

Leistungsstörungenrecht in Mitteleuropa

Herausgegeben von
MARTIN LÖHNIG
und STEPHAN WAGNER

Mitteleuropäisches Zivilrecht

2

Mohr Siebeck

Mitteleuropäisches Zivilrecht
Studien und Beiträge zum ADHGB

Herausgegeben von
Martin Löhnig und Stephan Wagner

2



Leistungsstörungenrecht in Mitteleuropa

Art. 354–359 ADHGB

Herausgegeben von

Martin Löhnig und Stephan Wagner

Mohr Siebeck

Martin Löbnig ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie Kirchenrecht an der Universität Regensburg.
orcid.org/0000-0002-4616-1905

Stephan Wagner ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäische, Deutsche und Sächsische Rechtsgeschichte an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.
orcid.org/0000-0002-2476-9557

ISBN 978-3-16-163447-5 / eISBN 978-3-16-163448-2

DOI 10.1628/978-3-16-163448-2

ISSN 2627-0935 / eISSN 2627-0943 (Mitteleuropäisches Zivilrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Reemers Publishing Services aus der Garamond gesetzt. Es wurde auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt.

Im Andenken
an unseren Freund und Kollegen
Christian Alunaru

Vorwort

Im März 2016 hatten sich Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus ganz Mitteleuropa das erste Mal in Regensburg getroffen, um das *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB) von 1861 in seiner supranationalen Dimension als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa zu untersuchen. Die Ergebnisse dieses Pilotprojekts sind 2018 in Band 1 der Schriftenreihe *Mittel-europäisches Zivilrecht – Studien und Beiträge zum ADHGB* (MZR) bei Mohr Siebeck erschienen.

Ende März 2020 sollte das nächste Treffen in Regensburg stattfinden, um mit dem Kaufrecht des ADHGB ein erstes prominentes Rechtsgebiet im Einzelnen näher zu behandeln. Aus bekannten Gründen war es uns leider verwehrt, uns zu diesem Zeitpunkt persönlich über das Kaufrecht auszutauschen. Daher haben wir Ende Oktober 2020 zunächst ein virtuelles Treffen durchgeführt, wobei wir uns inhaltlich auf das Leistungsstörungenrecht beschränkt haben, das im ADHGB am Ende des Kaufrechts geregelt ist. Die dabei erzielten Ergebnisse unserer gemeinsamen rechtshistorischen und vergleichenden Arbeit sind in diesem Band nachzulesen. Trotz erheblicher Bemühungen ist es leider nicht gelungen, den zugesagten Beitrag zur Entwicklung in Transleithanien (1867–1918) zu gewinnen: Um weitere Verzögerungen zu vermeiden, erscheint der vorliegende Band daher ohne diesen Beitrag. (Die anderen Regelungskomplexe des Kaufrechts konnten wir erst Mitte Mai 2022 in Regensburg wieder im persönlichen Gespräch erörtern, so dass die betreffenden Beiträge in einem separaten Band erscheinen werden.)

Als Herausgeber danken wir allen Kolleginnen und Kollegen sehr herzlich für ihre Bereitschaft zur Mitwirkung an diesem Folgeprojekt, das in Zeiten der Pandemie nicht nur durch erhebliche Einschränkungen der persönlichen Kontakte geprägt war, sondern auch durch massive Erschwernisse bei der Nutzung von Archiven und Bibliotheken.

Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Regensburger Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie Kirchenrecht, allen voran Caroline Berger und Eray Gündüz, haben wertvolle Hilfe sowohl bei der Organisation der Tagung als auch bei der Vorbereitung dieses Bandes geleistet. Auch ihnen gilt unser herzlicher Dank. Ebenso herzlich danken wir der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) und dem Förderverein Europäische Rechtskultur e.V., ohne deren Unterstützung wir diesen vertiefenden Blick auf das ADHGB nicht unternehmen hätten können.

Dem Verlag Mohr Siebeck danken wir für das Verständnis und die Geduld, mit der er das Erscheinen dieses Bandes begleitet hat. Frau Dr. Julia Caroline

Scherpe-Blessing, LL.M. (Cantab) sowie Frau Linnéa Hoffmann waren damit befasst, aus einem Stapel Manuskripte ein schönes Buch zu machen. Dafür sind wir sehr dankbar und freuen uns, dass die Ergebnisse auch dieses Projekts im Verlag Mohr Siebeck erscheinen können.

Regensburg und Halle (Saale),
im Juli 2023

Martin Löhnig
Stephan Wagner

Inhalt

Vorwort	VII
Abkürzungen	XI
<i>Stephan Wagner</i> Einführung	1
<i>Christian Hattenbauer</i> Das allgemeine Rücktrittsrecht der Art. 354–359 ADHGB und sein Einfluss auf die Rechtsentwicklung in Deutschland	5
<i>Martin Löbnig</i> Anwendung des Leistungsstörungsrechts durch Bundes- bzw. Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht	67
<i>Kamila Staudigl-Ciechowicz</i> Cisleithanien (1867–1918) und Republik Österreich (1918–1938)	87
<i>Mehmed Bečić</i> Bosnien-Herzegowina (1878–1918): Kondominium	145
<i>Eszter Cs. Herger</i> Königreich Ungarn (1920–1946)	167
<i>Pavel Salák jr.</i> Tschechoslowakische Republik (1918–1938)	205
<i>Anna Moszyńska</i> Republic of Poland (1918–1939)	213
<i>Mirela Krešić / Dunja Milotić</i> Königreich Jugoslawien (1918–1941)	231

Martin Löbnig

Ein transnationales Leistungsstörungenrecht 263

Autoren 269

Abkürzungen

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADB	Allgemeine Deutsche Biographie
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADHGB-E I	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Entwurf Erster Lesung
ADHGB-E II	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Entwurf Zweiter Lesung
Adler/Clemens	Sammlung von Entscheidungen zum [Allgemeinen] Handelsgesetzbuche, hrsg. von Leopold Adler und Robert Clemens, fortgesetzt von Josef Friedländer
ADWO	Allgemeine Deutsche Wechselordnung
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AmtlS.	Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
AVG	Allgemeines Vermögensrechtliches Gesetzbuch von 1888 (Montenegro)
BadLR	Badisches Landrecht
BayE	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern – Bayerischer Entwurf von 1861/64
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BOHG	Bundesoberhandelsgericht
BOHGE	Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichts
BOHGG	Gesetz, betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BRGÖ	Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Cc	Code civil
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – UN-Kaufrecht
Cod.	Codex Iustinianus
DBA	Deutsche Bundesakte
DCFR	Draft Common Frame of Reference

Decr. Grat.	Decretum Gratiani
Dig.	Digesta Iustiniani
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DresdE	Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse
Dz.U.	Dziennik Ustaw – Gesetzblatt der Republik Polen
E I	Erster Entwurf
E II	Zweiter Entwurf
GA	Gesetzartikel
Glaser/Unger	Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes, begründet von Julius Glaser und Josef Unger
GZ	Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung
HG	Handelsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HStAD	Hauptstaatsarchiv Dresden
Ius Commune	Ius Commune – Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte bzw. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
JBl	Juristische Blätter
JZ	Juristen-Zeitung
KH	Kodeks handlowy – Handelsgesetzbuch (Polen)
Kt	Kereskedelmi törvény – Handelsgesetz (Ungarn)
Kzob	Kodeks zobowiązań – Gesetzbuch der Schuldverhältnisse (Polen)
Lib. Extra	Liber Extra
Lib. Sext.	Liber Sextus
MNL BML	Magyar Nemzeti Levéltár, Baranya Megyei Levéltár – Ungarisches Nationalarchiv, Komitatsarchiv Baranya
Mtj	Magánjogi törvényjavaslat – (Fünfter) Entwurf eines Privatrechtsgesetzbuchs von 1928 (Ungarn)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OAG	Oberappellationsgericht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht

OR-E ÖStA, AVA	Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechts von 1871 Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv (Wien)
PECL PrE	Principles of European Contract Law Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten – Preußischer Entwurf von 1857
Prot. Prot. ADHGB	Protokoll(e) Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, hrsg. von Johann Lutz, Nürn- berg u.a. 1857–1861 = Eingeleitet und neu hrsg. von Werner Schubert, Frankfurt a.M. 1984
Prot. ADOR	Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes, Dresden 1863–1866 = Eingelei- tet und neu hrsg. von Werner Schubert, Frankfurt a.M. 1984
Prot. ADWO	Protocolle der zur Berathung einer Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung in der Zeit vom 20. October bis zum 9. Dezember 1847 in Leipzig abgehaltenen Conferenz, Leipzig 1848 = Nachdruck, Frankfurt a.M. 1970
Prot. DBV	Protokolle der Deutschen Bundesversammlung
RabelsZ	(Rabels) Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA	Reichsjustizamt
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RT-Drs.	Reichstagsdrucksache
RZ	Österreichische Richterzeitung
SächsBGB SächsBGB-E	Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen Entwurf eines Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen
SLUB Dresden	Sächsische Landesbibliothek – Staats- und Universitätsbibliothek Dresden
StGBL. SZ	Staatsgesetzblatt Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen (1919–1938), Bd./Nr.
SZN	Sbornik zakonah i naredabah valjanih za kraljevinu Hrvatsku i Slavoniju
TE-OR Tz BiH	Teilentwurf Obligationenrecht Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu – Handelsgesetz für Bosnien und die Herzegowina
UNIDROIT PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

Vážný	Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech občanských – Entscheidungen des Obersten Gerichts der Tschechoslowakischen Republik in Zivilsachen, hrsg. von František Vážný
VerbrGKRL	Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie
WSA	Wiener Schlussakte
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBl	Österreichisches Zentralblatt für die Juristische Praxis
ZCP	Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB-DDR	Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
ZHR	Zeitschrift für das gesam(m)te Handelsrecht 1 (1858) – 59 (1907); Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 60 (1907) – 123 (1960); Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 124 (1962) ff.
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZOR	Zeitschrift für Osteuropäisches Recht
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG KA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
Zürcher PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich

Einführung

Stephan Wagner

Das *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB) von 1861 wird von beinahe allen Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes jeweils als Landesrecht eingeführt. Dies gilt insbesondere für die gesamte preußische Monarchie einschließlich der nicht zum Deutschen Bund gehörenden Provinzen Posen und Preußen (West- und Ostpreußen) sowie für das Kaisertum Österreich, dessen Einführungsgesetz dabei den Geltungsbereich des ADHGB – mit Ausnahme des Fünften Buchs »Vom Seehandel« – als »Allgemeines Handelsgesetzbuch« (AHGB) ebenfalls nicht nur auf die zum Deutschen Bund gehörenden Gebiete erstreckt, sondern darüber hinaus auch auf Venetien, Dalmatien, Galizien und die Bukowina. Des Weiteren steht das ADHGB nach dem Österreichisch-Ungarischen Ausgleich von 1867 Pate für das ungarische Handelsgesetz (Kereskedelmi törvény – Kt) von 1875, das seinerseits das Handelsgesetz für Bosnien und die Herzegowina (Trgovački zakon za Bosnu i Hercegovinu – Tz BiH) von 1883 prägt.

Dadurch entsteht auf friedliche Art und Weise ein gemeinsamer Rechtsraum in ganz Mitteleuropa von Aachen bis Lemberg, von Lübeck bis Split. Formal gesehen löst sich dieser Rechtsraum Anfang des 20. Jahrhunderts wieder auf, als etwa in Deutschland zum 1. Januar 1900 (zusammen mit dem BGB) das HGB von 1897 in Kraft tritt und vor allen Dingen als Österreich-Ungarn nach dem Ersten Weltkrieg auseinanderbricht. In den Nachfolgestaaten der Doppelmonarchie werden das AHGB und das ungarische Handelsgesetz aber zumeist in ihrem alten Geltungsgebiet weiter angewendet, bis sie durch neue Kodifikationen in der Zwischenkriegszeit abgelöst werden,¹ mitunter aber auch erst nach dem Zweiten Weltkrieg.

Im März 2016 standen daher auf einer ersten, von der DFG geförderten Tagung in Bezug auf die betroffenen Staaten jeweils folgende Fragen im Mittelpunkt – mit Blick auf »Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa«:² Wie wird der Anwendungsbereich des Handelsrechts

¹ MARTIN LÖHNIG/STEPHAN WAGNER (Hrsg.), »Nichtgeborene Kinder des Liberalismus«? – Zivilgesetzgebung in Mitteleuropa der Zwischenkriegszeit, Tübingen 2018.

² MARTIN LÖHNIG/STEPHAN WAGNER (Hrsg.), Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa, Tübingen 2018 (Mitteleuropäisches Zivilrecht – Studien und Beiträge zum ADHGB, Bd. 1). Besprochen von JOHANNES W. FLUME, in: ZRG GA 137 (2020), 528–531; MARTIN OTTO, in: ZNR 42 (2020), 165–170; JOHANNES LIEBRECHT, in: *RabelsZ* 85 (2021), 728–732.

gefasst? Gilt es bei einseitigen Handelsgeschäften auch für Nichtkaufleute? Wie gestaltet sich dabei das Verhältnis des Handelsrechts zum allgemeinen Zivilrecht? Hat das Handelsrecht bei Zersplitterung des Zivilrechts eine Klammerfunktion? Werden für Handelsgeschäfte geltende Regelungen in das allgemeine Zivilrecht übernommen? Besteht eine einheitliche Handelsgerichtsbarkeit? Gibt es Höchstgerichte, deren Entscheidungen über ihre Jurisdiktion hinaus auch in anderen Ländern aufgegriffen werden? Welche persönlichen Kontakte und Netzwerke bestehen einerseits zwischen Wissenschaft und Praxis sowie andererseits über Landesgrenzen hinweg? Welche Bedeutung hat das Kollisionsrecht und liegen, bei Möglichkeit einer Rechtswahl, insoweit rechtstatsächliche Erkenntnisse vor (insbesondere in der Tschechoslowakei, Polen, Jugoslawien und Rumänien)?

Wie sich gezeigt hat, bestand mit Blick auf diese Grundsatzfragen große Übereinstimmung weit über das Jahr 1918 hinaus bis zum Zweiten Weltkrieg und der anschließenden Errichtung des Eisernen Vorhangs.³ Aufbauend auf diesen Erkenntnissen soll nun ein erstes prominentes Rechtsgebiet als Referenzrahmen näher untersucht werden: Das Leistungsstörungenrecht (Art. 354–359 ADHGB bzw. §§ 352–358 Kt), das am Ende des Kaufrechts (Art. 337–359 ADHGB bzw. §§ 336–358 Kt) geregelt ist.⁴

Nach Art. 277 ADHGB bzw. § 264 Kt finden die Vorschriften für Handelsgeschäfte (Art. 271 ff. ADHGB bzw. §§ 258 ff. Kt) auch dann Anwendung, wenn das betreffende Geschäft nur für einen der beiden Vertragspartner ein Handelsgeschäft darstellt. Grundsätzlich erfasst das ADHGB somit eine Vielzahl der Fälle und tritt an die Stelle des jeweils einschlägigen Schuldrechts, das nur noch bei Geschäften unter Nichtkaufleuten zum Zuge kommt. Wie sich dies rechtstatsächlich auf Theorie und Praxis in Mitteleuropa ausgewirkt hat, soll nun anhand des Leistungsstörungenrechts untersucht werden. Hierzu sollen sowohl die konkrete Anwendung durch die Rechtsprechung analysiert werden, als auch die dogmatische Aufarbeitung durch die Wissenschaft sowie die Auswirkungen auf die nachfolgende Gesetzgebung. Das Leistungsstörungenrecht der Art. 354 ff. ADHGB bzw. §§ 352 ff. Kt umfasst dabei folgende Regelungen:

- Verzug des Käufers (Art. 354 ADHGB bzw. § 352 Kt);
- Verzug des Verkäufers (Art. 355 ADHGB bzw. § 353 Kt);
- Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung (Art. 356 ADHGB bzw. § 354 Kt);
- Fixhandelskauf (Art. 357 ADHGB bzw. §§ 355 f. Kt);
- Protest (Art. 358 ADHGB bzw. § 357 Kt);
- Teilbarkeit der Leistung (Art. 359 ADHGB bzw. § 358 Kt).⁵

³ MARTIN LÖHNIG, *Ausblick: Was tun?*, in: *Obligationenrecht in Mitteleuropa* (o. Fn. 2), S. 353–359.

⁴ STEPHAN WAGNER, *Synopse*, in: *Obligationenrecht in Mitteleuropa* (o. Fn. 2), S. 362–429, 410 ff., 424 ff.

⁵ Zu den anderen, noch zu untersuchenden Regelungskomplexen des Kaufrechts in Art. 337 ff. ADHGB bzw. §§ 336 ff. Kt vgl. STEPHAN WAGNER, *Mitteleuropäisches Zivilrecht – Studien und Beiträge zum ADHGB*, in: *BRGÖ 10* (2020), 295–300, 298.

Die vorgenannten Normen sollen insbesondere unter folgenden Gesichtspunkten untersucht werden:

1. Wie hat die *Rechtsprechung* die Norm angewendet? Welche Quellen (Entscheidungssammlungen, Fachzeitschriften u.ä.) stehen für die Beantwortung dieser Frage zur Verfügung? Welche Probleme oder Streitfragen sind bei der Anwendung der Normen durch die Gerichte aufgetreten? Wie und unter Rückgriff auf welche Referenzen wurden diese gelöst? Welchen Netzwerken gehören die Beteiligten an?
2. Wie ist der Stand der *wissenschaftlichen Literatur* zu den Normen? Welche Kommentare oder Lehrbücher existieren? In welchen Zeitschriften wird publiziert? Wer publiziert (Praktiker, Akademiker)? Welche Probleme und Streitfragen werden erörtert? Unter Rückgriff auf welche Referenzen werden welche Lösungen vorgeschlagen? Welchen Netzwerken gehören die Beteiligten an?
3. Welche *Wechselwirkungen mit anderen Rechtsmassen* entstehen bei der Anwendung der Normen? Wie ist das Verhältnis zum jeweils geltenden bürgerlichen Recht? In welchem Anwendungsbereich verdrängen die Normen des ADHGB das geltende bürgerliche Recht (vgl. Art. 277 ADHGB bzw. § 264 Kt)? Beeinflussen sich ADHGB und bürgerliches Recht gegenseitig? Finden sich Ergebnisse aus Rechtsprechung und Lehre zum Leistungsstörungenrecht des ADHGB in neuen Gesetzen oder Gesetzgebungsentwürfen wieder oder beeinflussen diese umgekehrt Rechtsprechung und Lehre zum ADHGB?
4. Auf welche Weise übt die *jeweilige nationale Rechtskultur* Einfluss auf die Arbeit mit den Normen aus? Welche Rolle spielt die jeweilige juristische Arbeitsmethode bei der Anwendung der Normen? Welche Rolle spielen Handelsbräuche oder örtliche Usancen bei der Auslegung der Normen oder der Lösung von Fällen? Welche Rolle spielen hierbei Generalklauseln (Treu und Glauben, Gute Sitten usw.)? Welche Rolle spielt Gewohnheitsrecht? Werden Lösungen *praeter* oder *contra legem* entwickelt?

Welche Bedeutung bereits Zeitgenossen diesen Normen beigemessen haben, zeigt sich etwa daran, dass Ernst Rabel gerade durch sie zu seinem grundlegenden Werk »Das Recht des Warenkaufs« (1936) inspiriert wird⁶ und sie daher

⁶ ERNST RABEL, Das Recht des Warenkaufs – Eine rechtsvergleichende Darstellung, 1. Bd., unter Mitwirkung der früheren und jetzigen wissenschaftlichen Mitarbeiter des Instituts, Berlin und Leipzig 1936 (Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Sonderheft des neunten Jahrgangs), S. 27 (§ 3): »Insbesondere ist der kaufrechtliche Abschnitt des allg. [deutschen] HGB. ein beherzigenswertes Vorbild für die Erfassung unserer Aufgabe, da dieses Gesetzbuch nicht wie die anglo-amerikanischen und skandinavischen Kaufgesetze mit einer weitreichenden Verwandtschaft des privatrechtlichen Unterbaues in den Anwendungsländern rechnen durfte, sondern mitten in ein unendlich mannigfaltiges Wirrsal von Partikularrechten gepflanzt werden mußte. Aus dem allg. [deutschen] HGB. stammt daher auch die wichtigste Anregung zu der Auswahl der Gegenstände dieses Berichts.«

gleichrangig mit denen des deutschen BGB oder des französischen Code civil behandelt.⁷

Ziel ist es, das mitteleuropäische Erbe des ADHGB mit Blick auf das Leistungsstörungenrecht zu würdigen sowie Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der darauffolgenden Entwicklung herauszuarbeiten.

⁷ RABEL, *Recht des Warenkaufs*, 1. Bd. (o. Fn. 6), S. 139–145, 141 ff. (§ 20). Dabei fällt freilich auf, dass hier nur Entscheidungen des *Reichsoberhandelsgerichts* zitiert werden, aber keine einzige des 1877/79 eingerichteten *Reichsgerichts*. Dies dürfte letztlich darauf zurückzuführen sein, dass offenbar nur ältere Auflagen der ADHGB-Kommentare von Friedrich v. Hahn und Ernst Sigismund Puchelt verwendet wurden, vgl. RABEL, a.a.O., S. 143 Anm. 1 i.V.m. S. XXVII und S. XXX. Die Rechtsprechung des *Reichsgerichts* hätte sich durch den weit verbreiteten Kommentar von Hermann Staub leicht erschließen lassen. Dieser wurde aber nur in der 14. Aufl. (1932/33) zum HGB von 1897 herangezogen bzw. in der von Oskar Pisko besorgten Ausgabe für Österreich, vgl. a.a.O., S. XXXI. – Zur deutschen Kommentierung des ADHGB vgl. STEPHAN WAGNER, *Deutscher Bund, Norddeutscher Bund und Deutsches Reich*, in: *Obligationenrecht in Mitteleuropa* (o. Fn. 2), S. 79–103, 89 f. m.w.N.

Das allgemeine Rücktrittsrecht der Art. 354–359 ADHGB und sein Einfluss auf die Rechtsentwicklung in Deutschland

Christian Hattenhauer

I. Einleitung

Dass der Gläubiger bei Leistungsstörungen des Schuldners vom Vertrag zurücktreten kann, ist keine Selbstverständlichkeit. Der Grundsatz des *pacta sunt servanda* steht dem Interesse des Gläubigers entgegen, sich bei Vertragsverletzung vom vertraglichen Pflichtenprogramm lösen zu können, um seine wirtschaftliche Dispositionsfreiheit zurückzuerlangen.¹ Diesem Zweck diene der »Rücktritt« bis zu den Gesetzgebungsarbeiten am deutschen BGB von 1896/1900. Erst das BGB verbindet mit »Rücktritt« neben der Vertragsaufhebung außerdem eine eigene Art der Rückabwicklung neben dem Schadensersatz.

Im allgemeinen Zivilrecht verhinderte der Einfluss des römischen Rechts bis zum Ende des 19. Jahrhunderts die flächendeckende Anerkennung eines allgemeinen Rücktrittsrechts wegen Nichterfüllung in Deutschland.² Erst das ADHGB von 1861 brachte für das Handelsrecht die Wende und regelte in den Art. 354 ff. für alle Staaten des Deutschen Bundes den Rücktritt bei Verzug und Fixhandelskauf. Vor allem die Anerkennung des Rücktritts bei Verzug in den Art. 354–356 ADHGB beeinflusste die Rechtsentwicklung nachhaltig. Es kam nicht nur zur Übernahme und Ausdehnung dieses Rücktrittsrechts im allgemeinen Zivilrecht, sondern es wurde auch die Grundlage gelegt, um zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Position des Rücktrittsberechtigten als subjektives Recht zu deuten. Vor allem anhand dieses Prototyps entstand die Kategorie des Gestaltungsrechts.

¹ Die Darstellung folgt in weiten Teilen den Ergebnissen von CHRISTIAN HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung – Geschichte und Dogmatik*, Tübingen 2011, S. 100 ff. und DERS., in: Joachim Rückert/Mathias Schmoeckel/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II/2 (2007), §§ 323–325 (im Folgenden HKK/BEARBEITER).

² Dazu näher HKK/HATTENHAUER, Bd. II/2 (2007), §§ 323–325, Rn. 30 ff.

II. Der dogmenhistorische Hintergrund der Art. 354–359 ADHGB

1. Das Rücktrittsverbot des römischen Rechts und die Entstehung eines allgemeinen Rücktrittsrechts in der Kanonistik und im Vernunftrecht

Ein allgemeines Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung war dem römischen Recht fremd.³ Es galt die Regel Ulpian's (um 170–223) in Dig. 2, 14, 1 pr.: »[Q]uid enim tam congruum fidei humanae quam ea quae inter eos placuerunt servare.«⁴ Die römische *fides* gebot die Bindung an den perfekten Vertrag.⁵ An dieser restriktiven Haltung änderte sich im römisch-gemeinen Recht bis ins 19. Jahrhundert kaum etwas. Für die Ausbildung des allgemeinen Rücktrittsrechts und Rücktrittsfolgenrechts im BGB von großer Bedeutung waren dagegen die besonderen Rücktrittsrechte des römischen Rechts – die Wandelung über die *actio redhibitoria*⁶ und der vertragliche Rücktrittsvorbehalt der *lex commissoria*, bei der sich der Verkäufer vom Vertrag lösen konnte, wenn der Käufer nicht zahlte.⁷

Während die *fides humana* für die restriktive Haltung der römisch-gemeinen Tradition stand, kam das kanonische Recht des 13. Jahrhunderts gerade unter Berufung auf die *fides* zu dem allgemeinen Gedanken, dass ein Vertragspartner wegen Nichterfüllung vom Vertrag zurücktreten kann.⁸ Auf der einen Seite gelangte die Kanonistik anders als die Legistik zur allgemeinen Regel *pacta sunt servanda*,⁹ auf der anderen Seite galt der Grundsatz *frangenti fidem fides*

³ Dazu näher REINHARD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kapstadt 1990, S. 576 ff.; 542 ff.

⁴ »Was nämlich entspricht mehr der menschlichen Treue, als das zu halten, was man untereinander vereinbart hat?«

⁵ FRITZ SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1934 (Nachdruck 1954), S. 153 m.w.N.

⁶ Dig. 21, 1, 1, 1; Dig. 21, 1, 19, 6; Dig. 21, 1, 38 pr.; MAX KASER, *Das römische Privatrecht*. 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl., München 1971, S. 559 f.; WOLFGANG KUNKEL, HEINRICH HONSELL, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 317 f. Zur Rolle der *actio redhibitoria* für das Rücktrittsrecht im BGB vgl. HKK/THIER, Bd. II/2 (2007), §§ 346–359, Rn. 13–15.

⁷ Dig. 18, 3, 2; Dig. 41, 4, 2, 3.

⁸ Grundlegend GEORGES BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'Article 1184 C.Civ.)*, Paris 1924, S. 212 ff.; ferner HKK/THIER, Bd. II/2 (2007), §§ 346–359, Rn. 18; KARL OTTO SCHERNER, *Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung*, Wiesbaden 1965, S. 9 ff., 39 ff.; ferner HELMUT COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I: *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, S. 443 f. (dort Fußnoten verschoben) und DERS., *Europäisches Privatrecht*, Bd. II: *19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, München 1989, S. 467 f.; WERNER OGRIS, Art. »Rücktrittsrecht«, in: HRG, 1. Aufl., Bd. IV, Berlin 1990, Sp. 1188 ff.; REINHARD ZIMMERMANN, »Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter«, in: AcP 193 (1993), 121 ff., 160 f.; BRUNO SCHMIDLIN, *Der Rücktritt vom Vertrag. Von der Nichtigkeit ex tunc zum vertraglichen Liquidationsverhältnis – ein dogmengeschichtlicher Wandel, Iurisprudentia universalis*, Festschrift für Theo Mayer-Maly, Köln u.a. 2002, S. 677 ff.

⁹ Lib. Extra 1, 35, 1 (1234): »Pacta nuda quantumcunque servanda sunt.« Dazu PETER LANDAU, *Pacta sunt servanda – Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie*, in: »Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert«, Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, Köln u.a. 2003, S. 457 ff.

non est servanda (dem Treuebrüchigen ist Treue nicht zu halten).¹⁰ Diese Regel war Grundlage einer umfassenden, mit einer Bedingungskonstruktion begründeten Rücktrittslehre: Die einseitige Lösungsmöglichkeit vom Vertrag beruhte auf einer *condicio subintellecta* »si fides servetur« – einer stillschweigenden, in den Vertrag hineingelesenen (aufschiebenden) Bedingung jedes Leistungsaustausches, nur dann zu leisten, wenn der andere seinem Versprechen treu bleibt.¹¹ Im Eherecht und in lehnsrechtlichen Treueverhältnissen blieb die Auflösung der Bindung bei Treuebruch dem Richter vorbehalten.¹² Die Legistik blieb bei ihrer Zurückhaltung. In der traditionellen Unterscheidung der Nominat- und Innominatkontrakte befangen, war man mühsam erst gegen Ende des 15. Jahrhunderts zur Rechtswirksamkeit aller Verträge gekommen.¹³ Möglicherweise ließ sich die neue Errungenschaft der Bindung an jeden Vertrag durch einfache Erklärungen nur schwer damit vereinbaren, auch die Lösung vom Vertrag durch ebenso einfache Erklärung anzuerkennen.¹⁴

Im Anschluss an die kanonistische Lehre entwickelte das Vernunftrecht des 17. und 18. Jahrhunderts ein allgemeines Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung.¹⁵ Wie auch bei seiner Versprechenslehre lehnte sich Hugo Grotius (1583–1645) an das kanonische Recht an und griff auf den Gedanken der *condicio* zurück: Die einzelnen Vertragsbestimmungen seien als durch eine Bedingung miteinander verbunden anzusehen. Die eine Partei müsse nur leisten, wenn auch die andere zuvor geleistet habe: »quasi expressum esset, haec ita faciam, si et alter faciat,

¹⁰ Gedanke erstmals (nicht vor AD 1187) zum kanonischen Eherecht formuliert bei HUGUCCIO, *Summa Decretorum*, Glossen zu »et in matrimonium« und »nec est fides ei servanda« in *Decr. Grat. C. 28 q. 2 c. 2*: »et in matrimonium ei fidem coniugalem vel quia causa est quare solvatur *Nec est fidem ei servanda*. argumento quod fides non est servanda ei qui frangit fidem argumento di xcv Esto et xxii q. v. de forma [= *Decr. Grat. D. 95 c. 7* und *C. 22 q. 5 c. 18*].« Frau Wissenschaftlicher Mitarbeiterin Anna Lintz (Münster) danke ich für die Überlassung des die verschiedenen Handschriften berücksichtigenden Textes, den sie für das Promotionsprojekt über die Entstehung und Verwendung des Rechtssatzes »fides non est servanda ei qui frangit fidem« erstellt hat. Näher BOYER, *Résolution des contrats* (Fn. 8), S. 219 ff., 223 ff. Die Regel enthält ferner der Liber Sextus in Lib. Sext. 5, 12, 75 (Bonifatius VIII.): »Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat.« Dazu FRIEDRICH MERZBACHER, Die Regel »Fidem frangenti fides frangitur« und ihre Anwendung, in: ZRG KA 68 (1982), 339–362, 347 ff.

¹¹ Ausführlich BOYER, *Résolution des contrats* (Fn. 8), S. 255 f., 219 ff., 240 ff.; SCHERNER, Rücktrittsrecht (o. Fn. 8), S. 10; ZIMMERMANN, AcP 193 (1993), 121, 161 m.w.N.

¹² HUGUCCIO (o. Fn. 10), Glosse zu *Can. Si infidelis* in *Decr. Grat. C. 28 q. 2 c. 2*, zit. nach BOYER, *Résolution des contrats* (Fn. 8), S. 238 Fn. 12 ter (Pariser Handschrift): *Can. Si infidelis*: »Numquid vir potest eam expellere sua auctoritate: Cum nemo sibi ius dicere credo quod non debeat facere sine iudicio ecclesiae.« Nach FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE/FRANÇOIS CHÉNÉDÉ, *Droit Civil, Les Obligations*, 12. Aufl., Paris 2019, Nr. 644 galt das Prinzip richterlicher Vertragsaufhebung allgemein.

¹³ Übersicht bei COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I (Fn. 8), S. 399 ff.

¹⁴ So die Vermutung von HANS G. LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag – Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnis bei Leistungsstörungen*, Tübingen 1975, S. 4.

¹⁵ Eingehend SCHERNER, Rücktrittsrecht (o. Fn. 8), S. 92 ff.; vgl. ferner ZIMMERMANN, AcP 193 (1993), 121, 161 ff.

quae promisit. «¹⁶ Diese Lehre übernahmen Samuel Pufendorf (1632–1694)¹⁷ und Christian Wolff (1679–1754).¹⁸ Die Vernunftrechtler stützten sich auf den hypothetischen Parteiwillen und unterstellten eine stillschweigende Bedingung (*condicio tacita*),¹⁹ die Grotius wohl noch als aufschiebend, die späteren zumeist als auflösend verstanden.²⁰

Der Vertrag löst sich nach diesem Modell nicht schon mit dem Vertragsbruch auf. Vielmehr kann sich der vertragstreue Teil auf die Auflösung des Vertrages berufen, aber auch weiterhin Erfüllung verlangen. Christian Wolff sprach bereits von einem *jus recedendi* – einem »Rücktrittsrecht«, erfasste mit *recedere* allerdings auch das unberechtigte Abgehen vom Vertrag durch den Gegner.²¹ Die *condicio tacita* war ein gemeineuropäisches Argumentationsmuster; auch jenseits des Kanals bediente man sich am Ende des 18. Jahrhunderts der *implied condition*.²² Für ein Verschuldenselement ist in diesem Modell der Vertragsauslegung kein Platz.

¹⁶ »Als sei ausgedrückt, das werde ich so tun, wenn auch der andere tut, was er versprochen hat«, HUGO GROTIUS, *De iure belli ac pacis* (1625), Leiden 1919, 3, 19, 14: »Et huc referendus casus, si prior alter non implevit, quod ex sua parte implere tenebatur. Nam unius eiusdem contractus capita singularia alia aliis inesse videntur per modum conditionis, quasi expressum esset, haec ita faciam, si et alter faciat, quae promisit.«

¹⁷ SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Frankfurt/Leipzig 1744, 5, 11, 9: »Inde praestationes vtrinque sibi inuicem insunt per modum conditionis, quasi dictum foret, praestabo, si tu praestiteris prius.«

¹⁸ CHRISTIAN WOLFF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, pars III, Halle 1743, § 827: »Si pacta mutuas praestationes continent, & unus paciscentium praestare nolit, quod debet; nec alter ad id praestandum tenetur, quod ipse debet, consequenter a pacto recedere licet, si alter recedit. Etenim si pactum praestationes mutuas continet, quod tu praestare debes, ad id praestandum te obligasti sub hac conditione, si & alter praestet, ad quod praestandum se obligavit. Quamobrem cum deficiente conditione promissio, adeoque etiam pactum, pro non facto habeatur, consequenter tu non ex eo obligeris; si alter paciscentium praestare nolit, ad quod tibi praestandum sese obligavit, nec tu id praestare teneris, ad quod ipsi praestandum te obligasti. Quod erat unum.

Enimvero qui non praestat, ad quod praestandum se alteri obligavit, is a pacto recedit. Quamobrem cum tu praestare non teneris, ad quod praestandum te alteri obligasti, si alter tibi non praestet, ad quod praestandum se tibi obligavit per demonstr. n. 1 a pacto tibi recedere licet, si alter recedit. Quod erat alterum.«

¹⁹ ZIMMERMANN, *AcP* 193 (1993), 121, 162.

²⁰ SCHERNER, *Rücktrittsrecht* (o. Fn. 8), S. 94 und 98 ff.

²¹ WOLFF, *Jus naturae* (o. Fn. 18), pars III, § 827: »Probe notandum est, non demonstrari, te obligatum esse, ut a pacto recedas, si alter recedat; sed saltem hoc tibi licere, consequenter jus ab eodem recedendi tibi competere. Salvum igitur non obstante hoc jure manet jus tuum alterum compellendi ad satisfaciendum obligationi suae, siquidem adhuc res integra est, ut quod praestitum non est praestari possit, quia is seipsum ab obligatione sua, qua tibi tenebatur ad quid praestandum, liberare haud quaquam potuit. In tuo arbitrio positum est, utrum a pacto recedere velis, an ad praestationem cogere eundem malis.« Ebenso PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, 5, 11, 9, dazu SCHERNER, *Rücktrittsrecht* (o. Fn. 8), S. 99, bei Fn. 31.

²² ZIMMERMANN, *AcP* 193 (1993), 121, passim, insbes. die Zusammenfassung 166 ff.

2. Die Ausbildung eines gewohnheitsrechtlichen Rücktrittsrechts wegen Nichterfüllung in Frankreich und dessen Kodifikation in Art. 1184 Cc (1804)

Die französische Entwicklung nahm einen Sonderweg. In Abkehr von der bisherigen engen Interpretation entnahm der französische Humanist Charles Dumoulin (Carolus Molinaeus, 1500–1566) in seinen Tübinger öffentlichen Vorträgen (50er Jahre des 16. Jahrhunderts) den einzelnen besonderen Rücktrittsrechten des Corpus Iuris Civilis ein allgemeines Prinzip: »stat ergo quod defectu causae finalis, locus est rescissionis etiam in contractibus nominatis, & specialiter in venditione«. ²³ Die Praxis weitete das Rücktrittsrecht beim Kauf aus. ²⁴ Unter Rückgriff auf den Gedanken der Bedingung stellte man auf den hypothetischen Parteiwillen ab. Die vernunftrechtliche Lehre fand damit in Frankreich vorbereiteten Boden. Jean Domat (1625–1696) ²⁵ und Robert-Joseph Pothier (1699–1772) ²⁶ begründeten die Theorie eines allgemeinen Rücktrittsrechts allerdings nicht ausdrücklich unter Rückgriff auf eine stillschweigende Bedingung, ²⁷ sondern mit dem vertraglichen Synallagma und betonten, die Vertragsauflösung sei auch ohne ausdrückliche Auflösungsklausel möglich. Von einer *condition tacite* sprach dagegen François Bourjon (1665/85–1751). ²⁸ In der kanonistisch-vernunftrechtlichen Tradition der *condicio tacita* war ein Verschulden des Schuldners für die Vertragsauflösung nicht erforderlich. Die Vertragsauflösung war dem Richter vorbehalten. ²⁹ Der Schuldner kam nur durch gerichtliche Mahnung in Verzug, der Richter gewährte dem Schuldner noch eine Frist zur Leistung. ³⁰ Dieses in Frankreich gewohnheitsrechtlich anerkannte all-

²³ »Es steht also fest, dass, bei Fehlen der *causa finalis*, Platz ist für die Vertragsauflösung auch bei den Nominatverträgen und besonders beim Verkauf«, CAROLUS MOLINAEUS, *Explicatio nova rubricae, legis I. & II. ff. de verborum obligationibus* [Dig. 45,1], rubrica de verborum obligationibus, Nr. 62 (Sp. 16), in: *Opera omnia*, Tom. II, Paris 1624 (zuerst erschienen Lyon 1562); die öffentlichen Tübinger Vorträge begannen 1554, vgl. AUGUST RITTER v. EISENHART, »Molinaeus, Carolus« in: ADB 22 (1885), S. 96–105.

²⁴ BOYER, *Résolution des contrats* (o. Fn. 8), S. 350.

²⁵ JEAN DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1, 1, 6, 11, in: *Œuvres complètes*, Bd. 1, Paris 1835, S. 154 (Hervorhebungen im Original): »L'inexécution des conventions de la part de l'un des contractans, peut donner lieu à la résolution, soit qu'il ne puisse ou qu'il ne veuille exécuter son engagement, encore qu'il, *encore qu'il n'y ait pas de clause résolutoire*, comme si le vendeur ne délivre pas la chose vendue; et dans ces cas la convention est résolue, ou d'abord, s'il y a lieu, ou après un délai, arbitraire et avec les dommages et intérêts que l'inexécution peut avoir causés.«

²⁶ ROBERT JOSEPH POTHIER, *Traité des obligations*, in: *Œuvres de Pothier*, Bd. 2, Paris 1848, Nr. 672, S. 368 f. (Hervorhebungen im Original): »Quand même *on n'aurait pas exprimé* dans la convention l'inexécution de votre engagement comme *condition résolutoire* de celui que j'ai contracté envers vous; néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation. Mais il faut que je fasse prononcer le résiliement par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet.«

²⁷ ZIMMERMANN, AcP 193 (1993), 121, 162.

²⁸ FRANÇOIS BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, Bd. 1, Paris 1747, 4, 9, 1, 423: »Cette résolution [...] est fondée sur ce que c'est une condition tacite du contrat, qu'il ne subsistera qu'autant que les deux contractans exécuteront réciproquement leur engagement.«

²⁹ POTHIER, *Obligations* (o. Fn. 26).

³⁰ POTHIER, *Obligations* (o. Fn. 26), Nr. 144, S. 67; Nr. 146, S. 69.

gemeine Rücktrittsrecht wurde 1804 im Code civil des Français für das allgemeine Zivilrecht kodifiziert:

Art. 1184 Cc (1804) « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

Bis zum Inkrafttreten des BGB zum 1. Januar 1900 galt die Vorschrift auch im linksrheinischen Deutschland im französischen Original, im Großherzogtum Baden als »Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Land-Recht für das Großherzogthum Baden« seit 1810 in deutscher Fassung:

Sz. 1184 BadLR »In doppelseitigen Verträgen ist es für den Fall, da einer von beeden Theilen seinem Versprechen kein Genüge leistet, allemal stillschweigende Bedingung, daß der Vertrag aufgelöst seyn soll.

Der Vertrag wird jedoch nicht kraft Gesetzes aufgelöst, sondern der Theil, welchem das nichterfüllte Versprechen geschah, hat die Wahl, entweder den Andern zum Vollzug des Vertrags, wenn dieser noch möglich ist, zu zwingen, oder dessen Aufhebung nebst der Entschädigung zu fordern.

Diese Forderung muß gerichtlich geschehen, und dem Beklagten kann nach Umständen ein Aufschub zum Vollzug gestattet werden.«

Die Rolle des Richters folgte aus der Funktion der *condicio tacita*, über die der Konsens nach dem vernünftigen Parteiwillen durch Vertragsauslegung ergänzt wurde.³¹ Diese Auslegung ist typischerweise dem Richter als neutraler Instanz vorbehalten.³² Die Gewährung einer letzten Leistungsfrist gab dem Schuldner die Möglichkeit, den Verzug zu »bereinigen« (*purger la demeure*).³³ Damit folgte der Code civil der gemeinrechtlichen Lehre von der *purgatio morae* (Dig. 45, 1, 73, 2; Dig. 45, 1, 91, 3), nach der der Schuldner zur »Reinigung« von der »widerrechtlichen, culposen Gesinnung des Morosen« die Gelegenheit zur Nachholung des Geschuldeten und zur Beendigung des Verzugs erhielt.³⁴

³¹ ZIMMERMANN, AcP 193 (1993), 123, 160 ff.

³² HKK/HATTENHAUER, Bd. II/2 (2007), §§ 323–325, Rn. 28 m.w.N. zu anderen Erklärungsversuchen.

³³ Siehe [CHARLES BONAVENTURE] M[ARIE]. TOULLIER, Le droit civil Français suivant l'ordre du Code, Bd. 3, neue Ausgabe, Brüssel 1837, Nr. 581, S. 431.

³⁴ So CARL OTTO v. MADAI, Die Lehre von der Mora, Halle 1837, §§ 65 ff., S. 474 ff., Zitat S. 474 f.; vgl. ferner GEORG FRIEDRICH PUCHTA, Pandekten, 11. Aufl., Leipzig 1872, § 270, S. 417. Dazu ferner HKK/LOHSSE, Bd. II/1 (2007), §§ 286–292, Rn. 4, 16, 26.