei, wird kaum mehr vertreten.

6. Die Klägerin verlangt aber noch aus anderen Gesichtspunkten Zahlung in Goldmark. Zunächst unter Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus*: die Vernichtung des Wertes der Papiermark bedinge eine andere Zahlung als eine solche zum Nennwerte der Schuld, eine Zahlung, welche dem materiellen, höheren Werte dieser entspreche und dadurch der eingetretenen Veränderung der Umstände gerecht werde, also, wenn in Papiermark bezahlt wurde, Zahlung von mehr als 8000 Mark (aufgewertete Zahlung). Es ist zu verneinen, dass die *cl. r. s. st.* als solche ein allgemein gültiger Satz des Obligationenrechtes sei. Der in dieser Klausel ausgedrückte Gedanke liegt einer Reihe von Einzelbestimmungen zugrunde, so den Art. 83, 287 und 37*) OR (Recht zur Zurückhaltung der Leistung bei nachträglich eingetretener Zahlungsunfähigkeit des anderen Teiles beim zweiseitigen Verträge; Nachlass am Pachtzinse beim Eintritt aussergewöhnlicher Unglücksfälle . . .; Erhöhung des Preises oder Auflösung des Werkvertrages beim Eintritt ausserordentlicher Umstände . . . „die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren“ und überall da, wo „aus wichtigen Gründen“ einer Partei der Rücktritt vom Verträge gestattet wird).— Auch der wichtige Grund ist ein nachträglich eingetretener ausserordentlicher Umstand, der nicht vorausgesehen wurde, andernfalls der Vertrag nicht oder nicht so abgeschlossen wäre, wie es geschehen ist. Daraus ist zu schliessen, dass, wo das Gesetz nichts anderes

*) Der Urteilstext kann hier nicht stimmen — es sollte heissen 83, 269, 291, 352 53, 527, 539, 545, 572, 611.

bestimmt, die Verträge unabänderliches Recht enthalten. (Vergl. v. Tuhr, Allgem. Teil BGB II, S. 202; Oertmann, Komm. I, S. 481 und 690.) In der vorkriegszeitlichen Rechtsprechung begegnet man der Anwendung der cl. r. s. st. kaum mehr, etwa bei langfristigen Lieferungsverträgen, neben der Annahme unsittlichen Vertrages (Knebelungsverträge). So B.E. 45², Nr. 53. Dagegen hat die Not des Krieges dazu geführt, dass sie in zahlreichen Fällen nicht nur dazu angewendet wurde, Verträge aufzuheben, sondern auch dazu, solche in ihrem Leistungsinhalte abzuändern, entsprechend den *rebus aliter stantibus*. Aber wo es geschehen ist, geschah es mit der ausdrücklichen Beschränkung auf eine ausserordentliche, nicht voraussehbare und für den Schuldner geradezu ruinöse Leistungerschwerung und mit dem Hinzufügen, dass die Klausel nur ausnahmsweise Anwendung finden dürfe (Pr. 12 Nr. 13; v. Tuhr a. a. O. S. 546).

7. Endlich behauptet die Klägerin, es sei wider Treu und Glauben, ein Rechtsmissbrauch, wenn die Beklagte sie mit Papiermark zahlen wolle, was in Wirklichkeit gar keine Zahlung sei; Klägerin komme zu Verlust, während die Beklagte, indem sie für die Zahlung nichts aufzuwenden habe, sich bereichere. Die Klägerin übersieht, dass der Schaden, der sie bei Zahlung mit Papiermark trifft, seinen letzten Grund nicht bei der Beklagten hat, sondern dass er ausserhalb des Vertragsverhältnisses liegt, in welchem die Parteien zueinander stehen, nämlich in der Entwertung der Mark. Dafür ist die Beklagte nicht verantwortlich, und die Sache liegt nicht anders, als wenn ein Gläubiger auf andere Weise zu Verlust kommt, für den er sich nicht an einem Dritten erholen kann. Die Beklagte hatte der Klägerin freiwillig den Betrag von 320 Fr. angeboten, act. Nr. 26, als einen Beitrag an den Schaden. Es ist nicht ersichtlich, wie die Beklagte auf die Summe von 320 Fr. gekommen ist; aber jedenfalls liegt das Anerbieten ausserhalb rechtlicher Verpflichtung. Der Beklagten kann nicht ein verwerfliches Handeln vorgeworfen werden; denn nicht nur handelte sie mit Ermächtigung des Gesetzes, sondern wie sie handelten unzählige andere; und, was die Klägerin dabei erleidet, hatte die Beklagte, wie sie glaubhaft versichert, auch zu erleiden. Die Geldentwertung trifft alle gleich. Gegen ihre Folgen kann aber nicht vom Richter, sondern nur durch die Macht des Gesetzgebers Hilfe kommen. Die deutschen Gerichte haben in neuerer Zeit versucht, ihnen zu wehren mit der Aufwertung von Forderungen, und die Klägerin beruft sich darauf. Diese neue Rechtsprechung stützt sich auf § 242 BGB, wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben es erfordern. Es ist oben ausgeführt worden,

warum der Auffassung, dass, wer Mark mit Papiermark bezahle, gegen Treu und Glauben verstosse, nicht beigetreten werden kann. Auch lässt sie sich kaum in befriedigender Weise verwirklichen. Denn der Schuldner ist nicht bloss Schuldner; er ist auch Gläubiger und leidet als solcher in gleicher Weise unter dem Zerfall der Mark. Allerdings will die deutsche Rechtsprechung diesem Umstande Rechnung tragen und bei der Aufwertung auch die Lage beim Schuldner berücksichtigen. Jedoch ist nicht zu verkennen, wie fast unmöglich sein muss, die beidseitigen Lagen richtig zu beurteilen, sofern die Verhältnisse nicht ganz einfache sind. Denn es kommt dabei nicht nur auf die Beziehung von Schuldner zum Gläubiger in einem gegebenen Falle an, sondern darüber hinaus darauf, inwieweit ihr Vermögensstand überhaupt durch die Geldentwertung beeinflusst ist. Dabei sollten diese Feststellungen nicht nur nach Gutdünken erfolgen müssen, während es anders kaum geschehen kann. Auch alles andere soll nach Treu und Glauben entschieden werden: bei welchem Grade der Entwertung Aufwertung zu erfolgen habe und in welchem Masse, wie es sich bei Hypothekenschulden verhalte und wie bei anderen usw. Vergl. Urteil des Reichsgerichtes vom 28. November 1923, abgedruckt D.J.Z. **1924**, S. 57. So wird es bei allem guten Willen nicht abgehen ohne viel Willkürlichkeit, Irrtümer und Ungleichheit. Mit dem Gesagten ist gleichzeitig beantwortet, ob sich derjenige eines Rechtsmissbrauches schuldig mache, der Zahlung in Papiermark leisten will, da ein Rechtsmissbrauch nur darin gefunden werden könnte, dass die Zahlung wider Treu und Glauben erfolge.

8. Dr. Hans Müller führt in seinem Aufsatz: „Die Einwirkung der Währung auf die privatrechtlichen Verhältnisse“, Referat für den Schweiz. Juristentag, abgedruckt in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, **1924**, S. 131 a und 138 a, aus, die Anwendung der Treu- und Glaubenslehre biete keine einwandfreie Lösung des Problems, die beste, wenn nicht die einzige Grundlage, die das geltende Recht für die Aufwertung biete, seien die Bereicherungsnormen. Immerhin betont er auch die ungeheure Schwierigkeit der praktischen Durchführung, namentlich der Feststellung der Grösse der Bereicherung. S. 138 a, a. a. O. Darüber, dass der Bereicherungsanspruch des Art. 62 OR voraussetzt, dass die Bereicherung bereits eingetreten sei, setzt er sich als über „einen übertriebenen Formalismus“ hinweg und postuliert also gegenüber dem Anspruch auf Rückgewährung erfolgter Bereicherung einen solchen, der darauf gerichtet ist, dass eine Bereicherung nicht eintrete. Eigentlich müsste er seinem Vorschlage gleichwie der Anrufung von Treu und Glauben entgegenhalten,

dass eine Bereicherung nicht ungerechtfertigt sein kann, wenn das Gesetz sie rechtfertigt, d. h. wenn sie bloss die Folge der Anwendung des Gesetzes (der Zahlung nach Gesetz) ist. Allein die Berufung auf die „Bereicherungsnormen“ ist deswegen überhaupt ein Abweg, weil dem Gläubiger die Leistungsklage zusteht und er es damit in der Hand hat, vom Schuldner alles zu fordern, was er von ihm zu gut hat, womit dann die Frage einer ungerechtfertigten Bereicherung ohne weiteres dahinfällt. Mit dem Urteil über die Leistungsklage wird entschieden, was dem Gläubiger zukommt, ob der Schuldbetrag im Nennwerte oder aber in einem aufgewerteten Betrage; und der Schuldner bezahlt dann was Rechtens, indem er bezahlt, wozu er verurteilt wird. Müller beanstandet, dass die deutsche Rechtsprechung und Rechtsliteratur die Bereicherungsnormen meist nur für den Masstab, nicht aber für die grundsätzliche Rechtfertigung der „Aufwertung“ herangezogen habe. Zu Unrecht. Denn, wenn auch richtig ist, dass dem Problem der Aufwertung der Gedanke zugrunde liegt, dass der Schuldner, indem er mit Papiermark bezahlte, ungerechtfertigt bereichert würde, so lässt sich doch anderseits ein Bereicherungsanspruch im technischen Sinne sicher nicht ableiten, weil eine Bereicherung noch nicht vorliegt und der Gläubiger sie mit der Leistungsklage verhindern kann. Was eine ungerechtfertigte Bereicherung herbeiführen konnte, haben die deutschen Gerichte als gegen Treu und Glauben verstossend verworfen; die Zahlung mit Papiermark, weil einen Rechtsmissbrauch bedeutend, der schlechthin liberierenden Kraft entkleidet und auf die Leistungsklage der Gläubiger hin entschieden, dass der Schuldner, wenn er mit Papiermark bezahle, mehr als den Nennwert der Schuld bezahlen müsse.

9. Zeiler, Umwertungszahlen, bezeichnet es als ein abscheuliches Unrecht, wenn dem Schuldner erlaubt wäre, den Anspruch seines Gläubigers zum Nennbetrage in wertloser Papiermark zu tilgen. Aber es wäre, schreibt er, auch ein Unrecht, wenn voll aufgewertet würde, der Gläubiger müsse sich einen Abstrich gefallen lassen in „Berücksichtigung der Schicksalsgemeinschaft, in der das Gesamtvolk den Krieg und seine Folgen erlebt habe,“ und in dem Streben „nach einem Ausgleich, der jene Schäden auf die Schultern beider Seiten zu legen suche“. Diese Betrachtung kann den ausländischen Schuldner und Gläubiger nicht betreffen.

10. Die Klage muss aber unter allen Umständen deswegen fallen, weil die Klägerin, indem sie am 4. November 1918 ihr Frankenguthaben in ein Markguthaben umwandelte, die Gefahr übernahm, welche der Mark in der Folge widerfahren konnte. Schon damals war dieselbe auf den Kurs von 100 Mark = 70 Fr.

60 Rp. herabgesunken; und es musste damit gerechnet werden, dass sie weiter sinken könne. Die politische und militärische Sache Deutschlands stand am 4. November 1918 so übel, dass, was nachher erfolgte, mit in Betracht gezogen werden musste. Am 2. Januar 1919 war der Markkurs bereits nur noch 60,25 bzw. 61,25. Die Klägerin hat es also sich selbst zuzuschreiben, wenn sie nicht beobachtete, was um sie her geschah. Es musste sich ihr aufdrängen, dass sie die Umwandlung der Franken in Mark entweder ablehnte oder dass sie sich gegen einen Kursverlust sicherte. Dazu kommt, dass die Klägerin die Jahreszinse in Papiermark zum Nennwerte entgegengenommen hat, woraus sich deutlich ergibt, wie die Klägerin vorher die Sache selbst angesehen hat.“

Zu diesen Erwägungen des obergerichtlichen Entscheides möchte ich bemerken:

Zu Erw. 4—5:

Das Zürcher Obergericht ist hier päpstlicher als der Papst. Das deutsche Reichsgericht hat längst den Trugschluss „Mark ist Mark“ verlassen, und die Währungsgesetzgebung durch Gewohnheitsrecht ausser Kraft gesetzt, nachdem ihr der polnische oberste Gerichtshof mit dem guten Beispiel vorangegangen war. Soll sich der Schweizer Richter von Warschau und Leipzig beschämen lassen?

Es hat allerdings lange gedauert, bis der reichsdeutsche Richter sich von seinem früheren Irrtum abkehrte. Dass es ein Irrtum gewesen sei, darauf hat meines Wissens erstmals der bekannte Bankfachmann Dr. G. Vissering, Präsident der Niederländischen Bank, in aller Schärfe immer und immer wieder hingewiesen — in der Neuen Freien Presse vom 4., 11. und 18. April 1920 — in der Brüsseler Finanzkonferenz vom September 1922 — anlässlich der Beratungen der Expertenkommission in Berlin, die er im Oktober 1922 präsierte — zuletzt in seinem Gutachten über die rumänische Währungsform vom 8. Januar 1924 (abgedruckt in seiner Schrift: „De Bankgelden“ in dem „Haagsche Maanblad“, Amsterdam 1924 — und neuerdings in der Zeitschrift „Le monde nouveau“ vom 15. November/15. Dezember 1924 Seite 94 ff.). Er fasst dort (Seite 96) seine Ansicht dahin zusammen, es sei „une erreur cardinale“, „une“ „importante erreur de

principe, savoir, qu'on a considéré comme synonymes le moyen de circulation, l'unité de compte et la mesure de la valeur. L'état de terrible désordre, dans lequel le monde entier se trouve à présent, résulte de ce fait."

Dass es ein Irrtum war, die Mark gleich der Mark zu erklären, wird neuerdings (im Februarheft **1925** der D.J.Z.) aufs schärfste betont durch Kleineberg („Das geltende Recht und die Aufwertung“ — in D.J.Z. **30**, 228 ff.).

Mit der Basler Auffassung, wonach „ein in Mark gewährtes Darlehen“ „zum Markkurs am Tage der Hingabe zurückzuerstatten“ sei, und dass „nach den Grundsätzen des Darlehensvertrages“ der Darlehensnehmer „eine seither eingetretene Wertverminderung der Mark“ „zu tragen“ habe, was auch billig erscheine, „weil er“ „die erhaltene Mark“ „zur damaligen Valuta verwerten konnte und verwertet hat“ (S.J.Z. **19**, 345 Nr. 302), setzt sich das Gericht überhaupt nicht auseinander.

Den gleichen Standpunkt vertritt übrigens auch Kleineberg (a. a. O. Seite 231) und zwar sich als Gegner der Aufwertungslehre bekennd:

„Weil aber Verträge zu wahren sind, so ist Papiermark überall da nicht Papiermark, wo aus dem Rechtsgeschäft sich ergibt, dass keine Sach-, sondern eine Wertschuld vorliegt. Unterhaltsansprüche gehen auf Zahlung des zum Unterhalt erforderlichen Betrages. Daher sind sie Wertforderungen. Schadenersatzansprüche berechtigen, auch wenn Ersatz in Geld verlangt wird, zur Herstellung des wirtschaftlichen Zustandes. Daher sind auch sie Wertforderungen. Auch der Gläubiger eines in Papiergeld gegebenen Darlehens hat eine Wertforderung. Denn die Pflicht des Darlehensschuldners, das Empfangene in gleicher Güte (§ 607 BGB) zurückzugeben, geht auf Qualitätersatz. Die Qualität von gemünztem Gelde bildet die Metallsubstanz. Die Papiersubstanz des Papiergeldes ist für seine Bewertung bedeutungslos. Seine Bewertungssubstanz ist der Kredit, den es trägt. Daher hat der Schuldner eines Münzdarlehens Münzen von gleicher Metallsubstanz, der Schuldner eines Papiergelddarlehens die empfangene Kreditmenge zurückzugeben. Auch Nachlassforderungen sind vielfach Wertansprüche. Das kann bei Erbansprüchen aus einem Nachlass, der nicht nur in Papiergeld besteht, nicht zweifelhaft sein. Bei Vermächtnissen kann sich die

gleiche Rechtslage aus dem Willen des Testators ergeben. Das gleiche gilt bei Übertragsverträgen. Denn diese sind nur antizipierte erbrechtliche Regelungen. Und wie in diesen Fällen, so ist in jedem anderen Falle zu prüfen, ob nicht eine Wertschuld vorliegt. Wo aber sich kein Grund zur Annahme einer solchen ergibt, da hat die Regel Platz, dass für die in Papiermark begründeten Verbindlichkeiten Mark gleich Mark ist.“

Ich kann mich allerdings nicht ganz dieser Auffassung anschliessen, und erwähne sie nur, um zu zeigen, dass in vielen — und wohl den wichtigsten — Fällen auch vom Standpunkt des starren Rechtes aus eine billige Lösung gefunden werden kann.

Zu Erw. 6:

Das Obergericht zitiert v. Tuhr und Oertmann, jedoch nur ihre Kommentare. An der Geschäftsgrundlagentheorie Oertmanns und an seiner Schrift über die Aufwertung geht es vorüber.

„Dass die Klausel nur ausnahmsweise Anwendung finden dürfe“, ist vollinhaltlich zuzugeben; wann aber soll eine solche Ausnahme am Platze sein, wenn nicht bei einer wirtschaftlichen Katastrophe, wie die Entwertung der deutschen Währung eine darstellt?

Zu Erw. 7:

Bei der Frage der Bereicherung kommt es nicht auf die „Verantwortlichkeit“ für die eingetretene Markkatastrophe — auf die Schuldfrage — an, sondern lediglich auf die Tatfrage, ob die eine Partei auf Kosten der anderen Partei bereichert worden sei.

Im vorliegenden Falle hat nun der Darlehensnehmer ursprünglich Schweizerfranken empfangen, die Frankenschuld im November 1918 in eine Markschuld bloss rechnerisch umgewandelt, also den Goldwert, den er schon zuvor besass, behalten, mit ihm gearbeitet — als mit einem Teile seines Betriebskapitals — mit ihm Goldfranken verdient.

Dass der Darlehensnehmer von Gold bereichert wird, wenn er seine Darlehensschuld mit nullwertigem Papier

zurückbezahlt, springt in die Augen. Dass vor ihm „unzählige andere“ sich in gleicher Weise bereichert haben, ändert an dieser Tatsache nichts. Dass auch er selbst durch die Katastrophe gelitten hat, ist lediglich bei der Abmessung der Aufwertung nach Treu und Glauben zu berücksichtigen. Im vorliegenden Falle kann das übrigens kaum nennenswert in die Wagschale fallen, da das Darlehen in der Schweiz als Betriebskapital arbeitete und folglich in Goldfranken umgesetzt wurde.

Dass die Aufgabe der gerechten Aufwertung schwierig — „fast unmöglich“ — „nicht“ „ohne viel Willkürlichkeit“, „Irrtümer“ und „Ungleichheit“ — lösbar ist, kann zugegeben werden. Diese Schwierigkeit entbindet aber den „nach Treu und Glauben“ (ZGB Art. 2) die „Erfüllung“ der „Pflichten“ des Darlehensnehmers beurteilenden Richter nicht von seiner Pflicht, die schwierige Frage zu lösen. Die Frage ist eine richterliche Ermessensfrage und folglich gestützt auf ZGB Art. 4 „nach Recht und Billigkeit“ zu lösen.

Dass es nicht recht und billig ist, wenn der Darlehensnehmer, der mit dem Golde des Darleihers gearbeitet und damit Gold verdient hat, ihn mit wertlosem Papier abfindet, sagt uns das naive Rechtsempfinden. Zu diesem Rechtsempfinden die juristische Form zu finden, ist die Aufgabe des Richters, der er sich nicht um ihrer Schwierigkeit willen entziehen darf.

Zu Erw. 8:

Wenn das obergerichtliche Urteil für die Ablehnung des Standpunktes ungerechtfertigter Bereicherung sich auf die reichsdeutsche Währungsgesetzgebung beruft, so übersieht es, dass dieselbe durch Gewohnheitsrecht und durch die gesetzliche Einführung einer neuen Währung abgeschafft ist.

Wenn es sich für die Ablehnung der „ungerechtfertigten Bereicherung“ auf die „Leistungsklage“

stützt, bei deren Gutheissung eben die Bereicherung nicht mehr ungerechtfertigt sein könne, so führt es uns in einem Kreise (*circulus vitiosus*) herum.

Die Bereicherung entsteht ja gerade dadurch, dass nicht das zurückgeleistet wird, was einst geleistet wurde — statt goldwerten Geldes wertloses Geld. Die richterliche Feststellung, dass in Papiermark zurückgeleistet werden dürfe, schafft also erst die Bereicherung.

Wir müssen hier an das Verhältnis von Anspruch und Einrede denken. Dem Leistungsanspruch steht die Einrede, dass durch die Leistung in Papier eine ungerechtfertigte Bereicherung entstehen würde, gegenüber.

Zu Erw. 9:

Die Ausführungen Zeilers mögen zutreffen, wenn sich zwei Parteien gegenüberstehen, die unter der Markkatastrophe gleich gelitten haben.

Sie treffen nicht zu, wenn der Darleiher ein Goldverdiener ist, der Darlehensnehmer zu den Leuten gehört, die alles, auch die Darlehenssumme, verloren haben.

Sie treffen nicht zu, wo der Darlehensnehmer als Goldverdiener das Darlehen voll ausnutzen konnte, der Darleiher dagegen sein Geld voll verlieren soll.

Im ersteren Falle rechtfertigt sich die Aufwertung überhaupt nicht. Im letzteren Falle rechtfertigt sich Aufwertung bis zum vollen Goldwert.

Zwischen diesen beiden Fällen stehen zahlreiche andere, wo ein Interessenausgleich gesucht werden muss durch teilweise Aufwertung nach billigem Ermessen.

Zu Erw. 10:

Das Gericht nimmt an, eine Aufwertung sei um deswillen zu verweigern, weil am 4. November 1918 „damit gerechnet werden“ „musste“, „dass“ die (auf Fr. 70.60 für M. 100.—) gesunkene Mark „weiter sinken könne“.

Das ist an sich richtig.

Wenn man sich aber erinnert, dass man in diesen Tagen (Anfang November 1918) mit einem „Frieden ohne Sieger und Besiegte“ — so lautete die Phrase — auf Grund von Wilsons 14 Punkten rechnete, und dass die ganze betrogene Welt daran glaubte, so fällt auch dieses Argument des obergerichtlichen Urteils.

Beide Parteien hofften damals wohl auf einen bescheidenen Kursgewinn infolge der Umrechnung von Franken in Mark.

Beide Parteien dachten ganz sicher nicht an ein Sinken der Mark auf den Nullpunkt, denn daran dachte noch viel später kein Mensch.

Das Reichsgericht hat in seinem Entscheide vom 14. November 1924 (J.W. **1925**, 227 Nr. 6) ausdrücklich erklärt:

„Die Aufwertung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Parteien sich bei Vertragsabschluss der Möglichkeit weiterer Geldentwertung bewusst waren.“

Er begründet das so:

„Bei der Würdigung schlüssiger Handlungen ist zu beachten, dass eine Geldentwertung in dem Masse, wie sie im Laufe der Jahre 1922 und 1923 in Deutschland eingetreten ist, nicht vorausgesehen werden konnte, dass die Preisgabe der sich aus der Geldentwertung ergebenden Befugnisse durch den Gläubiger einer früher entstandenen Forderung in den meisten Fällen gleichbedeutend ist mit dem Verzicht auf die Forderung und dass deshalb auf einen derartigen Vertragswillen nur geschlossen werden darf, wenn Umstände vorliegen, die diesen Willen mit Notwendigkeit ergeben,“

Aus der Annahme von Papiermark zum Nennwerte während der folgenden Jahre kann nur ein Schluss auf die Zinsen gezogen werden — die bereits bezahlten Zinsen sind nicht aufzuwerten — nicht aber auf das Kapital; denn die Aufhebung der deutschen Währungsgesetzgebung durch Gewohnheitsrecht erfolgte erst allmählich im Laufe der Jahre 1923/1924.

Trotz der sorgfältigen Erwägungen des obergerichtlichen Urteils vom 19. Dezember 1924 kann ich mich daher

weder davon überzeugen lassen, dass es dem bestehenden Recht, noch weniger aber, dass es den Erfordernissen der Billigkeit entspreche.

Dem Basler Urteil in seiner fast naiven Kürze kann man den Vorzug, Recht und Billigkeit zum Ausdruck zu bringen, weit eher zubilligen.

Das Lob dürfen wir dem Basler Urteil auf jeden Fall spenden, dass es einen ersten Versuch darstellt — in Auslegung des „strictum ius“ — die Aufwertungsfrage anzuschneiden und zu lösen, während das Zürcher Urteil in Anwendung des „strictum ius“ — des starren Rechts — und unter Ausserachtlassung der „aequitas“ — des billigen Rechts — das alte Rechtssprichwort „summum ius“ — (höchstes Recht) — „summa iniuria“ — (höchste Ungerechtigkeit)! wahr macht, die „objektive Sittlichkeit“ zur „objektiven Unsittlichkeit“ werden lässt.

Beide Fälle, der Basler und der Zürcher, schreien geradezu nach einem billigen Interessenausgleich.

Ein solcher „drängt sich“ — wie der Einzelrichter schon im Hennebergfalle sagte (siehe oben Seite 211) — „unter den gegebenen Umständen bei richtiger Würdigung geradezu auf“.

Die Kunst des Juristen — vor allem des Richters — soll sein, nach der richtigen Form zu suchen, um nicht höchstes Recht zu höchstem Unrecht werden zu lassen.

Die deutsche Juristenzeitung erinnert (in ihrer jüngsten Nummer 2 vom 15. Januar 1925) an den Ausspruch eines Justizministers:

„Das Recht entwickelt sich letzten Endes hinter den Gesetzesparagraphen, und wenn die Dinge sich ändern, so erfüllen sich von innen heraus die Gesetzesparagraphen mit einem neuen Geist, und diesen rechtzeitig zu erkennen, ist eine wesentliche Aufgabe der Rechtsprechung.“

Die vorstehenden Rechtsausführungen stellen einen Versuch dar, dem Richter die Handhaben beim Suchen nach dem neuen richtigen Recht übersichtlich zusammenzustellen.

Wenn mir das gelungen ist, so haben sie ihren Zweck erfüllt.

Wenn der Richter den neuen Geist rechtzeitig erkennt, erfüllt er seine Pflicht.
