GERHARD KEGEL

Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln?

Mohr Siebeck

VERHANDLUNGEN DES 40. DEUTSCHEN JURISTENTAGES
BÜRGERLICH-RECHTLICHE ABTEILUNG

GERHARD KEGEL

EMPFIEHLT ES SICH, DEN EINFLUSS GRUNDLEGENDER VERÄNDERUNGEN DES WIRTSCHAFTSLEBENS AUF VERTRÄGE GESETZLICH ZU REGELN?

1953

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

Sonderdruck aus:

VERHANDLUNGEN DES 40. DEUTSCHEN JURISTENTAGES

BAND I: GUTACHTEN

eISBN 978-3-16-169178-2 unveränderte ebook-Ausgbe 2025

Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht)

GUTACHTEN
für den 40. Deutschen Juristentag

erstattet von
Dr. GERHARD KEGEL
Professor an der Universität Köln

HANS DÖLLE

zum 60. Geburtstag mit allen guten Wünschen

INHALT

Vorwort 138

I. Geschichte 139

1. Clausula rebus sic stantibus 139
2. Voraussetzung 143
3. Wirtschaftliche Unmöglichkeit 150
4. Geschäftsgrundlage 153
   a) Oertmann 153
   b) Reichsgericht 157

II. Ausland 162

1. Romanische Rechte 163
   a) Frankreich 163
   b) Andere romanische Rechte 170
2. Englisch-amerikanisches Recht 172
   a) England 172
   b) USA 182

III. Geschäftsgrundlage 189

1. Neueres Schrifttum 190
   a) Larenz 190
   b) Verfasser 199
2. Neuere Rechtsprechung 206
   a) Oberster Gerichtshof für die Britische Zone 206
   b) Bundesgerichtshof 209

IV. Leistungsverweigerungsrecht 223

V. Vertragshilfe 224

1. Gesetzliche Regeln 224
2. Verhältnis zur Geschäftsgrundlage und zum ordentlichen Rechtsstreit . . 227

VI. Kodifikationsfrage 232

Anhang. Gesetzesvorschläge und -texte zum Wegfall der Geschäftsgrundlage . . 234

VORWORT

Man kann mit der Frage, wie weit veränderte Umstände die Abwicklung von Rechtsgeschäften ändern, drei Bände füllen, ohne weitschweifig zu werden. Darum geht es hier nicht.

Vielmehr soll der 40. Deutsche Juristentag beraten, ob und in welchem Sinn es sich empfiehlt, den wichtigsten Ausschnitt des Problems gesetzlich zu regeln, nämlich den Einfluß grundlegender Änderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge. Ein Gutachten für diese Beratung wird nach meinem Dafürhalten am besten in der Weise erstattet, daß aus der Fülle des Stoffs der Teil dargeboten wird, der beim Erwägen der Gesetzgebungsfrage bekannt sein sollte.

Um solche Auswahl habe ich mich bemüht. Dagegen will ich zum Beratungsthema selbst den Herren Referenten nicht vorgreifen und äußere mich daher nur kurz.

Herr Assessor *Hanns Hirtz* hat mir, obwohl er mitten in der großen Staatsprüfung stand, bei der technischen Arbeit mit bewährter Treue und Sorgfalt geholfen und sich dadurch meinen herzlichen Dank verdient.

I.

GESCHICHTE

1. Clausula rebus sic stantibus[1])

Man nimmt an, die bindende Kraft formloser Versprechen sei zuerst von den kirchlichen Morallehrern der Patristik und Scholastik, u. a. von Thomas von Aquino, vertreten worden und von dort in das kanonische Recht gelangt[2]). Ist das richtig, dann fällt ins Gewicht, daß auch die Entbindung vom Versprechen wegen veränderter Umstände im Mittelalter zuerst von den kirchlichen Morallehrern wie Thomas von Aquino behauptet wurde[3]), die sich hierin allerdings schon auf die römischen Philosophen[4]) stützen konnten und stützten. Von dort führte der Weg ebenfalls ins kanonische Recht. Zwar spricht schon die Glosse zu Dig. 12, 4, 8 von „rebus sic se habentibus“[5]). Aber eine, wenn auch unscharf, entwickelte Lehre von der mitzuverstehenden oder stillschweigenden Bedingung gleichbleibender Umstände begegnet uns zuerst in den Glossen zum Dekret Gratian's und zum Liber Extra[6]): „semper subintelligitur haec condicio, si res in eodem statu permanserit“; und als Grund wird gelehrt, „quod propter novum casum novum datur auxilium“ – zwei Wendungen, die später immer wiederkehren[7]).

---

[1]) Grundlegend *Pfaff*, Die Clausel: Rebus sic stantibus in der Doctrin und der österreichischen Gesetzgebung, Festschrift für Joseph Unger, 1898, 221–354; besprochen von *Kohler*, Jur. Lit. Bl. 11 (1899), 34 f. Ferner *Fritze*, Clausula rebus sic stantibus, ArchBürgR 17 (1900), 20–49; *Osti*, La così detta clausola „rebus sic stantibus“ nel suo sviluppo storico, Rivista di diritto civile 4 (1912), 1–58. Die Leipziger Dissertation von *Bindewald*, Rechtsgeschichtliche Darstellung der clausula rebus sic stantibus und ihre Stellung im BGB, 1901, ist wertlos. Der folgende Bericht fußt, soweit nicht anders angegeben, auf der Arbeit von *Pfaff*.

[2]) *Seuffert*, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 1881, 45–52; vgl. auch *Osti* 10.

[3]) *Kohler* (oben Anm. 1) 34 f.

[4]) *Osti* 8 f. mit Belegen aus Cicero, De officiis, und Seneca, De beneficiis.

[5]) Dazu *Pfaff* 226 f.; *Fritze* 23 f.; *Osti* 11–13.

[6]) *Fritze* 29–32; *Osti* 15–17, auch zur Glosse des Johannes de Andrea († 1348) zum Liber Sextus.

[7]) Vgl. zu der letzten Wendung *Fritze* 30, 40[46]; *Osti* 13.

Diese Lehre drang in die Praxis[8]) und zu den Postglossatoren oder Kommentatoren; sie wird in der Folge unter dem Stichwort „clausula rebus sic stantibus" geführt[9]). *Bartolus* wendet sie an beim Generalverzicht auf alle jetzigen und künftigen Rechte an irgendeinem Gegenstand, *Baldus* bei allen promissiones.

Im 15. und 16. Jahrhundert unterstellt man die Klausel in jeder dispositio (*Tartagnus*)[10]), in Gesetzen, Testamenten, Verträgen, Privilegien, Eiden, beschworenen Statuten und beschworenen Verzichtserklärungen (*Jason* unter Hinweis auf viele Vorgänger), ja schlechthin „in omnibus actibus et dispositionibus" (*Tiraquellus*). Einschränkungen macht bei Verträgen, nicht bei einseitigen Rechtsgeschäften, *Andreas Alciatus:* die Bindung an den Vertrag werde aufgehoben einmal beim Irrtum, sodann in Fällen, wo die Natur des Vertrags eine Maßnahme fordere, weiter in manchen Fällen, wo das Gesetz durch Auslegungsregeln helfe, wie beim Recht zum Widerruf einer Schenkung wegen nachgeborener Kinder, und endlich beim Eintritt einer „causa inconsiderata, de qua a partibus nihil verisimiliter esset agitatum"[11]).

Im 17. und 18. Jahrhundert entfaltet sich die Klauseldoktrin immer reicher. Doch gerät sie selten ins Uferlose. *Grotius, Pufendorf* und *Schilter* schränken sie grundsätzlich ein und stärken die Vertragstreue. Andere wie *Heinrich von Cocceji, Kopp* und *Eberhard* machen verschiedene Vorbehalte im einzelnen. Auch *Leyser,* der wohl am weitesten geht, hält durchaus Maß.

Man stützt sich, soweit man die Klausel anerkennt, deutlicher als früher auf den Parteiwillen. Durch eine tacita clausula, eine tacita condicio („si res in eodem statu permanserit") werde die Wirkung des Geschäfts an die beim Abschluß vorhandenen Umstände gebunden. Den wohl tiefsten Blick hat *Kopp* getan: Der Wille wird durch die Umstände bestimmt. Ändern sich die Umstände und wird dadurch der Geschäftszweck, die causa finalis, vereitelt, dann erlischt die Bindung an das Geschäft, weil sie insoweit nicht gewollt ist. Hiernach erscheint die Klausel als die „condicio, vi cujus obligatio ex negotiis obligatoriis orta mutato rerum statu cessat. Patet, fundamentum hujus clausulae in ipsa voluntatis humanae natura esse positum"[12]).

Nicht jedes Sich-Wandeln der Umwelt freilich genügt. Der Wechsel muß schwer wiegen. Man sieht bald auf den Grund, bald auf den Zweck des Geschäfts. Auf den *Grund:* die Umstände müssen sich so geändert haben, daß in der neuen Lage das Geschäft nicht (zuweilen mit dem bemerkenswerten Zusatz „sine dubio", „rationabiliter" oder „plane" nicht) geschlossen worden wäre. Auf den *Zweck:* die Umstände müssen sich derart geändert haben, daß in der neuen

---

[8]) *Osti* 13 verweist auf Parteiargumente in Entscheidungen des Bartolomäus von Brescia († 1258) und des Pillius.

[9]) *Pfaff* 228[1]. [10]) *Osti* 21. [11]) *Pfaff* 230; *Osti* 23–25. [12]) *Pfaff* 252 f.

Lage der Geschäftszweck verfehlt wird. Dabei versteht *Kopp* den Geschäftszweck, die schon erwähnte causa finalis, als den einseitigen Zweck einer Partei, während *Eberhard* einen gemeinsamen Vertragszweck annimmt, dessen Verfehlung fordert und dadurch die Klauselehre stark einengt. *Cocceji* unterscheidet substantialia und accidentalia status. Grundsätzlich hilft die Klausel nur bei Änderung der substantialia und auch nur, soweit sie nicht bloß ad constitutionem, sondern auch ad conservationem causae vel negotii gehören, immer vorausgesetzt, der Betroffene hätte das Geschäft für den neuen Fall nicht abgeschlossen.

Weiterhin muß die Geschäftspartei *Schutz verdienen:* Wer den Wandel der Dinge voraussah oder voraussehen mußte, wer ein gewagtes Geschäft abschloß, wer die neuen Umstände verschuldet hat, bleibt an sein Wort gebunden.

Die *Wirkung* der Klausel beim Wechsel der Umstände ist regelmäßig das Freiwerden vom Rechtsgeschäft, insbesondere die Befreiung von Schuld. Aber auch Schuldherabsetzung findet sich und umgekehrt Anspruchserhöhung. Ob die Schuld ruhen und später wieder aufleben kann, bleibt streitig. *Cocceji* lehrt: „extinguitur omnis effectus prioris status et res ipsa secundum praesentem statum dijudicatur et deciditur“[13]).

Die Wirkung der Klausel muß zeitlich begrenzt sein. Aber wo die Grenze verläuft, bleibt streitig. *Eberhard* läßt die Klausel noch nach vollständiger Geschäftsabwicklung durchgreifen, *Kopp* nur, solange von keiner Seite erfüllt ist.

Die praktische Bedeutung der Klausel ist ungemein vielseitig. Man beschränkt sie keineswegs auf das Privatrecht. *Eberhard* behandelt vorzugsweise deutsche Reichsgesetze und Staatsgeschäfte. Viel erörtert werden Staatsverträge. Man untersucht den Bruch des Wahlversprechens, das die deutschen Fürsten Heinrich VI. gaben, den Bruch des Bündnisses von Friedewald durch Moritz von Sachsen, Englands Widerruf seiner Zugeständnisse an die Hanse, Frankreichs Ablehnung der Bündnisforderung des aus England vertriebenen Eduard IV. Ein Helmstedter Responsum entscheidet sich für Herabsetzung der Bündnislasten der albanischen Stadt Durazzo wegen erlittener Kriegsschäden[14]).

Auf privatrechtlichem Gebiet begründet man mit der Klausel zum Beispiel eine Erhöhung des Kaufpreises infolge Erhöhung der Gestehungskosten[15]), das beneficium competentiae des verarmten Schenkers, das Rücknahmerecht des Vermieters und Verleihers wegen Eigenbedarfs, die Kündigung der Miete wegen gerechter Furcht (wobei streitig blieb, ob Gespensterfurcht ausreiche)[16]), das Auftragsende bei Gefahr für den Beauftragten, die Auflösung der Gesellschaft bei Vermögensverfall eines Mitgesellschafters oder Verbot des Gesellschaftsge-

[13]) *Pfaff* 239 f. [14]) *Leyser* VII, 1780, 847–849.

[15]) Gutachten der Helmstedter Fakultät bei *Leyser* I, 1772, 412 f.

[16]) *Pfaff* 243[1], vgl. auch 302[1]; *Osti* 29[1].

schäfts, die Auflösung des Verlöbnisses in zahlreichen Fällen, z. B. bei einem Pfarramtskandidaten, der einem Geistlichen versprochen hatte, wahlweise eine von dessen drei Töchtern zu ehelichen, nachher aber die Wahl nicht ausüben konnte, weil sich inzwischen zwei Töchter anderweitig verheiratet hatten[17]), die Ermäßigung der dos bei Kriegsschäden des Bestellers, die Rücknahme der dos wegen Vermögensverfalls des Mannes. Besonders weit geht man beim Testament: Hinfällig ist die Erbeinsetzung, wenn dem Erblasser nachträglich Abkömmlinge geboren werden, oder wenn er einen Fremden eingesetzt hat in der irrigen Annahme, sein Sohn sei verstorben. Hinfällig ist das Legat, wenn der Bedachte sich später feindselig gegen den Erblasser verhält, oder die Bestimmung eines Mannes zum Vormund, der später wahnsinnig oder zum Verschwender erklärt wird.

Man sieht: die Klauselleh re bringt keine falschen oder doch wenigstens keine unvertretbaren Ergebnisse. Die Angriffe gegen die Klausel treffen also der Sache nach nur eine *Gefahr,* die Gefahr nämlich zu weit gespannter Formulierung, die bei wörtlicher Anwendung die Vertragstreue und damit die Rechtssicherheit stören würde. Eine zu weite Formulierung ist in der Tat häufig zu finden. Aber die ganze Lehre ist bei Anhängern und Gegnern im 18. Jahrhundert (und selbst heute) nicht ausgereift. Insbesondere fehlt es an scharfen Grenzen zur Zweckverfehlung, zum Irrtum, zur Unmöglichkeit und überhaupt zum funktionellen Synallagma sowie an der nötigen Trennung von Geschäftsauslegung und dispositivem Recht. Das Feld der Klausel und seine Umgebung ist systematisch nicht durchgebaut. Dafür sind – die Breite der Fälle beweist es – größere Zusammenhänge geahnt, als heute oft angenommen werden.

Jedenfalls erscheint es vom jetzigen Standpunkt aus eher als Rückschritt, wenn gegen Ende des 18. Jahrhunderts in der Wissenschaft die Klauselleh re abstirbt. Man nimmt nun mehr Rücksicht auf den Geschäftsgegner. Vertragstreue und Rechtssicherheit dringen vor. Der Umschwung setzt schon bei *Eberhard* ein. Nach ihm will *Hommel* (1774) die Klausel nur auf „casus insolitissimi" anwenden; so brauche der Pächter, der omnes casus übernommen habe, gleichwohl den casus insolitissimus nicht zu tragen. *Struben* erkennt nicht einmal den casus insolitissimus an. Nach ihm läßt *Weber* in einem einflußreichen Buch über die natürliche Verbindlichkeit (1784), von gesetzlichen Sondervorschriften abgesehen, die Klausel nur zu, wenn „die entstandene Veränderung einen Umstand betreffe, welchen entweder die Natur des Vertrages oder ausdrückliche Verabredung der Parteien dergestalt wesentlich erfordert, daß ohne ihn der Vertrag wegfällt."

---

[17]) Entscheidung des Wittenberger Spruchkollegiums von 1691 mit erheiternder Begründung; siehe *Pfaff* 235 f.

Damit ist die Klausel praktisch aufgegeben. Sie wird seitdem in Lehre und Rechtsprechung so gut wie nicht mehr vertreten[18]). Nur im Schrifttum des Völkerrechts lebt sie weiter[19]).

Außerdem ging sie auf deutschem Boden in die Kodifikationen des 18. Jahrhunderts ein und wirkte dadurch im 19. Jahrhundert fort. So übernahm der Cod. Max. Bav. von 1756 (IV 15 § 12) die Klauselleh re im wesentlichen nach *Leyser*[20]). Das ALR von 1794 (I 5 §§ 377–384) folgt zwar zunächst der Lehre *Webers* (§ 378)[21]), gibt aber dann doch wieder ein Rücktrittsrecht, wenn „der ausdrücklich erklärte oder sich von selbst verstehende Zweck des einen Theils ganz vereitelt" ist (§ 380). Daneben enthält es eine zum Teil auf ältere Vorbilder zurückgehende[22]) Regelung der Schadenersatzpflicht oder des Schadenersatzanspruchs dessen, der zurücktritt. Im übrigen kommt der Klauselgedanke in zahlreichen Einzelvorschriften des ALR zum Ausdruck. Das sächsische BGB von 1863 lehnt die Klausel grundsätzlich ab (§ 864) und kennt nur einzelne Anwendungsfälle (z. B. §§ 1174, 1261)[23]).

2. Voraussetzung

Windscheid hat seine Lehre von der „Voraussetzung" mehrmals entwickelt[1]). Worauf es ihm ankommt, sagt er im Vorwort seines Buchs über die Voraussetzung von 1850:

„Der Ausgangspunkt der vorliegenden Schrift war die dem Verfasser sich aufdrängende Überzeugung, daß der Grund der condictio indebiti und condictio ob causam datorum, und so überhaupt derjenigen condictio sine causa, von welcher jene Condictionen nur Formen sind, eine Selbstbeschränkung des Willens sei, auf welchem das Haben des Beklagten beruht."

Windscheid legt die *Voraussetzung*, deren Scheitern eine condictio (oder, wenn noch nicht geleistet ist, eine exceptio) auslöst[2]), zwischen das *Motiv*, dessen

---

[18]) Über einige Nachzügler im ersten Weltkrieg siehe *Oertmann*, Geschäftsgrundlage, 1921, 45[1]. Zur Rechtsprechung des RG unten S. 152 Anm. 8.

[19]) Z. B. *Pfaff* 282–289; *Erich Kaufmann*, Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, 1911; *Reut-Nicolussi*, Zur Problematik der Heiligkeit der Verträge, 1931; *Verplaetse*, Rev. espan. der. intern. 4 (1951), 113–133.

[20]) *Pfaff* 299 f.; einschränkend *Osti* 35[1].

[21]) *Pfaff* 306; dagegen meint *Osti* 35[1], § 378 erinnere mehr an die Lehre von *Eberhard*.

[22]) Vgl. *Pfaff* 268[3], 271[3].

[23]) Über die Klauselfälle des Cod. Theresianus und des ABGB von 1811: *Pfaff* 316–354.

[1]) Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847, 270–322, besonders 286–297; Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850; Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161–202; Pandekten, I[7], 1891, §§ 97–100, S. 275–284.

[2]) AcP 78, 167.

Verfehlung folgenlos bleibt, und die *Bedingung,* deren Nichteintritt das Geschäft unwirksam macht. Dem stärkeren oder schwächeren Tatbestand entspricht die stärkere oder schwächere Wirkung.

Alle drei – Motiv, Voraussetzung und Bedingung – weisen „auf die Wirklichkeit eines gewissen Bestandes" hin[3]), beziehen sich also auf eine „thatsächliche Gestaltung"[4]). Diese kann in der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft liegen[5]).

Wer *bedingt,* sagt: „Ich will, wenn . . .". Der wirkliche Wille ist beschränkt. Wer *voraussetzt,* sagt: „Ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht . . .". Der wirkliche Wille ist unbeschränkt[6]); beschränkt ist der „eigentliche"[7]) – wir würden sagen: der hypothetische – Wille. In der Regel geht, wer voraussetzt, von der Gewißheit des bezeichneten Umstands aus, dagegen wer bedingt, von der Ungewißheit[8]). Die Voraussetzung ist danach eine „unentwickelte Bedingung"[9]). Beispiele: Wer erfüllt, leistet nicht unter der Bedingung, sondern unter der Voraussetzung, daß die Schuld besteht[10]). Wer ein Grundstück kauft und erklärt, er halte für sicher, daß man an dem Grundstück eine Straße vorbeiführen werde, kauft nicht bedingt, sondern unter einer Voraussetzung[11]). Ist ein Geschäft bedingungsfeindlich, so kann es doch mit Voraussetzung geschlossen werden[12]).

Das *Motiv* unterscheidet sich von der Voraussetzung dadurch, daß es nicht in die Willenserklärung aufgenommen ist[13]). Andererseits genügt die Aufnahme der die Voraussetzung bildenden Selbstbeschränkung des Willens in die Willenserklärung, also Erkennbarkeit für den Gegner[14]). Dagegen ist Annahme durch den Gegner und damit bei Verträgen Erhebung der Voraussetzung zum Vertragsinhalt nicht nötig, so wenig wie anscheinend nach *Windscheid* bei der Bedingung[15]).

Schwierigkeiten entstehen bei *stillschweigender* Aufnahme in die Willenserklärung. Es gibt zwei Arten stillschweigender Willenserklärung[16]). Einmal „die in einer anderen Willenserklärung enthaltene, gleichsam in ihr eingehüllte und durch Auslegung aus ihr enthüllte Willenserklärung". Gemeint ist hier der durch Auslegung der Worte gewonnene Sinn der Willenserklärung. Z. B. der Erblasser belastet einen der Erben mit der Erfüllung einer Nachlaßschuld und wendet

---

[3]) Ebenda 166. [4]) Ebenda 195. [5]) Ebenda 195.

[6]) Ebenda 195. [7]) Ebenda 167.

[8]) Ebenda 163; vgl. 192: „Die Erkennbarkeit der Voraussetzung hängt nicht davon ab, daß die Vertragschließenden an die Möglichkeit ihres Nichteintritts gedacht haben"; ausführlicher: Voraussetzung, 1850, 6–9.

[9]) AcP 78, 195. [10]) Ebenda 163. [11]) Ebenda 164. [12]) Ebenda 166.

[13]) Ebenda 162, 195; vgl. auch Voraussetzung, 1850, 7.

[14]) Voraussetzung, 1850, 82 f.

[15]) AcP 78, 198 f.; Voraussetzung, 1850, 153–170.

[16]) AcP 78, 168.

„abstrakten" Geschäft ein Bereicherungsanspruch[33]), beim „kausalen" Geschäft die Nichtigkeit, insbesondere beim genetischen Synallagma das Nichtentstehen der übernommenen Verbindlichkeit, ferner beim funktionellen Synallagma die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, das Freiwerden von der Pflicht zur eigenen Leistung wegen Befreiung des Gegners, Rücktritts-, Kündigungs-, Schadenersatz-, Wandlungs- und Minderungsrechte[34]); auch das Anfechtungsrecht aus § 119 II gehört nach richtiger Ansicht hierher[35]). Die Grenze zum *Motiv* liegt uns daher in der Vereinbarung (in dem genannten weiten Sinn): causa ist vereinbartes Motiv; Motiv ist nicht vereinbarte causa[36]). Andererseits erblicken wir den Unterschied von der *Bedingung* darin, daß hier die Rechtsfolge der Zweckverfehlung mitvereinbart ist, nämlich bei der aufschiebenden Bedingung Unwirksamkeit der Zuwendung bis zum Bedingungseintritt, danach Wirksamkeit und umgekehrt bei der auflösenden Bedingung. Ebenso würden wir von causa auch dann nicht sprechen, wenn andere als Bedingungsfolgen, z. B. ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht (sei es für bestimmte Einzelfälle oder allgemein), ausbedungen sind[37]). In der causa dagegen wird nur der Zweck selbst vereinbart, während die Rechtsfolgen das Gesetz regelt und zwar, wie bemerkt, sehr mannigfach.

Motiv, causa und Bedingung sind Tatumstände, unterschieden nach dem Ob und Wieviel der Vereinbarung. Bei *Windscheid* aber ist die Voraussetzung (= causa) und ist sogar anscheinend die Bedingung nicht Gegenstand der Vereinbarung, sondern nur der Willenserklärung eines Teiles. Damit wird es möglich, die Änderung von *Tatumständen, die nicht Vertragsinhalt sind,* dennoch auf das Schicksal des Vertrags einwirken zu lassen. Das aber ist gerade unser Problem. *Windscheids* Voraussetzungslehre steht also für ihn mit beiden Füßen in der Lehre von der causa, für uns mit einem Fuß in der Lehre von der causa, mit dem andern in der Lehre vom Einfluß veränderter Umstände auf den Vertrag. Darum nimmt es wunder, daß *Windscheid* die Klauellehre gar nicht berührt[38]). Aber die „historische"

[33]) Aber nicht er allein; deswegen überzeugt nicht, daß *Windscheid* ihn als wesensgemäße Folge des Fehlens einer Voraussetzung annimmt.

[34]) Kritisch *Ripert,* La règle morale dans les obligations civiles[4], 1949, Nr. 76 S. 133 f.

[35]) Grundlegend *Flume,* Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1947, 69–108; vgl. auch meine Besprechung AcP 150 (1949), 356–362, 360 und BGH Lindenmaier-Möhring § 779 BGB Nr. 2, wo allerdings etwas zu eng von „ausdrücklichem" Vertragsinhalt gesprochen wird; anders z. B. *Oertmann,* Geschäftsgrundlage, 1921, 50–57.

[36]) Die von mir a. a. O. 361 vertretene Unterscheidung zwischen Motiv als vorgestellter Ausgangslage und Zweck als vorgestellter Endlage gebe ich als unwesentlich auf. Es ist nur ein Unterschied in der Formulierung, ob jemand sagt: „Ich kaufe Brot, weil mich hungert" (Motiv) oder „Ich kaufe Brot, um den Hunger zu stillen" (Zweck).

[37]) Vgl. auch *Lenel* AcP 79, 54.

[38]) *Oertmann,* Geschäftsgrundlage, 1921, 1 hält dies mit Recht für einen „entschiedenen Mangel".

Schule befaßte sich nur mit dem römischen Recht und so zitiert *Windscheid* aus der Klauselzeit nur Donellus[39]), einen Hauptvertreter der „eleganten Jurisprudenz", die ebenfalls auf das reine römische Recht hinzielte und nicht auf seine Anwendung in der Praxis des Tages.

Ein Vertrag will die Wirklichkeit ändern. Jeder Vertragsteil verfolgt seine eigenen Zwecke (d. h. Tatumstände, die nach seinem Wunsch sein sollen) und geht dabei von einem eigenen Tatsachenbild aus, das vergangene, gegenwärtige und künftige Umstände einschließt. Er kann in seinem Interesse die Vertragsfolgen an die Wirksamkeit eines solchen von ihm angenommenen Umstands knüpfen – wenn der Gegner zustimmt; er kann z. B. die Wirklichkeit zur Bedingung machen oder sich für den Fall der Unwirklichkeit den Rücktritt vorbehalten. Er kann aber auch – mit Zustimmung des Gegners – die Folgen der Unwirklichkeit eines von ihm angenommenen Umstands offen lassen und sich darauf beschränken, diesen Umstand als in seinem Interesse erheblich in den Vertrag aufzunehmen. Er sagt z. B.: Ich kaufe diese „goldene" Uhr. Erweist sich nachher der angenommene Umstand als unwirklich, so hat er seinen Zweck verfehlt und der Gesetzgeber hilft wegen der Zweckverfehlung in verschiedener Weise, z. B. durch einen Sachmängelanspruch, auf dem Wege *dispositiven* Rechts.

Wie als Bedingung, Rücktrittsgrund u. a., so kann auch als bloße Zweckbestimmung (d. h. ohne Festlegung der Rechtsfolgen) eine Tatsache *stillschweigend* zugunsten eines Vertragsteils dem Vertrag eingefügt werden. Darin hat *Windscheid* sicherlich recht. Seine Unterscheidung zwischen zwei Arten des Stillschweigens kann man auf typische und individuelle Zwecke beziehen. Aber auch der stillschweigende Wille ist *wirklicher* Wille. Auch *Windscheids* hypothetischer Wille („ich würde nicht wollen, wenn nicht") müßte als beschränkter real gebildet worden sein[40]) und zwar, nach heutiger Ansicht, von beiden Parteien. Genauer: die Parteien müßten darüber einig geworden sein, daß der von einer Partei vorausgesetzte Tatumstand in deren Interesse erheblich sein soll. Hier liegt das Dilemma der Klausel- wie der Voraussetzungslehre. Gerade die als sicher angenommene Tatsachengestaltung dringt nicht ins Bewußtsein, wird nicht in den Vertrag eingefügt. Von der subjektiven Seite, vom Parteiwillen her, ist deswegen das Problem des Einflusses veränderter Umstände auf den Vertrag gerade in den Fällen nicht lösbar, die die wichtigsten sind, nämlich wenn sich die Verhältnisse umstürzend geändert haben.

Helfen kann nur das *dispositive Recht*. Ihm obliegt nicht nur, wie bei der Verfehlung eines ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Zwecks, die Rege-

[39]) Voraussetzung, 1850, 210 f.

[40]) Nach *Lenel* AcP 79 (1892), 61 handelt es sich beim Vorbehalt immer um einen *realen* Willen: „ich will nicht, wenn nicht . . .".

lung der Rechtsfolgen, sondern in Ergänzung der Parteiabreden auch die Bestimmung von Fällen, in denen nicht-vereinbarte Zwecke einer Partei, falls sie verfehlt werden, das Schicksal des Vertrags berühren. Daß das Gesetz, das die Bindung an den Vertrag begründet, dieser Bindung auch Grenzen ziehen kann, ist selbstverständlich[41]). Und das BGB gibt uns in § 119 II und in §§ 459 I, 633 I (qua „gewöhnlicher" Gebrauch) Beispiele, indem es die Verfehlung typischer Zwecke genau so behandelt wie die Verfehlung vereinbarter Zwecke[42]).

Nun liegt freilich die Grenze zwischen Auslegung (wirklicher Wille, subjektiv) und Vertragsergänzung (dispositives Recht, objektiv) im Zwielicht. Man denke an den Terminus *„ergänzende* Vertrags*auslegung*", der, streng genommen, ein Widerspruch in sich ist[43]). Daher ist es möglich, mit subjektiven Formeln, mit der „Kunst, den Vertrag zum Reden zu bringen"[44]), objektiv richtige Ergebnisse zu erzielen. Aber die Sauberkeit des Denkens verlangt, wenigstens theoretisch, eine klare Scheidung.

Deswegen geht *Windscheid* fehl, wenn er sich mit seiner subjektiven Voraussetzung auf das allgemeine Feld der veränderten Umstände vorwagt. Er erreicht damit allenfalls minder wichtige Einzelfälle, in denen konkrete Parteivorstellungen enttäuscht worden sind, nicht aber die großen Umwälzungen oder, in der Formulierung unseres Themas, die „grundlegenden Veränderungen des Wirtschaftslebens", deren Gegenbild im allgemeinen nicht real vorgestellt war. Allerdings hatte er zur Betrachtung dieser Fälle in seiner Zeit wenig Anlaß.

Kommt er also mit einem subjektiven Ausgangspunkt nicht weit genug, so treibt ihn in anderer Richtung gerade der von ihm gewählte subjektive Ausgangspunkt zu weit. Es kann nicht genügen, daß eine Voraussetzung an den Tag gelegt

---

[41]) Vgl. oben S. 139.

[42]) *Kegel* AcP 150 (1949), 360; vgl. auch *Oertmann,* Geschäftsgrundlage, 1921, 62 f., 72, 87, 104, 107, 119, 127, 136.

[43]) Dazu BGHZ 9, 273. M. E. sollte man § 157 BGB (eine Vorschrift des dispositiven Rechts) nur anwenden, wenn zweifelhaft ist, was die Parteien vereinbart haben. Steht fest, daß sie einen Punkt nicht geregelt haben, so kommt (neben § 155 BGB – Dissens –) § 242 BGB (insoweit ebenfalls dispositiv) in Betracht, der allerdings das wirklich Vereinbarte voll beachtlich bleiben läßt – dispositives Recht ist „ergänzendes" Recht – und im Einzelfall auch dahin führen kann, das gelten zu lassen, was die Parteien sicher oder mutmaßlich vereinbart haben würden, wenn es mit Treu und Glauben verträglich ist. Wie hier z. B. *Oertmann,* Geschäftsgrundlage, 1921, 128–135, unter Aufgabe seiner früheren Ansicht (Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, 201–218). Dagegen für Verbindung von §§ 157 und 242 BGB *Larenz,* Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 1951, 134–143.

[44]) „L'art de faire parler le contrat", *Planiol-Ripert-Boulanger,* Traité élémentaire de droit civil, II[4], 1952, 171.