

# Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Hugo Neumann, Rechtsanwalt beim Kammergericht und Notar, Berlin W. 35,  
Dr. Heinrich Dittenberger, Rechtsanwalt beim Landgericht, Leipzig.

Verlag und Expedition: W. Moeser Buchhandlung, Berlin S. 14, Stallschreiberstraße 34. 35.

Preis für den Jahrgang 20 Mark, einzelne Nummern pro Bogen 30 Pfg. Inserate die 2gespaltene Petitzelle 50 Pfg. (Die ganze Seite enthält 160 Zeilen.) Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt sowie die Expedition Berlin S. 14

## Vereinsnachrichten.

### Verlegung des Anwaltstages.

Mit Rücksicht auf die in der Zeit vom 10. bis 12. September d. J. in der Umgebung von Breslau stattfindenden Kaisermanöver hat der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins gemäß der Mitteilung in der vorigen Nummer der Juristischen Wochenschrift beschlossen:

:: die Verhandlungen des XXI. Anwaltstages auf ::  
Donnerstag, den 4., und Freitag, den 5. September d. J.,  
zu verlegen.

### Tageordnung:

1. Verhandlungstag, Donnerstag, den 4. September:  
Reform der Rechtsanwaltsordnung: Freizügigkeit, Lokalisierung, Änderung des § 5 Ziffer 5 der Rechtsanwaltsordnung, Ehrengerichtswesen (Strafensystem, Ehrengerichtshof).
2. Verhandlungstag, Freitag, den 5. September:  
Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozesse.

### Beschaffung von Material betreffend Rechtsgeschäfte mit unerkennbar Geisteskranken.

Der Zentralverband des deutschen Bank- und Bankiergewerbes in Berlin hat am 18. Mai 1905 an das Reichsjustizamt eine Eingabe gerichtet, in der die Notwendigkeit eines Schutzes der gutgläubigen Geschäftswelt gegen die Gefahren des Abschlusses von Rechtsgeschäften mit unerkennbar Geisteskranken gefordert wird. Bei der zweiten Beratung des Etats für die Reichsjustizverwaltung am 10. Februar 1913 hat sich auch der Reichstag mit dieser Frage befaßt. Es wurden in den Verhandlungen eine Anzahl neuerer Fälle mitgeteilt, in denen sich schwere Mißstände auf diesem Gebiete herausgestellt haben und erhebliche Schädigungen von Geschäftsleuten eingetreten sind. Der Herr Staatssekretär des Reichsjustizamts hat darauf geäußert, daß die Meinungen über die Frage noch nicht genügend geklärt seien, daß die Frage

aber einer eingehenden Prüfung im Reichsjustizamt unterzogen werden solle.

Mit Rücksicht auf diese Erklärung hält es der Zentralverband des deutschen Bank- und Bankiergewerbes für wünschenswert, daß dem Reichsjustizamt eine möglichst vollständige Sammlung solcher Fälle unterbreitet werde, in denen seit Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gutgläubigen Vertragsgegnern unerkennbar geisteskranker Personen infolge des bestehenden Rechtszustandes unbillige Nachteile erwachsen sind. Der Zentralverband hat den Vorstand des Deutschen Anwaltvereins gebeten, ihn hierbei zu unterstützen.

Wir bitten deshalb diejenigen Kollegen, denen Fälle der erwähnten Art bekannt geworden sind, der Geschäftsstelle, Leipzig, Schreiberstraße 3, davon Mitteilung machen zu wollen.

Es kommen dabei namentlich solche Fälle in Betracht, in denen der gutgläubige Vertragsgegner eines unerkennbar Geisteskranken durch gerichtliches Urteil genötigt worden ist, die Unwirksamkeit des von dem Geisteskranken mit ihm abgeschlossenen Geschäftes gegen sich gelten zu lassen, ohne daß ihm der gegen den Geisteskranken zustehende Bereicherungsanspruch einen hinreichenden Schutz gewährte. Weiter aber interessieren die vielleicht noch zahlreicheren Fälle, in denen der gutgläubige Vertragsgegner auf eine Prozeßführung verzichtet hat, weil nach Maßgabe der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen die Ausichtslosigkeit eines solchen Prozesses einem Zweifel nicht unterliegen konnte.

Leipzig, im März 1913.

Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins.

### Hilfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Badische Anwaltskammer zu Karlsruhe hat der Kasse abermals eine Beihilfe von 2000 M. gewährt. Der Kammer und ihrem Vorstande ist für die reiche Beihilfe der herzlichste Dank ausgesprochen worden.



## Kündigung im Kartellrecht.

Von Justizrat Albert Pinner, Berlin.

Die Beschäftigung mit Problemen des Kartellrechts hat für den Juristen einen eigenen Reiz. Hier liegt wirklich ein Recht vor, das mit uns — die ältere Generation kann sogar sagen nach uns — geboren ist, hier wirkt die Tätigkeit des praktischen Juristen, die, wenigstens in Deutschland, durch die Gesetzgebung noch unbehindert ist, rechtsschöpferisch. Mit, man könnte sagen, jugendlichem Ungestüm, breitete sich seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts in Deutschland der Kartellgedanke aus; maßgebend ist allein das wirtschaftliche Interesse; dem Juristen wird überlassen, die richtige Form zu finden. Trotz der vielfachen und mannigfaltigen Versuche aber ist, wie Flechtheim in der neuesten ausgezeichneten Darlegung des Kartellrechts hervorhebt, eine den besonderen wirtschaftlichen Bedürfnissen des Kartells angepasste Rechtsform noch nicht vorhanden. Dieses Rätsel der Sphinx harrt noch des Odipus, der das Lösungswort findet. Und so müssen denn die Kartelle sich in Rechtsbedingungen einzwängen lassen, die, für andere Verhältnisse geschaffen und bewährt, nicht den Bedürfnissen des Kartells entsprechen, Vorschriften enthalten, die nicht vollständig dem Kartellgedanken gerecht werden. Man kann ohne weiteres sagen, daß keine der Rechtsformen, in denen nach bestehendem Recht sich der Zusammenschluß verschiedener Interessen vollziehen kann, weder Verein noch Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, weder Aktiengesellschaft noch Gesellschaft m. b. H. alle die Bedingungen erfüllt, die zur Durchführung des Kartellgedankens notwendig sind. Hier ist es nun Aufgabe des Juristen, durch Anpassung der einen oder anderen Gesellschaftsform, oder, wie es am häufigsten geschieht, durch Kombination verschiedener Formen ein Gebilde zu schaffen, bei dem die wirtschaftlichen Interessen der Kartellteilnehmer gewahrt werden. Gerade bei einer derartigen Kombination aber liegt die große Gefahr vor, daß keine volle Übereinstimmung zwischen den Vorschriften der verschiedenen zusammengefaßten Rechtsinstitute geschaffen, oder daß ausdrückliche Vorschriften oder aus dem Wesen des einen Rechtsinstituts zu folgernde Rechtsnormen mit Vorschriften oder Rechtsnormen des anderen nicht zu einer für alle Fälle zutreffenden Einheit verbunden werden. Die Entscheidungen des RG. zeigen, wie oft derartige das Bestehen des Kartells oder mindestens den Nutzen für die Mitglieder gefährdende Unstimmigkeiten in den Statuten der Kartelle vorkommen.

Diesen aus der Entstehungsgeschichte der Kartelle, als rein wirtschaftlicher Zusammenfassung, denen die Rechtswissenschaft nachhinkend erst die Form gab, folgenden Schwierigkeiten begegnet man bei jeder Spezialfrage. Es soll in folgendem an der Hand eines speziellen Falles eine der wichtigsten Folgen des Kartellrechts, die Kündigungsmöglichkeit, erörtert werden.

In einem Kartellvertrage ist bestimmt, daß der Vertrag bis 1. Januar 1920 gelten soll. Hinzugefügt ist: „Erfolgt von keiner Seite eine Kündigung sechs Monate vor Ablauf des Vertrages, so verlängert sich der Vertrag stets um weitere fünf Jahre, wofür die gleiche Kündigungsbefugnis besteht.“

Bei der Untersuchung der Frage, ob und inwieweit diese Bestimmung gültig ist, sind eine Reihe von Fragen zu erörtern, die zu den grundlegenden des Kartellrechts gehören.

1. Geht man zunächst von der Annahme aus, daß es sich bei dem vorliegenden Fall lediglich um einen einheitlichen Kartellvertrag ohne Verbindung mit einer als Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. organisierten Geschäftsstelle handelt, so kann die Frage, ob eine derartige Vereinigung als nicht rechtsfähiger Verein, oder, wie Flechtheim S. 25 wohl mit Recht annimmt, als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anzusehen ist, hier unerörtert bleiben; denn nach § 54 BGB. finden die Vorschriften über die Gesellschaft auf nicht rechtsfähige Vereine Anwendung.

Ebenso wenig kommt bei den einfachen Kartellverträgen ohne Schaffung einer Geschäftsstelle die weiter unten für gemischte Verträge zu erörternde Frage, ob überhaupt ein Gesellschaftsverhältnis und nicht vielmehr ein Lieferungsvertrag vorliegt, in Betracht, denn daran, daß ein Gesellschaftsverhältnis vorliegt, wenn lediglich die einzelnen Kontrahenten unter- und gegeneinander Pflichten übernehmen und Rechte erwerben, kann nicht gezweifelt werden.

Geht man demnach von der Anwendung der Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts über den Vertrag aus, so kommt für die Beantwortung der Frage § 723 BGB. in Betracht. Dieser Paragraph schreibt vor, daß bei Gesellschaften, die auf unbestimmte Zeit eingegangen sind, jeder Gesellschafter jederzeit zur Kündigung berechtigt ist, daß ferner auch bei auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaften Kündigung vor Ablauf der Zeit zulässig ist, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Diese Vorschriften sind zwingenden Rechts (Abs. 3), daher einer Vereinbarung der Parteien entzogen.

Auf den ersten Blick sollte es scheinen, als wenn bei der oben wiedergegebenen Vertragsbestimmung es nicht zweifelhaft sein könne, daß es sich um einen Vertrag handelt, der jedenfalls bis 1. Januar 1920 auf bestimmte Zeit eingegangen ist. Trotzdem sind Zweifel erhoben worden. Klarenaar hat in einem Aufsatz der Leipziger Zeitschrift von 1911 S. 918 die Ansicht ausgesprochen, daß ein derartiger Vertrag, der nicht ohne weiteres am 1. Januar 1920 endige, von vornherein auf unbestimmte Zeit geschlossen sei; es sei daher jederzeitige Kündigung zulässig. Der Fall, von dem Klarenaar ausgeht, war allerdings nicht vollständig mit dem hier vorliegenden identisch. Seine Gründe aber, die davon ausgehen, daß eine bestimmte Dauer nur vorliegt, wenn mit dem Momente des Ablaufs der vereinbarten Zeit der Verein eo ipso zu existieren aufhört, decken aber auch diesen. Diese Ansicht hat in den Kreisen der Kartellinteressenten große Beunruhigung hervorgerufen und einseitige Kündigungen der Kartelle gezeitigt. Wäre sie richtig, so wäre die Grundlage einer ganzen Reihe von Kartellen, die auf längere Zeit geschlossen sind, erschüttert, denn es ist selbstverständlich, daß eine Änderung der gewöhnlich unter den größten Schwierigkeiten und unter Ausgleichung der widerstreitendsten Interessen zustande gekommenen Verträge kaum zu erreichen ist. Wenn man nun gar der Ansicht des Aufsatzes dahin folgt, daß die behauptete Nichtigkeit der Bestimmung über die Dauer den ganzen Vertrag nichtig macht, so kommt man zu erst recht unabsehbaren Schwierigkeiten.

Die behauptete Ansicht ist aber in der Ausdehnung, in der sie ausgesprochen ist, nicht richtig, sie widerspricht dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes.



Die Frage, wann eine bestimmte Dauer der Gesellschaft als vereinbart anzusehen ist, hat das Gesetz nicht entschieden, weil es die Beantwortung als selbstverständlich erachtete, ebenso wenig findet sich die von Klarenaar gemachte Beschränkung, daß eine bestimmte Zeit nur vorliege, wenn nach deren Ablauf die Gesellschaft ohne weiteres endige, weder in den von ihm angezogenen Kommentaren noch bei Knoke, den er ebenfalls anführt. Bestimmt ist die Zeitdauer, wenn ein fester Termin entweder durch Festsetzung eines Kalendertages oder auch, wie allgemein angenommen wird, durch den Zweck der Gesellschaft bestimmt ist. Wenn das Gesetz bei unbestimmter Dauer ein unentziehbares Kündigungsrecht gegeben hat, so geschah dies nach den Motiven zum BGB. (II, 618), weil es dem Wesen des Gesellschaftsvertrages entspricht und aus „Gründen praktischer Zweckmäßigkeit“. Wer einen Gesellschaftsvertrag schließt, ohne eine bestimmte Dauer zu vereinbaren, soll dagegen geschützt werden, daß er gegen seinen Willen festgehalten wird. Der Vertragsfreiheit ist so weit Rechnung getragen, daß jeder sich auf bestimmte Zeit binden kann. Nur, wenn dies nicht geschehen ist, besteht das Kündigungsrecht. Hieraus folgt, daß man der Absicht des Gesetzgebers folgt, wenn man das Kündigungsrecht insoweit ausschließt, als die Partei sich auf bestimmte Zeit derart gebunden hat, daß sie in der Lage ist, dann die Auflösung durchzusetzen. Ist daher bestimmt, daß der Vertrag an einem bestimmten Tage endigen soll und ist jeder Partei, wie im vorliegenden Fall, das Recht gegeben, durch eine fristgemäße Kündigung, also durch Ausübung des freien, durch Dritte nicht gebundenen Willens, gestattet, die Auflösung zu diesem Tage zu erreichen, so liegt eine Vereinbarung festbestimmter Dauer und damit der Ausschluß früherer Kündigung vor. Macht keine Partei von dem ihr gegebenen Rechte Gebrauch, so verlängert sich der Vertrag wieder auf festbestimmte Zeit, auf weitere fünf Jahre. Nur, wenn etwa der Vertrag stillschweigend trotz erfolgter Kündigung fortgesetzt würde, läge ein Vertrag mit unbestimmter Dauer vor (§ 724 BGB.).

Anders würde die Frage liegen, wenn das für den Ablauf der bestimmten Zeit den Parteien gewährte Kündigungsrecht an Strafen (vgl. DLRspr. 6, 445 und RG. in JW. 05, 688<sup>10</sup>) gebunden, oder wenn es, wie in dem von Klarenaar zum Ausgangspunkt seiner Erörterungen genommenen Fall, an den Auflösungsbeschluß einer Mehrheit geknüpft ist. In diesen Fällen liegt eine vertragsmäßig unzulässige Beschränkung des Kündigungsrechts, die nichtig ist und unter Umständen den ganzen Vertrag nichtig macht, vor. Hier ist daher im Resultat Klarenaar recht zu geben.

Soweit aber bei einem Vertrag mit festbestimmter Zeit jede Partei die Möglichkeit hat, die Auflösung zu dieser Zeit durch einfache Willenserklärung herbeizuführen, kommt die Vorschrift des § 723, soweit sie sich auf Verträge mit unbestimmter Zeit bezieht, nicht zur Anwendung (vgl. auch Flechtheim S. 45 Note 92).

2. Wenn, wie es vielfach geschieht, das Kartell als ein gemischtes Rechtsgebiet konstruiert wird, derart, daß eine Zentralstelle in der Form einer juristischen Person, meist als Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. gebildet wird und diese mit den einzelnen Mitgliedern einen sogenannten Lieferungsvertrag, in dem die Verpflichtungen der einzelnen Kartellmitglieder stipuliert werden, schließt, so erhebt sich die weitere, praktisch

sehr wichtige Frage, ob die Kündigung des Lieferungsvertrages eo ipso auch die Auflösung der Aktiengesellschaft oder Gesellschaft m. b. H. zur Folge hat. Unerörtert soll hier die Frage bleiben, ob der Lieferungsvertrag Gesellschaftscharakter hat, daher auf ihn § 723 BGB. überhaupt zur Anwendung kommt, oder ob Kündigung nur nach sonstigen Rechtsgrundsätzen, z. B. § 326 BGB., zulässig ist, eine Frage, die das RG. (Vd. 74 S. 33) im Gegensatz zu Flechtheim (S. 43) im Sinne der letzteren Alternative entscheidet. Hier wird davon ausgegangen, daß der Lieferungsvertrag rechtsgültig gekündigt ist und damit sein Ende erreicht. Das RG. hat in teilweiser Änderung seines früheren Standpunktes in einer das Rheinisch-Westfälische Zement-Syndikat betreffenden Entscheidung (Vd. 79 S. 418) seinen Standpunkt dahin festgestellt, daß die Kündigung des Lieferungsvertrages das Syndikat nicht zur Auflösung bringe, während das OLG. Hamm, dessen Urteil das RG. aufgehoben hat, zu dem entgegengesetzten Resultat kommt. Flechtheim, dessen Schrift vor Ergehen des Reichsgerichtsurteils erschienen ist, steht mit voller Entschiedenheit auf dem Standpunkt des OLG.

So wenig das Urteil des RG. befriedigt, und so sehr man aus allgemeinen Gründen und aus dem Wesen des Kartells heraus der anderen Ansicht zuneigen möchte, so kann man sich nach dem Standpunkte der Gesetzgebung den Gründen, die das RG. anführt, nicht verschließen. Gewiß ist dem OLG. recht zu geben, wenn es ausführt, daß mit Beseitigung des Lieferungsvertrages das Kartell seinen wesentlichen Inhalt verliere, daß Kartellvertrag und Lieferungsvertrag begrifflich eine Einheit bilden, sowohl nach dem Willen der Beteiligten als auch aus innern Gründen; gewiß führt die Zerreißung in zwei selbständig auflösbare Rechtsverhältnisse zu praktisch bedauerlichen Konsequenzen; alles dies aber kommt gegenüber den formellen Vorschriften über Gesellschaften m. b. H. (um diese handelt es sich bei dem Fall, den das RG. zu entscheiden hatte) und in gleicher Weise gegenüber denen über Aktiengesellschaften nicht in Betracht. Die Vorschriften über die Dauer derartiger Gesellschaften und über Auflösung müssen im Gesellschaftsvertrage getroffen werden, sie sind nicht aus anderen Urkunden wie hier, aus dem Lieferungsvertrage zu entnehmen. Selbst wenn der Lieferungsvertrag, was im Fall des RG. nicht geschehen ist, notariell beurkundet worden wäre, könnte die an sich aus Vorverhandlungen zulässige Auslegung des Gesellschaftsvertrages nie so weit gehen, daß die im Gesellschaftervertrag festgesetzte Dauer durch die Bestimmungen des Lieferungsvertrages geändert werden könnte. Der Kartellvertrag hat, indem man für ihn die Formen der Gesellschaft m. b. H. gewählt hat, damit ein formell selbständiges Leben erhalten, für den die Vorschriften des GmbHG. maßgebend sind. Diese formellen Vorschriften mögen in Widerspruch mit den Kartellgedanken stehen, und die Auseinandersetzung des Kündigungsrechts enthält unzweifelhaft einen solchen Widerspruch. Dieser aber ist nicht dadurch zu überbrücken, daß man die gesetzlichen Vorschriften über den Haufen wirft. Hier liegt einer der Fälle vor, in denen die vorhandenen Rechtsgestaltungen dem Kartellzweck sich nicht vollständig anpassen. Es ist Sache derer, die Kartellverträge entwerfen, für die Einheitlichkeit dadurch Sorge zu tragen, daß ausdrücklich die Aufhebung des Kartellvertrages für den Fall vereinbart wird, daß der Lieferungsvertrag aufhört.



## Die Sicherungsübereignung von Warenlagern.

Von Dr. jur. Erich Melsbach, Wiesbaden.

Die Übereignung von Vermögensobjekten eines Schuldners zur Sicherung einer Forderung steht heute im Vordergrund des Interesses. Es hat dies seinen Grund in dem außerordentlichen Umschlag dieser Form der Kreditsicherung und in dem damit als Folge und Ursache in Verbindung stehenden Streit der Meinungen über sie.

Eine besonders wichtige Rolle spielt dabei die Übereignung von Warenlagern. Ist sonst die Sicherungsübereignung im wesentlichen ein Kreditmittel des kleinen Mannes, so gibt die Übereignung von Warenlagern und sonstigen Sachgesamtheiten die Möglichkeit, diese Kreditform auch für größere Verhältnisse praktisch werden zu lassen.

1. Die Frage, ob die Übereignung von Warenlagern zur Sicherung von Forderungen rechtlich wirksam erfolgen kann, ist ohne weiteres für den Fall zu bejahen, daß die Übereignung gemäß § 929 BGB., d. h. also durch Einigung der Vertragsparteien und Übergabe des Warenlagers bzw. richtiger der zum Warenlager gehörenden Gegenstände an den Erwerbserfolgt. Diese Übergabe muß nur äußerlich erkennbar geschehen. Es genügt also nicht, wenn der Übereigner etwa, wie es in einem vom Reichsgericht entschiedenen Rechtsstreit der Fall war, das Geschäft als Angestellter der Käufer weiterbetreibt, gleichwohl aber nach außen das Geschäft in eigenem Namen fortführt (vgl. Urteil des RG. vom 6. November 1908, Recht 1909 Nr. 73; Schäfer, Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung, ArchBürgR. 38, 32).

Das Erfordernis der äußerlichen Kenntlichmachung der Übergabe hat der Natur der Sache nach zur Folge, daß praktisch deshalb für die Übereignung von Warenlagern im wesentlichen allein die in § 930 BGB. vorgesehene Art und Weise in Frage kommt, bei welcher die Übergabe durch Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses ersetzt wird, vermöge dessen der Erwerbser den mittelbaren Besitz im Sinne von § 868 BGB. erlangt.

Gegen diese Sicherungsübereignung von Warenlagern bestehen zunächst alle die Bedenken, die der Sicherungsübereignung gemäß § 930 BGB. überhaupt entgegenstehen. Es gilt dies einmal für die Frage, ob nicht die Bestimmungen der §§ 1205, 1253 BGB. als Verbotsgesetze die Sicherungsübereignung gemäß § 930 BGB. schlechthin unmöglich machen, bzw. ob sich letztere nicht als Gesetzumgehung darstellt. Beides ist heute in verneinendem Sinne entschieden (vgl. § 223 Abs. 2 BGB., JW. 1911, 46<sup>34</sup>; Luetgebrune, Die Sicherungsübereignung S. 17 und 18; Möller, Zur Frage der Sicherungsübereignung, JW. 1912, 720; Salinger, Gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung, Vhbl. des 31. DJ. I. 426 ff.; Schmitt, Die Sicherungsübereignung DJZ. 1912, 1042; Schäfer a. a. O. S. 5 ff.).

Gleiches gilt nicht für die andere Frage, ob die Sicherungsübereignung ein Scheingeschäft ist, der dinglichen Einigung also die Ernstlichkeit mangelt. Hier kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles ausschlaggebend an. Zu beachten ist jedoch, daß die Ernstlichkeit des Übereignungswillens nicht von der Simulation oder sonstigen Ungültigkeit des Kaufgeschäftes berührt wird, da die Übereignung ein abstraktes Rechtsgeschäft

ist (vgl. Luetgebrune S. 8 ff.; Salinger S. 425/26). Ferner spricht grundsätzlich der Sicherungszweck nicht gegen, sondern für die Ernstlichkeit der Übereignung mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit der Bestellung einer Mobiliarhypothek.

Im übrigen erfordert jedoch das RG. mit Recht für die Ernstlichkeit des Geschäftes, daß die Identität der Bestandteile des Warenlagers bei der Übereignung durchaus feststeht und äußerlich ersichtlich gemacht ist (vgl. Schäfer S. 31).

2. Daß nun die Übereignung gerade von Warenlagern in der Form des § 930 BGB. tatsächlich erfolgen kann, bestreitet ein Teil der Literatur. Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, DNotW. 1911, 178 ff. (auch als Sonderdruck Mannheim 1911 erschienen), z. B. hält es schlechthin für unmöglich. Dertmann, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, DJZ. 1911, 1178, der Hoeniger in allen wesentlichen Punkten zustimmt, ist der Ansicht, daß die Sicherungsübereignung nach geltendem Recht für die Regel der Fälle keinen Schutz finde. Hoeniger begründet seine Ansicht damit, daß er ausführt, ein *constitutum possessorium*, wie es § 930 BGB. erfordere, könne dann nicht begründet werden, wenn dem Veräußerer die Befugnis vorbehalten sei, über die veräußerte Sache ganz frei und in eigenem Interesse, also wie ein Eigentümer zu verfügen. Der mittelbare Besitz im Sinne von § 868 erfordere als wesentlich, daß der mittelbare Besitzer einen Herausgabeanspruch besitze. Die genannte Befugnis bedeute die direkte Negation dieses Herausgabeanspruchs. Für den häufigen Fall der Übereignung von Warenlagern durch Vereinbarung eines sogenannten Kommissionsverhältnisses sei außerdem noch zu beachten, daß der wirkliche Inhalt des Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner nicht nur mit den wesensbestimmenden Elementen des Kommissionsgeschäftes, mit dessen Legaldefinition (§ 383 HGB.), im Widerspruch stehe, sondern daß auch auf dieses Rechtsverhältnis keine einzige der Normen des 3. Abschnittes des 3. Buches des HGB. angewendet werden könne (vgl. a. a. O. S. 190 bis 213).

Dertmann steht auf dem gleichen Standpunkt, wenn er auch die problematische Möglichkeit eines ernsthaften Besitzvermittlungsverhältnisses zwischen Veräußerer und Erwerbser nicht bestreitet.

Die Argumente Hoenigers gegen die Annahme eines Kommissionsverhältnisses sind im wesentlichen zutreffend. Denn es gehört unerlässlich zum Wesen des Kommissionsgeschäftes, daß der Kommissionär für fremde Rechnung und für fremdes Interesse handelt. Das trifft bei der regelmäßigen Gestaltung der Sicherungsübereignung, wenn nämlich die tatsächlichen Verhältnisse des Geschäftes äußerlich in keiner Weise geändert werden, ohne Zweifel nicht zu. Auch die weiteren Bedenken Hoenigers sind als zutreffend zu erachten. Es liegt nicht in der Absicht der Vertragsparteien, sich den Bestimmungen, wie sie in §§ 384, 390, 392, 396, 397 und 400 HGB. enthalten sind, zu unterwerfen. Namentlich gilt dies für § 400, da der frühere Eigentümer dann in der Lage wäre, sich durch einfache Erklärung des Selbsteintrittsrechts wieder zum Eigentümer zu machen.

Diese Polemik Hoenigers richtet sich vor allem gegen ein Vertragsformular für eine Sicherungsübereignung, das sich in dem Formularbuch für freiwillige Gerichtsbarkeit Weßlers,



12. Aufl. 1911 S. 122 Nr. 75b, findet. § 2 dieses Formulars lautet:

„Zur Sicherung dieser Ansprüche überträgt er Herrn Dehmann das Eigentum an seinem in der Anlage bezeichneten Möbellager:

Mit Abschluß dieses Vertrages geht das Eigentum auf den Gläubiger über und wird das Lager in der Hand des Schuldners Kommissionsgut.“

Die Gründe, mit denen Weisler sein Formular verteidigt (a. a. O. S. 549 bis 551), erscheinen nicht als zutreffend. Man kann allerdings einzelne der für den Kommissionsvertrag geltenden Normen ausschließen. Vorliegend wäre es aber erforderlich, sie fast alle abzubedingen, und abgesehen davon handelt eben, wie gesagt, der Abereignende nicht für Rechnung und Interesse des Erwerbers, sondern für seine eigene. Hervorzuheben ist jedoch, daß die bisherige Rechtsprechung (RG. in Recht 1909 Nr. 73 und in JW. 1911, 324 und 650<sup>22</sup>; SeuffA. 64, 277 und 66, 102; Schäfer S. 34) keine Bedenken gegen die Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses erhoben hat.

Auch Salinger a. a. O. S. 441/2 ist der Meinung, daß ein Kommissionsverhältnis gültig vereinbart werden könne, ein Kommissionsverhältnis gültig vereinbart werden könne, schränkt dies aber dadurch ein, daß er sagt, zum mindesten liege ein Verhältnis vor, das der Kommission ähnlich sei, vielleicht ein Auftrag, der an den früheren Trödelvertrag erinnere. Dieser letztere Standpunkt läßt sich natürlich in dem Sinne durchaus vertreten, daß die Auslegung des Vertrages das Vorliegen eines zwar Kommission genannten, tatsächlich aber als etwas anderes sich darstellenden Rechtsverhältnisses ergeben kann. Das gleiche ist den Ausführungen Düringers zu dieser Frage („Zur Lehre vom Sicherungskauf“, LeipzJ. 1908, 105 und „Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung“, LeipzJ. 1911, 417; vgl. dazu auch Staudinger 7./8. Aufl. § 929 BGB. VIII e) entgegenzuhalten, der die Wichtigkeit der Ansicht Hoenigers bestreitet. Das nach seiner zutreffenden Darstellung in der Praxis häufige „Kommissionsverhältnis“, das er übrigens mit nicht genügend klaren Erörterungen von der „Sicherungsübereignung i. e. S.“ trennt, obwohl er andererseits ausführt, daß es nichts anderes als Kreditgewährung gegen Sicherheit bedeute, wird sich regelmäßig als ein auf freier Vereinbarung der Parteien beruhendes Vertragsverhältnis aufrechterhalten lassen (s. u.), das man lediglich der knappen Benennung wegen oder weil man darunter in den betreffenden Kreisen etwas genau Bestimmtes, wenn auch von dem gesetzlichen Begriffe Abweichendes verstand, Kommission genannt hat!

Zuzustimmen ist dagegen Weisler, wenn er die weitere Behauptung Hoenigers als unrichtig bezeichnet, daß ganz allgemein ein mittelbares Besitzverhältnis bei Warenlagern, sofern der Abereignende die Befugnis, die Waren weiter zu veräußern, behält, nicht vereinbart werden könne. Er bemerkt in dieser Beziehung (S. 552), zunächst folge aus der Besitzberechtigung des einen nur die Belassungspflicht des anderen. Wenn ihm das Besitzrecht nur auf Zeit eingeräumt sein dürfe, so folge daraus nicht, daß ihm nicht auch andere Rechte, die mit dem Zeitablauf nichts zu tun hätten, eingeräumt werden dürften. Auf Zeit sei ihm aber das Besitzrecht bezüglich jedes Stückes eingeräumt, nämlich auf so lange, bis er es veräußere oder

bis die Umstände eintreten, die ihn zur Rückgabe verpflichteten. Diese Umstände seien im Vertrage festgelegt; wären sie es nicht, so würde die Rückgabepflicht schon aus dem Sicherungszwecke des Vertrages folgen. Es bestehe also ein Herausgabeanspruch. Nur gehe er mit dem Eigentum selbst durch die Veräußerung unter. Für die Sicherungsübereignung ungeeignet wäre nur ein solches Rechtsverhältnis, das dem Abereignenden den Besitz für immer überließe.

Dieser Standpunkt erscheint als der richtige.

Die bisherige Rechtsprechung hat sich ohne Berücksichtigung dieser grundlegenden Erwägungen bis in die neuere Zeit allerdings im wesentlichen gegen die Annahme der Rechtsgültigkeit der Sicherungsübereignung von Warenlagern ablehnend verhalten.

(Eine Ausnahme gilt nur für den Fall der Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses — vgl. Schäfer S. 34 —, hier aber, wie bereits erörtert, zu Unrecht.)

Zu beachten ist jedoch, daß das RG. in seinen früheren Entscheidungen vom 3. Januar 1903, DZ. 1903, 153, und vom 22. Oktober 1910, JW. 1911, 46<sup>34</sup>, die Sicherungsübereignung von Warenlagern nicht schlechthin für unmöglich gehalten, die grundsätzliche Frage vielmehr überhaupt nicht erörtert, sondern immer nur die Gültigkeit in dem betreffenden konkreten Fall verneint hat. Das gleiche gilt für die Entscheidung des RG. vom 24. Juni 1911, RG. 77, 210, ebenso für das Urteil OLG. Npr. 18, 134 (OLG. Kiel vom 25. März 1908) und das in SeuffA. 66, 102 (OLG. Rostock vom 6. Juli 1910).

Namentlich die letzteren Entscheidungen sind in dieser Beziehung charakteristisch. Es wird in den fraglichen Fällen untersucht, ob eine Leihe und eine Verwahrung gegeben sei. Das erstere wird verneint, da es sich bei dem Warenlager um eine verbrauchbare Sache handele (§ 92 Abs. 2 BGB.) und der Zweck des Warenlagers lediglich in seiner Veräußerung bestehe. Das Vorliegen eines Verwahrungsvertrages wird dagegen verneint, weil einmal in den fraglichen Verträgen von Verwahrung keine Rede und dies auch offenbar nicht beabsichtigt gewesen sei. Außerdem aber widerspreche der Annahme eines Verwahrungsvertrages, daß das Warenlager nicht zur Aufbewahrung, sondern zur Verwendung und Veräußerung dem früheren Eigentümer belassen sei. (Ebenso OLG. Dresden vom 20. November 1908, SeuffA. 64, 277, und OLG. Karlsruhe vom 11. November 1909, BadNpr. 1910, 177; vgl. Schäfer S. 33.)

Des weiteren bemerkt das Urteil in SeuffA. 66, 102, daß das RG. im Recht 1909 Nr. 1998 zwar zutreffend annehme, es genüge zur Vereinbarung eines mittelbaren Besitzes im Sinne von § 868 BGB., wenn zwischen Veräußerer und Erwerber verabredet werde, daß der Veräußerer für den Erwerber besitzen und für ihn veräußern solle und ihm den Erlös abzuführen habe. Entscheidend sei dabei das letztere. In dem damals zur Erörterung stehenden Fall treffe dies jedoch nicht zu.

Aus diesem Standpunkt der Rechtsprechung ist somit nichts weiter zu folgern, als daß die Vereinbarung eines gültigen mittelbaren Besitzverhältnisses gewissen Schwierigkeiten unterliegt und daß bei Nichtbeachtung der nötigen Vorsicht die Vereinbarung versagt. Auscheiden werden allerdings schlechthin die Vereinbarungen eines Kommissionsverhältnisses, einer Miete und einer Leihe. Letztere deshalb, weil die Hingabe einer ver-



brauchbaren Sache dann dem Begriff der Miete und der Leihe widerspricht, wenn sie nicht in einer den Verbrauch ausschließenden Weise geschieht. (Für das gemeine Recht hielt übrigens das Urteil des OLG. Hamburg vom 14. November 1902, HansGZ. 1903 Beibl. 85 die Vereinbarung einer Leihe gleichwohl für zulässig, vgl. Schäfer S. 33.)

Mit diesem Ergebnis stimmt durchaus überein, daß in der Praxis die Übereignung von Warenlagern etwas Alltägliches ist und daß ein Teil der Rechtsprechung und der Literatur auch der früheren Zeit (vgl. Staub 8. Aufl. § 368 HGB. Anm. 97 a. C. und das Urteil des OLG. Rostock vom 29. Juni 1896, MedZ. 16, 4; vgl. Schäfer S. 30) die Sicherungsübereignung grundsätzlich für möglich hält. Das erwähnte Formular von Weiskler vermeidet den von SeuffA. 66, 102 gerügten Mangel der Vereinbarung der Auszahlung des Erlöses an den Erwerber, indem es in § 5 ausdrücklich die Abführung des Bruttoerlöses mit 60 Prozent an den Gläubiger bestimmt.

Eines der neueren Urteile des RG. aber vom 15. Juni 1911 in JW. 1911, 762 spricht nunmehr (nachdem kurz vorher ein Urteil desselben vom 5. Mai 1911, JW. 1911, 576<sup>10</sup> die von Hoeniger aufgeworfene Frage dahingestellt gelassen hatte) mit aller wünschenswertesten Deutlichkeit die grundsätzliche Möglichkeit der Sicherungsübereignung von Warenlagern aus: In dem fraglichen Falle war vereinbart, daß der Veräußerer des Warenlagers als Verwahrer für den Erwerber besitzen und die Berechtigung haben solle, zum Betriebe des Geschäftes von den Waren zu verkaufen mit der Verpflichtung, die entnommenen Waren durch andere zu ersetzen. Das RG. stellt die Gültigkeit dieses Vertrages nicht in Zweifel, erörtert vielmehr lediglich die Frage, wie die Ersatzwaren gültig in das Eigentum des Erwerbers gelangen könnten. Dabei bestätigt es die Gültigkeit des von den Vertragsparteien hierfür gewählten Modus (f. u.).

Aus dieser Entscheidung in Verbindung mit derjenigen des RG. vom 24. Juni 1911, RG. 77, 210 (vgl. auch RG. 3. Januar 1911 in JW. 11, 324) wird man somit folgern müssen, daß grundsätzlich die Sicherungsübereignung von Warenlagern durch Vereinbarung eines mittelbaren Besitzverhältnisses möglich ist, sofern nur die Eigentumsverhältnisse auch äußerlich durch eine räumliche Absonderung kenntlich gemacht sind (selbstverständlich ohne daß dadurch dem Erwerber der unmittelbare Besitz eingeräumt würde).

Ob diese äußerliche Kenntlichmachung auch theoretisch unumgänglich nötig ist, kann füglich bestritten werden. Ist sie aber erfolgt, so ist jedenfalls nach der heutigen Rechtsprechung des RG. die Sicherungsübereignung möglich.

Dieses mittelbare Besitzverhältnis kann nun denkbar verschieden sein. Auscheiden wird aus den bereits erwähnten Gründen jedoch die Vereinbarung einer Kommission, einer Miete oder einer Leihe. Möglich ist dagegen einmal, neben der Vereinbarung eines Dienstvertrages, nach welchem der Übereignende künftig als Angestellter des Erwerbers handelt, die Vereinbarung einer Verwahrung. Die Veräußerungsbefugnis des früheren Eigentümers widerspricht nicht dem Begriff der Verwahrung. Wenigstens ist nicht einzusehen, weshalb nicht ein Verwahrer auch die Befugnis erhalten könnte (in eigenem oder des Hinterlegers Namen), bei sich bietender Gelegenheit

die Ware zu veräußern. Das RG. hat dies auch in dem Urteil vom 15. März 1910 (Schäfer S. 23) anerkannt. Der gleichen Ansicht ist Salinger a. a. O. S. 442.

Denkbar ist ferner auch ein Innominatkontrakt, durch welchen ein konkretes, bestimmtes, obligatorisches oder dingliches Rechtsverhältnis vereinbart wird, das ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des unmittelbaren Besitzers begründet. Ungenügend ist dagegen ein abstraktes Besitzkonstitut (vgl. Schäfer S. 27). Insbesondere kommt ein Vertrag in Frage, laut dessen der Veräußerer für den Erwerber besitzt und veräußert und den Erlös eventuell nach Abzug einer Quote zur Deckung der Geschäftskosten, persönlichen Bedürfnisse usw. des Veräußerers als Amortisation seiner Schuld an den Erwerber abführt. (Vgl. OLG. Rostock vom 6. Juli 1910, SeuffA. 66, 102 und RG. vom 21. Mai 1909, Recht 1909 Nr. 1998. Das OLG. Kiel hält in seinem Urteil vom 29. November 1909, SchlHollstAnz. 1910, 17 [Schäfer S. 35] sogar für genügend, wenn verabredet sei, daß der Übereignende den Erlös für sich verwenden dürfe, dafür aber das Lager durch Neuausschaffungen in gleichem Werte zu erhalten habe.)

3. Wie gestaltet sich nun der Übergang des Eigentümers an den Ersatzstücken auf den Erwerber?

In dieser Hinsicht sind zwei Möglichkeiten denkbar, sieht man von den praktisch bedeutungslosen Fällen ab, daß jeweils eine neue Eigentumsübertragung stattfindet, oder daß der Schuldner bei dem Erwerbe als direkter Stellvertreter des Gläubigers handelt.

Den einen faßt das vorerwähnte Formular Weisklers in § 3 ins Auge. Dieser Paragraph lautet:

„Schuldner verpflichtet sich, in gleicher Weise allen Zugang des Warenlagers dem Gläubiger zur Sicherung zu übereignen. Er ist ermächtigt, bei Abschluß des dazu notwendigen Vertrages den Gläubiger zu vertreten und zugleich in eigenem Namen aufzutreten. Der Vertrag kommt zustande durch einen auf die Faktura zu sendenden Vermerk folgenden Inhalts: Diese Waren werden hiermit Herrn Gottlieb Dehmischen in Halle zur Sicherung wegen der im Vertrage vom 12. Juli 1912 verschriebenen Forderungen übereignet. Mit dem heutigen Tage geht das Eigentum auf ihn über und werden die Stücke in meiner Hand Kommissionsgut. Diese Erklärungen gebe ich ab im eigenen Namen und auf Grund der im Vertrage mir erteilten Vollmacht auch im Namen des Herrn Dehmischen.

Halle a. S., den . . . 19.. Franz Kulicke.“

Weiskler schließt sich in dieser Hinsicht einer Anregung in dem Urteil des RG. vom 3. Januar 1903, DZS. 1903, 153 an. Die in diesem Urteil erforderte äußerliche Kenntlichmachung des Handelns des früheren Eigentümers mit sich selbst als Vertreter der jetzigen Eigentümer gemäß § 181 BGB. scheint in der von Weiskler vorgeschlagenen Art und Weise praktisch (Verwendung eines Gummistempels durch den Schuldner zum Ausdruck der entsprechenden Willenserklärung auf die Faktura) durchaus möglich. Sie wäre auch dadurch zu erreichen, daß der Schuldner dem Gläubiger jeweils in bestimmten Zwischenräumen die angeschafften Ersatzstücke aufgibt oder daß er das Warenlager, soweit es übereignet ist, von dem sonstigen Lager räumlich



getrennt hält (wohlgemerkt wiederum, ohne daß etwa der Gläubiger durch diese Trennung den unmittelbaren Besitz erhielte), und in diesen Raum die Ersatzstücke einbringt.

Geschieht dies, so ist nach den Urteilen des RG. vom 21. März 1906 (Schäfer S. 38/39) und vom 15. Juni 1911, JW. 1911, 762) ein Selbstkontrahieren im Sinne von § 181 nicht einmal für erforderlich zu erachten. Das RG. hält vielmehr — dies ist der zweite Weg — diese Aufgabe bzw. Einbringung in Verbindung mit der bereits durch den ursprünglichen Vertrag getroffenen dinglichen Einigung für genügend, um den Eigentumsübertrag zu vermitteln und äußerlich kenntlich zu machen. (Zustimmend Salinger a. a. D. S. 440 und Hirsch, die Ersatzstücke bei Sicherungsübereignung von Inventar und Warenlager, DVB. 1911, 1383.)

Für die Ersatzwaren gilt dann ganz das gleiche mittelbare Besitzverhältnis wie für die bereits vorhandenen Waren auch.

4. Besonderer Erörterung bedarf noch die Frage, ob die Sicherungsübereignung von Warenlagern bzw. wann sie gegen die guten Sitten verstößt.

Daß die Sicherungsübereignung eines Warenlagers unter allen Umständen gegen die guten Sitten verstöße, davon kann sowohl aus allgemeinen Erwägungen als auch unter Zugrundelegung der Literatur und Rechtsprechung keine Rede sein.

Es steht zwar fest, daß die Sicherungsübereignung regelmäßig in einem Stadium erfolgt, in welchem ohne dieses Hilfsmittel der Geschäftsbetrieb nicht aufrechtzuerhalten wäre. Und es steht weiter fest, daß deshalb naturgemäß die Absicht des Abereignenden in einer großen Zahl von Fällen dahin geht, einen Gläubiger vor den anderen zu bevorzugen. Ferner liegt es in der Natur der Sache, daß durch die Sicherungsübereignung gegenwärtige und zukünftige Gläubiger, sei es beabsichtigt oder unbeabsichtigt, außerordentlich häufig geschädigt werden, weil sie nach außen mehr oder weniger nicht erkennbar ist.

Wenn diese Tatsachen genügen nur dann, um das Rechtsgeschäft als gegen die guten Sitten verstößend erscheinen zu lassen, wenn die Absicht, die den Abereignenden zu seinem Vorgehen veranlaßt, unter Berücksichtigung der Auffassung aller „billig und gerecht Denkenden“ sittenwidrig ist.

Davon kann für den Regelfall der Sicherungsübereignung nicht gesprochen werden. Wie Weißler in DNotB. 1911, 547 zutreffend ausführt, ist das ökonomisch Verfehlte nicht die Kreditform, die in der Sicherungsübereignung liegt, sondern die Lage selbst, die den Abereignenden zwingt, zu betriebl. Kredit zu greifen. Es ist selbstverständlich nicht ökonomisch richtiger für den in eine mißliche Vermögenslage Geratenen, zugrunde zu gehen, als sich durch diesen Kredit über Wasser zu halten. Ebenwenig ist das erstere auch moralischer als das zweite.

In Theorie und Praxis ist denn auch, so sehr man sich über die Gefahren der Sicherungsübereignung von Warenlagern einig ist (vgl. z. B. Hoeniger, Dertmann, Salinger [insbesondere S. 443 ff.], Schmitt, Möller a. a. D.), nicht die Meinung zu finden, daß diese Rechtsgeschäfte schlechthin sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB. seien.

Die vorliegenden Entscheidungen des RG. vom 5. Mai 1911 (JW. 1911, 576<sup>10</sup>), 24. Juni 1911 (RG. 77, 210) und 24. Januar 1912 (Schäfer S. 36), des OLG. Breslau, BreslauA.R. 1910, 23 Nr. 6 (Schäfer S. 37) und des OLG.

Kiel vom 15. Februar 1911 (SchlHofstAnz. 1912, 53 Nr. 6, vgl. Schäfer S. 37) betreffen konkrete Fälle. Es ist das für ihre Beurteilung wesentlich.

Das RG. z. B. nimmt in den genannten Entscheidungen dann eine gegen die guten Sitten verstößende Handlungsweise an, wenn der Schuldner sein ganzes Geschäftsvermögen (Fabrikeinrichtung, Rohstoffe, Warenlager und sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Ausstände) veräußert oder wenn der Abereignende und der Erwerber in dem Bewußtsein handeln, daß andere gegenwärtige oder zukünftige Gläubiger durch die Verheimlichung des Sicherungsverhältnisses geschädigt werden (vgl. auch Salinger a. a. D. S. 449/50, der ausdrücklich darauf hinweist, daß mit dem Tatbestand der Anfechtung die Anwendung des § 138 grundsätzlich nicht vereinbar sei) oder wenn endlich die vereinbarten Bedingungen dem Schuldner eine gedeihliche Fortführung des Geschäfts unmöglich machen, ihn „wirtschaftlich knebeln“. Der Standpunkt der OLG. Breslau und Kiel, die in den genannten Entscheidungen in der Verheimlichung der Abereignung eine Verletzung der sittlichen und rechtlichen Pflichten gegenüber den Geschäftsfreunden erblicken und deshalb die Abereignung für sittenwidrig und nichtig halten, erscheint als irrig. Die Sittenwidrigkeit ist nur aus den vertraglichen Beziehungen des Abereigners und des Erwerbers zu entnehmen. Die Verletzung von Pflichten gegenüber Geschäftsfreunden kann deshalb eine Sittenwidrigkeit nur dann begründen, wenn die Pflichtverletzung diese vertraglichen Beziehungen in irgendeiner Weise beeinflusst haben. Das schließt natürlich nicht aus, daß die Verheimlichung der Sicherungsübereignung einem Dritten gegenüber seitens des Schuldners die Beziehungen des Schuldners zu diesem Dritten beeinflussen (vgl. dazu insbesondere RG. vom 3. Januar 1911 in JW. 1911, 324 und vom 18. Mai 1911 in JW. 1911, 650). Es folgt daraus aber nicht die Nichtigkeit der Abereignung.

Dieser Grundsatz der sittlichen Indifferenz der Sicherungsübereignung von Warenlagern in abstracto muß sowohl für den bedenkl. Fall gelten, daß die Sicherungsübereignung erfolgt zur Deckung alter Schulden, als auch noch viel mehr für den Fall, daß ein Warenlager für ein neu zu gewährendes Darlehen übereignet wird. Zumal, wenn die Aufnahme des Darlehens nicht geschieht, um das Unternehmen vor dem Zusammenbruch zu bewahren, sondern um ihm Betriebskapital zuzuführen, und hierfür in reeller Weise dem Darlehensgeber eine Sicherung für seine Forderung durch Abereignung des Lagers mangels anderer zur Sicherheit geeigneter Objekte oder mangels Bürgschaften gewährt wird.

### „Franko“ und „frachtfrei“.

Von Rechtsanwalt Zander, Danzig.

In den Kommissionsberatungen, die der Schaffung des Art. 345 A.D.G.B. zugrunde liegen, stießen die Gesetzgeber auf den Widerspruch, der sich über die Bedeutung der Abrede über die Transportkosten zwischen der Rechts- und Handelspraxis herausgebildet hatte. In der Kommission schien die kaufmännische Auffassung, gestützt auf die Gutachten der Handelskammern,



zunächst den Sieg davontragen zu sollen. Es stand der Antrag zur Beratung, dem Artikel folgenden Wortlaut zu geben:

„Hat der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen, so liegt hierin, wofern nichts anderes vereinbart wurde, die Übernahme der Gefahr bis zur Ablieferung.“

Der Referent hatte Bedenken gegen diese Fassung. Seine Ausführungen, die unwidersprochen blieben, sind insofern von Bedeutung, als er bereits als feststehend unterstellte, daß die Klausel „franko loco“ im Gegensatz zur Abrede über die Transportkosten („frachtfrei“) den Sinn hat, daß der Verkäufer bis zu dem Orte, zu dem franko zu liefern ist, die Gefahr des Transports zu tragen hat. Er führte aus (Prot. S. 1382):

„Man müsse unterscheiden, ob die Lieferung an einem bestimmten Orte oder an dem Wohnorte des Käufers als Erfüllungsorte (franko loco) vereinbart, oder vom Verkäufer nur die Zahlung der Fracht übernommen sei. Im ersten Falle — also bei franko loco — sei die Ware erst am Orte des Käufers anzuliefern, und erst dann gehe auch die Gefahr auf den Käufer über; dagegen liege in der Übernahme der Zahlung der Fracht, die durch mancherlei Verhältnisse herbeigeführt werden könnte, keineswegs eine von der regelmäßigen abweichende Bestimmung des Erfüllungsorts.“

Es wurde darauf beantragt, den Rechtsatz dahin einzuschränken, daß er nur bei Übernahme sämtlicher Transportkosten, insbesondere Fracht, Zölle usw., gelten solle, und es wurde weiter verlangt, daß dies durch die beizufügenden Worte „franko loco“ verdeutlicht werden sollte.

Die Fassung des Artikels in dieser Form wurde abgelehnt, vermutlich, weil es bei dem feststehenden Sinne der Abrede „franko loco“ eines Rechtsatzes nicht bedurfte. Es wurde vielmehr der spätere Art. 345 lediglich in der folgenden Fassung angenommen:

„Daraus, daß der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen hat, folgt für sich allein noch nicht, daß der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als Ort der Erfüllung gilt.“ (Prot. 1387.)

Damit war der erste Antrag, der über die Abrede „franko loco“ hinaus bei jeder Übernahme der Transportkosten die Verlegung des Erfüllungsorts nach dem Bestimmungsorte bezweckte, beseitigt.

Die gesamte Rechtsprechung folgert aus dieser Entstehungsgeschichte des Art. 345, daß die Klausel „franko loco“ zu den Frachtabreden gehöre, die lediglich die Übernahme der Transportkosten bis zu einem bestimmten Orte bedeute und deshalb nach Art. 345 zu beurteilen sei. Nur dort, wo noch andere Umstände hinzukommen, die den Schluß rechtfertigten, daß nach Ansicht der Vertragsschließenden der Bestimmungsort Erfüllungsort sein sollte, hat man der Abrede „franko“ die Bedeutung zuerkannt, daß durch sie die Tragung der Gefahr bis zum Bestimmungsorte bei dem Verkäufer geblieben sei. Z. B. RDHG. 6, 106, wo Garantie für die rechtzeitige Ankunft übernommen war, Verkäufer die Ware auf sein Konto versichert hatte und in der Faktura der Vermerk fehlte, daß die Ware auf Gefahr des Käufers abgesandt war.

Vgl. auch RDHG. 10, 176; 11, 314; 12, 31; 14, 168; 16, 16.1)

Die Verhandlungen, die zur Schaffung des Art. 345 führten, bieten zu dieser Auffassung keine Veranlassung. Die Entstehungsgeschichte liefert im Gegenteil den Beweis, daß der Gesetzgeber von dem feststehenden Inhalte der Klausel „franko loco“ ausgegangen ist und eine Änderung nicht herbeiführen wollte. Nur die andern Frankaturabreden wie „frachtfrei“, „waggonfrei“ usw. wollte er der Klausel „franko loco“ nicht schlechthin, sondern nur unter ganz besonderen dem Vertrage zu entnehmenden Umständen gleichgestellt sehen.

Noch einmal hatte der Gesetzgeber Gelegenheit, diese für die Praxis des Handelsverkehrs bedeutsame Streitfrage zu erledigen, als es galt, den § 269 BGB. neu zu schaffen. Nach dem Inhalt der Materialien scheint die Streitfrage indessen nicht angeschnitten, sondern nur erwogen worden zu sein, ob es sich empfiehlt, den in Art. 345 Abs. 2 Satz 2 RDHG. ausgesprochenen Gedanken zu verallgemeinern. Dem wurde allseitig zugestimmt und dem § 230a des I. Entwurfs folgende Fassung gegeben: (Prot. I 307)

„Daraus allein, daß der Schuldner die Kosten der Übersendung übernommen hat, folgt nicht, daß der Ort, an welchem die Versendung geschieht, der Leistungsort ist.“

Die Bestimmung ist dann mit lediglich redaktionellen Änderungen als Abs. 3 in den § 269 BGB. aufgenommen worden. Die Rechtsprechung erblickt in § 269 BGB. eine neue Handhabe, unter gleichbedeutender Verwendung der Klauseln „franko“ und „frachtfrei“ Handelsgebräuche, die sich entgegen dem § 269 gebildet haben sollten, als unbeachtlich zurückzuweisen. (So besonders OLG. Königsberg in PostMSchr. 1910, 161; siehe auch RG. 68, 76; OLG. 3, 92 u. a. m.; Albrecht in Warenagent 1912, 51). Auch die gesamte Literatur steht auf dem gleichen Standpunkte.<sup>2)</sup>

Es ist von hohem Interesse, zu beobachten, wie selbst die übereinstimmende Rechtsprechung der höchsten Gerichte nicht imstande gewesen ist, den durch Überlieferung und Übung gefestigten Sinn der Franko-Klausel zu alterieren. Trotz der enormen Schäden, die dem einzelnen aus der herrschenden Rechtsprechung entstehen können, verharrt fast die gesamte Handelswelt auf ihrem abweichenden Standpunkte. Sie bleibt dabei, daß bei der Abrede „franko loco“, im Gegensatz zur Abrede „frachtfrei“ der Verkäufer die Gefahr bis zum Bestimmungsorte zu tragen hat.

Die folgende Übersicht amtlicher Befundungen der Handelsvertretungen wird das veranschaulichen:

„Die Bedeutung der Bedingung ‚franko Bestimmungsort‘ ist für die verschiedenen Waren und häufig auch für die verschiedenen Versendungsarten derselben Ware verschieden. Wenn z. B. Getreide franko

1) Weiteres Entscheidungsmaterial in meinem Aufsatz: „Klauseln im Handelsverkehr.“ S. 32 fg.; Gruchot Bd. 49.

2) Abweichend nur Stahl in GoldschmidtsZ. 18, 395 unter Bezugnahme auf Urteile des Ostpr. Obertribunals in BuschsA. 2, 181 und des Hofgerichts Darmstadt daselbst 22, 371. Ebenso Anschütz daselbst 14, 92, der bei Besprechung der Hallenser Usancen über Mineralöle erklärt, daß „franko Stuttgart“ bedeute: „franko in Stuttgart lieferbar“.



Berlin gekauft wird, so gilt Berlin als Erfüllungsort für die Lieferung, gleichviel auf welchem Wege der Transport erfolgt. Soll das Risiko des Transports zu Lasten des Käufers gehen, so darf der Verkäufer nicht 'franko Berlin', sondern er muß 'frachtfrei Berlin' verkaufen.

Dagegen findet z. B. beim Bahnbezug von Kohlen eine Unterscheidung der Bedingung frachtfrei und franko nicht statt." (Gutachten der Ältesten von Berlin 4. März 1910. Apt II, 41).

Für den Getreidehandel gilt dieser Handelsgebrauch für fast alle maßgeblichen Handelsplätze.<sup>3)</sup>

Ganz allgemein ist im § 19 der Usancen für den Hamburger Warenhandel bestimmt:

"Ist bedungen, daß eine Ware 'frei' ('franko') eines bestimmten Orts geliefert werden soll, so gilt der Lieferungsort als Erfüllungsort.

Ist eine Ware 'frachtfrei' eines bestimmten Orts verkauft, so bleibt der Absendungsort der Erfüllungsort." (Lenkfeld S. 154.)

Ebenso für den Königsberger Handel:

"Ganz allgemein besteht der Handelsgebrauch, daß bei Frankolieferung der Verkäufer außer der Fracht auch die Gefahr des Transports der Ware bis zur Ablieferung an den Besteller trägt, daß bei frachtfreier Lieferung dagegen der Verkäufer nur die Fracht, nicht aber auch die Gefahr des Transports zu tragen hat." (Gutachten vom 11. Oktober 1906, Rahane 37 Nr. 100.)

Für den Kartoffelhandel bestimmt § 2 der Berliner Usancen (Dove-Meyerstein II, 406):

"Ist 'ab einer Station' (Verladestelle) oder 'frachtfrei' nach einem Orte verkauft, so trägt der Käufer die Versendungsgefahr. Ist dagegen 'frei' ('franko') nach einem Orte verkauft, so trägt der Verkäufer die Versendungsgefahr bis zu diesem Orte."

Ferner: "Im Kartoffelhandel bedeutet die Klausel 'franko Berlin' handelsüblich, daß Erfüllungsort Berlin ist, und der Absender die Transportgefahr trägt." (Daselbst II, 65 Nr. 247.)

Im Holzhandel hat die "Franko-Abrede" den handelsgebräuchlichen Inhalt, daß der Verkäufer die Transportgefahr bis zum Bestimmungsorte trägt.

§ 4 der Geschäftsbedingungen im Breslauer Holzhandel:

"Bei vertragsmäßigen Lieferungen 'franko einer Station' hat der Verkäufer die Transportgefahr bis zum Bestimmungsorte zu tragen."

Ferner Gutachten vom 29. Oktober 1901: Riesenfeld II (Nr. 178 S. 59).

"Bei Holzverkäufen aus dem Auslande, das 'frei Breslau' zu liefern ist, gilt nach Handelsgebrauch Breslau

derart als Erfüllungsort, daß der in Breslau wohnende Käufer die Gefahr des im Auslande begonnenen Transports nicht zu tragen und für das in Breslau festgestellte Risiko nicht ohne weiteres einzustehen hat."

"Im Königsberger Holzhandel besteht der Ortsgebrauch, daß beim Verkauf 'franko Bestimmungsort' der Verkäufer die Gefahr des Transports zu tragen hat." (Rahane 34 Nr. 90)

Für den Weichsel-Holzhandel gilt seit 1905 § 61 der Usancen:<sup>4)</sup>

"Bei Verkauf 'frei X' oder 'franko X' ist X Erfüllungsort.

Bei Verkauf 'frei oder franko Waggon X' ist der Abladeort auch der Erfüllungsort, jedoch trägt der Verkäufer die Kosten der Versendung bis X."<sup>5)</sup>

Wichtig ist hierbei der Unterschied, der in der Bedeutung der Klauseln "franko X" und "franko Waggon X" liegt. Der Zusatz "Waggon" läßt erkennen, daß die Parteien lediglich eine Abrede über die Transportkosten treffen wollen.<sup>6)</sup>

Auch für weitere Warengattungen gilt das gleiche:

"Nach Berliner Handelsgebrauch trägt im Heuhandel der Verkäufer die Gefahr der Beförderung, wenn 'frei Empfangstation' verkauft ist. Dieser Brauch besteht im ganzen Königreich Preußen." (Apt. II 197 Nr. 1.)

Eierhandel:

"Ist 'frei Wohnsitz des Käufers' zu liefern, so ist die Gefahr des Transports und des Frostes vom Verkäufer zu tragen." (Apt. II 150, Nr. 9.)

"Einen Handelsgebrauch des Inhalts, daß der Wohnort des Käufers zugleich auch als Erfüllungsort für den Verkäufer gilt, haben wir beim Eierhandel nur im Geschäftsverkehr mit Ausländern und nur für den Fall feststellen können, daß Lieferung 'franko' Wohnort des Käufers bedungen ist." (Riesenfeld II 30 Nr. 82.) (Ebenso für den Butterhandel im Verkehr mit dem Auslande. Daselbst Nr. 80.)

Künstliche Düngemittel:

"Die Verkehrsauffassung im Handel mit künstlichen Düngemitteln erblickt in der vereinbarten Lieferungsbedingung 'franko' Empfangstation zugleich den Ausdruck der vertragsmäßigen Übernahme der Transportgefahr durch den Verkäufer, also auch die Gewährleistung für die gute Ankunft der Ware an der Empfangstation." (Gutachten vom 20. Juni 1906, Riesenfeld II 59 Nr. 176.)

Ferner § 19 der Magdeburger Usancen für den Handel mit künstlichen Düngemitteln (Gutsche und Behrend S. 43):

"Ist Lieferung 'frachtfrei' nach einer benannten Station vereinbart, so hat der Verkäufer die Fracht bis

<sup>3)</sup> Vgl. Lenkfeld, Hamburgisches Börsenhandbuch 8. Aufl. § 19 S. 154; Apt, Berliner Handelsgebräuche II 162 Nr. 6 und S. 798, 743, 760, 795 für Kleie, Malz, Mehl, Sämereien; für Brauereierste, S. 309. Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche II Nr. 83 S. 31; Gutsche und Behrend, Magdeburger Handelsgebräuche § 9 S. 10, 11; Rahane, Königsberger Handelsgebräuche Nr. 97 S. 35; Zander und Fehrmann, Danziger Handelsgebräuche. 2. Aufl. S. 62, 63 u. a. m.

<sup>4)</sup> Lantz, Holzproduktion, Holzverkehr und Holzhandelsgebräuche 1907 S. 166.

<sup>5)</sup> Übereinstimmend § 10 der Bromberger Usancen daselbst S. 174.

<sup>6)</sup> Zander und Fehrmann II. Aufl. (85 Nr. 1; DLG. Naumburg in DLG. 22, 39; JW. 99, 261; Scuffl. 63, 355; RDG. 8, 284; 23, 135; DLG. Hamburg, DJZ. 1902, 56.)



zu der genannten Station zu tragen . . . Die Transportgefahr trägt der Käufer.

Ist Lieferung ‚franko‘ nach einer benannten Station vereinbart, so hat der Verkäufer die Sendung zu frankieren. Die Transportgefahr trifft den Verkäufer.“

#### Linsehandel:

„Wenn Linsen von Thorn nach Danzig verkauft sind, so hat die Bedingung ‚bahnfrei Danzig‘ lediglich die Bedeutung, daß der Verkäufer die Frachtkosten zu tragen hat. Eine Verlegung des gesetzlichen Erfüllungsorts für die Lieferung von Thorn nach Danzig wird dadurch nicht bedingt. Es ist der Abwicklung des Geschäfts deshalb auch Thorner Arbitrage zugrunde zu legen. Ist dagegen der Verkauf ‚franko Danzig‘ erfolgt, so bedeutet diese Bedingung über die Abmachung, daß der Verkäufer die Fracht zu tragen hat, hinaus noch, daß an Stelle des gesetzlichen Erfüllungsorts für die Lieferung (Thorn) als Erfüllungsort Danzig tritt, und daß demgemäß auch für die Abwicklung des Geschäfts Danziger Arbitrage maßgebend ist. (Danziger Gutachten vom 30. Oktober 1912.)“

Damit ist das Gutachtenmaterial über die Frankaturklauseln keineswegs erschöpft. Die Aufzählung wird indessen genügen, um die übereinstimmende Auffassung des Handelsstandes über den Inhalt der Franko-Abrede im bewußten Gegensatz zur Abrede „frachtfrei“ darzutun. Der Vertragswille der Parteien, der für die richterlichen Entscheidungen maßgebend ist, findet in den Gutachten berechneten Ausdruck. Die Rechtsprechung wird nicht umhin können, diesen Vertragswillen als *suprema lex* zu beachten und den zukünftigen Entscheidungen zugrunde zu legen.

### Ist der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft berechtigt, im eigenen Namen kraft eigenen Rechts auf Leistung an alle Gesellschafter zu klagen?

Von Rechtsanwält Dr. Fraenkel, Hannover.

Das RG. hat in seiner Entscheidung im 70. Band S. 32 ff. diese Frage bejaht und hat die Klage eines einzelnen Gesellschafters auf Leistung an alle ohne besondere Bevollmächtigung des Gesellschafters für zulässig erklärt. Gegen die Richtigkeit dieser Entscheidung bestehen erhebliche Bedenken.

Das RG. hält die Anwendung des § 432 BGB. für geboten. Der Grundsatz, daß bei unteilbarer Leistung jeder Berechtigte Leistung an alle Berechtigte fordern könne, sei auf das Rechtsgebilde der gesamten Hand, die Gesellschaft, selbst dann anwendbar, wenn der Gegenstand der der Gesellschaft geschuldeten Leistung an sich ein teilbarer sei. Denn da bei der Gesellschaft kein Gesellschafter über seinen Anteil verfügen, und da der Schuldner nur an alle Gesellschafter leisten könne, stelle sich die Leistung rechtlich als eine unteilbare dar. Diese Folge sei für die Miterbengemeinschaft nur aus Zweckmäßigkeitsgründen noch ausdrücklich im § 2039 BGB. ausgesprochen worden, obwohl sie als ohnedies im Wesen der

gesamten Hand begründet und als bereits in der Allgemeinbestimmung des § 432 BGB. enthalten angesehen worden sei.

Gegen diese Begründung hat sich ausführlich das OLG. Cassel (SeuffArch. 63 Nr. 163) gewandt und dargetan, daß die Bestimmung des § 2039 BGB. nicht für das RG. spricht. Gerade weil man der Meinung gewesen wäre, daß der § 432 nicht notwendig anzuwenden sei, wenn die der Erbengemeinschaft zustehende Aktivforderung in einer Geldforderung, also einer teilbaren Leistung bestehe, habe man eine besondere Bestimmung darüber in das Gesetz aufgenommen. Eine Heranziehung des § 2039 BGB. ist nach Ansicht des OLG. Cassel auch weiter bedenklich, da nach § 2039 BGB. ein Miterbe über seinen Anteil verfügen kann, nicht dagegen ein Gesellschafter (§ 719 BGB.).

Die herrschende Meinung in der Literatur scheint auch auf einem dem RG. entgegengesetzten Standpunkt zu stehen (vgl. Emmeccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. und 5. Aufl. Bd. II § 312 II 2b und Anm. 4, § 319 II B Anm. 6; Vertmann zu § 718 I c; Staudinger zu § 714 IV S. 1294, zu § 432 II S. 520; Planck zu § 719 Anm. 2 a. G.).

Bei der Prüfung der Frage, ob man den § 432 BGB. hier anwenden darf, ist meines Erachtens von der Stellung des § 432 im System der §§ 420 bis 432 BGB. auszugehen. Bei der Mehrheit von Gläubigern, wie sie das BGB. im 6. Abschnitt des 2. Buches geregelt hat, sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden:

1. der Fall der Gesamtgläubigerschaft und
2. der der Teilgläubigerschaft.

Bei der Gesamtgläubigerschaft hat jeder Gläubiger das Recht, die ganze Leistung an sich zu fordern, bei der Teilgläubigerschaft ist jeder Gläubiger zu einem Teile berechtigt.

Bei der Teilberechtigung wiederum sind zwei Fälle denkbar:

Ist die Leistung, an der jeder Gläubiger zu einem Teile berechtigt ist, teilbar, so kann jeder Gläubiger seinen Teil geltend machen (§ 420 BGB.). Ist dagegen die Leistung, an der jeder Gläubiger zu einem Teile berechtigt ist, unteilbar, so entstehen praktische Schwierigkeiten:

Der einzelne Gläubiger kann wegen der Unteilbarkeit der Leistung seinen Teil, auf den er ein Anrecht hat, nicht einklagen, also müßten eigentlich stets alle Gläubiger zusammen klagen. Um die daraus z. B. bei Weigerung des einen Gläubigers sich ergebenden Unzuträglichkeiten zu vermeiden, hat das Gesetz im § 432 eine Sonderregelung getroffen. Der § 432 läßt für diesen Fall zu, daß jeder Gläubiger die Leistung an alle oder die Hinterlegung für alle fordert. Also nur wegen der Natur der Leistung gestattet das Gesetz diese Klage des einen auf Leistung an alle. Sobald sich die unteilbare Leistung in eine teilbare verwandelt hat, z. B. die Leistung einer Spezies in eine Schadenersatzleistung, kann jeder Gläubiger nach der Regel des § 420 seinen Teil einklagen.

Überblickt man danach das System des 6. Abschnitts im Recht der Schuldverhältnisse, so ergibt sich, daß der § 428 die Gesamtgläubigerschaft, die §§ 420 und 432 die Teilgläubigerschaft regeln. Dagegen findet sich in diesem Abschnitt keine Regelung einer dritten Art der Beteiligung mehrerer Personen an einer Forderung, nämlich der gesamten



Hand. Die Regelung der Gesamthandsforderung ergibt sich aus den besonderen Bestimmungen bei der Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB., §§ 105 ff. HGB.). Die Gesamthandsforderung ist wissenschaftlich richtig nicht im 6. Abschnitt unter dem Titel „Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern“ geregelt worden, weil es sich hierbei gar nicht um eine Mehrheit von Gläubigern handelt, vielmehr die an der Gesamthand Beteiligten gar nicht als Einzelpersonen in Frage kommen, sondern als Einheit in der gesamten Hand zusammengefaßt sind. Wie die Geltendmachung der Gesamthandsforderung zu erfolgen hat, kann daher auch gar nicht aus irgendeiner der Bestimmungen der §§ 420 ff. entnommen werden. Ganz abwegig erscheint es vor allem, den § 432, der die unteilbare Leistung bei der Teilgläubigerschaft regelt, für die gesamte Hand heranzuziehen, sei es direkt, sei es im Wege der Analogie. Denn die Konstruktion eines tertium comparationis zwischen der auf eine unteilbare Leistung gerichteten Forderung mehrerer und der Gesamthandsforderung, das das RG. in einer wirtschaftlichen bzw. rechtlichen Unteilbarkeit sieht, ist schief. Während bei der gewöhnlichen Mehrheit von Gläubigern (der Teilgläubigerschaft) die Anwendung des § 420 oder des § 432 sich lediglich nach der Natur der Leistung richtet, ist die Behandlung der Gesamthandsforderung hiervon ganz unabhängig. Ob eine teilbare oder unteilbare Leistung in Frage steht, ist gleichgültig. Die besondere Behandlung der Gesamthandsforderung folgt eben — und das ist ein ganz wesentlicher Unterschied von der Teilgläubigerschaft — nicht aus der Natur des Objekts, sondern des Subjekts:

„Das Wesen der Gesamthandsforderung darf nicht dahin bestimmt werden, daß der einzelne Gläubiger im Grunde doch nur den Bruchteil der Leistung zu fordern habe und nur nach positiver Vorschrift nicht über seine Teilforderung verfügen könne“ (Enneccerus § 312 I 1), vielmehr steht das Forderungsrecht selbst (nicht nur die Ausübung) lediglich allen Gläubigern zusammen zu, so daß eine Abtretung, Verpfändung, Kündigung, Geltendmachung durch Klage usw. nur allen zusammen möglich ist. Wenn daher § 2039 BGB. bei der Erbengemeinschaft jedem einzelnen Miterben das Recht gegeben hat, zu verlangen, daß an alle geleistet wird, so ist das nicht etwa eine schon aus § 432 BGB. sich ergebende Folge, sondern eine aus praktischen Gründen gemachte Ausnahme vom Gesamthandprinzip. Die Protokolle (V S. 864 ff.) begründen diese Regelung damit, daß die übrigen Miterben geradezu schutzlos wären, wenn sie kein individuelles Klagerrecht hätten, da ja ein einzelner Genosse sich weigern könne, sich an der Geltendmachung des gemeinschaftlichen Anspruchs zu beteiligen.

Abgesehen davon nun, daß die analoge Anwendung einer Ausnahmebestimmung überhaupt bedenklich erscheint, ist für eine solche analoge Anwendung des § 2039 BGB. bei der Gesellschaft als einer gewollten Gesamthand kein Bedürfnis vorhanden. Die §§ 709 ff. BGB. regeln im einzelnen die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die §§ 125 ff. HGB. die Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Die Prozeßführung hat daher nach diesen Normen zu erfolgen. Die Verfolgung einer Gesellschaftsforderung hat durch die Vertretungsberechtigten im Namen der sämtlichen Gesellschafter bzw. unter der Firma der offenen Handelsgesellschaft zu ge-

schehen. Für die Klage des einzelnen, der vielleicht gar von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, liegt bei dieser Regelung gar kein Bedürfnis vor. Das enge Band, das sonst bei der Gesamthand die einzelnen Mitberechtigten umschließt und ihnen jedes Verfügungsrecht über den Anteil am Ganzen wie an den einzelnen Gegenständen des Gesamthandvermögens nimmt, ist überdies bei der Miterbengemeinschaft, wie schon oben berührt, durch § 2033 BGB. gelockert.

Ich halte daher die Klage eines einzelnen Gesellschafters auf Leistung an alle kraft eigenen Rechts für unzulässig.

## Die Rechte des Hypothekengläubigers an der Versicherungssumme, welche durch Eintritt des Versicherungsfalles zahlbar geworden ist, im Falle der Zwangsversteigerung.

Von Justizrat Gundlach, Berlin.

Nach § 1127 BGB. erstreckt sich bei Gegenständen, die der Hypothek unterliegen, die Hypothek auf die „Forderung gegen den Versicherer“, wenn diese Gegenstände für den Eigentümer oder Eigenbesitzer des Grundstücks unter Versicherung gebracht sind. Die dadurch für den Versicherer entstehenden Pflichten sind in §§ 100 bis 105 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag behandelt. Hier soll die Frage erörtert werden, in welcher Weise der Hypothekengläubiger seine Rechte auf die Versicherungssumme geltend zu machen hat, wenn das versicherte Grundstück zur Zwangsversteigerung gelangt, nachdem der Versicherungsfall eingetreten ist.

Nach § 1128<sup>2</sup> BGB. finden auf die Gebäudeversicherungssumme die für eine verpfändete Forderung geltenden Vorschriften Anwendung. Der Hypothekengläubiger kann danach, wenn die Hypothek fällig ist, Zahlung an sich, und wenn die Hypothek noch nicht fällig ist, Zahlung an sich und den Versicherten gemeinschaftlich verlangen. Eine Ausnahme hiervon macht § 1130 BGB. für den Fall, daß die Versicherungssumme nach den Versicherungsbedingungen zur Wiederherstellung des versicherten Gebäudes bestimmt ist.

Der Hypothekengläubiger wird ferner noch durch die Bestimmung des § 1128 Abs. 1 BGB. geschützt, inhalts deren die Versicherungssumme an den Versicherten erst dann mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger gezahlt werden kann, wenn ihm der Eintritt des Schadens angezeigt worden ist, und er innerhalb eines Monats der Auszahlung nicht widersprochen hat. Diese Bestimmung hat zur weiteren Folge, daß die Versicherungssumme auch dem Zugriffe der chirographarischen Pfandgläubiger wenigstens insoweit entzogen ist, als durch die Pfändung im Mobilien-Zwangsvollstreckungsverfahren der Hypothekengläubiger geschädigt werden würde. Letzterer ist danach befugt, gegen den Pfändungspfandgläubiger die Interventionsklage gemäß § 771 ZPO. zu erheben, und zwar — über die Bestimmung des § 865 Abs. 2 Satz 2 ZPO. hinaus — ohne daß zuvor die Beschlagnahme im Wege der Immobilien-Zwangsvollstreckung erfolgt ist. Denn darin besteht Übereinstimmung, daß es zur Geltendmachung der Rechte aus § 1128 Abs. 1 BGB. der Beschlagnahme des Grundstücks



nicht bedarf. Wohl aber bedarf es dieser zuvorigen Beschlagnahme in Ansehung derjenigen Versicherungssummen, welche für andere Gegenstände als Gebäude, z. B. Getreide, lebendes oder totes Inventar, zu zahlen sind (§ 1129 BGB.).

Es scheint danach so, als ob der Hypothekengläubiger bezüglich seiner Rechte auf die Gebäudeversicherungssumme vollkommen gesichert ist; und doch ist dies nicht der Fall. Wenn nämlich vor oder während des Zwangsversteigerungsverfahrens die Versicherungssumme fällig wird, so erstreckt sich zwar gemäß § 20 ZVG. die Beschlagnahme auch auf die Versicherungssumme, und — falls diese etwa hinterlegt ist — auf den Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle (ZB. 1910, 806). Ebenso zweifellos ist es aber, daß die Forderung gegen den Versicherer bzw. gegen den Staat durch den Zuschlag auf den Ersteher übergeht (§ 90 Abs. 2 ZVG.). Hierin liegt aber ein bedenkliches Gefahrmoment für den Hypothekengläubiger. Dieser hat keinen unmittelbaren Einfluß auf die Höhe des Meistgebots; er kann nur mittelbar durch Mitbieten das Meistgebot steigern; hierzu fehlen ihm aber oft die Mittel. Fällt seine Hypothek durch den Zuschlag aus, so muß er es ohnmächtig mitansehen, daß der Ersteher auch die Versicherungssumme einstreicht, die dem ausgefallenen Hypothekengläubiger — als Trost für die durch den Brand eingetretene Wertminderung — bis zum Zuschlag haftete. Dieses Ergebnis ist so unerfreulich, daß man untersuchen muß, ob es eine Möglichkeit gibt, dem Hypothekengläubiger auch für diesen Fall und über den Zuschlag hinaus das Pfandrecht an der Versicherungssumme zu erhalten. Und diese Möglichkeit ist in der Tat gegeben.

Die „Forderung gegen den Versicherer“ kann wie jede andere auch im Mobiliar-Zwangsvollstreckungsverfahren gepfändet werden. Der Hypothekengläubiger, dessen Hypothek durch den Brand gefährdet ist, kann gemäß § 1133 BGB. sofort Befriedigung aus dem Grundstück suchen. Er wird wohl immer die Möglichkeit haben, seine Hypothek für fällig zu erklären und sich einen vollstreckbaren Schuldtitel zu verschaffen. Auf Grund dieses Schuldtitels ist er in der Lage, „die Forderung gegen den Versicherer“ zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen, bevor er zur Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens übergeht. Auf Grund des § 1128 BGB. vermag er die Rechte aller chirographarischen Pfändungspfandgläubiger an der Gebäudeversicherungssumme zu beseitigen; er steht als erstpfändender Gläubiger da. Wenn nunmehr die Zwangsversteigerung erfolgt, so meldet er das Pfandrecht an der Versicherungssumme gemäß § 37 Nr. 4 ZVG. an und verhindert dadurch, daß es durch den Zuschlag erlischt. (Jaedel-Güthe Anm. 5 zu § 37 und Anm. 9 zu § 90 ZVG.). Wegen seines Ausfalls im Zwangsversteigerungsverfahren kann er nunmehr Befriedigung aus der für ihn gepfändeten Versicherungssumme suchen, obwohl seine Hypothek erloschen ist.

Dies gilt zwar auch für andere als Gebäudeversicherungen, jedoch immerhin mit einer erheblichen Einschränkung. Nach §§ 1129, 1124 BGB. ist die Verfügung über andere Versicherungssummen, also auch deren Pfändung, dem Hypothekengläubiger gegenüber wirksam, wenn sie vor der Beschlagnahme erfolgt. Der Hypothekengläubiger, welcher so vorgehen möchte,

wie vorstehend geschildert ist, muß also die Möglichkeit in Betracht ziehen, daß andere Gläubiger ihm zuvorkommen. Er wird abwägen müssen, welche Gefahr die größere für ihn ist. Entschließt er sich zum Antrag auf Zwangsversteigerung, so verhindert er dadurch zwar etwaige Mobiliarpfändungen in die Versicherungssumme; er riskiert aber, daß seine Hypothek ausfällt und die Versicherungssumme lediglich dem Ersteher zugute kommt. Solchen Pfändungen, die vor der Beschlagnahme des Grundstücks ausgebracht sind, kann er überhaupt nicht widersprechen.

Die vom Gesetzgeber zwischen Gebäudeversicherung und Versicherung anderer Gegenstände gemachte Unterscheidung ist im Interesse des Hypothekengläubigers zu bedauern. Die in den Motiven zum BGB. Bd. III S. 667 gegebene Begründung überzeugt nicht. Wenngleich wirtschaftliche Rücksichten es wünschenswert erscheinen lassen mögen, daß der Eigentümer über die Versicherungssumme für Früchte und Zubehör frei verfügen kann, so ist es doch keineswegs wünschenswert, daß seine persönlichen Gläubiger diese Versicherungssumme pfänden dürfen. Wenn überhaupt ein Dritter, so sollte doch in erster Linie der Hypothekengläubiger befugt sein, die Versicherungssumme auch der Früchte und Zubehörstücke zu seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen.

## Hypothekengläubiger und Mietzins.

Von Justizrat Bendix, Breslau.

I. Das Hypothekenrecht erstreckt sich auf den Mietzins des belasteten Grundstücks (§ 1123 Abs. 1 BGB.). Jede Beeinträchtigung des Rechts des Hypothekengläubigers gefährdet seine Sicherheit, sie hat aber darüber hinaus auch die Schädigung des Grundbesitzers zur Folge, welcher der Hypothekengelder dringend bedarf. Die gesetzlichen Vorschriften gestatten eine solche Verkümmernng des Hypothekenrechts im weitesten Umfange.

1. Die Verfügung über den Mietzins durch Rechtsgeschäft oder Zwangsvollstreckung ist dem Hypothekengläubiger gegenüber an sich wirksam, insbesondere also die Übertragung (Abtretung) und Pfändung des Mietzinses. Sie ist ihm gegenüber nur dann unwirksam, sofern eine Beschlagnahme des Mietzinses zu seinem Gunsten<sup>1)</sup> erfolgt, aber auch nur soweit die Verfügung sich auf den Mietzins für eine spätere Zeit als das der Beschlagnahme und das folgende Kalendervierteljahr bezieht (§ 1124 BGB.). Selbst diese Unwirksamkeit hört nach der bekannten Entscheidung (RGZ. 64, 415) auf, wenn die von dem Hypothekengläubiger veranlaßte Beschlagnahme wegfällt, insbesondere wenn das Zwangsverwaltungsverfahren zufolge der Zuschlagserteilung nach der Versteigerung des Grundstücks sein Ende gefunden hat, die Verfügung über den Mietzins lebt wieder auf, der neue Eigentümer des versteigerten Grundstücks muß sie nach Maßgabe der bezüglichen Vorschriften des § 57 ZVG. und

<sup>1)</sup> Die Beschlagnahme kann nur durch Zwangsverwaltung oder Pfändung des Mietzinses, nicht durch Anordnung der Zwangsversteigerung (§ 21 Abs. 2 ZVG.) erwirkt werden, der Weg der einstweiligen Verfügung ist hierbei nicht verschlossen (RGZ. 52, 138).



§ 573 Satz 1<sup>2)</sup> BGB. für das Kalendervierteljahr des Eigentumserwerbs und für das folgende noch gegen sich gelten lassen.

2. Diese gesetzlichen Vorschriften und dazu noch die Bestimmung des § 573 Satz 2<sup>2)</sup> eignen sich ebenfalls in hervorragendem Maße zu einer Benachteiligung des Hypothekengläubigers. Verschuldete oder böswillige Grundstückseigentümer treten die Mietzinsen auf Jahre hinaus ab und veräußern dann das Grundstück. Der gutgläubige Grundstückserwerber kauft dann den Mietzins des laufenden und folgenden Kalendervierteljahres ein (§ 573 Satz 1 BGB.). Erlangt aber der Erwerber vor der Auflassung und Eintragung seines Eigentums von der Verfügung über einen weiteren Zeitraum, der viele Jahre umfassen kann, Kenntnis, so besteht diese Verfügung auch ihm gegenüber in vollem Umfange seiner Kenntnis gemäß<sup>2)</sup> (§ 573 Satz 2 BGB.), der Mietzins geht ihm für die ganze Zeit der Verfügung verloren; er erleidet einen sicherlich unwiederbringlichen Schaden, da etwaige Rechtsbehelfe, wie Anfechtung wegen Arglist usw., möglicherweise zu einem ihm günstigen Urteilsauspruch nach jahrelangen Rechtsstreit, fast nie aber zu seiner wirklichen Befriedigung führen werden. Und nicht bloß die rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Vermieters, sondern selbst Pfändungen gegen ihn seitens seiner persönlichen Gläubiger soll diese unheilvolle Bedeutung durch den § 573 BGB. und § 57 ZBG. gewährleistet sein.<sup>3)</sup> Aber der Schaden dieser Maßnahmen trifft nicht etwa bloß den Grundstückserwerber (Erstehrer<sup>2)</sup>) aufs empfindlichste; der Hypothekengläubiger leidet nicht minder, er ist es ja gerade, der häufig genug gezwungen ist, das Grundstück zu erstehen, da er nicht überboten wird, er erfährt dann unmittelbar die segensreiche Wirkung des § 57 ZBG., indem er etwa ein halbes Jahr den Mietzins entbehren muß. Aber oft genug ist er gar nicht in der Lage, selbst das Grundstück zu erstehen, z. B. weil eine vorgehende Hypothek fällig und das Kapital anderweit nicht zu beschaffen ist, die fremden Bieter müssen mit der Möglichkeit rechnen, als Erstehrer erst nach Verlauf eines halben Jahres die Nutzungen des Grundstücks zu erlangen, und richten ihre Gebote danach um diesen wahrscheinlichen Ausfall geringer ein; den Nachteil hat also mittelbar wieder der Hypothekengläubiger. Noch schwieriger und gefährlicher gestaltet sich die freihändige Veräußerung des belasteten Grundstücks mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 573 BGB., der jeden Kauflustigen vor dem Erwerbe zurückschrecken muß und dadurch die Hypothek entwertet.

II. Die Klagen über die Not des Hypothekengläubigers, die Schädigung des Realkredits und damit des städtischen Grundbesitzes mehren sich von Tag zu Tag. Der Ruf nach einer Änderung des Gesetzes ist laut geworden. Man glaubt, das

<sup>2)</sup> Satz 2 des § 573 BGB., wonach der Erwerber des vermieteten Grundstücks eine Verfügung über den Mietzins nicht bloß für das zur Zeit des Übergangs des Eigentums laufende und das folgende Kalendervierteljahr, sondern noch darüber hinaus auf Jahre gegen sich gelten lassen muß, wenn er sie zur Zeit des Eigentumsübergangs kennt, gilt zum Glück nicht auch gegenüber dem Erstehrer in der Zwangsversteigerung.

<sup>3)</sup> So RGZ. 58, 181; 59, 177. Vgl. dagegen meine Ausführungen in JW. 1902 S. 58 ff. und S. 354, 355 und in DJZ. 04, 856.

Ubel nur auf diesem Wege beseitigen zu können. Neuerdings hat sich jedoch Herr Geheimrat Lindemann in der Zeitschrift Das Recht Nr. 22 Jahrg. 1912 S. 694 ff. gegen das Eingreifen der Gesetzgebung erklärt. Er erkennt die Mißstände, die gar nicht mehr zu leugnen sind, ausdrücklich an, vertritt aber die Ansicht, daß schon nach dem geltenden Rechte Abhilfe möglich sei. Er erachtet die Verfügung über den Mietzins über den im § 1124 Abs. 2 BGB. bezeichneten Zeitraum hinaus als verbotswidrig (§§ 148, 23 ZBG., § 136 BGB.), und gibt dem Hypothekengläubiger ein Klagerrecht gegen den Dritten auf Beseitigung der Beeinträchtigung seines dinglichen Rechtes, d. h. also auf Rückübertragung der Mietforderung auf den Bedenten oder auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in beiden Fällen für den Zeitraum nach Ablauf des auf die Beschlagnahme folgenden Quartals.

Also armer Hypothekengläubiger: nachdem du dir bereits mit großen Kosten einen vollstreckbaren Schuldtitel verschafft und die Beschlagnahme erwirkt hast, sollst du gegen Zessionare und Pfändungsgläubiger neue Prozesse anstrengen, und dein Restkapital in Kosten anlegen, deren Erstattung vielleicht nach langer Zeit, vielleicht auch gar nicht erfolgt, selbst wenn du obsiegst. Zunächst aber wendest du mit Recht ein: ich kenne ja die Zessionare und Pfändungsgläubiger meines dinglichen Schuldners nicht oder brauche sie nicht zu kennen; wenn sie besorgen müssen, mit Erfolg belangt zu werden, werden sie sich nicht sofort melden; die Zessionare insbesondere werden sich für die einzelnen Monate oder Vierteljahre besondere Abtretungs-urkunden ausstellen lassen und zunächst nur diejenigen für das Beschlagnahme-Quartal und das folgende Vierteljahr vorlegen. Aber damit erschöpfen sich meine Bedenken nicht. Ich halte die Klage überhaupt für unbegründet und unstatthaft.

1. Das Urteil hat keine novierende Kraft. Es kann nicht die Untwirksamkeit einer Verfügung feststellen, die ohne das Urteil nach dem Inhalt des Gesetzes von selbst wirksam wird; es kann nicht, was das Gesetz für zulässig erachtet, als unzulässig erklären.

2. Die Abtretung und die Pfändung vor der Beschlagnahme ist nicht verbotswidrig. Diesen Charakter haben nur die Verfügungen, die nach Erlaß des Veräußerungsverbots getroffen werden. Weder der § 135 BGB. noch der in den §§ 12, 862, 1004 das. anerkannte Grundsatz rechtfertigen danach das Klagebegehren. Die Bezugnahme auf die Entscheidung in RGZ. 70, 378 scheint verfehlt, weil es sich dort um die Wegschaffung von Zubehörstücken nach der Beschlagnahme handelt.

3. Die Klage auf Untwirksamkeit der Verfügungen über den späteren Mietzins soll dem Hypothekengläubiger kraft seines Hypothekenrechts zustehen. Aber der Mietzins von dem Tage des Zuschlags ab gebührt ja gar nicht ihm, sondern dem Erstehrer. Der Hypothekengläubiger hat darauf nur Anspruch, wenn er selbst das Grundstück ersteht. Wenn er den Mietzins nach § 57 ZBG. und § 573 BGB. noch ungefähr ein halbes Jahr einbüßt, so liegt dies daran, daß er als neuer Eigentümer die Verfügungen gegen sich gelten lassen muß. Die Wirksamkeit dieser Verfügungen beeinträchtigt also im Rechtsinne nicht das Hypothekenrecht als solches, sondern das Eigentum. Der Hypothekengläubiger in dieser Rechtsstellung kann mithin



nicht ein Urteil zugunsten des künftigen Eigentümers begehren; würde auf seine Klage die Unwirksamkeit festgestellt, so könnte er als Erstehrer trotzdem sich nicht darauf berufen.<sup>4)</sup>

III. Eine wesentliche Besserung des jetzigen Zustandes würde meines Erachtens eintreten, wenn man sich zum mindesten zu folgenden Änderungen der gesetzlichen Vorschriften entschließen könnte:

1. In dem § 573 Satz 1 BGB. sind die Worte zu streichen: „und das folgende Kalendervierteljahr“.
2. Der § 573 Satz 2 fällt fort.
3. In den §§ 1123 und 1124 BGB. sind die Worte zu streichen: „und das folgende Kalendervierteljahr“.
4. In dem § 57 BGB. sind die Worte zu streichen: „des § 573 Satz 1“.

### Aus der Praxis des Erbscheinsverfahrens.

Von Amtsrichter Dr. Radler, Berlin-Mitte.

Den Anträgen auf Erteilung von Erbscheinen auf Grund notarieller Erbscheinsverhandlungen stehen häufig Bedenken entgegen und zwar vielfach solche, die sich immer wiederholen. Die Vermeidung solcher Beanstandungen liegt im Interesse des Gerichts und der Notare, sowie insbesondere in dem des Publikums, das bei Einreichung von vornherein bedenkenfreier Anträge Zeit und Kosten spart und vor allem früher den Erbschein erlangt. Vermöge meiner Erfahrungen als Nachsachrichter möchte ich dazu beitragen, daß Beanstandungen möglichst vermieden werden, indem ich die immer wiederkehrenden Mängel der Erbscheinsverhandlungen und des einzureichenden Urkundmaterials bespreche.

#### Erbscheine auf Grund gesetzlicher Erbfolge.

Von den nach § 2354 BGB. von dem Antragsteller zu machenden Angaben entspricht besonders häufig die der Ziffer 3 nicht der gesetzlichen Vorschrift. Das Kammergericht hat entschieden (RGZ. 39 A 92), daß sich die nach § 2354 Nr. 3 abzugebende Erklärung nicht formelhafte den Gesetzesworten anzuschließen braucht, daß vielmehr eine Angabe der einzelnen Tatumstände genügt, aus der sich unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs und des Zweckes der Erklärung ein dem Gesetze entsprechender Inhalt ergibt. Es wird denn auch nicht selten von der Abgabe der Erklärung der Nr. 3 des § 2354 BGB. abgesehen und lediglich eine Darstellung der Tatumstände gegeben, aus der hervorgehen soll, daß die als Erben Genannten als alleinige Erben in Frage kommen. Diese Tatumstände werden aber oft nicht erschöpfend angegeben und ersetzen dann nicht die Erklärung nach § 2354 Nr. 3, daß andere Personen, durch die die als Erben Genannten von der Erbfolge ausgeschlossen oder ihre Erbteile gemindert würden, nicht vorhanden sind oder vorhanden waren. So fehlt zuweilen die Angabe, daß der Erblasser, der von seiner Witwe und seinen Kindern beerbt wird, nur einmal verheiratet war, daß die Eltern eines Erblassers, der von vollbürtigen Geschwistern beerbt wird, nur einmal verheiratet waren (Halb-

geschwister!), daß vorverstorbene als Erben in Betracht kommende Personen keine Abkömmlinge gehabt haben. Letztere Erklärung ist insbesondere bei vorverstorbenen weiblichen Personen wegen der Möglichkeit des Vorhandenseins oder Vorhandengewesenseins unehelicher Kinder notwendig. Bei Ehefrauen hält das Kammergericht (RGZ. 39 A 92) eine solche Erklärung allerdings nicht für erforderlich, da es das Vorhandensein eines unehelichen Kindes einer verheirateten Frau als eine entfernte Möglichkeit ansieht, die nur bei Vorliegen besonderer Umstände in Betracht zu ziehen sei. Da es hiernach, insbesondere bei Verwandten der zweiten und der ferneren Ordnungen, nicht ganz einfach ist, die Ehe- und Verwandtschaftsverhältnisse einer Familie in einen Kreis der als Erben in Frage kommenden Personen völlig erschöpfenden Weise darzustellen, ist es in jedem Falle, auch wenn eine solche Darstellung gegeben ist, empfehlenswert, den Antragsteller zum Schluß die Erklärung abgeben zu lassen, daß andere Personen, durch die die als Erben Genannten von der Erbfolge ausgeschlossen oder ihre Erbteile gemindert würden, nicht vorhanden sind oder vorhanden waren. Mit dieser Erklärung muß sich der Nachsachrichter, auch wenn die Darstellung der Tatumstände Lücken enthält, begnügen, denn er muß davon ausgehen, daß der Notar dem Antragsteller die Bedeutung dieser Erklärung klargemacht und ihn auf alle Möglichkeiten, die im gegebenen Falle für die Feststellung von Erben und weggefallenen Personen in Frage kommen, aufmerksam gemacht hat. Zuweilen ist allerdings die Angabe bestimmter Tatsachen seitens des Antragstellers, wenn auch nicht geradezu für notwendig, so doch für ratsam zu erachten. Ich bin in der Praxis oft der wohl noch aus dem früheren Rechtszustande überkommenen Anschauung begegnet, daß vollbürtige Geschwister halbbürtige von der Erbfolge ausschließen, und habe mehrfach gefunden, daß erbende Vollgeschwister Halbgeschwister in gutem Glauben nicht als Miterben angegeben haben. Wenn nun der Nachsachrichter feststellt, z. B. aus den Sterbeurkunden der Eltern, daß ein Elternteil oder beide Eltern des Erblassers zweimal verheiratet waren, so wird er infolge seiner Erfahrungen, wenn lediglich die dem § 2354 Nr. 3 BGB. entsprechende Erklärung vorliegt, wegen der Möglichkeit des Vorhandenseins von Halbgeschwistern Bedenken tragen, den Erbschein zu erteilen. Wenn er auch eine Ergänzung der Erbscheinsverhandlung nach dieser Richtung nicht wird verlangen dürfen, so wird er es doch für geboten erachten, gemäß §§ 2358, 2359 BGB. von Amts wegen Ermittlungen anzustellen, wodurch meist eine nicht unerhebliche Verzögerung der Erteilung des Erbscheins eintreten wird. Zur Vermeidung einer solchen Verzögerung empfiehlt es sich, von vornherein eine entsprechende Erklärung in die Erbscheinsverhandlung aufzunehmen.

Nach § 2354 Nr. 4 BGB. hat der Antragsteller anzugeben, ob und welche Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind. Dieser Vorschrift wird oft nicht genügt. Die Erbscheinsverhandlungen enthalten die Angabe, daß der Erblasser ein Testament, eine letztwillige Verfügung, eine letztwillige Anordnung, eine letztwillige Verfügung von Todes wegen nicht hinterlassen habe. Alle diese Erklärungen sind unzureichend, weil sie die vertragsmäßigen Verfügungen nicht umfassen (RGZ. 31 A 115). Das BGB. unterscheidet einseitige Verfügungen von Todes wegen, die es als Testament, letztwillige

<sup>4)</sup> Vgl. RGZ. 64, 415 ff.



Verfügung, bezeichnet (§ 1937 BGB.), und Erbverträge (§ 1941 BGB.) und faßt beide als „Verfügungen von Todes wegen“ zusammen. Es ist deshalb der Gebrauch des Ausdrucks „Verfügungen von Todes wegen“ anzuraten und zwar lediglich dieses Ausdrucks; einer Angabe, daß der Erblasser weder einseitige noch zweiseitige Verfügungen von Todes wegen oder weder Testamente noch Erbverträge hinterlassen habe, bedarf es nicht.

Bei dem gemeinschaftlichen Erbschein bedarf es nach § 2357 BGB. der Angabe der Erbteile und der Angabe, daß — falls der Antrag nicht von allen Erben gestellt wird — die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. Auf beide Angaben muß sich nach § 2357 Abs. 3 Satz 2 die eidesstattliche Versicherung des § 2356 BGB. erstrecken, was vielfach nicht beachtet wird. Es genügt nicht, daß die Erbteile in einem mit der notariellen Verhandlung eingereichten privatschriftlichen Antrage angegeben werden (OLG. 3, 256). Nicht ausreichend ist ferner die Angabe, daß die Erbteile die gesetzlichen seien, und die Berufung auf einen Erbvergleich (RGZ. 34 A 117; 36 A 112). Dagegen ist die Fassung, daß z. B. 4 Geschwister zusammen zu gleichen Teilen die eine Hälfte des Nachlasses erben, nicht zu beanstanden. Daß unter den nach § 2357 anzugebenden Erbteilen Bruchteile der Erbschaft zu verstehen sind, wird in der Praxis in Übereinstimmung mit dem Kammergericht (RGZ. 20 A 265) einhellig angenommen. Einem Antrage, in dem als Erbteile bestimmte Summen oder Gegenstände angegeben werden, kann deshalb nicht stattgegeben werden.

Die Angabe des Antragstellers, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben, wird oft in den Erbscheinsverhandlungen vermisst. Da sich auch auf sie die eidesstattliche Versicherung beziehen muß, ist es Pflicht des Notars, durch ausdrückliches Befragen des Antragstellers festzustellen, ob und wann diese Erben von dem Anfall und dem Grunde ihrer Berufung Kenntnis erlangt haben, ehe er diese eidesstattliche Versicherung abgeben läßt. Zuweilen wird in der Verhandlung ein Miterbe mit dem Zusatz „unbekanntem Aufenthalt“ aufgeführt und gleichwohl schließlich von dem Antragsteller an Eidesstatt versichert, daß alle übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. In solchem Falle wird der Nachlassrichter nicht umhin können, die Verhandlung zu beanstanden, denn wenn der Aufenthalt des Miterben schon zur Zeit des Erbfalls den Antragstellern unbekannt war, wird in der Regel anzunehmen sein, daß dieser Erbe von dem Erbfall noch keine Kenntnis erlangt hat, und es bedarf dann zunächst der Bestellung eines Abwesenheitspflegers, der für den abwesenden Erben die Erbschaft annimmt. Steht jedoch fest, daß der Erbe die Erbschaft angenommen hat und sein Aufenthalt den Miterben erst später unbekannt geworden ist, so empfiehlt es sich, zur Vermeidung einer Beanstandung dies in der Verhandlung besonders zum Ausdruck zu bringen. Wenn ein Miterbe minderjährig ist oder bevormundet wird, ist es aus dem gleichen Grunde angebracht, den gesetzlichen Vertreter namhaft zu machen und den Antragsteller erklären zu lassen, daß dieser für den von ihm vertretenen Erben die Erbschaft angenommen hat.

Eingehender zu besprechen ist der Erbschein, der einem Ehegatten erteilt wird. Daß hier bei Ehen, die vor dem 1. 1. 1900 geschlossen sind, noch das frühere Recht anzuwenden ist, wird häufig außer acht gelassen. Es ist bei der gesetzlichen Erbfolge,

wenn ein Ehegatte miterbt, stets festzustellen, ob die Ehe vor dem 1. 1. 1900 geschlossen ist, und, wenn dies der Fall ist, anzugeben, wo die Eheleute ihren ersten ehelichen Wohnsitz gehabt haben (nicht: an welchem Orte sie die Ehe eingegangen sind). Wenn dies geschieht, wird die Prüfung, ob das Erbrecht des Ehegatten durch erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes beeinflusst wird, nicht unterlassen werden.

Die Bestimmungen des märkischen Provinzialrechts, die der Berliner Nachlassrichter täglich anzuwenden hat, sind nicht immer genügend bekannt. Wenn der überlebende Ehegatte von dem ihm nach Art. 46 § 3 AOBGB. zustehenden Rechte, die Erbfolge nach dem BGB. zu wählen, keinen Gebrauch gemacht hat, auch die Erbschaft nicht ausgeschlagen hat, so ist er Erbe nach dem Statut geworden und hat als solcher das doppelte Wahlrecht, entweder sein eigenes Vermögen zurückzunehmen (nicht: sein eingebrachtes Vermögen) oder die statutarische Portion zu wählen. Die Ansicht, daß der märkische Ehegatte, der keine Erklärung darüber, wie er erben wolle, abgegeben habe, sein eigenes Vermögen einzuwerfen habe und die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens geerbt habe, findet sich zuweilen in Erbscheinsverhandlungen, ist aber irrig. Der Ehegatte muß sein Wahlrecht nach der einen oder nach der anderen Richtung hin ausüben, vorher kann der Erbschein nicht erteilt werden. Während die Wahl der Erbfolge nach dem BGB. in gerichtlich oder notariell beglaubigter Form innerhalb bestimmter Frist gegenüber dem Nachlassgericht erfolgen muß, ist das erwähnte doppelte Wahlrecht an keine Frist und Form gebunden, braucht auch nicht dem Nachlassgericht gegenüber ausgeübt zu werden. Geschieht letzteres, so kann es in privatschriftlicher Form erfolgen, am besten, wenn gleichzeitig ein Erbschein beantragt wird, in der Erbscheinsverhandlung selbst. Unnötige Kosten werden dem Publikum verursacht, wenn die Wahlerklärung besonders notariell beurkundet oder beglaubigt wird und gleichzeitig eine notarielle Erbscheinsverhandlung eingereicht wird. Auch die Wahl der Erbfolge nach dem BGB. wird zur Vermeidung besonderer Kosten, wenn gleichzeitig ein Erbschein beantragt wird, in der Erbscheinsverhandlung zu erklären sein. Daß der märkische Ehegatte, der die Rücknahme seines Vermögens gewählt hat, gleichwohl Erbe bleibt und als solcher, wenn auch mit dem Zusatz „ohne Anteil am Nachlasse“ im Erbschein auszuführen ist, wird in den Erbscheinsverhandlungen vielfach nicht berücksichtigt. Wenig bekannt ist auch, daß die allgemeine Gütergemeinschaft, die vor dem 1. 1. 1900 in Teilen Preußens galt, für das Erbrecht noch heute verschiedene Wirkungen hat, je nachdem es die landrechtliche Gütergemeinschaft war oder die provinzialrechtliche. Die landrechtliche Gütergemeinschaft, die insbesondere in Posen, Ost- und Westpreußen galt, endet, sofern nicht durch Ehevertrag fortgesetzte Gütergemeinschaft vereinbart ist, mit dem Tode des Ehegatten, und es regelt sich die Erbfolge in den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten nach dem BGB., während bei der provinzialrechtlichen Gütergemeinschaft vielfach fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt. Im einzelnen muß auf die Bestimmungen des Ausführungs-gesetzes zum BGB. (Art. 47 fg.) verwiesen werden. (Vgl. Maercker, Nachlaßbehandlung, 12. Auflage 1888, S. 115 fg., 118 fg.; Boschan, Die Nachlassachen in der gerichtlichen Praxis S. 150 fg., RGZ. 25 A 68; 35 A 213.)



Was den Beweis der Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins anlangt (§ 2356 BGB.), so bietet die Fassung der eidesstattlichen Versicherung im allgemeinen keinen Anlaß zu Beanstandungen, nur darauf möge besonders hingewiesen werden, daß sie so gefaßt wird, daß sie alle Angaben, auf die sie sich nach dem Gesetze beziehen muß, deckt. Dagegen ist das eingereichte Urkundenmaterial sehr oft zu bemängeln, da bald zu wenig, bald zu viel Urkunden eingereicht werden. Für die in der Praxis täglich vorkommenden Fälle mögen die erforderlichen Urkunden nachstehend angegeben werden.

Zum Nachweise der Ehe des Ehegatten des Erblassers ist stets die Heiratsurkunde einzureichen (RGZ. 39 A 99). Es genügt nicht, daß der Ehegatte in einer miteingereichten Geburtsurkunde eines Kindes als solcher aufgeführt ist.

Es sind erforderlich zum Nachweise des Verwandtschaftsverhältnisses:

- eines Kindes des Erblassers: die Geburtsurkunde des Kindes,
- eines Enkels: die Geburtsurkunde des Enkels und des weggefallenen Elternteils,
- des Vaters (oder der Mutter): die Geburtsurkunde des Erblassers,
- eines Bruders (oder einer Schwester): die Geburtsurkunde des erbenden Bruders (Schwester) und des Erblassers,
- eines Geschwisterkindes: die Geburtsurkunden des Erblassers, des erbenden Geschwisterkindes und des weggefallenen Vaters (Mutter) des Geschwisterkindes.

Zum Nachweise des Wegfalls von Personen sind nur die Sterbeurkunden, nicht die Geburtsurkunden dieser Personen beizubringen. Falls an die Stelle einer weggefallenen Person ein Abkömmling von ihr als Erbe tritt, ist auch die Geburtsurkunde des Weggefallenen einzureichen, aber nicht zum Nachweise des Wegfalls, sondern zum Nachweise des Verwandtschaftsverhältnisses des Erben.

Außer den Geburtsurkunden weggefallener Personen werden auch sonst noch zahlreiche Urkunden eingereicht, die überflüssig sind. Ein Beispiel! Zwei Kinder beerben ihren Vater. Weggefallen ist die Ehefrau und ein Kind. Erforderlich waren also nur: die Sterbeurkunden des Erblassers, der Ehefrau und des vorverstorbenen Kindes sowie die Geburtsurkunden der Erben, eingereicht wurden aber außerdem die Taufscheine des Erblassers und seiner Ehefrau, deren Heiratsurkunde und die Geburtsurkunde des vorverstorbenen Kindes. Was mit den Taufscheinen des Erblassers und seiner Ehefrau bewiesen werden soll, ist nicht ersichtlich. Ebenso überflüssig ist die Heiratsurkunde, da die eheliche Abstammung der Kinder durch die Geburtsurkunden bewiesen wird. Eine Heiratsurkunde ist nur erforderlich, wenn ein Ehegatte den anderen beerbt, sonst niemals. Insbesondere bedarf es auch keiner Heiratsurkunde zum Nachweise der Namensänderung einer Erbin infolge ihrer Verheiratung. Nach einem meines Wissens nicht veröffentlichten Beschlusse des Kammergerichts vom 4. 7. 1910 (Altenzeichen des RG.: 1. X. 229/10, des UG. Berlin-Mitte: 96. VI. 408/10) braucht der nur zum Zwecke der Bezeichnung, nicht zur Begründung des Erbrechts erforderliche Nachweis der Verheiratung einer Erbin weder gerade durch die Heiratsurkunde

geführt zu werden, noch liegt die Führung dieses Beweises, da er nicht unter die §§ 2355, 2356 BGB. fällt, dem Antragsteller ob, das Nachlassgericht hat deshalb, wenn es die eidesstattliche Versicherung nicht für ausreichend erachtet, von Amts wegen Ermittlungen anzustellen, die Vorlegung der Heiratsurkunde kann es nicht verlangen.

Entbehrlich und den Erben unnötige Kosten verursachend sind auch die häufig eingereichten polizeilichen Bescheinigungen darüber, welche Kinder aus einer Ehe hervorgegangen sind, oder daß aus einer Ehe keine Kinder hervorgegangen sind. Eine solche Bescheinigung kann der Nachlassrichter im Erbscheinsverfahren in keinem Falle verlangen, er muß sich vielmehr mit der eidesstattlichen Versicherung begnügen und, wenn er Zweifel an ihrer Richtigkeit hat, von Amts wegen Ermittlungen anstellen, durch die den Erben keine Kosten erwachsen.

Die Beschaffung und Einreichung überflüssiger Urkunden kostet den Erben Zeit und Geld und verzögert vielfach die Einreichung des Antrages um Wochen, ja um Monate. Sie ist aber auch noch aus einem anderen wohl wenig bekannten Grunde zu vermeiden. Überflüssige Urkunden veranlassen nämlich zuweilen Beanstandungen (Aufnahme von Ergänzungsverhandlungen, Einreichung weiterer Urkunden), die bei Nichteinreichung der Urkunden nicht hätten erfolgen können, und zwar insbesondere dadurch, daß sie Angaben über weggefallene Personen enthalten, die bisher nicht erwähnt sind. So wurde mir kürzlich ein überflüssiger Trauschein einer Erbin vorgelegt, der den Vermerk enthielt, daß die Braut die zweite eheliche Tochter ihres Vaters sei. Da diese Tochter bisher nicht erwähnt war, mußte eine Ergänzungsverhandlung aufgenommen und der Totenschein der Tochter beschafft werden.

### Erbscheine auf Grund einer Verfügung von Todes wegen.

Es ist von dem Regelfall auszugehen, daß die Erben im Testament (Erbvertrag) namentlich genannt sind und den Erbfall erlebt haben. In diesem Falle bedarf es lediglich der eidesstattlichen Versicherung, daß eine andere Verfügung des Erblassers von Todes wegen nicht vorhanden ist und daß ein Rechtsstreit über das Erbrecht des Erben nicht anhängig ist, und beim gemeinschaftlichen Erbschein außerdem noch der Angabe des Antragstellers, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben und der Angabe der Erbteile (§ 2355 BGB.). Bei der Ernennung Verwandter zu Erben werden zuweilen entsprechend dem § 2354 Nr. 3 BGB. die gesamten Verwandtschaftsverhältnisse dargestellt und insbesondere etwa vorverstorbene Verwandte aufgezählt. Dessen bedarf es aber, wie die §§ 2355, 2354 BGB. klar ergeben, nicht. Ebensovienig sind, wenn namentlich genannte Verwandte als Erben eingesetzt sind, Personenstands-urkunden zum Nachweise des Verwandtschaftsverhältnisses einzureichen (vgl. § 2356 BGB.). Überflüssig sind selbstverständlich auch die Sterbeurkunden von Verwandten, die vor dem Erblasser verstorben, aber im Testament überhaupt nicht erwähnt sind. Bei Erbscheinen auf Grund einer Verfügung von Todes wegen bedarf es in der Regel nur der Einreichung der Sterbeurkunde des Erblassers. Wenn dies immer beachtet würde, würden den Erben oft unnötige Kosten erspart werden.

Wenn ein Erbschein auf Grund eines eigenhändigen Testaments beantragt ist, muß der Nachlassrichter die Echtheit des



Testaments feststellen. Zur Vermeidung einer Beanstandung empfiehlt es sich, in der Erbscheinsverhandlung eidesstattlich zu versichern zu lassen, daß das Testament von Anfang bis zu Ende vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist, sowie Schriftproben des Erblassers aus den letzten Lebensjahren beizufügen. Nach § 2360 Abs. 2 BGB. ist, wenn auf Grund eines eigenhändigen Testaments ein Erbschein beantragt ist, derjenige über die Gültigkeit der Verfügung zu hören, der im Falle der Unwirksamkeit der Verfügung Erbe sein würde (in der Regel also die gesetzlichen Erben). Zur Vermeidung einer Anfrage des Nachlassrichters ist die Angabe dieser Personen in der Erbscheinsverhandlung geboten.

Zum Schluß seien noch einige Worte über den Erbscheinsantrag gesagt. Nach § 2353 BGB. hat das Nachlassgericht dem Erben auf Antrag einen Erbschein zu erteilen. Aus dieser Bestimmung folgt, daß der Erbschein nur genau dem Antrage gemäß erteilt werden darf. Jeder Antrag auf Erteilung eines Erbscheins muß deshalb einen bestimmten Vorschlag über den Inhalt des Erbscheins enthalten. Es genügt nicht, daß der Antragsteller lediglich beantragt, ihm einen Erbschein nach Maßgabe des Testaments zu erteilen. Insbesondere sind, wenn einem Vorerben ein Erbschein erteilt werden soll, die dem § 2363 Abs. 1 Satz 1 BGB. entsprechenden Angaben unerläßlich. In diesem Sinne hat sich auch das Kammergericht in dem oben erwähnten Beschlusse vom 4. Juli 1910 in Ansehung der Voraussetzungen, unter denen die Nacherbfolge eintritt, ausdrücklich ausgesprochen.

## Das geringste Gebot bei der Zwangsversteigerung wegen Hypothekenzinsen.

Von Justizrat Stillschweig, Berlin.

Daß der Hypothekengläubiger allein wegen der rückständigen Zinsen das Zwangsversteigerungsverfahren betreiben kann, ist nicht zweifelhaft. Aus dem Erlöse sind, abgesehen von den Kosten, zunächst die Zinsen und dann das Kapital zu decken; es ergibt sich dies aus § 12 ZVG. Da die §§ 10 bis 12 ZVG. über den eigentlichen Inhalt ihrer Bestimmungen hinaus zugleich die Grundlage für die Regelung des geringsten Gebotes bilden (vgl. Denkschrift zur II. Lesung; Jaedel-Gütke § 10 Note 1), so wird man sagen können, daß die Zinsforderungshypothek<sup>1)</sup> der Kapitalhypothek im Sinne des § 44 vorgeht; es werden also, wenn das Verfahren vom Hypothekengläubiger nur wegen der Zinsen betrieben wird, sowohl diese als das Kapital außerhalb des geringsten Gebotes stehen. Dieser Fall wird der Praxis noch nie Anlaß zu Zweifeln gegeben haben (vgl. auch Jaedel-Gütke, § 52 Note 4, Fischer-Schäfer, § 52 Note 2).

Wie aber, wenn bezüglich der Hypothekenzinsen — wir sprechen zunächst nur von rückständigen — eine Rechtsnachfolge stattgefunden und der Zinszessionar das Verfahren betreibt? Der einfachste Fall ist der der schlichten Abtretung, d. h. einer

solchen, mit der eine Rangdisposition nicht verbunden ist. Hier liegt kein Grund vor, bei der Feststellung des geringsten Gebotes von der Regel des § 12 abzuweichen; der Fall liegt nicht anders als der erörterte (vgl. Fischer-Schäfer § 12 Note, Wolff 3. Aufl. § 10 Nr. 4c).

In beiden Fällen erlischt nach § 52 ZVG. mit dem Zuschlage das Hypothekenrecht am Grundstück; es verdient aber hervorgehoben zu werden, daß der Kapitalgläubiger nach § 59 häufig das Fortbestehen seines Rechtes wird erreichen können.

Zu Zweifeln geben die Fälle Anlaß, in denen bei einer Rechtsnachfolge in die Hypothekenzinsforderung ein Prävalieren des Kapitals vor den Hypothekenzinsen eintritt, sei es kraft Disposition der Beteiligten, wenn nämlich die Zinsforderung unter Vorbehalt des Vorrangs für das Kapital abgetreten wird, sei es von Rechts wegen, wenn bei gesetzlichem Übergang der Zinsforderung auf einen Dritten bestimmt ist, daß der Übergang nicht zum Nachteil des Gläubigers (hier Kapitalgläubigers) geltendgemacht werden kann; es kommen hier namentlich die Fälle des § 1150 mit § 268 BGB. (Zahlung durch den Ablösungsberechtigten) und des § 774 BGB. (Zahlung durch den Bürgen) in Betracht. Sind für diese Fälle die Normen des § 12 ebenfalls maßgebend, nach denen die Zinsen vor dem Kapital rangieren? Fischer-Schäfer in § 12 bejaht die Frage für den Vorbehalt des Vorrangs für das Kapital, indem er ohne weitere Begründung meint, daß eine von der Regelung des § 12 abweichende Vereinbarung ohne dingliche Wirkung sei; er würde also trotz des vorbehaltenen Ranges das Kapital nicht in das geringste Gebot aufnehmen; Bedenken gegen diese Auffassung können jedenfalls nicht daraus hergeleitet werden, daß die von den Beteiligten beabsichtigte Besserstellung des Kapitals den Zinsen gegenüber durch das Nachrangieren und Herausfallen aus dem geringsten Gebote gefährdet oder vereitelt werden könnte; denn das Prävalieren des Kapitals verwirklicht sich im Verteilungsverfahren oder in dem auf erhobenen Widerspruch sich anschließenden Prozeß; auch in den Fällen des gesetzlichen Überganges könnte das geringste Gebot in gleicher Weise, unter Ausschluß auch des Kapitals, gebildet werden; man dürfte auch hier nicht den naheliegenden Einwand erheben, es liege eine Geltendmachung zum Nachteil des Hauptanspruchgläubigers vor, wenn er bei der Versteigerung wegen der Zinsen aus dem geringsten Gebot fallen und so sein dingliches Recht am Grundstück verlieren würde. Denn diese Konsequenz ergäbe sich gar nicht aus dem Übergange der Zinsen, sondern daraus, daß der Zinsnachfolger die Zwangsvollstreckung betreibt; die Situation des Kapitalgläubigers wäre die gleiche, wenn er selbst wegen der Zinsen das Verfahren betrieben hätte. Aber daraus, daß diese Bedenken, die man gegen die Fischersche Auffassung erheben könnte, nicht zutreffen, ergibt sich natürlich noch nicht ihre Richtigkeit. — Eine andere Ansicht vertritt Schmitten, DZ. 1906, 819. Er sieht in der Vorschrift des § 12 nur dispositives Recht, entsprechend dem § 367 BGB., das der von den Beteiligten abweichend gewollten Rangordnung weichen müsse; hat also das Kapital den Vorrang vor dem das Verfahren betreibenden Zinsgläubiger, so gehöre es trotz der Bestimmung des § 12 in das geringste Gebot. Auch Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. II § 135 Nr. 3, vertritt die Auffassung,

<sup>1)</sup> d. h. die Hypothek, soweit sie sich auf Zinsen der Forderung erstreckt; im Gegensatz zur „Hypothekenzinsforderung“, der persönlichen auf Zinsen gerichteten Forderung. Der Ausdruck ist eingeführt von Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen, Leipzig 1908.



daß § 12 dispositives Recht enthalte, ohne freilich zu sagen, ob das auch für die Festsetzung des geringsten Gebotes gelten soll. Jacckel-Güthe, 4. Aufl. 1912, § 44 Note 5, schließt sich der Ansicht Schmüllens an (von ihm unrichtig Schindler genannt; in der 3. Auflage war die Ansicht Schmüllens irrig wiedergegeben). — Endlich hat sich auch das preussische Oberverwaltungsgericht neuerdings mit unserer Frage beschäftigt, und zwar mit dem gesetzlichen Übergang der Zinsen für den Fall, daß sie von Bürgen gezahlt werden; in einer Entscheidung vom 21. April 1910 (Bd. 57 S. 119) wird ausgeführt, daß der Hypothekenzinsen zahlende Bürge hinter der auf das Kapital gerichteten Hypothek gemäß § 774 Abs. 2 zurücktrete. „Dieser Rangeinteilung steht auch nicht etwa § 12 BGB. entgegen; denn die dort festgesetzte Rangordnung gilt nur für den Fall, daß es sich um Ansprüche aus einem und demselben Rechte handelt, nicht aber, wenn — wie vorliegend — Zins- und Kapitalsansprüche in Frage stehen, die sich als Ansprüche aus verschiedenen Rechten im Sinne von § 11 BGB. darstellen und dementsprechend nach ihrem anderweit bestimmten Rangverhältnisse zur Hebung gelangen.“ Die Entscheidung befaßt sich zwar nicht mit der Festsetzung des geringsten Gebotes, die entwickelten Grundsätze würden aber auch für diese Frage von Bedeutung sein; sie würden zu dem Schmüllenschen Ergebnis kommen, freilich mit anderer Begründung.

Die Praxis der Vollstreckungsgerichte ist nicht einheitlich.

Um zu einer Entscheidung zu gelangen, muß untersucht werden, ob die Faktoren, die das Vorzugsrecht des Kapitals in den von uns betrachteten Fällen begründen, ein wahres Rangrecht mit dinglicher Wirkung begründen. Sobald Zins- und Hauptanspruch nicht mehr derselben Person zustehen, sind sie, an sich selbständig, verschiedener Rechtschicksale fähig; immerhin wird man bei der schlichten Abtretung sagen müssen, daß es sich um Ansprüche aus einem und demselben Rechte im Sinne des § 12 handelt; denn es liegt hier kein Grund vor, den Zinsen, nur weil sie abgetreten sind, ein verändertes Rangrecht zu gewähren (s. o.). Besteht aber ein von der Rangordnung des § 12 unabhängiges Rangverhältnis zwischen Haupt- und Zinsanspruch, so liegen ihrer Qualität nach verschiedene Rechte vor, und es kommt, wie in der Entscheidung des OVG. richtig hervorgehoben, der § 11 des Gesetzes zur Anwendung, nach dem beide Ansprüche nach Maßgabe des unter ihnen bestehenden Rangverhältnisses zu berücksichtigen sind. Deshalb muß, wie oben bemerkt, geprüft werden, ob in unseren Fällen eine wahre Rangänderung mit dinglichem Effekte vorliegt. Handelt es sich nur um obligatorische Beziehungen, so ist für die Anwendbarkeit des § 11 kein Raum, und es bleibt bei den Bestimmungen des § 12. (Daß diese Bestimmungen dispositives Recht enthielten, kann, soweit sie zur Festsetzung des geringsten Gebotes herangezogen werden müssen, nicht zugegeben werden.)

Vorschriften über Änderungen des Rangrechts an Grundstücken sind im § 880 BGB. gegeben. Zur Rangänderung ist hiernach u. a. die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Es liegt auf der Hand, daß diese Regelung auf das Verhältnis von Haupt- und Zinsanspruch nicht paßt. Kapital und rückständige Zinsen werden nach unserer Grundbuchverfassung nicht in verschiedener Reihenfolge eingetragen (§ 879 BGB.), damit

erweisen sich auch die Rangänderungsvorschriften des § 880 als unanwendbar. Ebensowenig wie die Abtretung rückständiger Zinsen eintragungsfähig ist, ist es die sie betreffende Rangdisposition. Aber aus der mangelnden Eintragungsfähigkeit folgt nicht die sachrechtliche Unwirksamkeit. Die Erfordernisse des § 880 treffen nur den Fall, daß die der Rangveränderung unterliegenden Rechte in einem nach Maßgabe der Grundbuchverfassung äußerlich erkennbaren oder (bei Übertragung der Teilhypothek) kenntlich zu machenden Rangverhältnis stehen, daß sie also zu einem bestimmten Range untereinander — sei es gleichem, sei es verschiedenen — selbständig eintragungsfähig sind. Die Eintragung der Rangänderung ist aber selbst nicht einmal beim Vorliegen dieser Voraussetzungen ein absolutes Erfordernis; so tritt in den Fällen des gesetzlichen Überganges eines Teiles der Hypothek (§§ 1150, 1176) der Vorrang für den verbleibenden Teil ohne weiteres mit Rechtsnotwendigkeit ein (vgl. z. B. Staudinger § 1176, Note 1a und 2b; RGZ. 21A, 165 f.). Hiernach kann allein der Umstand, daß die Besserstellung des Kapitals gegenüber den Zinsen in unseren Fällen nicht eintragungsfähig ist, der Annahme der Rangänderung nicht entgegenstehen. Daß eine solche sich hier tatsächlich vollzieht, ergibt sich aus folgendem:

Die Übertragung der rückständigen Hypothekenzinsforderung und damit (§ 401) der sich auf die Zinsen erstreckenden Hypothek erfolgt nach § 1159 BGB. nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften; es findet also der Übergang der Zinsforderungshypothek statt, ohne daß es der Formen des § 1154 — Schriftlichkeit der Erklärung, Briefübergabe event. Eintragung — bedarf; nach § 398 tritt vielmehr der neue Gläubiger mit dem Abschlusse des formlosen Vertrages an die Stelle des bisherigen. Wenn nun zur Übertragung der bloße Vertrag ausreicht, so muß das gleiche für den bei der Übertragung zugunsten des Kapitals vereinbarten Rangvorbehalt gelten; denn es liegt hier eine modifizierte Übertragung vor, es wird nicht das Recht in seiner vollen Stärke, sondern nach Abzug einer ihm an sich innewohnenden Eigenschaft übertragen. Wenn der Zinszessionar über sein durch die Rangabrede geschwächtes Zinshypothekenrecht zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers verfügt, so erwirbt dieser nur das im Verhältnis zum Hauptanspruch geschwächte Recht; der Kapitalgläubiger behält den Vorrang; der gutgläubige Erwerber kann sich ihm gegenüber nicht darauf berufen, daß die Zurücksetzung der Zinsen aus dem Grundbuche nicht ersichtlich war; im § 1159 Abs. 2 ist diese Berufung ausdrücklich ausgeschlossen; man darf nicht einwenden, daß die Bestimmung dieses Absatzes 2 sich nur auf das Verhältnis zwischen Zessionar und Eigentümer beziehe; eine solche Beschränkung enthält das Gesetz nicht, im strikten Gegensatz zur entsprechenden Vorschrift des § 1158, die den Ausschluß des § 892 ausdrücklich nur auf das letzterwähnte Verhältnis bezieht. Kann hiernach der Gläubiger des Hauptanspruchs seinen Vorrang jedem auch gutgläubigen Erwerber des Zinsanspruchs gegenüber durchsetzen, so ist die Dinglichkeit des vereinbarten Rangvorbehalts nicht zu bezweifeln.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man in den Fällen des gesetzlichen Überganges des Zinsanspruchs. Bei dem gesetzlichen Übergange eines Teiles der Kapitalshypothek hat die Bestimmung, daß der Übergang nicht zum Nachteile des Gläubigers



des Rechtsanspruchs geltend gemacht werden darf, eine dingliche Rangsecheidung in der Weise zur Folge, daß der übergegangene Teil von Rechts wegen im Range hinter den verbleibenden Teil tritt, ohne daß es der Eintragung des Rangrücktritts bedarf. Das ist unbestrittenes Recht. Vgl. z. B. Krefschmer, Sachenrecht 1906, § 1150 Note 5. Die gleiche Wirkung muß aus den gleichen Gründen der gesetzliche Übergang der Zinsforderungshypothek haben, in keinem der beiden Fälle kommt das Eintragungsprinzip des § 873 BGB. zur Geltung, und es ist kein Faktor vorhanden, der eine verschiedene Behandlung beider Fälle rechtfertigen könnte.

Das Ergebnis ist: Sowohl bei der Abtretung rückständiger Zinsen mit vereinbartem Rangvorrecht für das Kapital als bei dem gesetzlichen Übergange des Zinsanspruchs findet eine dingliche Rangänderung statt; die Zinsforderungshypothek steht der Kapitalshypothek im Range nach; wird die Zwangsversteigerung wegen der Zinsforderung betrieben, so ist das Kapital in das geringste Gebot einzustellen.

Unter rückständigen Zinsen sind solche zu verstehen, die bereits zur Zeit der Abtretung fällig sind, nicht solche, die zwar noch nicht zur Zeit der Abtretung, wohl aber später; etwa bei Einleitung der Zwangsversteigerung fällig geworden sind; über den Begriff der rückständigen, laufenden und künftig fällig werdenden Zinsen vgl. Wolf in seiner in der Fußnote 1 zitierten Abhandlung § 14.

Endlich sei noch hervorgehoben, daß der Kapitalgläubiger, wenn er die Berücksichtigung seines Rechtes bei Feststellung des geringsten Gebots verlangt, es in Ansehung seines Vorranges rechtzeitig anmelden und glaubhaft machen muß (§ 45) und zwar so rechtzeitig, daß die Fristen des § 44 Abs. 2 und § 41 Abs. 2 gewahrt werden können. Es folgt dies zwar nicht direkt aus dem Wortlaut, aber aus dem Sinn des Gesetzes (vgl. Fischer-Schäfer § 44 Note 9; Jaekel-Güthe Note 4). In der an die Beteiligten nach den angegebenen Bestimmungen zu erlassenen Benachrichtigung wird, wenn sie nicht ihren Zweck verfehlen soll, der Vorrang des Kapitals vor den Zinsen erwähnt werden müssen.

Überhaupt wird in jedem Falle der Zwangsversteigerung wegen abgetretener Hypothekenzinsen die nach § 41 Abs. 2 zu erlassende Mitteilung möglichst ausführlich sein müssen, um die Beteiligten vor Überraschungen, die sich aus dem Fortfall des Publizitätsprinzips (§ 1159 BGB.) ergeben können, zu schützen. Dies gilt auch für die Fälle der schlichten Abtretung. Man denke an folgenden Fall: Auf einem Grundstück ruhen Hypotheken in nachstehender Reihenfolge, für A 10 000, für B 30 000, für C 10 000. A zediert rückständige Zinsen an Z, alsdann räumt er mit seiner Post der des C den Vorrang ein. Z betreibt wegen seiner Zinsforderung das Verfahren. Die Zinsforderungshypothek ist auf ihn nach § 1159 übergegangen, sie ist daher der Feststellung des geringsten Gebotes zugrunde zu legen. Andererseits hat sich der Übergang als reines Internum zwischen A und Z vollzogen; B weiß nicht, daß die Zinsen vor dem Rangaustausch zwischen A und C abgetreten sind, nimmt also irrig an, daß das Zinsrecht, wegen dessen das Verfahren betrieben wird, nach seiner Post rangiert, daß diese demnach in das geringste Gebot fällt. Daß ihm aus diesem Irrtum schwere

Schäden erwachsen können, braucht nicht ausgeführt zu werden. Ganz ähnlich liegt übrigens der Fall, wenn bei der Zinsabtretung dem Kapital der Vorrang vor den Zinsen vorbehalten war. Freilich kann B diese Schäden vermeiden, wenn er sich aus den Zwangsversteigerungsakten über die in Betracht kommenden Daten informiert, und deswegen dürfte eine Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschuß aus § 100 mit § 83 Nr. 1 ZVG. kaum Aussicht auf Erfolg haben. Immerhin wird es das nobile officium des Vollstreckungsrichters sein, bei der nach § 42 Abs. 2 erforderlichen Mitteilung die Daten hervorzuheben, aus denen der Rang der betreibenden Zinshypothek gefolgert werden kann.

Verschieden von dem bisher erörterten Falle der Rechtsnachfolge in rückständige Zinsen gestaltet sich die Rechtslage bei Abtretung von Zinsen, die erst nach dem Zeitpunkt der Abtretung fällig werden. Eine solche Abtretung vollzieht sich nach den allgemeinen Regeln über die Abtretung von Hypotheken, unterliegt also nicht den Grundsätzen von Forderungsübertragungen. Hier ist die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch zulässig, bei Buchhypotheken sogar notwendig (cfr. Staudinger § 1158, Note 4a, Fuchs, § 1158 Note 7, ZN. 5, Note a zu § 1158). Es findet hiernach der § 880 Anwendung, der Vollstreckungsrichter darf das vereinbarte Rangvorrecht für das Kapital nur berücksichtigen, wenn es in das Grundbuch eingetragen ist; nur für diesen Fall ist das Kapital nach § 11 ZVG. in das geringste Gebot zu stellen. — Die seltenen Fälle des gesetzlichen Übergangs nicht rückständiger Zinsen werden aber so zu behandeln sein, wie die des Übergangs rückständiger Zinsen. Die für diese oben entwickelten Gründe, nach denen das Kapital stets in das geringste Gebot gehört, sind in gleicher Weise auch hier maßgebend.

## Die Rechtsanwaltschaft in den deutschen Schutzgebieten.

Von Rechtsanwalt Franz Henning in Berlin  
(früher Swakopmund).

In privaten und amtlichen Kreisen wächst das Interesse an unseren Kolonien von Tag zu Tag in höchst erfreulicher Weise. Der langjährige Wunsch nach der Schaffung einer dritten, höchsten Instanz für die Rechtsprechung in Schutzgebieten geht seiner Erfüllung entgegen. Eine Neubearbeitung des Schutzgebieten-Gesetzes ist im Gange und damit ist der allerletzte Zeitpunkt für die Rechtsanwälte der Schutzgebiete und damit auch für alle anderen deutschen Rechtsanwälte gekommen, die Ehre des Anwaltstandes in unseren Schutzgebieten nicht nur zu wahren, nein sie sogar zu retten und mit aller Energie die Beseitigung eines geradezu unwürdigen Zustandes von Rechtlosigkeit zu verlangen, der sich unglaublicherweise bis zum heutigen Tage erhalten hat.

Über Rechtsanwälte enthält das Gesetz, betreffend die Konsulargerichtsbarkeit, im § 17 folgende Bestimmung:

„Die Personen, die zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft zugelassen sind, werden vom Konsul bestimmt; die Zulassung ist widerruflich. Gegen eine Verfügung



des Konsuls, durch die der Antrag einer Person auf Zulassung zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft abgelehnt oder die Zulassung zurückgenommen wird, findet Beschwerde an den Reichskanzler statt."

Diese Gesetzesvorschrift ist in das Schutzgebietgesetz glatt übernommen und lediglich durch § 3 der Verordnung betreffend die Ausübung der Gerichtsbarkeit in den Schutzgebieten Afrikas und der Südsee dahin ergänzt, daß die Bedingungen der Zulassung zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft dem Ermessen des zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten überlassen sind.

Das ist die gesetzliche Grundlage, auf der der Rechtsanwalt im Schutzgebiet sein Wohl und Wehe aufzubauen hat. Ständesvertretungen, Anwaltskammern, Ehrengerichte, Anwaltsvereinigungen, Beeidigung von Rechtsanwälten und wie die Mittel zur Wahrung der persönlichen und Ständesinteressen des Anwalts sonst heißen mögen; sie alle fehlen im Schutzgebiete. Auch die Rechtsanwaltsordnung hat im Schutzgebiete keine Geltung.

Wie läßt sich diese zur Wichtigkeit der Sache in gar keinem Verhältnis stehende Dürftigkeit der gesetzlichen Grundlagen rechtfertigen? Für die Vergangenheit ist eine solche Rechtfertigung allenfalls noch möglich. Im Konsularbezirk ist kaum mit dem Vorhandensein nichtbeamteter, deutscher Juristen, die als Rechtsanwälte in Frage kämen, zu rechnen. Zu entbehren ist der Anwalt andererseits nicht. Der naheliegende und auch gerechtfertigt erscheinende Ausweg ist demnach der, wenn kein Berufsanwalt vorhanden ist, einen Laien, dessen intellektuelle Fähigkeiten ausreichend erscheinen, mit Wahrnehmung der Anwaltsfunktionen zu betrauen. Ob ein solcher Bezirksinsasse vorhanden ist, und ob und wie lange er zur Ausübung einer solchen Tätigkeit geeignet ist, vermag am besten der Konsul des Bezirks zu beurteilen, der den in Betracht kommenden aus eigener Anschauung kennt. Wird eine solche Persönlichkeit mit der Ausübung einer Tätigkeit betraut, die doch die Tätigkeit eines rechtsgelehrten Anwalts schließlich nur — *faute de mieux* — ersetzen kann, so ist es einerseits naturnotwendig, daß der Konsul in der Lage sein muß, über die Art der Ausübung dieser Tätigkeit Angaben zu machen und die Zulassung gegebenenfalls zu widerrufen; andererseits genügt schließlich auch die gegebene Beschwerdemöglichkeit für den Anwaltsfunktionen ausübenden Nichtjuristen. Wie für die Konsulargerichtsbezirke, so konnten diese Bestimmungen aus den gleichen Gründen auch für die Schutzgebiete zur Zeit der Schutzgebietgesetzgebung, das heißt vor 13 Jahren, für ausreichend gehalten werden.

Ob und inwieweit schon längst eine Reform und ein vom Konsulargerichtsbarkeitsgesetz unabhängiger Ausbau der Schutzgebietgesetzgebung erfolgen mußte, steht hier nicht zur Erörterung. Hier handelt es sich lediglich um die Nachprüfung, ob die vorgenannten gesetzlichen Grundlagen der Rechtsanwaltschaft in den Schutzgebieten noch in die Jetztzeit passen. Eigentlich kann man über diese Frage gar nicht ernsthaft streiten. Mit dem Erscheinen von Berufsrechtsanwälten im Schutzgebiete, hatten diese Vorschriften einfach selbstverständlich zu verschwinden und es war Pflicht des Staates eine gesetzliche Neuregelung herbeizuführen, sei es im Wege eines gänzlich neuen Gesetzes, sei es im Wege des Erlasses vernünftiger Auslegungsvorschriften. Es ist keines von beiden geschehen, vielmehr hat der Staat das

Vertrauen gehabt, daß an zuständiger Stelle jene vernünftige Auslegung auch ohne besonderes Gesetz erfolgen werde. Dieses Vertrauen ist nicht gerechtfertigt worden.

Die nötige Abhängigkeit vom Bezirksrichter, die mit den geschilderten ursprünglichen Verhältnissen zu rechtfertigen war, wird ein Ding der Unmöglichkeit dem Berufsanwalt gegenüber, der dem Richter an Ausbildung und Kenntnissen gleich steht. Für das Abhängigkeitsverhältnis ist Voraussetzung und Notwendigkeit weggefallen, es ist nichts weiter mehr als eine gegen die Grundprinzipien der Unabhängigkeit und Freiheit des Anwaltes verstößende Ungeheuerlichkeit.

Der Rechtsanwalt, der sich entschließt, ins Schutzgebiet zu gehen, hat den Richter unterster Instanz, der in den meisten Fällen nicht einmal ein älterer, etatsmäßiger Beamter, sondern ein sehr jugendlicher Assessor ist, um seine Zulassung zu bitten. Das Gesetz überläßt es absolut dem Ermessen dieses Richters, die Bedingungen für diese Zulassung aufzustellen; es überläßt es ferner seinem Ermessen, die Zulassung zu widerrufen, wenn es ihm gut scheint. Wenn das Gesetz auf der einen Seite dem Richter ein derartiges Übermaß von Macht anvertraute, so mußte es auf der anderen Seite mindestens dafür sorgen, daß der Rechtsanwalt in der Lage ist, sich gegen Mißbrauch dieser Macht ausreichend zu schützen. Das Gesetz beweist seinen eigenen Untwert dadurch, daß es nach dieser Richtung nichts getan hat. Man erwähne nicht etwa die Beschwerde an den Reichskanzler, die vom Reichskolonialamt zu erledigen ist. Diese wird, zumal in den augenblicklichen Zeiten der Dezentralisierung der Schutzgebiete, nur in ganz außergewöhnlich krassen Fällen dem Beschwerdeführer gegen die Entscheidung des Richters zum Siege verhelfen.

Der Rechtsanwalt im Schutzgebiet ist schlechterdings völlig abhängig von dem Richter, vor dem er aufzutreten hat. In dessen Hand liegt tatsächlich die ganze Existenz des Anwaltes. Daß ein solcher Zustand einen Krebschaden bedeutet, der mindestens ebenso schlimm ist, als wenn ein Richter abhängig und absetzbar ist, liegt auf der Hand.

Gerade gegen diesen Richter, dem es das Gesetz ermöglicht, sich als eine Art Dienstaufsichtsbehörde über den Rechtsanwalt zu gerieren, muß letzterer sich im Interesse seiner Klienten mit Schärfe und Energie wenden können. Wie erforderlich eine solche schroffe Stellungnahme nur allzuoft ist, vermag nur der zu beurteilen, der die Ausübung der Rechtspflege im Schutzgebiet kennt. Für Interessenten verweise ich lediglich auf die ausgezeichnete Abhandlung des Rechtsanwaltes Dr. Cramer „Südwestafrikanisches“ in Nr. 5 der JW. von 1913. Es ist menschlich nur zu verständlich, wenn der Rechtsanwalt ganz unbewußt nicht so scharf ist, wie er vielleicht bei normalen Verhältnissen sein würde. Schwebt doch immer über ihm die Gefahr, sich beim Richter mißliebiger zu machen und bei einer, selbst gegenüber dem vorzüglichsten Anwalt bei einigem Geschick stets zu findenden Gelegenheit den Widerruf seiner Zulassung zu riskieren.

Es bedarf keiner besonderen Darlegung, welche ungeheure Gefährdung der ganzen Rechtspflege ein solcher Zustand ist. Ein Anwalt muß an sich schon frei und unabhängig sein, ein elementares Erfordernis aber ist es, daß er von dem Richter, vor dem er zu verhandeln hat, absolut unabhängig ist.



Selbstverständlich wird dieser Zustand nicht etwa nur in Juristenkreisen als unerträglich empfunden; das Publikum steht absolut unter dem Eindruck der Abhängigkeit vom Gericht, wenigstens ist es so in Südwestafrika, dem Land der Schulbeispiele für eigenartige Behandlung von Rechtsanwaltsangelegenheiten. Daß damit die ganze Stellung des Rechtsanwalts eine schiefe und haltlose sein muß, ist klar. Ebensovwenig bedarf es eines besonderen Beweises, daß nur allzu leicht ein Bezirksrichter in der Erkenntnis der Abhängigkeit des Rechtsanwalts diesen als ihm untergeordnet und als nicht gleichwertig betrachtet. So traurig es ist, dieser Standpunkt ist aber schließlich nur die Konsequenz aus der jammervollen Stellung, der das Schutzgebietsgesetz den Anwalt preisgibt, eine Konsequenz, die naturgemäß der Beamte nur allzu leicht ziehen wird, der aus der Bedeutungslosigkeit eines jugendlichen Assessors in der Heimat oder vielleicht mit einer Neigung zu etwas starkem Selbstbewußtsein in eine Stellung gesetzt wird, die ihn zu dem vielfach einzigen richterlichen Beamten eines riesigen Bezirkes mit einer ungeahnten Machtfülle gegen Rechtsanwälte und Laien macht, eine Machtfülle, die er nicht einmal in den tatsächlichen, schon viel zu weit verschobenen Grenzen, sondern noch übertrieben empfindet. Warum? Es ist ein alter Erfahrungssatz, daß unser „diligens pater familias“ in Fällen von Überspannung des Selbstbewußtseins nicht mit Abwehr, sondern mit Ehrverletzung reagiert.

Zur Ehre unserer Schutzgebietsrichter sei es festgestellt, daß hier natürlich nicht der Regelfall besprochen wird. Soweit ist es glücklicherweise noch nicht.

Es würde selbstverständlich zu weit führen, wenn man der Fälle allgemeiner Fragen nachgehen wollte, die sich hier aufrollen. Hier war lediglich zu begründen, daß tatsächlich die Stellung des Rechtsanwalts im Schutzgebiet sich mit den Voraussetzungen des Anwaltberufs und mit der Standesehre des Anwalts nicht verträgt.

Erfreulicherweise ist schon mehrfach auf diese üblen Schäden hingewiesen worden. Freilich ist es noch nie in dem Umfange geschehen, daß derjenige, der das Schutzgebiet nicht aus eigener Erfahrung kennt, sich ein Bild von den Blüten machen könnte, die diese Zustände treiben können.

Wie oben erörtert, ist es dem Ermessen des Bezirksrichters überlassen, einen Anwalt zuzulassen und seine Zulassung zu widerrufen. Da es keinerlei Verordnungen gibt, die das „Ermessen“ des Bezirksrichters in bestimmte Grenzen verweisen, so kann man sich ohne weiteres vorstellen, was für Unheil entstehen kann, wenn es an dem richtigen Rechts- und Taktgefühl bei der Handhabung dieser Vorschriften aus irgendeinem Grunde einmal fehlt. Eine Beschwerde wird, wie schon gesagt, nur in krafftesten Fällen Erfolg bringen, weil die Zentralbehörde nur im äußersten Falle ihren Beamten desavouieren wird. Im übrigen aber ist die Beschwerde aus dem rein praktischen Grunde illusorisch, daß der Beschwerdeführer bis zur Entscheidung der Beschwerdeinstanz, d. h. also monatelang, ohne Einkommen und Stellung auf eigene, im Schutzgebiete recht erhebliche Kosten warten muß. In der Mehrzahl der Fälle ist das undurchführbar.

Natürlich hat der Widerruf der Zulassung ursprünglich ein ganz anderes Aussehen gehabt. Wie schon erörtert, es

erscheint gerechtfertigt, daß der Richter über den nicht juristisch vorgebildeten, mit Wahrnehmung von Anwaltsfunktionen Betrauten zu wachen und seine Tätigkeit zuzulassen und zu beenden hat. Dem Berufsanwalt gegenüber sieht diese unzeitgemäße Befugnis verzeiwelt nach einer Art Disziplinarverfahren aus.

Der Widerruf der Zulassung bedeutet im Erfolg nichts anderes als eine Streichung des Rechtsanwalts aus Stand und Stellung. Berücksichtigt man diese Tatsache in ihrem vollen Umfange, so leuchtet ohne weiteres ein, daß der gesunde Menschenverstand, der Wille des Gesetzes und das natürliche Rechtsgefühl nur die eine einzige Auslegung des Gesetzes gestattet, daß der Richter die Zulassung höchstens dann widerrufen darf, wenn ein Fall vorliegt, der auch in Deutschland zum Widerruf der Zulassung führen würde. Die Praxis zeigt leider ein gänzlich anderes Bild. Wenn der Bezirksrichter an dem Rechtsanwalt etwas auszusetzen findet, wenn er der Meinung ist, daß irgendein Verstoß in dem Verhalten des Anwalts liege, dann fühlt er sich berechtigt, mit dem Widerruf der Zulassung zu drohen und ihn auch zu vollziehen, selbst wenn ein Fall vorliegt, der in der Heimat vielleicht überhaupt nicht zu einer disziplinarren Abhandlung geführt hätte.

Was sagt man in Deutschland zu folgendem Standpunkt: Wenn der Bezirksrichter der Meinung ist, daß ein Verstoß eines Anwalts vorliege, so hat er einzuschreiten. Da es nur eine Möglichkeit des Einschreitens, den Widerruf der Zulassung, gibt, hat er diesen auszusprechen, ganz gleich, ob ein leichter oder schwerer Fall vorliegt.

Man sollte geneigt sein, diese Auffassung ins Land der Fabeln zu verweisen, und doch habe ich sie in Südwestafrika angetroffen. Auf das Verkehrte, jedem Gerechtigkeitsgefühl völlig Widersprechende dieser Auffassung kann man ohne Kommentar verweisen.

Nicht minder handgreiflich ist das Gesetzwidrige und den Grundsätzen des Anwaltberufs Widersprechende der Behandlung von Anwaltszulassungen in Südwestafrika. Bei unbefangener Überlegung muß man doch wohl selbstverständlich zu dem Schluß kommen, daß die Bedingungen für die Zulassung von Berufsrechtsanwälten in den Schutzgebieten die gleichen sein müssen wie in der Heimat, denn schließlich ist doch nun mal der Beruf des Rechtsanwalts in der Heimat der gleiche wie im Schutzgebiet, mag er auch immerhin sich in verschiedener Ausdehnung und in verschiedenen Spezialgebieten bewegen.

Im Schutzgebiet denkt man anders. Gewiß prüft der Bezirksrichter zunächst, ob irgendein Grund vorliegt, der in der Heimat von der Zulassung ausschließen würde. Dann aber geht der Bezirksrichter wieder weit darüber hinaus und macht die Zulassung vom Vorliegen eines Bedürfnisses nach einem weiteren Rechtsanwalt abhängig. Ob ein solches Bedürfnis vorliegt oder nicht, entscheidet wieder der Bezirksrichter. Mag man über den numerus clausus denken wie man will (hier ist nicht der Ort, zu dieser Frage allgemein Stellung zu nehmen), soviel steht jedenfalls fest, daß vorläufig der Gedanke an die Einführung des numerus clausus von der überwiegenden Mehrheit der deutschen Anwälte abgelehnt worden ist, und vorläufig ist es im Deutschen Reiche durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift verboten, die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft von



einer Prüfung der Bedürfnisfrage abhängig zu machen. Mag immerhin die Rechtsanwaltsordnung im Schutzgebiete keine Geltung haben, die einfache Ignorierung eines derartigen Fundamentalgesetzes des Anwaltberufs kann unmöglich aufrechterhalten werden.

In Südwestafrika will man die Prüfung der Bedürfnisfrage deshalb für erforderlich halten, weil die Verhältnisse des Schutzgebietes ganz besondere seien. Das ist grundsätzlich und eine hohle Phrase außerdem. Die Lebensführung im Schutzgebiet ist teurer als in der Heimat, die Anwaltsgebühren sind deshalb die doppelten. Die Einnahmemöglichkeiten stehen ganz zweifellos in einem günstigeren Verhältnis zu den Kosten der Lebensführung als es in Deutschland der Fall ist. Sodann halte ich die Vermutung für völlig haltlos, daß bei freier Advokatur der Andrang zur Rechtsanwaltschaft außerordentlich groß sein würde. Ohne bestimmte Grundlage und sichere Aussichten wird kaum jemand ein so großes Risiko auf sich nehmen, nach einem Schutzgebiet als Anwalt auszuwandern. Man sieht das übrigens deutlich genug an dem Beispiel der anderen freien Berufe, wie z. B. Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte usw. Keiner dieser Berufe leidet in Südwestafrika an Überfüllung, trotzdem die Einkommensmöglichkeiten gewiß gute sind und trotzdem auch in diesen Berufen in Deutschland unzweifelhaft eine Überfüllung herrscht, die einen Anreiz zur Auswanderung erzeugen könnte. Im übrigen würde ein Anwalt, der nicht beruflich vornehm und tadellos arbeiten würde, bei seiner außerordentlich exponierten Stellung im Schutzgebiet sich unverzüglich von seinen Klienten verlassen sehen. Er würde gar nicht imstande sein, seine Existenz im Schutzgebiet aufrechtzuerhalten, und so das Ansehen des Anwaltstandes schädigen.

Es ergibt sich hieraus, daß gar keine Notwendigkeit vorliegt, einen Rechtszustand im Schutzgebiet zu schaffen, der im krassen Gegensatz zu den heimatlichen Rechts- und Standesprinzipien steht. Im übrigen kommt es darauf überhaupt nicht an. Es ist ein gar nicht scharf genug zu verurteilender Eingriff in die Standesrechte des deutschen Rechtsanwaltes, wenn der Staat oder besser der Bezirksrichter sich in den Schutzgebieten als eine Art Vormund über die vermeintlich schutzbedürftigen Rechtsanwälte bestellt und meint, die vorhandenen Anwälte vor Konkurrenz und die Kommenden vor etwaigen schlimmen Erfahrungen schützen zu müssen. Wenn also irgendwo ein unbeliebter oder unfähiger Anwalt zugelassen ist, dann zwingt der Staat das Publikum, sich dieses Anwaltes trotzdem zu bedienen, und verhindert die Niederlassung eines anderen befähigten und dem Publikum erwünschten Anwaltes. Das darf der Staat nicht tun, weder dem Publikum noch den Anwälten gegenüber. Es ist einfach entwürdigend für einen Rechtsanwalt, der doch weiß, was er will und was er tut, an der Ausführung seiner beruflichen Pläne, denen in der Heimat selbstverständlich kein Hindernis entgegensteht, im Schutzgebiete von dem Bezirksrichter gehindert und gewissermaßen als unreif bevormundet zu werden, da man ihm die Fähigkeit abspricht, sein berufliches Risiko selbst zu erwägen und zu tragen, wie er es in der Heimat uneingeschränkt tun kann. Wenn sich der Rechtsanwalt in seinen beruflichen Plänen getäuscht hat, so muß er es eben tragen und schlimmstenfalls daran zugrunde gehen. Der Staat hat nicht einen Schein von Recht, sich in diese Privatangelegenheit zu mischen.

Es lohnt sich schließlich noch, auch darauf einen Blick zu werfen, wie man die Bedürfnisfrage prüft. Der Richter befragt in erster Linie die Gerichtsregister, vor allem das Prozeßregister. Die gewonnene Statistik ist deshalb von nur nebensächlichem Wert, weil ein ganz erheblicher Teil der Einkünfte des Kolonialrechtsanwaltes aus seiner außergerichtlichen Tätigkeit herrührt, die dem Richter gar nicht bekannt sein kann.

In einem Orte Südwestafrikas wurde die Zulassung eines Anwaltes wegen mangelnden Bedürfnisses abgelehnt, trotzdem der Betreffende als Syndikus einiger Firmen angestellt war, die seiner bedurften und ihm soviel an Gehalt zahlten, daß er allein vollkommen davon existieren konnte. Die Einkommensverhältnisse der anderen vorhandenen Anwälte boten nicht den geringsten Anlaß zu einer Befürchtung.

Die Zulassung wurde sogar dann noch abgelehnt, als die vier größten Firmen am Platze schriftlich erklärten, sie hielten die Neuzulassung für wünschenswert.

Man kann in solchem Falle nur verwundert fragen, wessen Bedürfnis für den Bezirksrichter eigentlich ausschlaggebend sei, das der anderen, bereits vorhandenen Anwälte, das des Publikums oder etwa gar das des Gerichts.

In einem Orte, in dem nur ein einzelner Anwalt tätig war, wurde die Zulassung eines zweiten Anwaltes wegen mangelnden Bedürfnisses jahrelang abgelehnt, trotzdem die einfache Logik doch sagt, daß neben einem Einzelanwalt für einen zweiten ein Bedürfnis stets vorliegt.

Genug damit. Mögen die vorgehenden Darlegungen für sich selbst sprechen. Daß die gesetzliche Stellung des Rechtsanwaltes im Schutzgebiet eine einfach unhaltbare ist, daß man mit den bestehenden Zuständen mit allen Mitteln und aller Energie aufräumen muß, liegt klar zutage.

Es ist traurig genug, daß bislang nicht das geringste geschehen ist, um hier zu bessern. Einen Entschuldigungsgrund hat die Behörde, deren Sache es war, hier eine Umwälzung herbeizuführen, nicht für sich. Sie hat längst Kenntnis von den geschilderten Mißverhältnissen, und es wäre die klügste Diplomatie gewesen, beizeiten freiwillig den Rechtszustand herzustellen, der jetzt wird hergestellt werden müssen. Hier kann mit Reformen nicht so lange gewartet werden, bis eine Neuredaktion des Schutzgebietesgesetzes vollendet ist, hier muß sofort schon eingeschritten werden, um einen Schaden zu beseitigen, dessen längeres Vorhandensein für einen Rechtsstaat sowohl wie für die deutsche Rechtsanwaltschaft entwürdigend ist.

## Der „Kunstwart“ im Kampf gegen Rechtsanwaltsstand und Rechtswissenschaft.<sup>1)</sup>

Von Referendar Ernst Emil Schweizer, Neurode.

Im „Kunstwart“, erstes Januarheft und zweites Februarheft 1913 fällt Richard Nordhausen mit Beschimpfungen und Verdächtigungen über den gesamten Rechtsanwaltsstand

<sup>1)</sup> Vgl. den Artikel der vorigen Nummer (S. 396); dieser war dem Verfasser der folgenden Mitteilung bei deren Einsendung an die Schriftleitung der JW. noch nicht bekannt.



her. Der sonst so vornehme Avenarius hat diese Schmähungen nicht nur aufgenommen, sondern sie noch ausdrücklich gebilligt und unterstrichen. Nordhausens Worte sind nach Avenarius „durchaus berechtigt“. „Das Verhalten so vieler Rechtsanwälte kann in seiner Widerlichkeit nicht oft genug geschildert und nicht energisch genug gebändigt werden.“ So der verdienstvolle Herausgeber einer „Halbmonatsschrift für Ausdruckskultur“.

Die Ausführungen der Nordhausen, Avenarius sind bereits im „Kunstwart“ selbst (zweites Februarheft 1913) von Rechtsanwalt Dittenberger völlig widerlegt worden. Zweck dieses Artikels ist es nur, die unerhörte Leichtfertigkeit aufzudecken, mit der im „Kunstwart“ Schmähungen gegen einen ganzen Stand erhoben werden.

Nun versichert zwar Avenarius in seiner Replik auf die treffliche Entgegnung Heinrich Dittenbergers („Kunstwart“, zweites Februarheft 1913), Nordhausen habe immer nur von einem Teil der Anwaltschaft gesprochen. Merkwürdig nur, daß davon weder in Nordhausens erstem Artikel noch Nordhausens Schlußwort etwas zu merken ist. Während Nordhausen in seinem Schlußwort es wenigstens für unter seiner Würde hält, von ihm selbst Gesagtes hinterher abzuleugnen, sucht Avenarius hier frühere Behauptungen abzuschwächen, ohne den Mut zu haben, Unwahres als unwahr zurückzunehmen. Nordhausen hatte ausdrücklich (im ersten Januarheft) geschrieben: „Hier haben heftige Angriffe oder gar Schmähreden wider den einzelnen herzlich wenig Sinn. Es hilft auch nichts, nachträglich zu behaupten, die ungeheure Mehrheit der Anwälte verurteile ‚solche Exzesse‘, halte sich absichtlich von der großen Verteidigungspraxis fern usw. Wäre das Mißbehagen in Wahrheit so allgemein, wer könnte dann die Anwaltskammern hindern, von den gefährlich gewordenen Kollegen hörbar abzurücken? Es gibt der Zwangsmittel genug gegen Advokaten, die nicht gut tun wollen und die Standesehre verletzen. Aber man weiß, daß die vielgenannten Verteidiger, selbst die völlig durchschauten unter ihnen — ich erinnere an Fritz Friedmann — auch gleichzeitig sehr oft die Berühmtheiten und der ‚Stolz‘ der Gemeinde waren.“

Wer so schreibt, wendet sich nicht gegen den einzelnen, sondern gegen die Gesamtheit. Und wenn Avenarius gegenüber Dittenberger erklärt, es sei weder ihm noch Nordhausen eingefallen, „schwere Angriffe gegen die deutsche Anwaltschaft zu erheben“, so unterschätzt Avenarius das Gedächtnis und das Urteil seiner eigenen Leser.

Überaus lehrreich scheint es mir nun, die beiden Beispiele, die Nordhausen, Avenarius zum Beweis für ihre Anklagen anführen, etwas näher zu betrachten: „Zahllose Prozesse der letzten Jahre, die das Reich skandalisiert haben, zeigen immer dasselbe Bild: um einen notorischen Verbrecher zu retten, werden nicht nur alle Schleusen sophistischer Beredsamkeit geöffnet und rücksichtslos die Tatbestände verdunkelt, sondern es wird auch mit Hilfe kurioser Zeitungsberichte die öffentliche Meinung gegen das Gericht aufgeschreckt. Die Schmach des Hau-Prozesses ist unversehrt. Im Scharmach-Handel verfuhr jener Teil der Verteidigung, der überhaupt Tadel verdient, wieder unverblümt radikal . . .“

Zunächst der Hau-Prozeß. „Hau ist aus einem Indizienbeweise heraus verurteilt worden, der dem Rechtsempfinden vieler nicht einleuchtet.“ Diese Worte finde ich — wo? Im „Kunstwart“, zweites Juniheft 1908, in einem Artikel „Molitor“ verfaßt von — Ferdinand Avenarius. Damals nämlich nahm sich Avenarius verdienstlicherweise eines Schriftstellers Herzog an, der, „kein Schmock, sondern ein durchaus unbefcholtenere und als Mensch allgemein geachteter Redakteur“, für Hau eingetreten war und deshalb wegen Beleidigung der Olga Molitor zu einem Jahr Gefängnis verurteilt wurde. Damals also stützte sich nach Avenarius die Verurteilung des Hau auf einen „zweifelhaften Indizienbeweis“. Seitdem sind nun einige Jahre vergangen, und so kann denn jetzt unter ausdrücklicher Zustimmung eben dieses Herrn Avenarius festgestellt werden: Hau war von Anfang an ein „notorischer Verbrecher“ und sein Verteidiger ist das Prototyp eines sophistischen Rechtsverdreher. Kann man leichtfertiger, kann man gewissenloser Anklagen erheben?

Nun zum Scharmach (Methylalkohol)-Prozeß. Was hilft's darauf hinzuweisen, daß der Angeklagte sich hier auf treffliche medizinische Sachverständige berufen konnte; Avenarius, Nordhausen wissen die Sache viel besser, wußten es gleich von Anfang an, daß es sich nur um einen „notorischen Verbrecher“ handeln könne. Dieselbe Kunstwart-Nummer aber, in der sich Avenarius als medizinisches Universalgenie gebärdet, fällt in einem redaktionellen Artikel mit beißendem Hohn über die Richter des sächsischen Oberverwaltungsgerichts her, weil sich diese in einer ästhetischen Frage eine andere Meinung erlaubt haben, als die vernommenen Sachverständigen: „Wenn der Richter auch in ästhetischen Fragen ‚tatsächlich feststellen‘ kann, was Leute von Geschmack und Natursinn stört und was nicht, so haben wir's ja noch viel herrlicher weit gebracht, als alle Lobpreiser des juristischen Spezialistentums für alles ahnten. Noch ein Stückchen weiter auf diesem Weg, und wir können alle Fragen der ästhetischen Bewertung einfach nach ‚tatsächlicher Feststellung‘ von Gerichtsräten entscheiden lassen. Augenerziehung braucht's nicht dazu, das ästhetische Oberverständnis über das der Fachleute kommt in der Nacht nach dem Affessorexamen im Schlaf“ (Kunstwart 1. Januarheft 1913 S. 75 f.). Den Herren Avenarius und Nordhausen dagegen kam das medizinische Oberverständnis über das der Fachleute zweifellos in der schlaflosen Nacht, in der sie den heldenmütigen Entschluß faßten, zur Abwechslung einmal den deutschen Rechtsanwaltsstand zu vernichten.

Charakteristisch für die Objektivität der gegen den Rechtsanwaltsstand erhobenen Angriffe bleibt: Derselbe Avenarius, der die Verteidiger im Scharmach-Prozeß zu gemeinen Rechtsverdrehern und Verbrechern (§ 258 StGB.) stempelt, weil diese in einer medizinisch-wissenschaftlichen Frage einen umfassenden Sachverständigenbeweis antraten und der (nach Dittenbergers treffendem Wort) mit „unverdauten Reminiscenzen aus dem Kampf um den Richterkönig“ operiert („Alles überragend, leitet und urteilt er, ein tief schürfender Menschenkenner“ so Nordhausen, Avenarius), derselbe Avenarius hat auf seinem Spezialgebiet, dem ästhetischen, plötzlich alles Vertrauen zu den Richtern verloren. Schrieb schon 1911 (2. Augustheft: „Flaubert, ein unzüchtiger Schriftsteller“): „Ich habe früher davon eingehend gesprochen und komme darauf wohl wieder zurück, da meine



alten Vorschläge nun auch die Zustimmung von Juristen und sogar Polizeifachleuten gefunden haben. Wir brauchen eine Sachverständigenkammer, die ausschließlich darüber zu entscheiden (aber zu entscheiden, nicht zu begutachten) hat, ob in dem einzelnen Falle die Absicht vorlag, Lüsterheit zu erregen.“ Logisch und objektiv ist der Kunstwart dabei nur insofern, als er, ob er nun über die Verteidiger herfällt und unumschränkte Herrschaft des Richterkönigs fordert (1. Januarheft 1913, S. 5 ff.) oder ob er über die Oberverwaltungsgerichtsräte herfällt und unumschränkte Herrschaft der Sachverständigen fordert (ebendort S. 75 ff.), auf jeden Fall den gleichen Mangel an wissenschaftlicher Ruhe und Gründlichkeit, die gleiche Einseitigkeit und Überheblichkeit beweist.

Es ist hier wahrlich kein Raum, auf alle die Irrtümer, Verdrehungen und Unwahrheiten der Kunstwartlichen Polemik einzugehen. Die Nordhausen, Wenarius haben keine Ahnung von der Geschichte unres Strafprozesses, von der eigentlichen Aufgabe der Verteidigung. Der Mangel an Wissen wird durch Schimpfworte und volltönende Phrasen ersetzt. Und schließlich das grandiose Reformprojekt aufgestellt, man solle Verteidigung und Staatsanwalt am besten ganz abschaffen, und dem Richter allein die Macht in die Hand geben. Das heißt im Effekt nicht mehr und nicht weniger: als Wiedereinführung des Untersuchungsprozesses. Über ihn schreibt Birkmeyer (Deutsches Strafrecht S. 139/140): „Die früher aufgestellte Behauptung, daß nur auf dem Wege des Inquisitionsprozesses die materielle Wahrheit zutage gefördert werden könne, kehrt den wirklichen Sachverhalt geradezu um. . . . Indem der Untersuchungsprozeß keine Prozeßsubjekte neben dem Richter anerkennt, bringt er den Beschuldigten in eine ebenso gefährliche wie unwürdige Lage.“

So einer unserer glänzendsten Strafrechtslehrer, der sich auf die Erfahrung von Jahrhunderten stützen kann. Aber was wissen Nordhausen, Wenarius von Birkmeyer und Rechtsgeschichte, von Inquisitionsmaxime und Parteiprozeß. Es ist nicht das erstemal, daß der Kunstwart, der auf ästhetischem Gebiet Vortreffliches leistet, auf juristischem oder politischem Gebiet einem dreisten Nichtswisser seine Spalten öffnet. Wohl aber ist es für den Kunstwart etwas Neues, daß ein Mann wie Nordhausen einen ganzen Stand mit Schmutz bewerfen darf: der Leidtragende dabei wird die deutsche Rechtsanwaltschaft nicht sein.

### Vom Reichsgericht. \*)

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht  
Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Lehmann und  
Justizrat Dr. Schall.

#### I. Reichsrecht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

1. § 138 Abs. 2 BGB. Kriterien des Wuchergeschäftes.]

Die Einrede des Wuchers richtet sich gegen ein Abkommen des Klägers mit dem Kaufmann W. M. vom 4. Dezember 1908, nach welchem M., persönlich haftender Gesellschafter der

„Umminger Brauerei W. K.“ und gleichzeitig Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft „W. & S. M.“, dem Kläger außer einem Akzept G. über 20 000 M die beiden eingeklagten Wechsel über zusammen 38 000 M übergab und dafür seinerseits empfing 28 000 M bar, das Haus Friedrichstraße 12 in Urdingen, ein Haus in Salzbergen und 12 Ruxe der Gewerkschaft Fürstenberg. Der VerN. geht davon aus, daß, wenn dieses Geschäft nach § 138 Abs. 2 BGB. nichtig sein sollte, auch der Beklagte Tr., der die Klagewechsel aus Gefälligkeit für M. akzeptiert hat, sich darauf berufen könnte. Nach dieser Richtung sind vom Kläger und Revisionsbeklagten Bedenken nicht erhoben worden, sie würden auch nicht für begründet erachtet werden können (vgl. dazu RG. 72, 218). Bei der sachlichen Prüfung des Einwandes ist das BG. zu der Überzeugung gelangt, daß sich M., dessen beide Firmen gleich darauf in Konkurs gerieten, am 4. Dezember 1908 in der Tat in schwerer Notlage befanden, Kläger diese Notlage gekannt und sie auch ausgebeutet habe. Trotzdem hält der VerN. den Tatbestand des Wuchers nicht für gegeben, weil ein auffälliges Mißverhältnis zwischen der Leistung des Klägers und den von M. ihm gewährten Vermögensvorteilen, so sehr Kläger es auch selber angenommen haben möge, in Wirklichkeit nicht vorhanden gewesen sei. Was Kläger gegeben habe, sei jedenfalls auf 38 706 M zu schätzen, nämlich 28 000 M bar, 6672 M hypothekenseiher Wert des Hauses in Urdingen und 4034 M Wert des Hauses in Salzbergen. Dem stünden nun freilich an Nennwert der Akzente 58 000 M gegenüber, auf ihn aber komme es nicht an, sondern auf den „wirklichen Wert“. lege man zur Feststellung dieses Wertes die Ergebnisse zugrunde, die sich nach den verschiedenen Konkursen nachträglich herausgestellt hätten, so sei das Akzept G. auf nicht mehr als 25 Prozent, also 5000 M, zu schätzen, weil im Konkurs über das Vermögen der aus diesem Wechsel Verpflichteten, zu denen Tr. nicht gehörte, insgesamt nicht mehr zu erreichen gewesen sei, das Tr.sche Akzept über 18 000 M aber und das über 20 000 M auf nicht mehr als 88 Prozent, weil Tr., der nicht in Konkurs geriet, mit seinen übrigen Gläubigern außer dem Kläger einen Akkord auf 75 Prozent geschlossen habe und aus Konkursen anderer Verpflichteten noch etwa 13 Prozent hinzuträten. Freilich habe Kläger bei Tr. auf das vollstreckbare landgerichtliche Wechselurteil volle Zahlung der 38 000 M erreicht, aber nur deshalb, weil er mit rücksichtsloser Schroffheit gegen ihn vorgegangen sei und sich dem Moratorium der anderen Gläubiger nicht angeschlossen habe, was auch habe mißglücken und den Konkurs Tr.s, damit aber einen erheblichen Ausfall an der Forderung habe herbeiführen können. Der Wert der Tr.schen Akzente sei deshalb zusammen nur auf 33 440 M zu schätzen, so daß im ganzen 38 440 M an Vermögensvorteilen des Klägers seiner Leistung von 38 706 M gegenüberständen. Schalte man die Persönlichkeit des Klägers, der auf Wucher ausgegangen sei und sich nur in seinen Spekulationen auf übermäßige Vermögensvorteile verrechnet habe, aus und setze an seine Stelle einen anständigen Geschäftsmann, so würde auch er für die drei Wechsel „nach der objektiven Vermögenslage, in der sich die Wechselverpflichteten damals befanden“, ohne Schaden nicht mehr als der Kläger haben gewähren können, ja vermutlich hätte er das ganze

\*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.



Geschäft als gefährdend und ungünstig völlig abgelehnt. Mit Recht wendet sich die Revision gegen diese Urteilsbegründung, die in mehrfacher Richtung das Gesetz verlegt. Der VerN. übersieht zunächst einmal, daß, wenn es wirklich auf den Verkehrswert der Akzepte in dem von ihm gewollten Sinne ankam, dann dieser Wert nicht rückwärts aus Ereignissen heraus bemessen werden konnte, die nicht einmal der Kläger vorausgesehen hat, da er ja doch nach seiner eigenen Erklärung die Verhältnisse selbst des W. M. am 4. Dezember 1908 noch für glänzend hielt. Wollte der VerN. schätzen, was im Verkehr für die drei Wechsel am 4. Dezember 1908 gegeben worden wäre, so mußte er vor allem prüfen, welchen geschäftlichen Ruf und welchen Kredit die Wechselverpflichteten genossen, vor allem anderen der Akzeptant. Bezüglich zweier dieser Wechsel über zusammen 38 000 M war dies Tr. Wie aber der Verkehr im Dezember 1908 über Tr. dachte, darüber sagt das Urteil nichts. Es schweigt auch darüber, wie Kläger selbst ihn einschätzte. Tatsächlich hat er ja die vollen 38 000 M auf das landgerichtliche Wechselurteil von Tr. erhalten. Daß dem Kläger dies nur infolge der rücksichtslosen Schroffheit gelungen sei, mit der er gegen Tr. vorging, kann doch bei der Frage, bis zu welcher Höhe Tr. ihm gut schien, unmöglich eine Rolle spielen, weil Kläger bei dieser Rechnung eben alle Faktoren eingesezt haben wird, also auch den Nachdruck seines künftigen Vorgehens. Aber der ganze Weg, den der VerN. beschritten hat, um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu prüfen, kann nicht gebilligt werden, weil er gegen § 138 Abs. 2 BGB. verstößt. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist der Tatbestand des Wuchers im Sinne dieser Vorschrift schon dann gegeben, wenn sich jemand unter Ausbeutung der Notlage eines anderen für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen läßt, die den Wert der Leistung in solchem Maße übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen. Versprochen sind hier dem Kläger, was die beiden Tr.schen Akzepte anlangt, 38 000 M und zwar von W. M., seinem Vertragsgegner vom 4. Dezember 1908, der sie als Aussteller für die Umninger Brauerei W. R., deren persönlich haftender Teilhaber er war, zeichnete, der sie mit dem Blankoindossament der Brauerei versah, der sie weiter versah mit dem Blankoindosso der Firma W. & H. M., deren offener Gesellschafter er war, und der die so gestalteten Wechsel dem Kläger übergab. Mit dem weiteren Akzept G. über 20 000 M lag die Sache, wie das Akzept ergibt, nicht wesentlich anders. War M. auch nicht Aussteller, so war er doch Indossant und zwar sowohl für die Umninger Brauerei wie für W. & H. M. Im ganzen also verpflichtete er sich wechselrechtlich dem Kläger für 58 000 M und Kläger ließ sich 58 000 M versprechen. Die Leistung des Klägers, für die er sich diesen Betrag versprechen ließ, bewertet das BG. in einwandfreier Weise auf 38 706 M. Die versprochenen Vermögensvorteile übersteigen also den Wert der Leistung um mehr denn 19 000 M. Und nunmehr zwingt das Gesetz zu der Prüfung, ob dies den Umständen nach ein auffälliges Mißverhältnis zwischen den versprochenen Vermögensvorteilen und der Leistung bedeutete. Bei diesen Umständen war das Risiko zu berücksichtigen, das der Kläger lief, indem er selbst Vermögensstücke hingab, seinerseits zunächst aber nur ein, wenn

auch wechselfähiges Versprechen empfing. Zu berücksichtigen war aber auch die Deckung, die Kläger insbesondere durch das Tr.sche Akzept in Händen hatte. Ebenso durfte die Kurzfristigkeit des Wechselversprechens nicht außer Betracht bleiben; die Tr.schen Akzepte liefen 3 Monate, das G.sche nur noch 26 Tage. Auf solchem rechtlichen Gedankengange hätte der VerN. seine Entscheidung aufbauen müssen. Tr. c. S., U. v. 28. Jan. 13, 538/12 II. — Hamm. [R.]

2. § 254 BGB. Einwand des mitwirkenden Verschuldens des unmittelbar Verletzten gegenüber dem Vertragsanspruch des mittelbar Geschädigten.]

Der Kläger hatte im Hause des Beklagten im Erdgeschoße die Geschäftsräume und im dritten Stockwerk eine Familienwohnung gemietet. Seine Frau stürzte, als sie die Treppe vom ersten Stockwerk in das Erdgeschoß hinabgehen wollte, infolge Glatteis, das sich auf dem Podest der Treppe gebildet hatte, mußte sich in ärztliche Behandlung begeben und litt in der Folgezeit an nervösen Beschwerden. Der Kläger führt den Unfall auf ein Verschulden des Beklagten zurück und beantragt, festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, allen Schaden zu ersetzen, der ihm, dem Kläger, durch den Unfall entstanden sei oder noch entstehen werde. Als seinen Schaden bezeichnet er, daß er die Heilungskosten für seine Frau bezahlen und ihre Dienste in seinem Erwerbsgeschäft entbehren müsse. Der Beklagte beruft sich u. a. auf ein mitwirkendes Verschulden der Frau des Klägers. Hierzu ist ausgeführt: Den Einwand eines mitwirkenden Verschuldens der Frau des Klägers weist das BG. in erster Linie mit der Begründung zurück, daß, da der Kläger als Vertragspartei aus eigenem Rechte klage, der Einwand ihm überhaupt nicht entgegengehalten werden könne. Diese Begründung ist rechtsirrig. Sie beruht offenbar auf der Erwägung, daß § 254 BGB. nur vom Verschulden des Geschädigten spricht und als Beschädigter für den Vertragsanspruch nur der Kläger in Betracht kommt. Damit ist aber eine Berücksichtigung des Verschuldens der Frau nicht ausgeschlossen. Sie rechtfertigt sich schon durch Erwägungen, wie sie auf dem Gebiete der unerlaubten Handlung für Erfasungsansprüche Dritter nach §§ 844, 845 BGB. dazu geführt haben, die Vorschriften des § 254 ausdrücklich da für anwendbar zu erklären, wo ein Verschulden des durch die unerlaubte Handlung unmittelbar Verletzten vorliegt (§ 846 BGB.). Die rechtliche Selbständigkeit der in der Person der mittelbar Geschädigten von vornherein entstandenen, von dem Rechte des unmittelbar Verletzten an sich unabhängigen Ansprüche hätte dazu führen können, ein mitwirkendes Verschulden des Getöteten, des körperlich Verletzten gar nicht oder doch nur insoweit zu berücksichtigen, als es für den ursächlichen Zusammenhang zwischen der unerlaubten Handlung und der Verletzung von Bedeutung war. Dieses Ergebnis wurde jedoch als unannehmbar, der Gerechtigkeit und Billigkeit zuwiderlaufend erachtet. Es wurde insbesondere, wie in RG. 55 S. 24 (32) dargelegt ist, geltend gemacht: Der Anspruch der Hinterbliebenen eines Getöteten habe seinen Grund in der Tötung; es liege in der Natur der Sache, daß sie mit Rücksicht auf ihre Beziehungen zu dem Verletzten auch die Folgen aus dessen fahrlässigem Verhalten, insofern dieses den tödlichen Ausgang herbeigeführt oder beschleunigt habe, auf sich nehmen müßten; der Gedanke, der dem



§ 222 (jetzt § 254) zugrunde liege, passe auch auf die hier in Frage kommenden Fälle. Diese Erörterungen treffen entsprechend auch dann zu, wenn, wie hier, ein vertragsmäßiger Anspruch auf Schadenersatz daraus abgeleitet wird, daß durch ein Verschulden des Vertragsgegners eine Verletzung der Frau des Klägers herbeigeführt worden ist. Die Erheblichkeit eines mitwirkenden Verschuldens der Verletzten auch für den Vertragsanspruch des Klägers ergibt sich aber mit Notwendigkeit gerade aus der Natur des Vertragsverhältnisses. Der Mieter von Wohnungs- und Geschäftsräumen hat den vertragsmäßigen Gebrauch der gemieteten Räume und ihrer Zugänge, wie der Treppen, nicht bloß für seine Person, sondern auch für seine Angehörigen. Sie üben, wenn sie den Gebrauch machen, hierbei die Rechte des Mieters aus, wie er sich sonst ihrer auch zur Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeiten bedienen kann (vgl. § 278 BGB.). Stößt ihnen daher bei diesem Gebrauch durch ein Verschulden des Vermieters ein Unfall zu, und will der Mieter hieraus eine Verletzung seiner Vertragsrechte ableiten, dann muß er sich auch das Verschulden der Personen entgegenhalten lassen, die eben diese verletzten Vertragsrechte ausgeübt haben. Der Einwand des mitwirkenden Verschuldens war daher erheblich. R. o. G., U. v. 17. Jan. 13, 287/12 III. — Breslau. [L.]

### 3. § 328 BGB. Akkreditierung.]

Auf Veranlassung des in München als Privatmann lebenden Klägers ersuchte die Firma M. in Berlin, deren Kommanditist der Kläger ist, die Diskontogesellschaft daselbst, ihn bei einer Münchener Bank zu akkreditieren, damit er in der Lage war, dort jeweils Barbeträge zu seinem persönlichen Bedarf abzuheben. Am 30. Januar 1908 richtete daraufhin die Diskontogesellschaft an die Beklagte ein Akkreditierungsschreiben auf Höhe von 5000 M mit der Bitte, der Gesellschaft die Abhebungen des Klägers in gewohnter Weise auf ihrem Scheckkonto zu belasten. Bis zum 8. Juni 1909 folgten weitere solche Schreiben, so daß sich die Gesamtkreditierung auf 79 000 M belief. Kein Schreiben ist dem Kläger ausgehändigt, dagegen nahm die Beklagte ein jedes der Diskontogesellschaft gegenüber mit der Erwidderung an, sie werde ihrem Ersuchen entsprechen. Kläger hat in der ganzen Zeit vom 30. Januar 1908 bis 8. Juni 1909 insgesamt 57 000 M entweder persönlich erhoben oder durch einen Dritten, insbesondere auch seinen Sekretär H., auf seine, des Klägers, Quittung hin erheben lassen. Die weiteren 22 000 M sind nicht in seine Hände gelangt. H. hat sie auf gefälschte Quittungen hin abgehoben und veruntreut. Kläger nimmt sie auf Grund der Akkreditierung für sich in Anspruch, hatte aber keinen Erfolg. Aus den Gründen des RG.: 1. Beide Vorinstanzen haben die auf Auszahlung angewiesener Beträge gerichtete Klage abgewiesen, weil Kläger es verschuldet habe, daß diese Beträge auf gefälschte Quittungen hin seinem ungetreuen Sekretär schon ausbezahlt seien. Sie geben also an und für sich dem Kläger ein Recht auf Auszahlung nicht etwa nur gegenüber der Diskontogesellschaft, sondern auch gegenüber der Beklagten. Die Revisionsbeklagte hat, wie in den Vorinstanzen, erneut zur Prüfung verstellt, ob diese Auffassung denn überhaupt richtig sei, und es kann in der Tat nicht verkannt werden, daß ihr mindestens nicht unerhebliche Bedenken entgegenstehen. Der VerM. macht sich zur Begründung seiner Ansicht

lediglich die Erwägungen des ersten Richters in diesem Punkte zu eigen. Der erste Richter aber folgert den unmittelbaren Anspruch des akkreditierten Klägers gegen die Bank, bei der ihn die Diskontogesellschaft akkreditiert hatte, die Beklagte, einmal daraus, daß die Abmachung zwischen der Diskontogesellschaft und der Beklagten ein Vertrag zugunsten des Klägers gewesen sei, der nach § 328 BGB. dem Kläger ein unmittelbares Recht gegen die Beklagte habe geben sollen, und weiter daraus, daß Beklagte die Anweisung der Diskontogesellschaft, dem Kläger zu zahlen, jedenfalls durch schlüssige Handlungen angenommen habe, indem sie sich ihm gegenüber zur Zahlung bereit erklärte, seine Unterschrift zu Vergleichszwecken entgegennahm und tatsächlich alle mit seiner Unterschrift versehenen Quittungen honorierte. Hierin zunächst lag nun aber, wie den Revisionsgegnern zuzugeben ist, noch nicht das, was die Vorinstanzen darin gefunden haben, ein bedingungsloses Schuldversprechen der Beklagten gegenüber dem Kläger. Es lag erheblich näher, daß Beklagte damit lediglich zum Ausdruck brachte, sie wolle zahlen, solange die Diskontogesellschaft ihre einmal gegebene Anweisung aufrechterhielt. Sie ohne Rücksicht auf einen etwaigen Widerruf seitens der akkreditierenden Bank dem Kläger gegenüber zu verpflichten, hatte die Beklagte an und für sich wenig Anlaß, weil sie ihrerseits in geschäftlichen Beziehungen zum Kläger überhaupt nicht stand. Denkbarerweise hatte die Diskontogesellschaft dem Kläger gegenüber kein Recht, die Akkreditierung zurückzunehmen. Es ist aber wenig wahrscheinlich, daß die Beklagte es übernehmen wollte, sich, falls ein Widerruf erfolgte, mit dem Kläger über seine Berechtigung auseinanderzusetzen, naheliegender vielmehr, daß es ihre Absicht war, dies im Streitfalle dem Kläger und der Diskontogesellschaft zu überlassen, sich also nur so lange dem Kläger zur Zahlung bereit zu erklären, als die Diskontogesellschaft nicht widersprach. Und im vorliegenden Rechtsstreit widerspricht diese Gesellschaft der Auszahlung weiterer 22 000 M oder eines Teiles davon nachdrücklichst. Aus der von den Vorinstanzen angezogenen Entscheidung des RG., Bd. 64 S. 113, folgt die Berechtigung ihrer Auffassung nicht. Sie hätte nur herangezogen werden können, wenn es sich um Prüfung der Rechtslage des Klägers gegenüber der Diskontogesellschaft handelte, die ihn akkreditiert hatte; die Rechte des Akkreditierten gegenüber der Bank, bei der er akkreditiert ist, standen damals nicht zur Entscheidung. 2. Hätten die Vorinstanzen dem Kläger einen unmittelbaren Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung angewiesener Beträge gegen den Widerspruch der Diskontogesellschaft mit Unrecht zugestanden, so würde schon aus diesem Grunde sich die Abweisung der Klage als gerechtfertigt erweisen, die Revision also zurückzuweisen sein. Das Revisionsgericht hat andererseits aber auch kein Bedenken, sich bei Unterstellung eines solchen Anspruchs der Rechtsauffassung des VerM. anzuschließen, daß Kläger der Beklagten für die Beträge aufzukommen habe, um die H. sie betrogen hat. Diese Schadenersatzpflicht gründet der VerM. vor allem darauf, daß Kläger es unterlassen habe, die monatlichen Buchauszüge sorgfältig zu prüfen, die ihm die Firma M. in Berlin übersandte. Darüber herrscht kein Streit, daß diejenigen 2600 M, welche die Klage fordert, da sie auf Grund der Akkreditierungen von 1909 gefordert werden, nicht zur Auszahlung an H. gelangt wären, wenn Kläger bei sorgfamer



Prüfung der Berliner Auszüge von 1908 von damals schon begangenen Fälschungen h. s. Kenntnis erhalten hätte. Dagegen aber richtet sich die Revision, daß der VerN. annehme, Kläger sei der Beklagten vertraglich zur Einsicht und Prüfung der Auszüge verpflichtet gewesen. Das eigentliche Vertragsverhältnis habe nur zwischen der Beklagten und der Diskontogesellschaft bestanden, Kläger sei lediglich nach § 328 BGB. forderungsberechtigt gewesen. Ein Vertragsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Dritten entstehe bei einem Vertrage zugunsten eines Dritten nicht. Deren Beziehungen erschöpften sich in der Geltendmachung der Forderung durch den Dritten und ihrer Erfüllung durch den Versprechenden. Letzterer könne hierbei dem Dritten die Einwendungen aus dem Vertrage entgegenhalten. Insbesondere habe der Akreditierte dem Adressaten gegenüber keine besonderen Pflichten. Eine vertragliche Verpflichtung des Klägers gegenüber der Beklagten, seinen Sekretär zu überwachen, habe also nicht bestanden und nur auf sie stütze der VerN. die Erfasspflicht des Klägers und könne sie auch nur gestützt werden. Weder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen noch aus dem besonderen Verhältnis der Parteien zueinander lasse sich herleiten, daß Kläger der Beklagten gegenüber verpflichtet gewesen wäre, Buchauszüge zu prüfen, die er gar nicht von der Beklagten erhalten habe, sondern von der Firma M. in Berlin und die noch sehr vieles andere enthalten hätten, als die von H. abgehobenen Beträge, nämlich die gesamte Geschäftsverbindung des Klägers mit seiner Kommanditgesellschaft. Der Angriff geht fehl. Zunächst übersteht der Kläger, daß das BG., dem ersten Richter wie dem eigenen klägerischen Vorbringen folgend, ihm nicht bloß einen Anspruch gemäß § 328 BGB., sondern geradezu einen vertraglichen Anspruch gegen die Beklagte aus der Erzwägung heraus zugestanden hat, Beklagte habe die Anweisung ihm gegenüber angenommen und ihm damit ein Schuldversprechen abgegeben. Ist der erhobene Vorwurf also insoweit von vornherein unbegründet, so ist er es nicht minder, soweit es sich um die Annahme handelt, Kläger leite sein Recht aus einem Vertrage zu seinen Gunsten her. Auch ein so erworbenes Recht kann Pflichten des berechtigten Dritten gegenüber dem Versprechenden erzeugen, hier also des Klägers gegenüber der Beklagten. Mehrfach schon hat das RG. (vgl. JW. 10, 243<sup>32</sup>; RG. 65, 116; 56, 410) in ähnlich liegenden Fällen im Interesse und zum Schutze des Verkehrs eine Sorgfaltspflicht des einen Teiles gegenüber dem anderen anerkannt, und zwar (vgl. JW. 10, 243) selbst dann, wenn ein vertragliches Verhältnis nicht vorlag, sondern nur ein vertragsähnliches, so eine dauernde regelmäßige Geschäftsverbindung. Vom Standpunkte des Klägers selbst war mindestens eine solche dauernde Geschäftsverbindung erzeugt, ja nach seiner Meinung eine solche, die ihm Rechte gegen die Beklagte verlieh. Da kann er nach Lage des Falles nicht geltend machen, er habe nur Rechte erworben, aber keine Pflichten übernommen. Gerade seine Rechte, wenn er sie hatte, legten ihm Pflichten auf. (Wird ausgeführt.) Wenn unter diesem Gesichtspunkte der VerN. eine Pflichtverletzung des Klägers darin erblickt, daß Kläger die ihm von der Firma M. in Berlin übersandten Kontoauszüge aus Gleichgültigkeit ungeprüft ließ, so ist das nicht zu beanstanden. Von wem Kläger die Auszüge empfing, ist für diese Frage völlig gleichgültig. Nach den Umständen des Falles war, wie Kläger erkennen konnte und mußte,

die Nachprüfung der Auszüge das wesentlichste, wenn nicht das einzige Mittel, etwaigen Abhebungen durch unbefugte Dritte auf die Spur zu kommen. Kläger sah, daß Beklagte ihm auch von seinen eigenen Abhebungen Mitteilung nicht machte und daß es auch die Diskontogesellschaft nicht tat, also die ganze Kontrolle auf dem rückläufigen Wege über die Firma M. ging. Wollte er also der Beklagten gegenüber über sein Rechnungsverhältnis im klaren bleiben, so mußte er eben prüfen, was Firma M. in ihren Auszügen ihm berichtete, zumal er auch bei der Beklagten selbst sich zu Nachfragen niemals veranlaßt sah. Und Beklagte durfte davon ausgehen, daß Kläger die Prüfung vornahm, um Schaden hintanzuhalten. Kläger ist also ersatzpflichtig, denn einen stichhaltigen Grund, warum die Prüfung nicht erfolgte, hat er nicht vorgebracht. M. c. B. G.-Bank, U. v. 16. Jan. 13, 533/12 II. — München. [R.]

4. § 397 BGB. Erlaßvertrag. Wiederherstellung des erlassenen Anspruches bei Nichterfüllung einer Gegenleistung.]

Durch notariellen Vertrag vom 27. April 1908 kaufte der Kläger vom Beklagten dessen Hausgrundstück. Am 7. Mai 1908 wurde das Grundstück dem Kläger übergeben, am 15. Juni 1908 aufgelassen. Im September 1908 wurde bei einer Untersuchung des Hauses das Vorhandensein des Schwammes darin festgestellt. Zur Beseitigung des Schwammes wurden Ausbesserungen im Hause vorgenommen, namentlich einige Balken herausgenommen und durch neue ersetzt. Damit erschien die Schwammgefahr beseitigt. Erst im September 1911 zeigten sich Erscheinungen, die den Verdacht eines erneuten Auftretens des Schwammes nahelegten. Auf Antrag des Klägers fand ein Beweisicherungsverfahren statt, in dem die vernommenen Sachverständigen übereinstimmend das Vorhandensein des echten Hauschwammes in dem Hause feststellten und ein Sachverständiger insbesondere bekundete, daß der Hauschwamm schon im Frühjahr 1908 im Hause gewesen und durch die Arbeiten im Herbst 1908 nicht vollständig beseitigt worden sei. Am 3. Oktober 1911 forderte Kläger den Beklagten unter Setzung einer Nachfrist von fünf Tagen und unter der Androhung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung verweigere, zur Abgabe der Erklärung auf, daß er bereit sei, den Schwamm auf seine Kosten vollständig beseitigen zu lassen. Der Beklagte lehnte die Abgabe der Erklärung unter Bestreiten seiner Verpflichtung ab. Darauf erhob Kläger am 25. Oktober 1911 die gegenwärtige Klage auf Einwilligung in die Wandlung des Kaufvertrages. Er machte geltend: Nach Feststellung des Schwammes im September 1908 habe der Beklagte ihn gebeten, von einer Klage auf Zurücknahme des Hauses abzusehen, und erklärt, das Haus werde aufs peinlichste untersucht, jedes kranke Stück herausgenommen, so daß er, Kläger, ein vollständig gesundes Haus habe; er, der Beklagte, trage sämtliche Kosten der Reparatur. Hiermit sei er einverstanden gewesen, und hierdurch und durch die Erklärung des Sachverständigen K., es sei die völlige Beseitigung des Schwammes möglich, habe er sich damals bewegen lassen, von einer Klage abzusehen. Da die Beseitigung des Schwammes durch die im Herbst 1908 vorgenommenen Arbeiten nicht gelungen sei, verlange er Wandlung. Das LG. wies die Klage ab. Das OLG. hat die Berufung zurückgewiesen. Es hat angenommen, daß der Kläger nach der von



ihm selbst gegebenen Darstellung des Sachverhalts im Herbst 1908 auf das Wandlungsrecht dauernd und unbedingt verzichtet habe, daß dieser Verzicht insbesondere darin zu finden sei, daß sich der Kläger mit dem Angebot des Beklagten, den Mangel kostenfrei zu beseitigen, einverstanden erklärt habe. Weiter hat es ausgeführt, daß der Wandlungsanspruch weder durch die Nichterfüllung des an die Stelle des Wandlungsrechts getretenen Anspruchs auf Beseitigung des Schwammes und die Weigerung, diese Verpflichtung zu erfüllen, noch durch das Umschgreifen des Schwammes und die dadurch angeblich herbeigeführte Unmöglichkeit der Schwammeseitigung begründet werde. Der Verzicht beziehe sich auf jeden Wandlungsanspruch. Das RG. hob auf. Die Annahme, daß der Kläger im Herbst 1908 auf das Wandlungsrecht dauernd und unbedingt verzichtet habe, begründet das BG. näher, indem es auf der Grundlage der vom Kläger selbst gegebenen Darstellung ausführt: der ausgesprochene Zweck, den der Beklagte bei seinem Anerbieten verfolgte, sei der gewesen, den Kläger zu bestimmen, daß er gegen das Versprechen der Beseitigung des Schwammes, einer Leistung, auf die dieser keinen Anspruch hatte, auf das Wandlungsrecht verzichtete; dabei habe es sich um einen dauernden Verzicht gehandelt, da das Interesse des Beklagten offensichtlich dahin gegangen sei, gegen die Möglichkeit, das Haus zurücknehmen zu müssen, dauernd gesichert zu sein; wenn sich nun der Kläger — im Vertrauen auf die Versicherung des Sachverständigen A. hinsichtlich der Möglichkeit vollständiger Schwammeseitigung — mit dem Vorschlage des Beklagten einverstanden erklärte, so habe er damit dauernd und unbedingt auf das Wandlungsrecht verzichtet. Es erscheint nicht zweifelhaft, daß das BG. hiermit nicht nur einen Vertrag, sondern insbesondere auf Seiten des Klägers auch den Vertragswillen, das Wandlungsrecht endgültig und unbedingt aufzugeben und somit einen Erlaßvertrag im Sinne des § 397 BGB. hat feststellen wollen. Durch den Erlaß wäre der Wandlungsanspruch gemäß dem § 397 BGB. erloschen. Nichtsdestoweniger ist die Ausführung des BG.: Sollte der Beklagte die übernommene Verpflichtung zur Beseitigung des Schwammes nicht erfüllt haben und seine am 7. Oktober 1911 erklärte Weigerung, den Schwamm zu beseitigen, ungerechtfertigt sein, so berühre das den vorliegenden Rechtsstreit nicht, denn es sei auf Wandlung und nicht auf Schadensersatz geklagt, nicht aufrechtzuerhalten. Allerdings ist der Erlaß ein sogenannter abstrakter, von seinem Rechtsgrunde losgelöster Vertrag. Hiermit ist aber nur gesagt, daß die ihm eigentümliche Wirkung, das Erlöschen des betreffenden Schuldverhältnisses, eintrete unabhängig von dem Rechtsgrunde, auf dem er beruht, nicht dagegen, daß ihm ein Rechtsgrund nicht zugrunde liege oder, daß der Bestand des ihm zugrunde liegenden Rechtsgrundes oder das Rechtsgeschäft, durch das dieser Rechtsgrund geschaffen ist, den Fortbestand seiner Wirkung auch nicht mittelbar beeinflusse. Regelmäßig liegt dem abstrakten Rechtsgeschäfte vielmehr ein Rechtsgrund und ein diesen ergebendes anderes Rechtsgeschäft, das Kauf- oder Grundgeschäft, zugrunde dergestalt, daß jenes sich als die Erfüllung der durch dieses begründeten Verpflichtung oder als die auf Grund dieses geschuldete Leistung darstellt, und daraus ergibt sich der Einfluß des letzteren auf das erstere ohne weiteres. Namentlich ergibt

die Nichtigkeit des Grundgeschäftes und die damit gegebene Hinfälligkeit des Rechtsgrundes mit Bezug auf das darauf beruhende abstrakte Rechtsgeschäft den Tatbestand des § 812 BGB. und damit die Verpflichtung desjenigen, der mit diesem Rechtsgeschäft auf Kosten eines anderen etwas erlangt hat, dies ohne Rechtsgrund Erlangte herauszugeben. Im übrigen bestimmt sich der Einfluß des Grundgeschäftes auf das zur Erfüllung der dadurch begründeten Verpflichtung getätigte abstrakte Rechtsgeschäft nach den für jenes geltenden Bestimmungen. Die Annahme, daß der in Rede stehende Erlaß eines Rechtsgrundes ermangele, erscheint nach dem vom BG. zugrunde gelegten Sachverhalt ausgeschlossen; träte sie zu, so würde der Kläger den Erlaß und seine Wirkung schon auf Grund des angezogenen § 812 beseitigen können. Beruht der Erlaß aber auf einem Rechtsgrunde, also auf einer betreffenden Verpflichtung des Klägers, so kann diese bei Zugrundelegung des durch die Darstellung des Klägers gegebenen Sachverhalts nur durch einen Vertrag begründet sein, durch den der Kläger sich verpflichtete, dem Beklagten gegenüber auf sein Wandlungsrecht zu verzichten, während dieser die Verpflichtung übernahm, den Schwamm im verkauften Hause auf seine Kosten zu beseitigen. Dieses gegenüber dem, wie bemerkt, durch Übergabe und Auflassung bereits erfüllten Kaufvertrage selbständige Abkommen über den entstandenen Wandlungsanspruch, durch das jeder der beiden Teile seine Verpflichtung nur eingegangen ist, um dadurch die Verpflichtung des anderen zu erlangen, aber ist ein gegenseitiger Vertrag, auf den die §§ 320 bis 327 BGB. Anwendung finden, und gerade aus diesen Paragraphen ergibt sich eine Beeinflussung des Bestandes des durch das Grundgeschäft geschaffenen Rechtsgrundes für den abstrakten Erlaßvertrag und damit der durch diesen herbeigeführten Rechtslage. Hat insbesondere der Beklagte, wie unstreitig ist, den Schwamm durch die im Herbst 1908 zu seiner Beseitigung vorgenommenen Arbeiten nicht beseitigt und, nachdem sich dies herausgestellt hatte, auf die Aufforderung des Klägers vom 3. Oktober 1911 sich unter Bestreiten seiner Verpflichtung geweigert, weiteres zur Beseitigung des Schwammes zu tun, so konnte der Kläger nach dem § 326 (vgl. dazu RG. Bd. 67 Nr. 78 auf S. 317 und Gruchot Bd. 54 auf S. 632) von dem gegenseitigen Vertrage zurücktreten. Die Aufforderung in dem Schreiben vom 3. Oktober 1911 ist allerdings nicht unmittelbar auf die dem Beklagten obliegende Leistung der Schwammeseitigung, sondern auf die Abgabe einer Erklärung des Beklagten gerichtet, daß er dazu bereit sei; allein die hieraus und aus der Kürze der gesehten Nachfrist etwa herzunehmenden Bedenken sind durch die Weigerung des Beklagten unter Bestreiten seiner Verpflichtung beseitigt. Daß sich die Androhung, nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung zu verweigern, auf die Schwammeseitigung und daß sich die in der Klageerhebung enthaltene Rücktrittserklärung nicht etwa auf den Kaufvertrag, sondern auf den dem Erlaß zugrunde liegenden gegenseitigen Vertrag bezieht, ist angesichts des vorher berührten Inhalts des Aufforderungsschreibens und angesichts des auf den Kaufvertrag gegründeten Wandlungsverlangens nicht zweifelhaft. Durch den Rücktritt des Klägers wurde dann gemäß den nach dem § 327 entsprechend anzuwendenden §§ 346 ff. BGB. die Verpflichtung der Parteien begründet, einander die auf Grund



des in Rede stehenden gegenseitigen Vertrages gemachten Leistungen zurückzugewähren, auf Seiten des Beklagten insbesondere die Verpflichtung sich so behandeln zu lassen, als wenn der Kläger auf das Wandlungsrecht nicht verzichtet hätte. Wäre aber die Beseitigung des Schwammes, wie der Kläger behauptet hat, unmöglich geworden, so würde, falls die Unmöglichkeit auf einen Umstand zurückzuführen ist, den der Beklagte zu vertreten hat, der Rücktritt auch nach dem § 325 begründet sein und, falls die Unmöglichkeit auf einen Umstand zurückzuführen ist, den weder der Beklagte noch der Kläger zu vertreten hat, das von diesem Geleistete, eben der Erlaß, gemäß dem § 323 Abs. 1 und 3 nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden können. An dem Verhältnis des Grundstücksgeschäfts zu dem in Erfüllung seiner getätigten abstrakten Rechtsgeschäft wird dadurch nichts geändert, daß dieses mit jenem in einem äußeren Vorgang zusammenfällt. Für die Anwendung der §§ 326, 327, 323 und 325 ohne Belang ist es ferner, ob es sich, was die Revision in Zweifel zieht, bei dem festgestellten Erlaß um eine vertragsmäßige Vorleistung handelt. S. c. F., U. v. 22. Jan. 13, 304/12 V. — Stuttgart. [R.]

5. §§ 437, 439 BGB. Inwieweit erstreckt sich der Ausschluß der Haftung für die Forderung auch auf die dafür bestehende Hypothek?]

Die Feststellung des VerN. ist nicht zu beanstanden, daß der Kläger, als er am 17. Juli 1907 die Hypotheken von 13 425 und 1925 M von der beklagten Ehefrau erwarb, das Nichtbestehen der durch die Hypotheken gesicherten Kaufpreisforderung aus dem Vertrage vom 8. März 1902 gekannt hat. Gemäß § 439 Abs. 1 BGB. nimmt daher der VerN. mit Recht an, daß die Beklagten nicht nach § 437 BGB. dem Kläger für den rechtlichen Bestand der gekauften Forderung haften. — Bezüglich der Hypotheken selbst sodann macht die Revision geltend: Der VerN. habe keine bestimmte Feststellung darüber getroffen, ob dem Kläger, als er am 17. Juli 1907 die beiden Hypotheken käuflich erworben habe, auch bekannt gewesen sei, daß die Hypotheken ebenfalls nichtig seien oder doch wegen Nichtigkeit der gesicherten Forderung nur als Grundschulden der Grundstückseigentümer, Eheleute G., beständen. Habe der Kläger keine Kenntnis davon gehabt, so sei er, auch wenn er Kenntnis von dem Nichtbestehen der Forderung gehabt habe, doch hinsichtlich der Hypotheken nicht mit seinen Rechten aus § 437 BGB. ausgeschlossen; auch stehe der Geltendmachung dieser Rechte nicht entgegen, daß der Kläger die Hypotheken wegen seines guten Glaubens gemäß § 892 BGB. erworben habe, da die Vorschrift nur zugunsten des Erwerbers gelte, dieser auf den ihm dadurch gewährten Schutz verzichten könne und er dann so zu behandeln sei, als habe der Erwerb nicht stattgefunden. — Nichtig ist, daß der VerN. eine Feststellung über die vorbezeichnete Kenntnis nicht getroffen hat. Seine Ausführungen sind dahin aufzufassen, daß auch dann, wenn der Kläger die fragliche Kenntnis nicht gehabt habe, der Anspruch aus § 437 BGB. wegen der Hypotheken unbegründet sei, weil dann der Kläger zufolge seines guten Glaubens die Hypotheken gemäß § 892 BGB. als rechtsbeständige Hypotheken erworben habe und somit ein Mangel im Rechte hinsichtlich der gekauften Hypotheken nicht vorliege. Es kann dahingestellt

bleiben, ob nicht diese Rechtsauffassung, wenn hinsichtlich der Haftung für den rechtlichen Bestand Forderung und Hypothek gesondert zu beurteilen wären, für zutreffend zu erachten sein würde. Forderung und Hypothek sind aber hinsichtlich der genannten Haftung nicht derart voneinander zu trennen, daß, wenn wegen Kenntnis des Nichtbestehens der verkauften Forderung die Haftung für diese nach § 439 Abs. 1 BGB. ausgeschlossen ist, überhaupt noch eine Haftung für den rechtlichen Bestand der verkauften Hypothek nach § 437 BGB. in Frage kommen könnte. Die Hypothek ist nach § 1113 BGB. eine Belastung des Grundstücks mit dem Inhalt, daß eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist. Die Hypothek dient mithin zur Sicherung der Befriedigung einer Forderung und ist ein Nebenrecht dieser. Dementsprechend bestimmen die §§ 401, 1153 Abs. 1 BGB., daß mit der abgetretenen Forderung die Hypotheken, die „für sie bestehen“, auf den neuen Gläubiger übergehen. Ferner sind in § 1154 BGB. und in § 830 ZPO. Sonderbestimmungen für die Fälle der Übertragung und der Pfändung solcher Forderungen gegeben, „für welche eine Hypothek besteht“. Sodann ist nach §§ 1163, 1177 Abs. 1 BGB. der rechtliche Bestand der Hypothek als solcher von dem Bestehen der Forderung abhängig. Weiter kann nach § 1153 Abs. 2 BGB. die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden. Daraus ergibt sich, daß nach dem Gesetz Forderung und Hypothek ein einheitliches Ganzes dergestalt bilden, daß die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek ein die Befriedigung dieses Hauptrechtes sicherndes Nebenrecht ist. Kennt nun der Käufer einer Hypothek bei dem Abschlusse des Kaufes das Nichtbestehen der gekauften, durch das Hypothekenrecht gesicherten Forderung und hat deshalb der Verkäufer gemäß § 439 Abs. 1 BGB. das Nichtbestehen der Forderung nicht zu vertreten, so muß auch die Haftung des Verkäufers für den rechtlichen Bestand des Hypothekenrechts aus § 437 BGB. ohne weiteres entfallen, weil eben das Hypothekenrecht ein mit der Forderung verbundenes, zur Sicherung dieser dienendes Nebenrecht ist. Der Grund des Fortfalls der Vertretungspflicht des Verkäufers im Falle des § 439 Abs. 1 BGB. ist ein Verzicht des Käufers auf die Gewährleistung oder doch die Annahme, daß der Käufer die aus dem Mangel im Rechte sich ergebende Gefahr übernehmen wolle (Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 215, Warnerer Rechtspr. des RG. Bd. 1911 Nr. 366). Ein Verzicht auf die Gewährleistung oder die Übernahme der Gefahr wegen Nichtbestehens des gekauften Hauptrechtes schließt aber naturgemäß die Haftung für den rechtlichen Bestand eines mitgekauften Nebenrechtes aus, das nur zur Sicherung der Befriedigung des Hauptrechtes dient. P. c. W., U. v. 1. Febr. 13, 305/12 V. — Braunschweig. [R.]

6. §§ 705 ff. BGB. Darf ein Gesellschafter zur Abwehr gegen einen Teilhaber Maßnahmen zum Schaden der Gesellschaft ergreifen? Zu § 304 ZPO.]

1. Der Beklagte rügt zunächst Verletzung des § 304 ZPO., weil das VG. schon auf Grund der Tatsache, daß der Beklagte die Gläubiger B. und C. zur Kündigung ihrer Forderungen pflichtwidrig veranlaßt und dadurch die Klägerin geschädigt habe, den Klageanspruch dem Grunde nach für



gerechtfertigt erklärt habe; das BG. hätte erörtern müssen, ob der Beklagte auch die drei übrigen Gläubiger pflichtwidrig und unter Schädigung der Klägerin zur Kündigung bestimmt habe. Dieser Auffassung ist nicht beizutreten. Der Standpunkt der Revision wäre gerechtfertigt, wenn es sich um fünf einzelne, nur in eine Gesamtsumme zusammengefaßte Schadensersatzansprüche handelte, von denen jeder auf eine der fünf vom Beklagten veranlaßten Kündigungen gestützt wäre. In diesem Falle müßte allerdings, wenn ein den ganzen Klageanspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärendes Urteil erlassen werden sollte, als Grundlage der fünf Einzelansprüche festgestellt werden, daß der Beklagte jede der fünf Kündigungen pflichtwidrig herbeigeführt und dadurch der Klägerin Schaden zugefügt habe (vgl. RG. 58, 229). Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Die Klägerin verlangt nicht einen gesonderten Schadensbetrag wegen jeder einzelnen Kündigung, sondern eine einheitliche Summe als Schadensersatz wegen der Vertragsverletzung des Beklagten, die sie darin erblickt, daß der Beklagte die fünf Gläubiger zur Kündigung ihrer Forderungen veranlaßt habe. Die Einheitlichkeit des Klageanspruchs ergibt sich nicht nur aus der Fassung des Klageantrags und aus der ziffermäßigen Schadensaufstellung der Klägerin, sondern auch aus dem Umstande, daß der Klageanspruch ursprünglich nur auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten gerichtet war und erst später in den Anspruch auf Zahlung von 7421,10 M. umgestaltet worden ist. Außerdem ist nach dem Vorbringen der Klägerin die Herbeiführung der fünf Kündigungen, die in der kurzen Zeit vom 20. bis 28. Juni 1910 erfolgt sind, als eine auf einem einheitlichen Entschlusse des Beklagten beruhende Vertragsverletzung, nicht als fünf gesonderte Vertragswidrigkeiten, anzusehen. Handelt es sich hiernach um einen einheitlichen, auf einheitlicher Vertragsverletzung beruhenden Klageanspruch, so genügt es zur Erlassung eines den ganzen Anspruch betreffenden Urteils nach § 304 ZPO., wenn das BG. feststellte, daß der Beklagte zwei der fraglichen Kündigungen, nämlich die der Gläubiger B. und C. veranlaßt hatte, zumal gerade diese beiden Kündigungen vorzugsweise den Schaden der Klägerin verursacht haben. Die Frage, ob der Beklagte auch die drei übrigen Kündigungen veranlaßt hat, betrifft, wenngleich sie auch den Grund des Anspruchs mitberührt, so doch vorwiegend den Betrag des der Klägerin entstandenen Schadens; sie konnte daher, wie auch in der Rechtsprechung des RG. für ähnliche Fälle anerkannt ist, dem Verfahren über den Betrag des Anspruchs vorbehalten bleiben (vgl. JW. 98, 601; 03, 239; 95, 518). 2. Der Beklagte fühlt sich ferner dadurch beschwert, daß das BG. in keiner Weise gewürdigt habe das ganze wesentliche Vorbringen der Beklagten, daß er infolge gesellschaftswidrigen Verhaltens seines Mitgesellschafters Sch. berechtigt gewesen sei, ihm nahestehende Gläubiger zur Kündigung ihrer Darlehnsforderungen an die Gesellschaft zu veranlassen. Die Frage, ob ein Gesellschafter, der ihm nahestehende Gläubiger zur Kündigung veranlasse, rechtswidrig handle und sich dem anderen Gesellschafter gegenüber schadensersatzpflichtig mache, könne aber nur nach den Umständen des einzelnen Falls entschieden werden; dabei komme dem Verhalten des anderen Gesellschafters eine wesentliche Bedeutung

zu und seien die beiderseitigen Interessen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und der Verkehrssitte gegeneinander abzuwägen. Die Revision erachtet hiernach den § 313 Nr. 4 ZPO. und den § 242 BGB. für verletzt. Auch dieser Angriff geht fehl. Zunächst trifft es nicht zu, daß das BG. das fragliche Vorbringen des Beklagten nicht gewürdigt habe. Das BG. erörtert dieses Vorbringen unter IV seiner Entscheidungsründe, indem es ausführt: Die Gründe, die der Beklagte aus der Person und dem Verhalten des Sch. entnehme, seien nicht imstande, sein — wie er gewußt habe oder habe wissen müssen — die Gesellschaft schädigendes Vorgehen zu rechtfertigen oder zu entschuldigen. Auch wenn alles als wahr unterstellt werde, was er dem Sch. zum Vorwurf mache, lasse sich dadurch der Schadensersatzanspruch der Klägerin, die Tatsache, daß der Beklagte wissentlich oder grobfahrlässig das Gesellschaftsvermögen geschädigt habe, nicht beseitigen. Aus dem Vorbringen des Beklagten würde sich nur etwa ergeben, daß er berechtigt gewesen wäre, gegen Sch. gemäß §§ 133, 142 HGB. vorzugehen, nicht aber einen gegen die Gesellschaft und das Gesellschaftsvermögen (und den Gesellschaftszweck) gerichteten Schritt, wie geschehen, zu tun. Durch diese Ausführungen ist das in Rede stehende Vorbringen des Beklagten in hinreichend erschöpfendem Maße berücksichtigt; auf die einzelnen Behauptungen des Beklagten brauchte das BG. von seinem Standpunkte aus nicht näher einzugehen. Aber auch in sachlicher Hinsicht sind diese Ausführungen rechtlich nicht zu beanstanden. Dem Beklagten ist zuzugeben, daß die Frage, ob ein Gesellschafter pflichtwidrig gehandelt hat, nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des einzelnen Falles sowie unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu beurteilen ist. Dies hat das BG., wie seine obigen Ausführungen ergeben, aber auch nicht verkannt. Hätte sich dieses angebliche Verhalten des Sch. gegen die Gesellschaft gerichtet, so könnte es unter Umständen gerechtfertigt erscheinen, wenn der Beklagte, um den der Gesellschaft drohenden Schaden abzuwenden, Gegenmaßregeln ergriff, die, wenngleich sie zunächst der Gesellschaft einen Nachteil bereiteten, doch schließlich auf baldige Beseitigung des Sch. aus der Gesellschaft abzielten. Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor. Die angebliche Handlungsweise des Sch. richtete sich, wie die Behauptungen des Beklagten ergeben, nicht gegen die Gesellschaft, sondern nur gegen den Beklagten selbst. Eine gegenteilige Behauptung hat auch der Beklagte nicht aufgestellt. War aber nur der Beklagte selbst das Ziel der angeblichen Angriffe des Sch., so konnten diese es keinesfalls rechtfertigen, daß der Beklagte zu Maßnahmen griff, die die Gesellschaft schädigten. Wenn er glaubte, daß Sch. ihm gegenüber seine Pflicht als Gesellschafter verlege, so konnte er hiergegen die ihm durch die §§ 133, 142 HGB. gewährten Mittel ergreifen. Hielt er ein schleuniges Eingreifen für geboten, so konnte er eine einstweilige Verfügung erwirken, wodurch dem Sch. seine Gesellschaftertätigkeit ganz oder teilweise untersagt wurde. Er durfte aber nicht, um den Sch. als Gesellschafter zu beseitigen, seinerseits gegenüber der Gesellschaft pflichtwidrig handeln. B. c. E. & C., U. v. 16. Jan. 13, 530/12 II. — Stuttgart. [R.]



7. § 718 BGB. Eine stille Gesellschaft ist auch unter Nichtkaufleuten möglich.]

Der Vorwurf der Revision, daß das BU. die §§ 335—342 BGB. verlege, weil eine stille Gesellschaft, wie sie das BG. zwischen S. und dem Beklagten als gegeben annehme, nur mit einem Kaufmann geschlossen werden könne, während das BGB. sie nicht kenne, ist unbegründet. Das BGB. enthält Bestimmungen über die stille Gesellschaft nicht, schließt diese aber keinesfalls aus; § 718 BGB. enthält nachgiebiges Recht und hindert die Bildung von anders gearteten Gesellschaftsverhältnissen nicht (vgl. die Entsch. d. RG. ScuffArch. Bd. 61 Nr. 107, Zeitschrift für bairische Rechtspflege Bd. 5 S. 354; JW. 05, 719<sup>10</sup>). O. c. B., U. v. 28. Jan. 13, 394/12 VI. — Düsseldorf. — [L.]

8. § 826 BGB. Unter welchen Voraussetzungen sind unvollständige Auskünfte über frühere Angestellte — Nichtmitteilung begangener Unterschlagungen — sittenwidrig?]

Der Kassengehilfe des klagenden Rentmeisters, C., unterschlug der Kreisasse 5328 A 27  $\mathcal{M}$ . Der Kläger, der der Kasse den Betrag ersetzt hat, fordert seine Erstattung von dem beklagten Rentmeister, weil er den C. nur infolge der günstigen, aber offensichtlich unwahren Auskunft des Beklagten angestellt habe, bei dem C. über sechs Jahre als Bureaugehilfe beschäftigt gewesen sei und ebenfalls Veruntreuungen begangen habe. Die Klage ist abgewiesen. Mit Brief vom 18. Juli 1906 hat der Kläger, da der „frühere Kassengehilfe“ C. bei ihm eintreten wolle und sich auf den Beklagten berufen habe, diesen um Auskunft und Mitteilung, ob er den C. empfehlen könne. Er — Kläger — habe nur einen Gehilfen und müsse auf Ehrlichkeit und Zuverlässigkeit besonders rechnen. Am 22. Juli antwortete der Beklagte, bei dem C. eine Unterschlagung von etwa 300  $\mathcal{M}$ . begangen hatte, die erst nach seiner Entlassung entdeckt worden war, folgendes: C. sei von Austritt aus der Schule bis Ende August 1905 ungefähr 6¼ Jahre bei ihm tätig gewesen. Er sei ein fleißiger, sauberer und auch zuverlässiger Arbeiter gewesen, bis auf das letzte halbe Jahr, wo er in leichte Gesellschaft geraten sei. Bei strenger Kontrolle sei er ein brauchbarer Mensch. Im Kassendienst, den der Beklagte stets selbst besorgt habe, sei er nie verwendet worden. Er habe sehr ordentliche Angehörige und solle sich jetzt ordentlich halten. Das OLG. hat die Klage abgewiesen, weil zwar die Auskunft wider die guten Sitten verstoße, der Beklagte jedoch keinen Schädigungsvorfall gehabt habe, auch die Ursächlichkeit seiner Handlungsweise mit dem Schaden des Klägers fehle, und jedenfalls das eigene Verschulden des Klägers, der den C. nicht überwacht habe, das des Beklagten weit überwiege. Dem BG. kann schon darin, daß die Auskunft den guten Sitten zuwiderlaufe, nicht beigespflichtet werden. Bei der Beurteilung, ob dieses Merkmal vorhanden sei, ist im Auge zu behalten, daß es sich um keine rechtsgeschäftliche empfangsbedürftige Erklärung handelt; daß es also, entgegen der Ansicht der Revision, nicht darauf ankommt, wie der Kläger die Auskunft aufgefaßt hat und auffassen durfte, sondern wie der Beklagte sie gemeint hat. In dieser Beziehung legt das BG. zunächst dar, daß die Auskunft, wenn sie auch die frühere Veruntreuung des C. nicht erwähne, nichts Unrichtiges, vielmehr genug Ungünstiges enthalte und auf die Hauptfrage nach der Ehrlichkeit

des C. keine Antwort gebe; daß sie also darauf zugeschnitten gewesen sei, daß der Kläger zwischen den Zeilen lese. Dies kann nichts anderes heißen, als daß der Kläger nach der Meinung des Beklagten aus der Fassung der Auskunft entnehmen sollte, der Beklagte wünsche sich über die Ehrlichkeit des C. nicht zu äußern, oder es sei damit nicht zum besten bestellt. Damit steht freilich der weitere, schon an sich gewagte Schluß des BG., mit dem es die Sittengewidrigkeit der Auskunft begründet, in unvereinbarem Widerspruch: der Beklagte habe, weil er nicht habe verhindern wollen, daß Kläger den C. in seinen Dienst nehme, bezweckt, den Kläger in den Irrtum zu versetzen, C. sei als ehrlich erprobt, damit er sich zu dessen Anstellung entschließe. Indes kann dieser Widerspruch auf sich beruhen. Nach dem Inhalt der Auskunft hat der Beklagte, wenn er, wie das BG. zuletzt annimmt, die Anstellung des C. nicht hindern wollte, die ausdrückliche Beschränkung beigelegt, daß C. bei strenger Kontrolle ein brauchbarer Mensch sei. Das BG. führt ferner, wo es die Vorsätzlichkeit der Schädigung verneint, aus, daß der Beklagte die bei ihm begangene Unterschlagung als eine einmalige, vorübergehenden schlechten Einflüssen entsprungene Verfehlung ansehen durfte, die sich, weil bei C. die in seiner Familie empfangenen streng sittlichen Grundsätze das Übergewicht gewinnen würden, nicht wiederholen werde; daß er deshalb das Bewußtsein nicht gehabt habe, der Kläger werde durch eine erneute Unehrlichkeit des C. zu Schaden kommen. Unstreitig hat der Beklagte von der Veruntreuung des C. nicht aus irgendwelchem persönlichen Interesse, sondern aus Rücksicht auf C. und seine Familie geschwiegen. War er nun der Überzeugung, C. — der sich fast sechs Jahre klaglos bei ihm geführt hatte — werde bei der von ihm zur Bedingung gemachten strengen Kontrolle vom Pfade der Ehrlichkeit nicht wieder abweichen und der Kläger durch seine Einstellung keinen Schaden leiden, so würde in der Auskunft auch dann, wenn sie als Empfehlung zu erachten wäre, keine dem Anstandsgefühl eines redlichen Mannes widerstrebende Handlungsweise zu finden sein. Ist hiernach der Vorwurf gegen den Beklagten, daß er wider die guten Sitten verstoßen habe, nicht gerechtfertigt, so kommt es auf die übrigen Erwägungen des BG., die, wie der Revision zugehen ist, zum Teil bedenklich sind, nicht an. B. c. R., U. v. 30. Jan. 13, 312/12 VI. — Breslau. [L.]

9. § 833 BGB. Die Tierhaltereigenschaft endet nicht dadurch, daß die Behörde das Tier in Verwahrung nimmt.]

Der Kläger war von der Stadt Neuwied im Dezember 1909 als Hundefänger angestellt. Zu seinen Verrichtungen gehörte es, während der Dauer der damals für Neuwied und Umgegend angeordneten Hundesperre frei umherlaufende Hunde einzufangen und auf 24 Stunden zu verwahren, nach welcher Zeit sie, falls bis dahin der Eigentümer sie nicht abgeholt hatte, auf polizeiliche Anordnung getötet wurden. Am 11. Januar 1910 hatte der Kläger einen von anderer Seite eingefangenen, im Hundezwinger des fürstlichen Schlosses in Neuwied verwahrten fremden Hund abzuholen. Von diesem Hunde, der an der Tollwut erkrankt war, ist der Kläger im Laufe des 12. Januar mehrfach gebissen worden. Infolge der Bisse und der hierdurch notwendig gewordenen Impfungen im Pasteurschen Institut will Kläger dauernd in seiner Gesundheit geschädigt und in seiner



Erwerbshfähigkeit beeinträchtigt sein. Er verlangt Schadensersatz. Der Streit der Parteien betrifft die Frage, ob der Beklagte im vorliegenden Falle als Tierhalter im Sinne des § 833 BGB. anzusehen ist. Die Revision meint, daß der Beklagte die Tierhaltereigenschaft jedenfalls dadurch verloren habe, daß ihm, nachdem der Hund in Neuwied wegen der dort bestehenden Hundesperre eingefangen war, jede Gewalt über den Hund entzogen gewesen sei, den die Stadt Neuwied wegen Verdachts der Tollwut sofort habe töten lassen können. Es sei ihm dadurch die Möglichkeit genommen worden, den aus dem Halten des Hundes entspringenden besonderen Gefahren durch geeignete Maßnahmen entgegenzuwirken, und er könne deshalb für Schadensfälle während der Zeit, wo der Hund auf behördliche Anordnung gefangen gehalten sei, nicht haftbar gemacht werden. Auch diesen Ausführungen kann indes nicht beigetreten werden. Davon, daß die Tierhaltereigenschaft auf die Stadtgemeinde Neuwied übergegangen sei, was die Revision als möglich hinstellt, kann nicht die Rede sein. Dem steht schon entgegen, daß nicht die Stadtgemeinde es ist, welche über den Hund frei verfügen konnte, sondern die Verfügung im wesentlichen der Polizeibehörde zustand (vgl. §§ 12 ff., insbesondere §§ 37 und 38 ViehseuchenG. vom 1. Mai 1894). Die Annahme der Tierhaltereigenschaft der Stadtgemeinde würde auch mit dem Rechtsbegriff des Tierhalters in unvereinbaren Widerspruch treten. Die Verantwortlichkeit für Tier Schäden ist dem Tierhalter auferlegt, weil durch das Halten des Tieres Gefahren für die Allgemeinheit geschaffen werden und es billig erscheint, daß derjenige die Gefahren trägt, welcher das Tier zu seinem Nutzen in seinem Wirtschaftsbetriebe verwendet. Im Gegensatz hierzu erfolgt die Inbesitznahme und Inverwahrungnahme des während der Zeit der Hundesperre frei umherlaufenden Hundes seitens der Stadtgemeinde nur zu dem Zwecke, daß die der Allgemeinheit aus der möglichen Tollwut des Hundes drohenden Gefahren beseitigt werden. Es trifft außerdem nicht zu, daß die Stadtgemeinde, wenn sie den Hund in Erfüllung der im öffentlichen Interesse ihr auferlegten Verpflichtung in Verwahrung nimmt, ihn in ihrem Betriebe für sich verwendet. Fraglich kann nur sein, ob nicht dadurch, daß die Stadtgemeinde aus polizeilichen Rücksichten sich des Hundes bemächtigt hat, die Tierhaltereigenschaft des Beklagten erloschen ist. Ein solcher Verlust der Tierhaltereigenschaft, der gerechtfertigt sein mag, wenn dem Eigentümer durch Konfiskation oder Vernichtung des Tieres die Verfügungsgewalt vollständig entzogen wird, kann jedoch vorliegendenfalls nicht angenommen werden. Die Tötung des Hundes ist polizeilich erst angeordnet worden, nachdem der Kläger bereits gebissen war und dadurch der Verdacht der Tollwut sich herausgestellt hatte. Bis dahin handelte die Stadtgemeinde, indem sie den Hund festhielt, nicht bloß im Interesse der Allgemeinheit, sondern zugleich im Interesse des Eigentümers, der hierdurch vor Schaden bewahrt wurde und der bei rechtzeitiger Meldung die Rückgabe des Hundes verlangen konnte. Ein derartiges auf die Interessen des Eigentümers Rücksicht nehmendes polizeiliches Einschreiten muß der Tierhalter sich gefallen lassen, ohne daß damit seine Haftung für die durch das Halten des Tieres von ihm geschaffenen Gefahren aufgehoben wird. F. c. R., U. v. 23. Jan. 13, 417/12 IV. — Frankfurt a. M. [L.]

10. §§ 930, 868 BGB. Zur Begründung mittelbaren Besitzes ist nicht erforderlich, daß aus dem Rechtsverhältnis ein Rechtsanspruch des Erwerbers auf Herausgabe der Sache zu einem gewissen Zeitpunkt hervorgeht.]

Über das Vermögen des Meiereipächters W., der in Verbindung mit der Meierei eine Schweinezüchterei betrieb, ist am 12. Mai 1911 das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Beklagte ist zum Konkursverwalter bestellt und hat die zur Zeit der Konkursöffnung vorhandenen Schweine veräußert. Klägerin beanspruchte mit der Klage Zahlung von 11 184,40 M. Sie machte namentlich geltend: Dieser Betrag entspreche der Darlehnsforderung, die ihr aus einer geschäftlichen Verbindung mit dem jetzigen Gemeinschuldner gegen diesen noch zustehe. Als Sicherheit für ihre Darlehnsforderung habe ihr W. durch den Vertrag vom 3. Januar 1911 das Eigentum an seinen sämtlichen in der Meierei befindlichen Mastschweinen, Zuchtsauen, Ebern und Ferkeln übertragen. Ihr habe daher bei Eröffnung des Konkurses ein Recht auf Aussonderung der Schweine aus der Konkursmasse zugestanden. Durch Veräußerung der Schweine habe der Beklagte 20 422 M. Erlöst. Das LG. wies die Klage mit der Begründung ab, der Vertrag vom 3. Januar 1911 sei zur Begründung des Eigentums der Klägerin an den Schweinen nicht geeignet gewesen, weil es an einem nach den §§ 930, 868 BGB. wirksamen Besitzkonstitut fehle. Die Berufung der Klägerin wurde durch Urteil des OLG. zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg. — Der Inhalt des Vertrages vom 3. Januar 1911 ergibt deutlich den Willen der Beteiligten, daß der Klägerin zur Sicherheit für ihre Darlehnsforderung das Eigentum aller in der Meierei befindlichen Schweine des W. übertragen, an Stelle einer körperlichen Übergabe der Schweine zwecks Übereignung aber das im § 930 BGB. zugelassene Ersatzmittel eines Besitzkonstituts angewendet werden sollte. Der VerM. vermisst die Vereinbarung eines den Vorschriften der §§ 930, 868 BGB. genügenden Rechtsverhältnisses. Dabei hat er sich von dem im Eingang seiner Entscheidungsgründe aufgestellten Satz leiten lassen, ein solches Rechtsverhältnis erfordere, daß aus ihm für den Erwerber ein Rechtsanspruch auf Herausgabe der Sache zu einem gewissen Zeitpunkte hervorgehe. Diese Ansicht, die für das Verhältnis zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Sachbesitzer das Erfordernis eines Anspruchs des ersteren gegen den letzteren auf Herausgabe der Sache in den Vordergrund stellt, ist zwar auch in der Rechtsliteratur mehrfach vertreten, sie entspricht aber nicht dem Standpunkte des RG. Der IV. Senat des RG. hat in einem Urteile vom 28. September 1912 (IV 276/12) dargelegt: Das „ähnliche Verhältnis“ im Sinne des § 868 müsse in der Vorstellung der Parteien als eines Tages zu Ende gehend gedacht sein. Dabei sei aber keineswegs gesagt, daß es gerade durch Herausgabe der Sache an den bisherigen mittelbaren Besitzer endigen müsse. So könne auch das Verhältnis beim Pächter usw. recht gut damit enden, daß der Pächter, wie vielleicht von vornherein in Aussicht genommen wäre, die Pacht Sache kaufe und dadurch Eigenbesitzer werde, daß der Pfandschuldner seine Schuld nicht zahle und demnächst der Pfandgläubiger (der unmittelbare Besitzer) die Pfand Sache dem Schuldner endgültig entziehe, auch sei schon der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB.



als geeignetes Rechtsverhältnis im Sinne von § 868 anerkannt worden (RG. 69, 198), obwohl dessen regelmäßig vorausgesetzte Beendigung durch Zahlung des Kaufpreises den Käufer (den unmittelbaren Besitzer) gerade endgültig von der Herausgabepflicht an den Verkäufer befreie. Im Einklang hiermit hat der erkennende Senat in einem Urteile vom 21. November 1912 (VII 335/12) ausgesprochen, es sei nicht vorgeschrieben, daß das betreffende Verhältnis gerade durch Herausgabe der Sache an den bisherigen mittelbaren Besitzer endigen müsse, und nicht unzulässig, wenn die Vertragsschließenden als regelmäßigen Abschluß des Rechtsverhältnisses in Aussicht nehmen, daß der unmittelbare Besitzer Eigentümer der Sache werde. An dieser Auffassung ist festzuhalten. Das Gesetz stellt nur die Anforderung, daß der unmittelbare Sachbesitzer dem mittelbaren Besitzer gegenüber „auf Zeit“ zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist. Dies Erfordernis wäre nicht erfüllt, wenn nach Inhalt der Vereinbarung ein Anspruch des Vertragsgegners des unmittelbaren Besitzers auf Herausgabe der Sache für jede Zeit und unter allen Umständen ausgeschlossen wäre. Dann würde eine sachliche Herrschaftsbeziehung jenes Vertragsgegners fehlen. Andererseits ist es nicht notwendig, daß das Rechtsverhältnis im Endziel zur Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer führe. Neben dem Erfordernisse einer zeitlichen Schranke des vereinbarten Rechtsverhältnisses genügt es, wenn nach der Natur des Verhältnisses die Entstehung eines Anspruchs des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe der Sache oder Sachen unter irgendwelchen Umständen möglich ist. Hiernach kommt für die Untersuchung eines Einzelfalles nach der Richtung, ob ein vereinbartes Rechtsverhältnis den im § 868 gemeinten Verhältnissen entspreche, der Frage nach dem Bestande eines gegen den unmittelbaren Besitzer gerichteten Anspruchs des anderen Beteiligten auf Herausgabe eine weit geringere Bedeutung zu, als ihr der VerR. ersichtlich beimißt. Namentlich kann die Grundauffassung des VerR., aus dem Rechtsverhältnisse müsse für den Erwerber (den mittelbaren Besitzer) ein Rechtsanspruch auf Herausgabe der Sache zu einem gewissen Zeitpunkt hervorgehen, nach vorstehendem nicht gebilligt werden. Jene unzutreffende Auffassung hat den Vorderrichter dahin geführt, die Bestimmungen des § 3 Abs. 3 und 4 des Vertrages vom 3. Januar 1911 als ausreichend beweisend dafür anzusehen, daß ein Recht der Klägerin, die Schweine zu irgendeiner Zeit herauszubekommen, nicht begründet worden sei. Damit hat er die Tatsache, daß an den beiden bezeichneten Stellen ein solches Recht nicht erwähnt ist, überschätzt. § 3 Abs. 3 besagt, daß, sobald W. seinen sämtlichen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin nachgekommen sei, das Eigentum der Schweine dem W. zurückübertragen werden solle. Im Falle dieses dem Wunsche der Vertragsparteien entsprechenden, regelrechten Sachverlaufs sollte also W. wieder Eigentümer der Schweine werden. Für einen Anspruch der Klägerin auf Herausgabe blieb in diesem Falle kein Raum. Daher war auch kein Anlaß geboten, einen solchen Anspruch im § 3 Abs. 3 zu behandeln. Nahe lag es freilich, einen etwaigen Anspruch der Klägerin auf Herausgabe im § 4 des Vertrages zu erwähnen, der den als regelwidrig gedachten Fall betrifft, daß W. mit der Erfüllung der ihm gemäß Vertrag vom 4. September 1910 obliegenden Verpflichtungen in Verzug käme.

Sichere Schlüsse sind jedoch aus der Nichterwähnung des Anspruchs im § 4 nicht zu ziehen. Eine dem Gesetze entsprechende Auslegung erfordert, daß auch die Vertragsbestimmungen im übrigen eingehend berücksichtigt werden, und der wirkliche Wille der Beteiligten aus dem Gesamthalt ihrer Erklärungen erforscht wird. Der VerR. hat dagegen unter dem Einflusse seiner rechtsirrigen Annahme, daß ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 im Endziel notwendig auf Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer gerichtet sei, sich an einzelne Vertragsbestimmungen gehalten und ist dem § 133 BGB. nicht gerecht geworden. Seine schließliche Folgerung, der Besitzstand an den Schweinen habe sich in keiner Weise geändert, und der Klägerin sei nur eine Kontrolle über den Schweinebestand eingeräumt worden, beruht auf Voraussetzungen und Annahmen, die zum wesentlichen Teil rechtsirrtümlich und unhaltbar sind. Die Revision will schon aus dem fiduziarischen Charakter der im Vertrage enthaltenen Abereignungserklärung ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 nachweisen. Dieser Auffassung ist nicht beizustimmen. Ein fiduziarisches Verhältnis begreift nicht notwendig ein Verhältnis der im § 868 gemeinten Art in sich. Hier läßt sich indes ein Verhältnis dieser Art aus den Vertragsbestimmungen entnehmen: „... Herr B. (Klägerin) akzeptiert diese Eigentumsübertragung und beläßt die sämtlichen Schweine vereinbarungsgemäß in Verwahrung des Herrn W. zum Zwecke der betriebsmäßigen Ernährung und Verwertung. Herr W. ist insbesondere verpflichtet, die Tiere bestimmungsgemäß zu behandeln, und berechtigt, sie im regulären Schweine-Mastbetrieb gegen vorher eingeholte Genehmigung des Herrn B. zu veräußern. Er erklärt jedoch, daß er vom heutigen Tage an die sämtlichen Tiere nur für Herrn B. in dessen Vertretung besitzet. Alle abgehenden Stücke des Tierbestandes sind im regulären Betrieb durch die gleiche Anzahl zu ersetzen...“ Allerdings deckt sich das so umschriebene Rechtsverhältnis nicht völlig mit einem der im § 868 aufgeführten Beispielsfälle. Insbesondere liegt nicht ein eigentlicher Verwahrungsvertrag vor. Es ist nicht zweifelhaft, daß W. die Obhut über die Tiere vorwiegend in seinem eigenen Interesse ausüben wollte und sollte, und es darf aus den Bestimmungen der §§ 1, 2 des Vertrages über das Darlehnschuldverhältnis in Verbindung mit dem oben erwähnten § 3 Abs. 3 gefolgert werden, daß nach dem Willen der Vertragsschließenden ein Recht der Klägerin, Herausgabe der Schweine zu fordern (vgl. § 695 BGB.), so lange, als W. seinen Vertragspflichten nachkam, nicht bestehen sollte. Immerhin zeigt das hier begründete Rechtsverhältnis eine so nahe Verwandtschaft mit dem aus einem Verwahrungsvertrage hervorgehenden, daß es sehr wohl als ein „ähnliches Verhältnis“ im Sinne des § 868 bezeichnet und die zugrunde liegende Vereinbarung der Vertragsparteien als ein wirksames Besitzkonstitut (§ 930) beurteilt werden darf. Die dem W., übrigens mit der Maßgabe einer betreffendenfalls vorher einzuholenden Genehmigung B.s, eingeräumte Befugnis zur Veräußerung von Mastschweinen sollte ersichtlich für W. dazu dienen, Geldmittel zur Fortsetzung seines Geschäftsbetriebes und somit auch zur allmählichen Abtupfung seiner Darlehnschuld an die Klägerin zu erwerben. Dabei war ihm die Pflicht auferlegt, für Ersatzstücke zu sorgen und dadurch den Tierbestand während des vereinbarten Besitzverhältnisses auf



gleicher Höhe zu halten. Der Fall bietet große Ähnlichkeit mit dem Rechtsfalle, auf den sich die auch im angefochtenen Urteil erwähnte Entscheidung des erkennenden Senats vom 14. November 1911 bezog. Wie dort, so darf auch hier als Parteiwille vorausgesetzt werden, daß das Besitz- und Benutzungsrecht des unmittelbaren Besitzes nicht unter allen Umständen erhalten bleiben, sondern endigen sollte, wenn er seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkam oder, wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet wurde. Mit Recht hat die Revision nach dieser Richtung auf den Sicherungszweck des ganzen Vertrages hingewiesen. Klägerin wollte und sollte durch Übereignung der Schweine Sicherheit für ihre Darlehnsforderung erhalten. Solange die Geschäftsführung W.s normal im Gange blieb und er seinen Verpflichtungen nachkam, hatte die Klägerin keinen Anlaß, gegen ihn vorzugehen. Wenn dagegen W. seine Lieferungen und Zahlungen einstellte oder, wie tatsächlich geschehen, in Konkurs geriet, so wies der Vertragszweck der Klägerin darauf hin, sich wegen ihrer Forderung durch Verwertung der Schweine zu befriedigen. Darum ist im Sinne des Vertrages im ganzen als Wille der Beteiligten anzunehmen, daß in den letzterwähnten Fällen Klägerin die Herausgabe der Schweine verlangen darf, um wegen ihrer Darlehnsforderung Deckung und Befriedigung zu suchen. Diese Deutung findet auch noch im Wortlaut des Vertrages Unterstützung. Klägerin hat die Schweine dem W. lediglich „zum Zwecke der betriebsmäßigen Ernährung und Verwertung“ „im regulären Schweine-Mastbetrieb“ belassen. Hiermit ist zureichend erkennbar gemacht, daß, solange die Darlehnschuld noch nicht getilgt sein würde, das Besitzrecht des W. nur im Falle und für die Zeit der Aufrechterhaltung des regulären Geschäftsbetriebes W.s Bestand behalten, aber dem Besitzrechte der Klägerin weichen sollte, wenn ein solcher Betrieb nicht mehr vorliegen würde. Die Fassung des Vertrages hätte an Klarheit gewonnen, wenn weiterhin und namentlich im § 4 noch ausdrücklich der Anspruch der Klägerin auf Herausgabe erwähnt und behandelt worden wäre. Dies ist indes ersichtlich nur deshalb unterblieben, weil die Beteiligten es als selbstverständlich ansahen, daß, wenn sich das Schuldverhältnis nicht regelrecht abwickeln lasse, Klägerin zur Deckung der Forderung die Herausgabe der Schweine verlangen dürfe. Hiernach kann das BU. nicht bestehen bleiben. Bedenken erregen auch die Schlüsselausführungen des Urteils, die sich auf die Frage des Eigentums-erwerbes an den etwaigen von W. später angeschafften Schweinen beziehen. Der VerN. meint, W. habe an den etwa nach dem 3. Januar 1911 angeschafften Schweinen das Eigentum für die Klägerin nur dadurch erwerben können, daß er mit sich ein Rechtsverhältnis vereinbarte, kraft dessen sie den mittelbaren Besitz an den Schweinen erhielt. Das RG. hat jedoch schon öfters, namentlich auch in bezug auf Veräußerungen von Sachgesamtheiten mit wechselndem Bestande die Ansicht vertreten, daß hinsichtlich künftiger Neuanschaffungen im voraus ein dinglich in die Zukunft wirkendes Besitzkonstitut vereinbart werden dürfe, daß nicht bei jeder Neuanschaffung eine neue Vereinbarung getroffen zu werden brauche, sondern das Eigentum an den vom Veräußerer nachträglich angeschafften Sachen auf den Vertragsgegner übergehe, wenn der Anschaffende der grundlegenden Vereinbarung gemäß verfare, und sein Wille,

die neu erworbenen Gegenstände als Eigentum des Vertragsgegners zu besitzen, für diesen erkennbar in die Erscheinung trete. (Vgl. JW. 1912, 797<sup>15</sup> und die dort angeführten Entscheidungen.) Ein solches Besitzkonstitut ist im § 3 Abs. 2 des Vertrages vom 3. Januar 1911 zum Ausdruck gelangt. Es bedurfte also nicht noch bei jeder Neuanschaffung eines neuen Vertrages, um den Übergang des Eigentums auf die Klägerin zu vermitteln. Die vertraglich vorgesehenen allmonatlichen Bestandsverzeichnisse sind der Klägerin regelmäßig erteilt worden. B. c. W. Konkurs, U. v. 24. Jan. 13, 478/12 VII. — Kiel. [L.]

#### 11. § 2038 BGB.]

Der Kläger ist als schuldiger Teil rechtskräftig verurteilt worden, der Beklagten, seiner vormaligen, von ihm geschiedenen Frau auf die Zeit vom 21. April 1906 ab gerechnet monatlich 100 M Unterhalt zu bezahlen. Er behauptet, das Einkommen der Beklagten habe sich seitdem insofern wesentlich gebessert, als sie zu einem Viertel Erbin ihres am 4. August 1910 verstorbenen Vaters geworden sei. Sein Nachlaß habe 200 000 M betragen. Die Beklagte beziehe von ihrem Erbteil jährlich mindestens 1200 M Zinsen. Die Beklagte bestreitet dies und wendet ein, daß es wegen Streitigkeiten über den Bestand des Nachlasses bis heute noch zu keiner Auseinandersetzung unter den Erben gekommen sei. Der Kläger ist mit seiner aus § 323 ZPO. erhobenen Klage vom LG. abgewiesen worden, hat aber in II. Instanz ein Urteil des RG. erlangt, wodurch festgestellt worden ist, daß die Beklagte vom 1. April 1911 ab aus den früheren, näher bezeichneten Urteilen Unterhaltsansprüche nicht mehr geltend machen kann. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung dieses Urteils. Der Kläger wäre unstreitig von der ferneren Unterhaltspflicht befreit, wenn der Beklagten aus der väterlichen Erbschaft ein Jahreseinkommen von mindestens 1200 M zugeflossen wäre. Der VerN. glaubt dies feststellen zu können, weil der väterliche, in zinstragenden Wertpapieren angelegte Nachlaß 130 000 M betrage. Hiervon gebühre der Beklagten ein Viertel mit 32 500 M und dies ergebe einen Zinsgenuß von 1300 M. Der Umstand, daß es bis jetzt wegen verschiedener Erbstreitigkeiten noch zu keiner Auseinandersetzung und Verteilung der Nachlaßeinkünfte gekommen ist, sei einflußlos. Es genüge, daß der Beklagten ein Recht auf das Viertel des Nachlasses zustehe, auch die nicht verteilten Einkünfte bedeuteten für sie einen Vermögenszuwachs, die Sachlage könne nur objektiv d. h. von dem Standpunkt aus beurteilt werden, wie sachgemäß handelnde, von verwandtschaftlicher Gesinnung erfüllte Miterben die Angelegenheit betrieben haben würden. Allein bloße Rechte, mögen sie sich auch als Vermögenswerte darstellen, setzen für sich allein niemand in den Stand, sich selbst zu unterhalten (§ 1602 Abs. 1 BGB.). Erst die Verwirklichung eines Rechtes vermag die Mittel zu schaffen, aus denen der Lebensunterhalt tatsächlich bestritten werden kann. Handelt es sich um das Recht auf Einkünfte, so mag unter Umständen, für deren Vorhandensein im Streitfalle kein Anhalt gegeben ist, zu seiner Verwirklichung auch die Verpfändung des Rechts zum Zwecke der Kreditschaffung genügen. Regelmäßig aber kann der Berechtigte nur dann von einem solchen Rechte leben, wenn ihm die daraus fließenden Einkünfte auch tatsächlich zu Gebote stehen. Nun stellt zwar der VerN. fest, daß zwei von den vier Miterben den



übrigen den Vorschlag gemacht haben, ohne die Auseinandersetzung abzuwarten schon jetzt wenigstens die Zinsen der Erbschaftskapitalien unter sich nach Erbquoten zu verteilen. Hätte es in der Tat nur der Annahme dieses Vorschlags durch die Beklagte bedurft, um sich den Bezug der Zinsen zu verschaffen, so wäre sie allerdings, wie dem VerN. zuzugeben ist, auch zur Annahme verpflichtet gewesen und könnte, weil sie nicht angenommen hat, keinesfalls dem Kläger gegenüber fortdauernde Unterhaltsbedürftigkeit vorschützen. Allein der VerN. übersieht, daß die Beklagte sich damit verteidigt hatte, daß auch ihre Schwester und Miterbin Selma H. den Vorschlag zurückgewiesen habe. Ist dem so, dann hätte in der Tat schon die Weigerung auch nur dieser einen Miterbin den Vorschlag zu Falle gebracht. Denn nach Vorschrift des § 2038 Abs. 2 BGB. erfolgt die Teilung der Früchte erst bei der Auseinandersetzung. Diese Vorschrift ist insofern nicht zwingenden Rechts, als sie durch Übereinstimmung sämtlicher Erben jedenfalls außer Kraft gesetzt werden kann. Immerhin ist sie, indem sie bewußt von dem Grundsatz der mitangezogenen §§ 743 Abs. 1, 745 Schlußsatz abweicht, dazu bestimmt, der Gefahr vorzubeugen, daß ein Miterbe aus dem Nachlasse mit Früchten bedacht wird, während die durchgeführte Auseinandersetzung, etwa mit Rücksicht auf ausgleichspflichtige Vorempfänge, schließlich ergibt, daß ihm aus dem Nachlaß überhaupt nichts oder doch weniger zukommt, als er in Früchten des Nachlasses bereits empfangen hatte (Prot. 5, 861). Es ist nicht zu verkennen, daß die Vereitelung einer vielleicht ganz unbedenklichen vorzeitigen Früchteverteilung infolge des Widerpruchs eines einzigen, vielleicht nur mit einer geringen Quote beteiligten Miterben die übrigen Erben schädigen kann. Man könnte deshalb daran denken, gemäß dem gleichfalls angezogenen § 745 Abs. 1 BGB. hierüber einen Mehrheitsbeschluß der Erben entscheiden zu lassen. Allein abgesehen davon, daß sich eine Verteilung der Früchte des Nachlasses nur schwer unter den Begriff der Verwaltung und Benutzung des Nachlasses bringen ließe, so muß auch das an die Bezugnahme auf §§ 743, 745, 746, 748 sich unmittelbar anschließende grundsätzliche Verbot vorzeitiger Teilung der Früchte dahin verstanden werden, daß jeder Miterbe auch gegen Mehrheitsbeschlüsse dieses Inhalts gesichert sein soll. Endlich gewährt der Schlußsatz des § 2038 BGB. dem einzelnen Miterben auch nicht das Recht, wenigstens am Schlusse jedes Jahres die Teilung des Reinertrags zu verlangen, wenn die Auseinandersetzung mit oder ohne Schuld der Erben auf länger als Jahresfrist hinaus verzögert wird. Denn das Gesetz macht zur Voraussetzung, daß die Auseinandersetzung auf länger als ein Jahr ausgeschlossen ist und nimmt damit unverkennbar auf die Fälle der §§ 2043, 2044, 2042 Abs. 2 verbunden mit § 749 Abs. 2 Bezug, in denen von einer Ausschließung wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben usw. oder durch lektwillige Anordnung des Erblassers oder durch Vereinbarung der Erben im gesetzlichen Sinne die Rede ist. Auch davon abgesehen, kann schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht gesagt werden, die Auseinandersetzung sei ausgeschlossen, wenn sie zwar in Gang gebracht ist, aber wegen irgendwelcher innerer oder äußerer Hindernisse nicht vorwärts kommt. G. c. G., U. v. 23. Jan. 13, 387/12 IV. — Berlin. [L.]

Handelsgesetzbuch.

12. § 37 Abs. 2 HGB. Legitimation zur sofortigen Unterlassungsklage.]

Klägerin ist die Hamburgische Innung für das Schlachterhandwerk und verwandte Handwerke. Sie besitzt einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb für ihre Mitglieder, der unter dem Namen: „Schmelze des Zentral-Schlachthofes“ in das Handelsregister des LG. Hamburg eingetragen ist. In diesem Betriebe stellt sie unter anderem Margarine her. Sie hat, wie sie behauptet, diesem Teile des Geschäfts die Bezeichnung „Margarine-Werke Hamburg“ gegeben und bedient sich auf den Verpackungen der Ware der Bezeichnung „Margarine-Werke Hamburg“ in Verbindung mit ihrem Namen „Schmelze des Zentral-Schlachthofes“ wie die Anlagen 1, 2 und der Karton act. 12 dies zeigen. Die Beklagte ist eine im Februar 1911 in Altona gegründete Gesellschaft m. b. H. Sie ist unter der Firma: „Hamburger Margarine-Fabriken, G. m. b. H.“, in das Hamburger Handelsregister eingetragen. Als Gegenstand ihres Unternehmens ist angegeben die Fabrikation und Verkauf von Margarine, Speisefetten und Pflanzenbutter. Klägerin behauptet, die Firma der Beklagten unterscheide sich im Sinne des § 16 UrtW.G. nicht genügend von der Bezeichnung „Margarine-Werke Hamburg“, die die Klägerin zulässigerweise führe. Sie macht ferner geltend, daß die Firma der Beklagten gegen das Verbot in Abs. 2 des § 18 HGB. verstoße, weil sie geeignet sei, eine Täuschung über Art und Umfang des Geschäftes herbeizuführen. Die Beklagte betreibe keinesfalls mehrere Fabriken, sondern nur eine. Auch erwecke die Firma den Anschein, als ob sie eine Vereinigung aller Hamburger Fabriken darstelle. Sie hat deshalb mit der Klage beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Führung der Bezeichnung „Hamburger Margarinefabriken“ zu unterlassen und die Firma im Handelsregister zu löschen. Nachdem die Klage vom LG. gänzlich abgewiesen war, hat das OLG. zunächst durch Zwischenurteil entschieden, daß die Klage auf § 16 UrtW.G. nicht gegründet werden könne, weil Gefahr der Verwechslung nicht bestehe; es hat aber nach Beweisaufnahme im Endurteil die Beklagte bei Strafe verurteilt, den Gebrauch der Firma „Hamburger Margarinefabriken, G. m. b. H.“, zu unterlassen. Der weitergehende Antrag der Klägerin ist abgewiesen. Das angefochtene Urteil konnte nicht aufrechterhalten werden. Zwar hat das BG. einwandfrei festgestellt, daß die Firma der Beklagten den Eindruck einer nicht vorhandenen Größe ihres Betriebes erweckt, also geeignet ist, eine Täuschung über den Umfang des Geschäftes herbeizuführen und daß sie folglich gegen § 18 Abs. 2 HGB. verstößt. Der Klägerin würde aber ein Anspruch auf Unterlassung des Gebrauchs der Firma nach § 37 Abs. 2 nur dann zustehen, wenn sie durch diesen Gebrauch in ihren Rechten verletzt wäre. Das BG. nimmt dies mit Unrecht schon deshalb an, weil Klägerin dieselben Waren wie die Beklagte herstelle, und die unbefugte Firma dazu diene, den Absatz der Beklagten zu heben. Dieser Grund würde möglicherweise genügen, wenn der Anspruch auf Unterlassung vom Gesetze jedem gegeben wäre, der durch den Gebrauch der unbefugten Firma in seinen Interessen verletzt wird. Das Gesetz gibt solchen Anspruch aber nur demjenigen,



der in seinen Rechten verletzt wird. Dieser klare Wortlaut des Gesetzes muß zugrunde gelegt werden. Es ist also zur Klage nur derjenige legitimiert, der durch den unbefugten Gebrauch der Firma in einem bestimmten Rechte verletzt ist. Das ist auch bereits von dem RG. ausgesprochen, so z. B. JW. 02, 27<sup>20</sup>. Allerdings ist in der Rechtsprechung des RG. auch wiederholt ausgesprochen, daß der eingerichtete und ausgeübte Betrieb eines Gewerbes ein Rechtsgut sei, dessen Verletzung negatorische Abwehr begründen könne, weshalb in solchen Fällen die Klage aus § 37 Abs. 2 zugelassen ist; vgl. JW. 10, 122<sup>21</sup>. Die Voraussetzung solcher negatorischen Klage liegen in dem hier streitigen Falle aber nicht vor; denn die Beklagte beeinträchtigt die Klägerin lediglich dadurch, daß sie ihr Konkurrenz macht, und dies ist noch nicht ein Eingriff in den geordneten Geschäftsbetrieb eines anderen. Danach ist also die Klägerin zur Klage aus § 37 Abs. 2 HGB. nicht legitimiert. Das BG. hat ferner die Begründung der Klage aus § 16 UmlWG. aus völlig zutreffenden Gründen, gegen die die Revision auch nichts einwendet, verworfen. Trotzdem konnte in der Sache selbst nicht erkannt werden; denn nach den Behauptungen der Klägerin kann in Frage kommen, ob vielleicht eine andere Bestimmung des Gesetzes wider den unlauteren Wettbewerb Platz zu greifen hat, und hierüber hat das BG. sich noch nicht ausgesprochen. H. Margarine-Fabriken e. Schmelze usw., U. v. 29. Jan. 13, 166/12 I. — Hamburg. [R.]

**13.** § 344 HGB. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 findet keine Anwendung auf die Geschäfte eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, der nur in seiner Stellung als solcher Kaufmann ist.]

Die Klägerin nimmt den Beklagten als Bürgen für eine Kaufpreisschuld der im Juni 1910 in Konkurs geratenen Gesellschaft m. b. H. „Oberwilder Barytwerke“, deren Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagte war, in Anspruch. Das BG. nahm an, daß die Bürgschaftserklärung des Beklagten nach § 350 HGB. der Schriftform nicht bedurft habe. Hierzu führt es folgendes aus. Der Beklagte müßte nach §§ 343, 344 HGB. beweisen, daß die Bürgschaft nicht zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehöre. Davon könne aber nach seinem eigenen Vorbringen keine Rede sein. Er sei Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die eine Gamaßfabrik betreibe; seine Beteiligung an den Barytwerken habe eine Ausdehnung seiner kaufmännischen Unternehmungen bedeutet, um das erworbene Kapital nutzbringend anzulegen und seinen weiteren Unternehmungen wieder neue Mittel zuzuführen. Die Bürgschaft sei aber zunächst bestimmt gewesen, die Existenz der Barytwerke zu sichern, und damit mittelbar auch bestimmt, die kaufmännischen Unternehmungen des Beklagten überhaupt zu fördern. Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht als rechtsirrig bezeichnet. Sie mögen zutreffen, wenn der Beklagte nicht bloß deswegen Kaufmann wäre, weil er Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ist. Hier kommt er als Kaufmann aber nur in dieser Eigenschaft in Betracht und als Handelsgeschäfte sind daher nur anzusehen die zum Betriebe des Handelsgewerbes der offenen Handelsgesellschaft gehörigen Geschäfte. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB. gilt nur für die von einem Einzelkaufmann oder einer Handelsgesellschaft

vorgenommenen Rechtsgeschäfte; auf die Geschäfte eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, der nur in seiner Stellung als solcher Kaufmann ist, findet sie keine Anwendung (vgl. Warnerer Jahrb. der Entsch. Erg. Bd. II Nr. 548, sowie Urteil des erkennenden Senats vom 14. Februar 1910 Rep. VI 71/09). Daß der Beklagte für die Gesellschaft, deren Teilhaber er ist, die Bürgschaftserklärung hätte abgeben wollen, hat die Klägerin nicht behauptet, dafür gibt der Sachverhalt auch nicht den geringsten Anhalt und dafür streitet auch keine Vermutung. U. v. 28. Jan. 13, 484/12 VI. — Düsseldorf. [L.]

**14.** § 377 HGB. Statutenkollision. Nach welchem Rechte bemißt sich die Rügeverpflichtung des ausländischen Käufers?]

Das angefochtene Urteil beruht auf der Auffassung, daß gegen den Kläger, der in Stockholm seinen Wohnsitz hat und dort seine Verpflichtungen erfüllen mußte, die Vorschrift des deutschen Rechts über die unverzügliche Mängelrüge zur Anwendung zu bringen sei. Indessen grundsätzlich wendet die reichsgerichtliche Rechtsprechung bei Schuldverhältnissen aus Verträgen das Recht des Erfüllungsortes an. Das OLG. will für gegenseitige Verträge anders entscheiden, weil dadurch ein einheitliches Rechtsverhältnis begründet werde; im Zweifel seien beide Vertragsparteien ein und demselben Rechte zu unterstellen. Nun sind die Vorteile, die es mit sich bringt, wenn ein gegenseitiger Vertrag durchweg nach einem Rechte beurteilt werden kann, gewiß nicht zu unterschätzen. Der I. BS. des RG. (RG. 68, 203) hat deshalb auch nachdrücklich an die Prüfung erinnert, ob nicht nach dem mutmaßlichen Willen der Vertragsschließenden ein einheitliches Recht als vereinbart angesehen werden darf. Auch der jetzt erkennende Senat hat dem gleichen Gedanken wiederholt Ausdruck verliehen (vgl. RG. 73, 379; JW. 09, 715<sup>22</sup>). Allein ein Parteiwille des bezeichneten Inhalts kann im Einzelfalle nur angenommen werden, wenn die Umstände danach angetan sind. Ist nicht ein gemeinschaftlicher Erfüllungsort verabredet oder geradezu über das anzuwendende Recht etwas bestimmt, so müssen die räumlichen Beziehungen des streitigen Verhältnisses so verschiedenes Gewicht haben, daß die eine davon allen andern gegenüber erkennbar den Ausschlag gibt. Dagegen würde es z. B. nicht angängig sein, bei Kaufverträgen das Recht des Verkäufers einfach deshalb zum Einheitsrecht zu stempeln, weil die Sachleistungspflicht des Verkäufers gegenüber der Geldzahlungspflicht des Käufers die verwickeltere ist und leichter Anlaß zu Rechtsstreitigkeiten bietet. Nichts anderes aber tut das OLG., das den allgemeinen Satz aufstellt, der Käufer, der im Auslande Waren kauft, unterwerfe sich, sofern der Verkäufer dort zu erfüllen habe, dem ausländischen Recht. Was es zur Stütze dieser Ansicht beizubringen weiß, erschöpft sich in der Bemerkung, mit der Frage, ob der Verkäufer durch Lieferung der Ware den Vertrag ordnungsmäßig erfüllt habe, hänge die Frage nach der Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises untrennbar zusammen. Ein Zusammenhang zwischen den einzelnen Verpflichtungen, der auf eine Rückwirkung der einen auf die andere hinausläuft, besteht natürlich begriffsmäßig bei jedem gegenseitigen Vertrage. Wie wenig aber für die Schwierigkeiten der Gesetzeskollision damit gewonnen ist, zeigt gerade die hier zu entscheidende Prozessache. Der deutsche Rechtsatz, daß bei Handelskäufen der Käufer, um



Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Ware herleiten zu können, den Mangel unverzüglich nach der Ablieferung rügen muß, hat unmittelbar mit den Pflichten des Verkäufers gar nichts zu tun, sondern betrifft allein das Verhalten des Käufers. Für die Frage, ob die unverzügliche Rüge einem ausländischen Käufer angefohlen werden darf, kann daher im Zweifel auch nur das Recht seines eigenen Erfüllungsortes maßgebend sein (vgl. RG. 46, 195; 73, 390; JW. 99, 751<sup>27</sup>). Eine abweichende Vereinbarung, insbesondere eine Unterwerfung des Käufers unter das Recht des Verkäufers, bedarf konkreter Begründung. Im vorliegenden Fall sind Anhaltspunkte, die hierfür verwendbar wären, nicht ersichtlich. Die von dem OLG. hervorgehobenen Umstände, daß die Beklagten kraft der sob-Klausel die Frachtkosten bis zur Einladung in das Schiff in Hamburg zu tragen hatten und daß das Gewicht der Ware dort zu ermitteln war, haben mit der Sache schlechterdings nichts zu tun. J. c. B., U. v. 4. Febr. 13, 336/12 II. — Frankfurt. [R.]

Zivilprozeßordnung.

### 15. § 322 ZPO. Umfang der Rechtskraft.]

Laut Vertrag vom 4. November 1897 verkaufte die Stadt A. an den Beklagten zwei Grundstücke, das eine in der Größe von ungefähr 6000 Quadratfuß zu 3 M für den Quadratfuß, das andere in derselben Größe zu 2 M für den Quadratfuß. Auf den Kaufpreis des ersten Grundstücks sollten bei der Auslassung 3000 M gezahlt, im übrigen sollte der Kaufpreis hypothekarisch eingetragen und mit 4 vom Hundert verzinst werden bei halbjähriger gegenseitiger Kündigung. In einem Nachtragsvertrage vom 20. Januar 1898 verkaufte die Stadt dem Beklagten noch ein drittes Grundstück, ungefähr 3000 Quadratfuß groß, unter den gleichen Bedingungen wie das zweite verkauft worden war. Da der Beklagte zwar das bar zu zahlende Kaufgeld mit 3000 M entrichtete, aber die Entgegennahme der Auslassung verweigerte, erhob die Stadt Klage. Durch Urteil des LG. zu A. vom 13. Februar 1900 wurde der Beklagte verurteilt, die Auslassung der ihm verkauften Grundstücke, zusammen 742 Quadratmeter groß, an sich erfolgen zu lassen und seine Eintragung als Eigentümer zu beantragen, sowie auf den für ihn zu errichtenden Grundbuchblättern für die Parzellen das Kaufgeld für die Stadtgemeinde eintragen zu lassen. Das Urteil ist rechtskräftig. Als im Jahre 1910 die Klägerin eine Kostenforderung von 62 M 85 Pf. einlegte, erhob der Beklagte Widerklage, mit der er Zahlung von 4100 M begehrte. Zur Begründung machte er geltend, in Erfüllung der Verträge habe er für die Grundstücke den Gesamtpreis von 36 079 M berichtigt, während die Klägerin ihm die Parzellen aufgelassen habe; die aufgelassenen Grundstücke seien aber nicht 15 038 Quadratfuß, sondern 12 537 Quadratfuß groß, er habe also zuviel gezahlt und habe an die Klägerin eine Forderung von mindestens 4162 M 85 Pf. Das LG. verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrag und wies die Widerklage ab. Das OLG. wies die Berufung des Beklagten zurück. Das BG. hat ausgeführt: Durch das rechtskräftige Urteil vom 13. Februar 1900 sei dem Beklagten die Verpflichtung auferlegt worden, als Kaufpreis für die ihm aufgelassenen Parzellen in der Größe von 1235 Quadratmeter außer den damals bereits gezahlten 3000 M noch 33 079 M an die Klägerin zu zahlen. Auslassung und Zahlung seien unstrittig auf Grund des rechtskräftigen Urteils erfolgt. Da der Beklagte

somit zur Zahlung jenes Kaufpreises rechtskräftig verurteilt sei, so könne er mit der Behauptung, er habe einen Teil des Kaufpreises ohne rechtlichen Grund gezahlt, nicht mehr gehört werden. Er habe eben auf Grund der durch das rechtskräftige Urteil ihm auferlegten Verpflichtung gezahlt. Gegen die Ausführungen des BG. macht die Revision geltend, eine Verpflichtung zur Zahlung sei dem Beklagten in dem Urteile vom 13. Februar 1900 nicht auferlegt worden; das Urteil des Vorprozesses erschöpfe sich in der Verpflichtung des Beklagten, die Kaufpreise hypothekarisch eintragen zu lassen; das OLG. habe § 322 ZPO. verlegt. Die Rüge kann keinen Erfolg haben, wenn sie auch dem Wortlaute der Entscheidung vom 13. Februar 1900 nach zutreffend ist. Der Beklagte ist durch jenes Urteil nicht zur Zahlung verurteilt worden, weil das von ihm geschuldete Kaufgeld damals gestundet war. Für den jetzigen Rechtsstreit ist dies bedeutungslos. Durch das Urteil vom 13. Februar 1900 ist zwischen den Parteien rechtskräftig entschieden, daß die Klägerin aus dem Verkaufe der 1235 Quadratmeter großen Parzellen nach Abrechnung der Zahlung von 3000 M noch 33 079 M Rechtsens zu fordern hatte. Das rechtfertigt die Entscheidung des OLG. U. c. Stadt A., U. v. 30. Jan. 13, 424/12 IV. — Kiel. [R.]

### 16. Irrtümliche Zurücknahme eines Rechtsmittels.]

In dem der Beklagten seitens des Klägers G. zugestellten Schriftsatz vom 11. Oktober 1912 ist eine teilweise Zurücknahme der Revision im Sinne des § 515 ZPO. erklärt und zwar zu dem „auf die Parzelle 873/3 bezüglichen Teil“ der Klage. Lediglich durch diese Benennung der Parzellennummer ist zum Ausdruck gebracht, in bezug auf welchen der beiden von ihm geltend gemachten Entschädigungsansprüche Kläger G. die eingelegte Revision zurücknehme. Nun ist nach Lage der Sache dem erkennenden Senat nicht zweifelhaft, daß der Vertreter des Klägers G. bei Abgabe dieser Erklärung nicht den Willen gehabt hat, die Revision in bezug auf dasjenige Grundstück zurückzunehmen, bezüglich dessen das Armenrecht für die Revisionsinstanz bewilligt war. Allein der hiernach anzunehmende Widerspruch zwischen dem klaren Inhalt der Erklärung und dem wahren Willen des Erklärenden kann der dem Gegner zugestellten Erklärung ihre prozessuale Wirkung nicht nehmen. Eine solche Erklärung, ein eingelegtes Rechtsmittel zurückzunehmen, ist ein rein prozessuales Rechtsgeschäft, auf das die Bestimmungen des BGB. über Anfechtung privatrechtlicher Willenserklärungen wegen eines Willensmangels Anwendung nicht finden können. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, wie bei ihrer Anwendung zu entscheiden sein würde. Die Frage nach der Wirksamkeit einer solchen rein prozessualen Willenserklärung im Fall der wirkliche Wille in der Erklärung nicht zum Ausdruck gelangt ist, ist vielmehr lediglich nach Prozeßrecht zu entscheiden. Die Zivilprozeßordnung erhält für den vorliegend zu entscheidenden Fall jedenfalls eine ausdrückliche Vorschrift nicht, so daß die Entscheidung aus allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen ist. Als ausschlaggebend ist angesehen, daß die öffentlich-rechtliche Natur des Prozesses im Interesse der Sicherstellung eines geordneten Fortgangs des Verfahrens verlangt, daß, wenn eine Partei durch eine ungewisse Willenserklärung über die fernere Gestaltung der prozessualen Beziehungen der Parteien zueinander Verjüngung getroffen hat,



wie z. B. durch Zurücknahme eines Rechtsmittels, dem Umstand, daß die dem Gegner gegenüber abgegebene Erklärung dem inneren Willen des Erklärenden nicht entspricht, die Bedeutung nicht beigegeben werden darf, der tatsächlich erklärten Verfügung über ein prozessuales Recht — hier die Revisionsinstanz — die Rechtswirksamkeit zu nehmen. Die gegenteilige Auffassung würde dahin führen, die Rechtswirksamkeit solcher Prozeßverfügungen der Parteien auf gänzlich unbestimmte Zeit hin in der Schwebe zu lassen, was mit der im öffentlichen Interesse zu fordernden Sicherstellung eines geordneten Prozeßgangs nicht vereinbar sein würde. Aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Prozesses ergibt sich für die handelnden Personen eine erhöhte Verantwortlichkeit. Wenn trotzdem auch bei solchen prozessualen Willenserklärungen es für zulässig erachtet werden muß, eine offenbare, auf einem Verschreiben oder einem ähnlichen Versehen beruhende Unrichtigkeit in der Erklärung nachträglich richtigzustellen, so hat dies doch bei sog. empfangsbedürftigen Willenserklärungen, insbesondere bei der Zurücknahme eines Rechtsmittels, bei der ohne weiteres kraft Gesetzes mit der Zustellung an den Gegner der Verlust des Rechtsmittels eintritt, zur Voraussetzung, daß dem Empfänger der Erklärung das Vorliegen einer solchen Unrichtigkeit irgendwie erkennbar sein muß. Liegt, wie es vorliegend der Fall ist, für den Gegner nicht der geringste Anlaß zu der Annahme vor, daß die Erklärung so, wie sie ganz klar und unzweideutig vorliegt, dem wirklichen, inneren Willen des Erklärenden nicht entspricht, so kann es nicht angängig sein, daß der Erklärende die durch seine dem Gegner tatsächlich abgegebene Erklärung geschaffene prozessuale Lage zu dessen Ungunsten dadurch wieder beseitigen will, daß er nachträglich den Nachweis erbringt, er habe in Wirklichkeit nicht diese, sondern eine Erklärung ganz anderen Inhalts abgeben wollen. So hat denn auch der III. ZS. des RG. in seinem, in JW. 99, 537 abgedruckten Urteil offenbar das entscheidende Gewicht darauf gelegt, daß die in jenem Fall bei der Revisionseinlegung untergelaufene Unrichtigkeit „sofort von dem Gegner erkannt“ worden ist. (S. u. Gen. c. Stadt B., U. v. 7. Jan. 13, 317/12 VII. — Berlin. [R.]

**17.** § 717 Abs. 2 ZPO. Der Schadenersatzanspruch aus dieser Bestimmung unterliegt der dreijährigen Verjährung.]

Was die Einrede der Verjährung betrifft, so hat das BG. ausgeführt, daß eine auf die Vorschrift des § 717 Abs. 2 ZPO. gegründete Schadenersatzforderung nicht der dreijährigen Verjährung nach § 852 BGB., sondern der dreißigjährigen Verjährung nach § 195 BGB. unterliege. Mit Recht rügt die Revision Verletzung des § 852 BGB. durch Nichtanwendung. Nach dieser Gesetzesvorschrift verjährt der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens in drei Jahren. Es fragt sich, ob der Tatbestand des § 717 Abs. 2 ZPO. unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne des § 852 BGB. fällt. Diese vom RG. bisher nicht entschiedene Frage ist zu bejahen. Daß die sich mit den unerlaubten Handlungen beschäftigenden §§ 823—853 BGB. auch auf Tatbestände angewendet werden können, die ein Verschulden des für den Schaden Verantwortlichen nicht voraussetzen und die in anderen Reichsgesetzen als dem BGB. geregelt sind, hat das RG. in ständiger Rechtsprechung angenommen, verkennet auch das BG. nicht. Der Tatbestand des

§ 717 Abs. 2 ZPO. in der durch Gesetz vom 17. Mai 1898 abgeänderten Fassung hat ein Verschulden nicht zur Voraussetzung; trotzdem stellt er eine unerlaubte Handlung dar. Gleicher Ansicht Gaupp-Stein ZPO. § 32 Anm. III, § 945 Anm. I und Kommentar von Reichsgerichtsräten Vorbem. 1 und 2 vor § 823 und Anm. 2 zu § 852. Zwar ist es richtig, daß derjenige, der gegen seinen Schuldner ein vorläufig vollstreckbares Urteil vollstreckt, von seiner gesetzlichen Befugnis Gebrauch macht, aber diese Befugnis hat — abgesehen von dem Ausnahmefalle des durch Gesetz vom 22. Mai 1910 hinzugefügten Absatz 3 des § 717 ZPO. — ihre eigentliche Quelle darin, daß das mit vorläufiger Vollstreckbarkeit zuerkannte Recht des Gläubigers auch wirklich besteht. Unterliegt das Urteil der Aufhebung durch ein höheres Gericht, so zeigt sich, daß das Recht eben nicht besteht. Der eigentliche Rechtfertigungsgrund für die Vollstreckung eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils entfällt damit. Die Vollstreckung stellt sich nunmehr als ein dem Schuldner angetanes Unrecht dar. Mit dieser Möglichkeit muß aber der Gläubiger, wenn er von der vorläufigen Vollstreckbarkeit Gebrauch macht, von vornherein rechnen. Er handelt auf die Gefahr hin, daß sein Vorgehen, wenn auch formell zulässig, doch der inneren sachlichen Berechtigung entbehrt. Darin liegt für denjenigen, der das Recht nicht auf seiner Seite hat, etwas Unerlaubtes. Hinsichtlich der Schadenersatzpflicht aus § 945 ZPO., wenn ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung nachträglich als von Anfang an ungerechtfertigt erachtet wird, hat der erkennende Senat bereits wiederholt angenommen, daß es sich hier um eine Haftung aus unerlaubter Handlung handle und daß die dreijährige Verjährung des § 852 BGB. Platz greife (RG. 74, 249; JW. 11, 153<sup>19</sup>). Die Vorschrift des § 945 ZPO. beruht auf ähnlichen Erwägungen wie die des § 717 Abs. 2 ZPO. Der Arrest, die einstweilige Verfügung und die vorläufige Vollstreckbarkeit haben das miteinander gemein, daß sie Rechtsbehelfe sind, die vermöge ihres vorläufigen Charakters vom Gläubiger nur auf seine eigene Gefahr gebraucht werden können (vgl. JW. 09, 395<sup>10</sup>). Diese Erwägungen führen aber dazu, die dreijährige Verjährung auch auf den Schadenersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. anzuwenden. (S. c. R., U. v. 25. Jan. 13, 389/12 IV. — Celle. [L.]

**18.** §§ 929, 932, 936 ZPO., § 648 BGB. Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Sicherheitshypothek auf Grund einer nicht zugestellten einstweiligen Verfügung.]

Durch Vertrag vom 28. Oktober 1906 übertrug die Klägerin dem Beklagten die Ausführung sämtlicher Arbeiten zum Neubau eines Wohnhauses auf ihrem Grundstück in Steglitz. Der Beklagte erwirkte wegen einer glaubhaft gemachten Restforderung aus diesem Werkvertrage von 4297,87 M am 15. März 1912 eine einstweilige Verfügung, wodurch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Beklagten auf Einräumung einer Sicherheitshypothek für seine Forderung angeordnet wurde. Die Eintragung der Vormerkung in das Grundbuch des Grundstücks der Klägerin erfolgte am 19. März 1912. Mit der im April 1912 erhobenen Klage beantragte die Klägerin, den Beklagten zur Bewilligung der Löschung der Vormerkung zu verurteilen. Sie machte geltend: 1. in dem



Vertrage sei das Recht des Beklagten, die Eintragung seiner Forderung in das Grundbuch vorzunehmen, ausgeschlossen worden, 2. die Vollziehung der einstweiligen Verfügung sei ungültig geworden, weil sie nicht gemäß § 929 Abs. 3 ZPO. innerhalb einer Woche nach der Vollziehung, bewirkt durch Eintragung der Vormerkung, der Klägerin vom Beklagten zugestellt worden sei, 3. die angebliche Restforderung sei verjährt, da der Beklagte die Arbeiten bereits im September 1907 fertiggestellt habe, 4. die Forderung bestehe auch gar nicht, wie in einem schiedsgerichtlichen Verfahren festgestellt worden sei. Der erste Richter wies die Klage ab, weil die Klägerin die Vormerkung nur im Wege des Widerspruchs gegen die einstweilige Verfügung beseitigen könnte. Auf die Berufung der Klägerin verurteilte der zweite Richter den Beklagten nach dem Klageantrage. Die Revision konnte keinen Erfolg haben. Mit Recht nimmt der VerN. an, daß die Klage auf Bewilligung der Löschung der Vormerkung ohne weiteres deswegen begründet ist, weil die einstweilige Verfügung, auf Grund deren für den Beklagten die Vormerkung eingetragen worden, der Klägerin, wie unstreitig ist, vom Beklagten nicht zugestellt worden ist. Wie der erkennende Senat in dem Urteil vom 7. Dezember 1907 V. 411/07 (RG. 67, 159) auf Grund der §§ 929 Abs. 3 Satz 2, 932 Abs. 3, 936, 941 ZPO. ausgesprochen hat, ist die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung, wodurch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek angeordnet ist, unwirksam, wenn die einstweilige Verfügung dem Antragsgegner erst nach Ablauf einer Woche seit dem Eingange des gerichtlichen Eintragungserfahrens bei dem Grundbuchamt vom Antragsteller zugestellt wird. Da vorliegend die einstweilige Verfügung, obwohl die Vormerkung bereits am 19. März 1912 eingetragen worden, der Klägerin als der Antragsgegnerin vom Beklagten als dem Antragsteller überhaupt noch nicht zugestellt worden und sowohl die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 als auch die Zustellungsfrist des § 929 Abs. 3 Satz 2 ZPO. schon lange abgelaufen ist, so ist die Vollziehung unwirksam und sie kann auch nicht mehr wirksam werden. Daraus folgt aber, daß die Vormerkungseintragung nichtig ist, da sie eine Vollziehungsmaßregel ist und daher ihre Wirksamkeit zur Voraussetzung hat, daß die vom Gesetz vorgeschriebenen Erfordernisse für die Vollziehung der einstweiligen Verfügung vorliegen (RG. 26, 399; 67, 165). Eine solche nichtige Eintragung braucht der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht zu dulden. Ob dem Eigentümer ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 894 BGB. zusteht, oder ob zwar ein solcher Anspruch ihm nicht gegeben ist, weil § 894 BGB. nur den Fall der Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich eines Rechtes betrifft, die Vormerkung aber ein Recht in diesem Sinne nicht ist (vgl. RG. 65, 261), jedoch für ihn ein Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung aus § 1004 BGB. besteht (vgl. RG. 26, 399; 56, 252), kann auf sich beruhen. Jedenfalls kann der Eigentümer verlangen, daß der als Vormerkungsberechtigte eingetragene zur Beseitigung der auf seine Veranlassung eingetragenen nichtigen Vormerkung aus dem Grundbuche durch Bewilligung der Löschung mitwirkt. Die Meinung der Revision, daß die Klägerin auf Lösungsbevolligung nur dann klagen könnte, wenn der der Vormerkung

zugrunde liegende Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek aus § 648 BGB. nicht bestände, ist ebenso unzutreffend, wie die Ansicht des ersten Richters, daß nur im Wege des Widerspruchs gegen die einstweilige Verfügung die Löschung der Vormerkung herbeigeführt werden könnte. (Wird eingehend begründet.) S. c. P., U. v. 5. Febr. 13, 408/12 V. — Berlin. [R.]

#### Konkursordnung.

**19.** § 31 Ziff. 1 KO. Benachteiligungswille, wenn eine Überschuldung als möglich vorgestellt wurde.]

Der Kaufmann R. zu L. ist am 7. Mai 1908 gestorben und von seiner einzigen minderjährigen Tochter beerbt worden. Als deren gesetzliche Vertreterin hat die Witwe R. zwei zum Nachlaß gehörige Versicherungsansprüche in Gesamtbetrag von 17174 M 74 Pf an die Beklagte, eine Schwester des Verstorbenen, am 13. Juni 1908 abgetreten. Am 27. Juli 1908 ist über den Nachlaß das Konkursverfahren eröffnet. Vorliegend hat der Konkursverwalter auf Zahlung dieses Betrages nebst 4 Prozent Zinsen seit dem 1. August 1908 geklagt, indem er die Abtretung auf Grund der §§ 30 und 31 KO. ansucht. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Das RG. hob auf: Die Revision wendet sich gegen die Abweisung der auf § 31 Ziff. 1 KO. gestützten Anfechtung, ihr war der Erfolg nicht zu versagen. Die Anfechtbarkeit aus dieser Vorschrift hat der VerN. verneint, weil Kläger den Beweis nicht erbracht habe, daß die Witwe R. bei der Abtretung die Absicht der Gläubigerbenachteiligung gehabt habe. Die Revision rügt mit Recht, daß diese Annahme des VerN. auf einer Verletzung des materiellen Rechts wie des § 286 ZPO. beruht. Die Ausführungen des VerN. müssen dahin verstanden werden, daß bei dem nach dem Tode R.s, aber vor der angefochtenen Abtretung zwischen der Witwe R., der Beklagten, und dem Zeugen H. geführten Verhandlungen „nicht direkt gesagt ist, der Nachlaß sei überschuldet, sondern nur, daß sich zurzeit der Nachlaßbestand nicht übersehen lasse und man deshalb nicht wisse, ob er überschuldet sei“. Weiter unterstellt der VerN. die Richtigkeit der Behauptung des Klägers, daß die Beklagte, als H. auf die bevorstehenden Wechselklagen der R.bank hingewiesen habe, erklärt habe, „es sollten keinerlei Zahlungen mehr geleistet werden, aus dem Nachlaß könne nicht alles bezahlt werden“. Der VerN. nimmt an, auch diese Äußerung könne nur „in eben diesem Sinne“ gemeint sein. Danach bestanden jedenfalls bei den an der angefochtenen Abtretung beteiligten Personen Zweifel darüber, ob der Nachlaß zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen würde. Es wäre deshalb, wie die Revision zutreffend geltend macht, Sache des VerN. gewesen, auch Stellung dazu zu nehmen, ob nicht der Wille der Witwe R., die trotz dieser Zweifel dazu schritt, einen unter allen Umständen sehr erheblichen Teil des Nachlasses zur Befriedigung einer einzelnen Gläubigerin, und zwar der Schwester des Erblassers, zu verwenden, darauf gerichtet war, auch für den tatsächlich gegebenen Fall der Überschuldung des Nachlasses diese mit ihr jedenfalls in einem unter den § 31 Ziff. 2 KO. fallenden Grade verschwägte Person vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen und letztere dadurch zu benachteiligen. Ein solcher auch nur für einen bestimmten, als möglich vorausgesehenen Fall bestehender Benachteiligungswille reicht aus, um die An-



sechtbarkeit aus § 31 Ziff. 1 zu begründen. R. Konkurs c. S., U. v. 16. Jan. 13, 360/12 VII. — Berlin. [L.]

## 20. § 145 RD.]

Das LG. war auf dem Wege einer Auslegung der Vergleichsurkunde vom 7. Dezember 1910 und an der Hand der Beweisaufnahme I. Instanz zu der Entscheidung gelangt, daß der Klaganspruch in Höhe von 19 965,73 *M* begründet sei. Der Verkl. hat dagegen im wesentlichen aus einem formalen Bedenken die ganze Klagsforderung abgewiesen. Er hat namentlich erwogen: Im Einklang mit dem Wortlaute des schriftlichen Vergleichs habe Klägerin beim Konkursgericht die gesamten Wechselforderungen an die Gemeinschuldnerin im Betrage von 73 192,13 *M* angemeldet. Daran habe sie die Bemerkung geknüpft, daß von der Gesamtforderung gemäß dem abgeschlossenen Vergleich 46 500 *M* gekürzt würden, und hiernach 26 692,73 *M* aus der freien Masse beansprucht würden. Die Vorlegung der Wechselurkunden über den vorerwähnten Gesamtbetrag habe sie aber fortgesetzt verweigert. Aus dem § 145 Satz 2 RD. ergebe sich nicht nur, daß die Feststellung einer Wechselforderung zur Tabelle die Vorlegung der Wechselurkunde an das Konkursgericht zur Voraussetzung habe, sondern auch, daß der Konkursverwalter sich auf die Anmeldung einer Wechselforderung nicht vor der Vorlegung der Wechselurkunde zu erklären habe. Beansprüche der Gläubiger nur wegen eines Teilbetrages Befriedigung, so könne dies zwar dahin führen, daß der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts nur einen entsprechenden Teil der Wechselurkunden mit dem Feststellungsvermerk versee. Von der Vorlegung sämtlicher Wechselurkunden könne jedoch der Gläubiger, der die Gesamtheit der Wechselforderungen angemeldet habe, im Zweifel nicht als entbunden gelten. Hier fehle es an jedem Anhalte dafür, daß der Beklagte die Klägerin von der Vorlegung aller Wechselurkunden entbunden habe. Der Beklagte sei an der Vorlegung aller Wechselurkunden sogar besonders interessiert gewesen. Er habe hervorgehoben, er laufe Gefahr, daß noch dritte Personen den Konkurs aus den in Händen der Klägerin befindlichen Wechseln in Anspruch nähmen; gerade nach Kenntniznahme von allen Wechseln hätte er leichter als sonst derartige Gefahren wenigstens verringern können. Danach sei der Klaganspruch im ganzen schon deshalb unbegründet, „weil die Klägerin nach den Umständen des Falles, verbunden mit den dem § 145 RD. zu entnehmenden allgemeinen Grundregeln die Feststellung auch nur der Forderung des Klagbetrags nicht verlangen“ könne, obwohl von ihr dem Beklagten Wechselurkunden in der Höhe der angemeldeten Summe nicht vorgelegt worden seien, und diese Vorlegung von ihr fortgesetzt verweigert werde. — Im Anschluß hieran ist zu erwähnen, daß der Vertreter des Revisionsbeteiligten in der mündlichen Verhandlung dieser Instanz unter anderem geltend zu machen suchte: Die Vorinstanz habe für die Verpflichtung der Klägerin zur Vorlegung von Wechseln über 73 192,73 *M* zwei selbständige Gründe aufgestellt, einmal die bezeichnete gesetzliche Vorschrift und sodann auch die Umstände des Falles. Vor allem sei aber für jene Verpflichtung auf die Vorschriften des Art. 39 WD. hinzuweisen. Auf das Recht, die Vorlegung von Urkunden über den gesamten angemeldeten Forderungsbetrag zu begehren, habe der Verwalter nicht verzichtet. Er habe auch nach den Umständen des Falles von solcher Vorlegung nicht absehen dürfen. Denn

es habe die Gefahr bestanden, daß neben den von der Klägerin aus der Konkursmasse noch geforderten 26 692,73 *M* von dritter Seite Ansprüche aus den im Besitz der Klägerin gewesenen, von dieser nicht vorgelegten Wechseln gegen die Masse geltend gemacht würden. — Die Revision vertritt dagegen die Auffassung: Klägerin habe tatsächlich Wechselforderungen nur im Betrage von 26 692,73 *M*, über welchen Betrag auch Wechselurkunden vorgelegt seien, angemeldet. Ein Grund zur Beanstandung dieser Anmeldung lasse sich weder aus dem § 145 RD. noch aus dem Art. 39 WD. entnehmen. Aus den Umständen des Falles aber habe der Verkl. nicht einen selbständigen Entscheidungsgrund hergeleitet, sondern nur darzulegen versucht, daß die Geltung des § 145 für das Verhältnis der Parteien zueinander nicht beseitigt sei. Der Standpunkt der Revision ist als berechtigt anzuerkennen. Für die Geltendmachung einer Konkursforderung im Konkursverfahren bildet die Anmeldung beim Konkursgericht den vorgeschriebenen ausschließlichen Weg, auf dem die Forderung zur Feststellung zu bringen und dadurch der konkursmäßigen Befriedigung entgegenzuführen ist. Um einen Sonderfall handelt es sich bei der Inanspruchnahme eines Absonderungsrechts. Darauf braucht hier nicht eingegangen zu werden. Wenn hier auch vielleicht in bezug auf das Weinlager ein ähnliches Verhältnis vorgelegen hatte, so hatte dies doch durch den Vergleich vom 7. Dezember 1910 und die dort vorgesehene Zahlung von 16 500 *M* seine Erledigung gefunden. Abgesehen von dem Falle eines beanspruchten Absonderungsrechtes ist die Anmeldung auf den Betrag zu richten, dessen Feststellung und dessen Berücksichtigung bei Verteilung der Masse gefordert wird. (§§ 3, 61 ff., 138 ff., 149 ff. RD.) Klägerin hat in ihrem dem Konkursgerichte überreichten schriftlichen Antrage vom 22. Dezember 1910 nur für einen Betrag von 26 692,73 *M* Befriedigung aus der Masse beansprucht. Wenn auch in dem Schreiben von der Anmeldung einer Gesamtforderung von 73 192,73 *M* die Rede ist, so ist doch nicht die Deutung möglich, daß Klägerin die letztere Summe zur Feststellung und konkursmäßigen Befriedigung anmelden wollte. Es war damit nur die Summe angegeben, welche die Klägerin, abgesehen von dem Vergleich vom 7. Dezember 1910, fordern zu dürfen meinte. Klägerin hat aber im bezeichneten Antrag ausreichend zum Ausdruck gebracht, daß sie dem Vergleich entsprechend ihre Forderung nur unter Kürzung von 46 500 *M* d. h. in Höhe von 26 692,73 *M* geltend machen wollte. Sie hat nach dem Gesamtinhalte des Antrags nur den letzteren Betrag zur Feststellung und weiteren Berücksichtigung angemeldet, und zwar im Einklang mit dem klaren Wortlaute des Vergleichs, wonach herbeigeführt werden sollte, daß sie bei Anmeldung ihrer Ansprüche 46 500 *M* kürze. Immerhin läßt sich die Anmeldung vom 22. Dezember 1910 auch nach ihrem Inhalte im ganzen noch auf Wechselforderungen von 73 192,73 *M* beziehen, nämlich in dem Sinne, daß die 26 692,73 *M* als ein anteilmäßig auf die gesamten Wechsel über die erstere Summe zu verteilender Rest gefordert wurden. Wäre es hierbei geblieben, so hätte vielleicht aus dem § 145 RD. und dem Art. 39 WD. gefolgert werden dürfen, daß es der Vorlegung von Wechseln über zusammen 73 192,73 *M* bedürfe, damit auf diesen die Feststellung der betreffenden anerkannten Anteilsbeträge bzw. die Abschreibung der gezahlten Konkursdividenden vermerkt würden.



Mein es ist unstrittig, daß Klägerin auf das Verlangen des Beklagten nach Vorlegung von Wechseln zwecks Feststellung ihrer Forderung Wechselkunden über den aus der Masse beanspruchten Betrag von 26 692,73 *M* beigebracht hat. Dies läßt sich nur dahin verstehen, daß sie wegen der durch die vorgelegten Wechsel beurkundeten Forderungen im Konkurse Berücksichtigung begehrte. Andere als die vorgelegten Wechsel waren nunmehr mit Feststellungs- und Abschreibungsvermerken in Gemäßheit des § 145 *R.D.* und Art. 39 *W.D.* nicht zu versehen, und es wird nicht ersichtlich, daß ein Hindernis bestanden hätte, solche Vermerke erschöpfend auf den tatsächlich vorgelegten Wechseln anzubringen. Auf den § 145 Satz 2 *R.D.* konnte daher das Verlangen des Konkursverwalters nach Vorlegung weiterer Wechsel nicht erfolgreich gestützt werden. Der *Ber.R.* ist aber abweichender Ansicht und hat gerade aus jener Vorschrift den entscheidenden Grund für die Abweisung der Klage entnommen. Daneben hat er die durch den Vergleich veranlaßten Beziehungen der Parteien zueinander nur in dem Sinne berührt und verwertet, daß dadurch an der nach seiner Meinung gesetzlich bestehenden Verpflichtung der Klägerin, Wechsel über die Summe von 73 192,73 *M* vorzulegen, nichts geändert sei. Ein selbständiger Entscheidungsgrund ist darin nicht zu finden. Dies gilt namentlich auch für die Erwägung, der Beklagte sei an der Vorlegung aller Wechselkunden sogar besonders interessiert gewesen, um die Gefahr, daß noch dritte Personen die Masse aus den Wechseln in Anspruch nähmen, zu verringern. Selbst wenn aber der Vorderrichter das hervorgehobene Interesse für ausreichend zur Klageabweisung gehalten hätte, könnte solche Auffassung ebensowenig wie der Hinweis auf den § 145 als geeignet gelten, das Urteil zu tragen. Jenes Interesse des Konkursverwalters ergibt keinen genügenden Rechtsgrund, den im Prozeß streitigen Klagforderungen die Anerkennung zu versagen. Für das Revisionsgericht kommt aus dem Vergleiche zurzeit nur in Betracht, daß unstrittig Klägerin veranlaßt worden ist, bei Anmeldung ihrer Ansprüche an die Konkursmasse 46 500 *M* zu kürzen. Wenn hiernach die zur Feststellung angemeldeten 26 692,73 *M* eine Restforderung darstellen, die einen begründeten Forderungsbestand von 73 192,73 *M* voraussetzt, so hat dies an sich nur für die Beweispflicht der Klägerin Bedeutung. Den im Eingang des § 139 *R.D.* bezeichneten wesentlichen Anmeldungserfordernissen hat die Klägerin genügt. Satz 3 dieser Vorschrift: „Die urkundlichen Beweisstücke oder eine Abschrift derselben sind beizufügen“ — stellt nicht ein die Wirksamkeit der Anmeldung bedingendes Erfordernis auf und schließt nicht aus, daß Klägerin im Feststellungsprozeß mit zulässigen Beweismitteln den Nachweis unternimmt, daß ihre ungekürzten Forderungen den zur Feststellung angemeldeten Betrag um 46 500 *M* überstiegen haben. *M. P. v. Th.*, u. v. 14. Jan. 13, 440/12 VII. — Dresden. [S.]

#### Wettbewerbsgesetz.

#### 21. Hospiz als Gattungsbegriff.]

Der *Ber.R.*, der davon ausgeht, daß „Hospiz“ — ähnlich wie „Kurhaus“, „Bazar“, „Automaten-Restaurant“ u. dergl. — ein Gattungsbegriff und im Verkehr zur Bezeichnung von Hotelunternehmen gewisser Art gebräuchlich sei, nimmt an, daß die Beklagte die Bezeichnung „Hospiz“ in ihrem geschäftlichen Verkehr und in ihrer Firma zu Recht führe. Zur Begründung

dessen hat der *Ber.R.* festgestellt: Nach den zurzeit im Gasthofgewerbe wie bei dem reisenden Publikum geltenden Anschauungen sei „Hospiz“ ein einfacheres, gutgeleitetes, nicht teureres Gasthaus, in welchem in der Regel kein Trinkzwang herrscht und Trinkgelder gewöhnlich nur in der Form eines mäßigen Zuschlages auf die übrigen Hotelpreise entrichtet werden. Nach der Entwicklung, die der Verkehr genommen habe, sei die christliche Grundlage des Hotelbetriebes jedenfalls nicht mehr die Voraussetzung für das Vorhandensein eines Hospizes. Es sei vielmehr „Hospiz“ der allgemeinere Begriff gegenüber dem christlichen „Hospiz“; er bezeichne eine bestimmte Gattung von Gasthöfen, die den übrigen Hotels gegenüber zugunsten der Reisenden eine Vereinfachung und zugleich eine Verbesserung der Unterkunftsverhältnisse erstrebten. „Hospiz“ bedeute nichts anderes als ein nach gewissen Grundsätzen der Einfachheit, Wohlfeilheit und Solidität geleitetes Reformhotel. Die Beklagte habe ihren Hotelbetrieb auf der allgemeinen Grundlage eines solchen Hospizunternehmens eingerichtet. Diese Feststellungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Daß sie auf einem prozessualen Verstoß, insbesondere auf einer Nichtbeachtung irgendwelcher von der Klägerin aufgestellten Behauptungen oder angetretenen Beweise beruhten, ist von der Klägerin nicht ersichtlich gemacht. Eine Verletzung des § 139 *R.D.* liegt nicht vor. Weiter hat der *Ber.R.* bedenkenfrei festgestellt, daß zwischen den Bezeichnungen der Klägerin einerseits, der Beklagten andererseits — „Hospiz Baseler Hof“, „Hospiz Savoy-Hotel“ — eine Verwechslungsmöglichkeit trotz der fast gleich nahen Lage beider Hotels am Bahnhof und der ähnlichen Lagebezeichnung (Wiesenhüttenplatz und Wiesenhüttenstraße) nicht bestehe. Dabei mag gegenüber den Revisionsausführungen noch darauf hingewiesen werden, daß als eine „besondere Bezeichnung des Erwerbsgeschäfts“ der Klägerin im Sinne von § 16 *UnlWG.* nur die Worte „Hospiz Baseler Hof“ in Betracht gezogen werden könnten, aber nicht etwa, wie die Klägerin will, das Wort „Hospiz“ allein. Dieses Wort allein ist keine besondere Bezeichnung der Klägerin, es steht vielmehr — als Gattungsbegriff gewisser Arten von Gasthöfen — im Allgemeingebrauch. Zugegeben mag der Klägerin werden, daß auch mit freien Bezeichnungen unter besonderen Umständen Mißbrauch getrieben werden kann. Dann wird aber einmal die Gefahr der Verwechslung begründet und es wird die Absicht dargetan sein müssen, die Arbeitserfolge und Kostenaufwendungen eines anderen auf Grund jener Verwechslungsgefahr für sich auszubeuten. Im vorliegenden Falle hat aber der *Ber.R.* aus tatsächlichen Gründen die Verwechslungsgefahr für ausgeschlossen und auch die Absicht, Verwechslungen hervorzurufen, für nicht erwiesen erachtet. Hospiz B. c. Hospiz S., u. v. 7. Febr. 13, 444/12 II. — Frankfurt. [R.]

22. § 1 *UnlWG.*, § 826 *BGB.* Der Gebrauch scharfer Ausfälle und Wendungen im wirtschaftlichen Kampfe ist nicht an sich unzulässig.]

Der Beklagte hat mit seiner Weinpreislifte eine Druckschrift mit der Überschrift „Wein ist Gesundheit“ versandt, die in ihrem zweiten Teile mit der Überschrift „Über die Minderwertigkeit und den Alkoholgehalt alkoholfreier Getränke“ eine



Reihe Äußerungen und Gutachten enthielt, die sich auf den Bestandteilsgehalt und die Beschaffenheit alkoholfreier Getränke beziehen. Die Eingangswörter und Schlusswörter der Druckschrift lauten: „Es ist ein offenes Geheimnis, daß zum größten Teil die im Handel vorkommenden alkoholfreien Getränke aus minderwertigen Produkten, die keinen oder wenig Nährwert haben, zusammengesetzt sind. — Aus allen diesen Darlegungen ist zu entnehmen, daß die alkoholfreien Getränke im allgemeinen nicht alkoholfrei sind.“ Das RG. hat die Klage auf Unterlassung der Verbreitung des Flugblattes für unbegründet erachtet, indem es hierin weder im Hinblick auf den Inhalt noch in betreff der Form des Flugblattes eine gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UnlWG. verstößende Handlungsweise erblickt hat. Der Entscheidung liegt die Auffassung zugrunde, daß es sich bei dem Streitfalle um einen wirtschaftlichen Kampf zweier großen Interessentengruppen handelt, nämlich einerseits der Gegner des Alkohols und der von ihren Bestrebungen jedenfalls Nutzen ziehenden Vertreter derjenigen Geschäfte, die alkoholfreie Getränke vertreiben, andererseits derjenigen Gewerbetreibenden, die alkoholfreie Getränke, namentlich Bier und Wein verkaufen, und daß dieser Kampf bei der Wichtigkeit der einander entgegenstehenden Interessen hüben und drüben scharfe Formen angenommen hat. Nun können zwar auch derartige wirtschaftliche Kämpfe großer Interessentengruppen durch die Wahl der Kampfmittel in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise ausarten, und es liegt deshalb kein Grund vor, auf sie grundsätzlich die Anwendbarkeit des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs auszuschließen. Immerhin ist jedoch der Umstand, daß es sich um Fragen von allgemeinem Interesse und von grundverschiedener Anschauung handelt, bei Entscheidung des einzelnen Streitfalles von Bedeutung und bei Würdigung der Art und Weise der Führung des Kampfes nicht außer Betracht zu lassen. Von dieser Rechtsauffassung ist denn auch das BU. beherrscht. Der Natur und dem Zwecke des wirtschaftlichen Kampfes entspricht es, daß der Beklagte nicht auf Bezeichnung bestimmter Mängel an einzelnen näher bezeichneten Getränken sich eingelassen, sondern den Kampf gegen die Alkoholgegner nur im allgemeinen geführt hat. Der klare Wortlaut des Flugblattes läßt auch keinem Zweifel Raum, daß die in den Jahresberichten der Chemischen Untersuchungsanstalt der Stadt Leipzig sowie in dem Gutachten des Kaiserlichen Gesundheitsamtes und in dem Artikel der Zeitschrift für Spiritusindustrie hervorgehobenen Übelstände nicht allen alkoholfreien Getränken anhaften. Denn einerseits heißt es ausdrücklich in den Eingangswörtern, daß zum größten Teil die — alkoholfreien Produkte — zusammengesetzt sind. Andererseits in den Schlusswörtern, daß die alkoholfreien Getränke im allgemeinen nicht alkoholfrei sind. Deshalb ist es unzutreffend, wenn der Revisionskläger rügt, Beklagter habe nicht den Anschein erwecken dürfen, als ob die gerügten Mängel bei alkoholfreien Getränken durchweg üblich seien. Was nun die Form des Flugblattes betrifft, so hat das BG. nicht verkannt, daß darin einige der beanstandeten Stellen recht scharf seien, namentlich die Stelle am Anfang des aus der Zeitschrift für Spiritusindustrie abgedruckten Artikels. Es hat jedoch erwogen, selbst wenn die Fabrikanten alkoholfreier Getränke sich an der Agitation der Abstinenzler gegen die Wein- und Bierindustrie nicht be-

teiligt haben sollten, so habe es doch für den Beklagten jedenfalls sehr nahe gelegen, eine solche Beteiligung, auch wenn sie etwa nach außen hin nicht erkennbar geworden sei, auf Grund der Erwägung anzunehmen, daß die Fabrikanten alkoholfreier Getränke an dem Fortschreiten der Antialkoholbewegung interessiert seien. Er möge sich daher im besten Glauben befunden haben, daß die erwähnte Agitation gegen die von ihm vertriebenen Waren ebensowohl auch von den Fabrikanten alkoholfreier Getränke ausgehe und unterstützt werde. Durch die unstreitig sehr scharfe Agitation gegen Alkoholgenuß seien der Beklagte und sämtliche Mitglieder des Vereins der Weingroßhändler schwer gereizt worden. Als im wirtschaftlichen Kampfe stehender Kaufmann habe Beklagter sich gegen jeden wehren können, von dem er angegriffen zu sein glaubte. Wenn nun das BG. unter den von ihm festgestellten besonderen Umständen auch die Form des Flugblattes nicht als Ausfluß einer verwerflichen Gesinnung angesehen und mit der Wahrnehmung berechtigter Interessen entschuldigt hat, so kann auch in dieser Beziehung die Rüge einer Verletzung des § 1 UnlWG. als begründet nicht anerkannt werden. Verband D. Mineralwasserf. c. R. u. Gen., U. v. 7. Febr. 13, 455/12 II. — Berlin. [R.]

Genossenschaftsgesetz.

23. § 65 GenG.]

Die Beklagte ist eine eingetragene Genossenschaft m. b. H. Gegenstand des Unternehmens ist der gemeinschaftliche Betrieb der Binnenschifffahrt durch die Genossen und Beteiligung an anderen Schifffahrtsunternehmungen. Kläger ist Genosse gewesen, hatte aber keine Mitgliedschaft schon vor den hier streitigen Ereignissen rechtswirksam auf das Ende des Jahres 1907 gekündigt. Durch einen Vertrag vom 18. April 1907 hat die Beklagte den Vereinigten Elbeschifffahrtsgesellschaften ihren gesamten Schiffspark gegen eine feste Jahresvergütung zum Gebrauche überlassen, wobei sie auf jede äußere Geschäftstätigkeit verzichtet und sich nur die innere Verwaltung der Genossenschaft vorbehalten hat. Die Gültigkeit dieses Vertrages war unter anderem davon abhängig gemacht, daß die Beklagte schriftliche Verpflichtungen ihrer sämtlichen Genossen beibrachte, wonach diese sich an den Vertrag banden, als wenn sie selbst ihn mit den Vereinigten Elbeschifffahrtsgesellschaften abgeschlossen hätte. Um dem zu genügen, hat die Beklagte in den § 9 ihrer Satzung eine Vorschrift aufgenommen, durch die die Genossen verpflichtet wurden, ihre Fahrzeuge der Beklagten gegen eine Entschädigung zum Gebrauche zu überlassen und hierüber einen schriftlichen Vertrag mit dem Vorstände abzuschließen. Laut dem dafür aufgesetzten Vertragsformular vermieteten die einzelnen Genossen ihre Rähne vom 1. Januar 1908 an für die Dauer von neun Jahren an die Beklagte und unterwarfen sich zugleich den zwischen dieser und den Vereinigten Elbeschifffahrtsgesellschaften vereinbarten Bedingungen. Solche Verträge sind von einer großen Anzahl Genossen, unter anderen von einem gewissen C. und von dem Kläger geschlossen und zwar von diesem unter dem 15. Mai/19. Juni 1907. C. hat die Erfüllung des Vertrages vertweigert, weil er nichtig sei wegen Verstoßes gegen § 65 GenG., laut dem höchstens eine zweijährige Kündigungsfrist festgesetzt werden dürfe. Die von der jetzigen Beklagten gegen C. erhobene Klage auf Ver-



tragsstrafe ist vom RG. rechtskräftig abgewiesen worden. Das RG. geht auf Grund der Feststellungen der Vorinstanz davon aus, daß der neunjährige Vertrag wegen Verstoßes gegen § 65 Abs. 3 GenG. nichtig sei, soweit er den Schiffer für länger als zwei Jahre binde, und daß er ferner gänzlich nichtig sei, weil die Genossenschaft ihn laut der Feststellung der Vorinstanz ohne die über zwei Jahre hinausgehende Bindung überhaupt nicht geschlossen hätte. Dieses Urteil ist am 17. September 1909 verkündet. Am 27. Dezember 1909 hat die Beklagte dem Kläger brieflich erklärt, daß sie auf die weitere Bestellung seines Rahnes, den sie 1908 und 1909 dem Vertrage gemäß benützt hatte, für 1910 und die folgenden Vertragsjahre verzichte, weil der neunjährige Vertrag gemäß der Entscheidung des RG. ungültig sei. Kläger hat dem widersprochen, indem er zugleich erklärte, mit Ende des Jahres 1910 auscheiden zu wollen. Beklagte hat aber darauf beharrt, daß das Vertragsverhältnis schon mit Ende 1909 aufgelöst sei. Nunmehr hat Kläger Klage auf Schadenersatz und Feststellung erhoben. Das OLG. hat entschieden, daß der Vertrag von dem Kläger als Genossen geschlossen, und daß er deshalb wegen Verstoß gegen § 65 GenG. nichtig sei. RG. hob auf: Das angefochtene Urteil beruht auf unrichtiger Anwendung des § 65 Abs. 2 und 3 GenG. Laut Abs. 2 findet der Austritt eines Genossen nur zum Schlusse eines Geschäftsjahres statt. Die Aufkündigung muß mindestens drei Monate vorher schriftlich erfolgen. Durch das Statut kann eine längere, jedoch höchstens zweijährige Kündigungsfrist festgesetzt werden. Laut Abs. 3 ist ein den vorstehenden Bestimmungen zuwiderlaufendes Abkommen ohne rechtliche Wirkung. Es fragt sich, ob der zwischen den Parteien geschlossene Mietvertrag der Vorschrift des Abs. 2 zuwiderläuft. Der Kläger hatte seine Mitgliedschaft bei der Beklagten unter Wahrung der in den Statuten bestimmten zweijährigen Frist rechtswirksam auf den 1. Januar 1908 gekündigt. Er hat sodann unter dem 15. Mai/19. Juni 1907 mit der Beklagten den hier streitigen Vertrag geschlossen, durch den er ihr seinen Rahn für die Dauer von neun Jahren vom 1. Januar 1908 ab vermietet. Das Mietverhältnis sollte also mit dem Zeitpunkte beginnen, mit dem die Mitgliedschaft des Klägers endete. Hierdurch unterscheidet sich der streitige Fall wesentlich von dem Tatbestande, über den der II. Senat des RG. in Sachen der Beklagten gegen G. entschieden hat. Dort begann der Lauf des Mietvertrages während der Mitgliedschaft des G., und dieser konnte nach dem Ausspruche des damals erkennenden Senats wegen des Mietvertrages an einen Austritt aus der Genossenschaft vernünftigerweise nicht denken, ist also durch den neunjährigen Mietvertrag an der Ausübung seines Austrittsrechtes gehindert worden. Daß in dem hier streitigen Falle der Mietvertrag ein Hindernis für den Austritt des Klägers gebildet hat, ist aus den Feststellungen des BG. nicht ersichtlich. Die auf das Ende des Jahres 1907 erklärte Kündigung verlor durch den Abschluß des Mietvertrages an und für sich ihre Gültigkeit nicht. Es war möglich, daß Kläger Ende 1907 aus der verklagten Genossenschaft ausstieg und doch den von dem gleichen Zeitpunkt ab laufenden Mietvertrag erfüllte; denn dieser Mietvertrag konnte seinem Inhalte nach sehr wohl von einem Außenstehenden mit der Genossenschaft geschlossen und durch-

geführt werden. Wenn gegenüber diesen Umständen das BG. seine Entscheidung darauf begründet, daß der Kläger den Mietvertrag kraft Genossenschaft eingegangen sei, so ist dieser Grund rechtsirrtümlich. Er kann nur dahin verstanden werden, daß der Kläger den Mietvertrag geschlossen hat, weil er geglaubt hat, als Genosse dazu verpflichtet zu sein. Daraus ist aber nur zu folgern, daß der Kläger durch einen irrtümlichen Beweggrund zum Abschlusse des Vertrages bestimmt ist, nicht, daß dieser Vertrag dem gesetzlich gewährleisteten Austrittsrechte des Klägers zuwiderläuft. *J. c. Pr.-L.-Gen., U. v. 28. Jan. 13, 332/12 I. — Naumburg. [R.]*

**24.** § 147 GenG., § 823 BGB. Umfang des § 147 cit. als Schutzgesetz.]

Die Behauptung der Revision, der § 147 GenG. stelle lediglich ein zum Schutze der Genossenschaft und der Genossen dienendes Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. dar, so daß Kläger sich darauf nicht berufen könne, weil er zur Zeit der Übersendung der Bilanz und zur Zeit der Abgabe seiner Beitrittserklärung noch nicht zu den Genossen der Ostpreussischen Ansiedlungsgesellschaft gehört habe, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Es ist zwar richtig, daß in der Entscheidung des I. ZS. des RG. vom 20. September 1909 (ZB. 10, 109<sup>9</sup>) lediglich ausgesprochen worden ist, der § 147 GenG. sei ein dem Schutze der Genossen dienendes Schutzgesetz, wie auch das BG. nicht verkannt hat. Aber damit ist noch keineswegs ausgesprochen und sollte auch offenbar nicht ausgesprochen werden, daß jenes Gesetz nur dem Schutze der Genossen zu dienen bestimmt sei; vielmehr betraf jener Fall nur eine Klage von Genossen, so daß das RG. damals keine Veranlassung hatte, sich darüber auszusprechen, ob die Vorschriften des § 147 GenG. auch zum Schutze Dritter bestimmt sind. Diese Frage hat man mit dem BG. unbedenklich zu bejahen. Zwar hat das RG. in RG. 73, 30 die Frage, ob die §§ 41—43, 64, 83 und 84 GmbHG. Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. für Dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen bilden, im Einklang mit der für die ähnliche Vorschrift des § 249 HGB. ergangenen Entscheidung in RG. 63, 324 verneint. Jene Vorschriften sind aber, wie schon ihr Wortlaut klar erkennen läßt, nur zum Schutze der der Gesellschaft angehörigen Personen und ihrer Gläubiger gegeben. Dagegen handelt es sich bei der Vorschrift des § 147 GenG. nicht bloß um den Schutz der Gläubiger oder der Mitglieder der Genossenschaft, sondern auch um den Schutz dritter Personen. Dies ergibt sich schon daraus, daß das GenG. im § 33 (ähnlich wie § 265 HGB. für die Aktiengesellschaften) die öffentliche Bekanntmachung der Bilanzen durch die Zeitung ausdrücklich vorsieht und damit ihren Inhalt jedermann zugänglich macht, während das GmbHG. nur in dem Ausnahmefalle des § 41 Abs. 4 eine solche Veröffentlichung vorschreibt. Mit Recht haben denn auch die Strafsenate des RG. in ständiger Rechtsprechung an dem Satze festgehalten, daß der Zweck des § 147 GenG. ebenso wie der des entsprechenden § 314 Nr. 1 HGB. dahin gehe, „die Gewähr zu schaffen, daß der Stand der Verhältnisse des Unternehmens in allen wesentlichen Beziehungen richtig und zuverlässig beurteilt werden kann, nicht nur von den Genossenschaftlern, sondern auch von den Gläubigern und solchen Dritten, die zu der Genossenschaft in rechtliche Be-



ziehungen treten" (RGSt. 37, 435; 43, 415; 45, 213). Im Einklang hiermit hat auch der I. BS. des RG. in der Entscheidung vom 16. September 1908 Rep. I 628/07 den Satz aufgestellt, daß „der § 314 Nr. 1 HGB., soweit er die wahrheitsgetreue Berichterstattung gebietet, ein den Schutz Dritter bezweckendes Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. enthält“, so daß es in jenem Falle für zutreffend erachtet worden ist, diese Vorschrift auch zugunsten des damaligen Klägers, der auf Grund wissentlich unrichtiger von der Aktiengesellschaft veröffentlichter Geschäftsberichte deren Aktien erworben hatte, gegenüber einem für diese Berichte verantwortlichen Aufsichtsratsmitgliede der Aktiengesellschaft zur Anwendung zu bringen (ebenso das Urteil des erkennenden Senats vom 30. Oktober 1912, VI 117/12). Demnach liegt auch bei der im vorliegenden Falle entsprechend beschaffenen Sach- und Rechtslage kein Bedenken vor, den § 147 GenG. als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. zu bezeichnen, das auch dem Schutze dritter Personen (also nicht bloß dem der Genossenschaft, der Genossen und der Gläubiger der Genossenschaft) dient. O. v. M. und Gen., U. v. 1. Febr. 13, 286/12 VI. — Königsberg. [R.] Rayongesetz.

#### 25. § 35 RayG. Zur Auslegung dieser Gesetzesstelle.]

Der Kläger ist im Grundbuche und im Rayonkataster als Eigentümer der Parzellen 125/10 und 126/11 usw. des Kartenblatts I der Gemarkung Stein eingetragen. Am 14. Februar 1907 ist für die Mörserbatterie und die Schanze in Laboe der erste Rayon abgesteckt worden. In diesen Rayon fällt ein Teil der Parzelle 126/11 usw. in einer Größe von 9414 qm. Hierfür ist dem Kläger durch Beschluß des Bezirksausschusses zu Schleswig vom 23. November 1910 eine Rayonentschädigung von 1371 *M* zugesprochen worden. Am 27. November 1908 ist für die Batterien bei Stein der erste Rayon abgesteckt worden; in diesen fällt der Rest der Parzelle 126/11 in einer Ausdehnung von 3,3769 ha, wofür dem Kläger durch Beschluß des Bezirksausschusses vom 20. Dezember 1910 eine Entschädigung in Gestalt einer Rente von jährlich 192,51 *M* auf 37 Jahre zuerkannt wurde. Die Höhe der Entschädigungen entspricht dem Werte, den die klägerischen Grundstücke zur Zeit der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 8. Oktober 1900 (RGBl. 1900, 870) gehabt haben. Der Kläger ist der Ansicht, daß der Wert der Grundstücke nach dem weit höheren Grundstückspreise zur Zeit der eingetretenen Nutzungsbeschränkungen bemessen werden müsse, hatte aber damit keinen Erfolg. Aus den Gründen: Die hier in Frage kommende Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 8. Oktober 1900 lautete dahin, daß „für den Kieler Hafen eine Erweiterung der Festungsanlagen und hiermit im Zusammenhang auch eine Erweiterung der Rayons in Aussicht genommen sei“. Die Revision rügt Verletzung des § 35 RayG. und des § 286 ZPO. nach folgender Richtung. Zu Unrecht halte das BG. den Nachweis des Zusammenhangs zwischen der Bekanntmachung und der tatsächlichen Rayonerweiterung schon dann für erbracht, wenn ganz allgemein bei Erlass der Bekanntmachung ein Festungserweiterungsplan bestanden habe, der wahrscheinlich auch die später wirklich getroffene Stelle betreffen konnte. Es werde dabei verkannt, daß die Ausführung eines solchen Planes nicht allein im Ermessen der Kommandostelle liege, sondern von der Bewilligung der

hierzu erforderlichen Mittel durch die verfassungsmäßig berufenen Körperschaften abhängige. Aller Wahrscheinlichkeit nach beständen auch jetzt noch Pläne, die Befestigung des Kieler Hafens zu erweitern. Es stehe aber ganz dahin, ob diese Pläne jemals ausgeführt werden könnten. Genau so habe es sich im Jahre 1900 verhalten, als man den weiteren Schutz des Panzerturmes von Laboe für erforderlich erachtet habe, dies aber wegen Mangels an zur Verfügung stehenden Mitteln nicht habe ausführen können. Nach der Aussage des Zeugen W. habe man zunächst überhaupt von der Ausführung des Befestigungswerkes Abstand nehmen müssen, weil in der Erledigung des Flottengesetzes wichtigere Aufgaben gegeben gewesen seien. Infolange aber habe es sich noch nicht um feste Pläne, sondern nur um vorläufige Projekte gehandelt. Es müsse wenigstens verlangt werden, daß beabsichtigt sei, ein solches Werk unverzüglich auszuführen, die nötigen Mittel beim nächsten Etat zu verlangen; sonst wäre alles lediglich vom Zufall abhängig. Dem berechtigten Interesse des Fiskus, nicht der Grundstückspekulation ausgesetzt zu sein, stehe das Interesse der anderen Seite gegenüber, nicht die natürliche Entwicklung des Grundstücksverkehrs auf Jahrzehnte hinaus festgelegt zu sehen. Dem Zwecke des § 35 RayG. entspreche es nicht, wenn man erlaube, daß auch für zukünftige und noch ungewisse Pläne die Hand auf bedeutende Grundstückskomplexe gelegt werden dürfe. Der Revision mußte ein Erfolg versagt werden. Der Wortlaut des Gesetzes selbst und dessen Entstehungsgeschichte (über letztere vgl. RG. 24 S. 29 ff. und dort S. 35 angeführte Entscheidung bzw. Abhandlung; RG. 43, 17) lassen darüber keinen Zweifel, daß nach § 35 Abs. 2 bei Bestimmung des durch die Rayonbeschränkung verursachten Minderwertes, dem die Entschädigung entsprechen soll, der bisherige Wert des Grundstücks ohne Berücksichtigung der Preisverhältnisse, welche sich nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers gebildet haben, festzusetzen ist, und daß hierfür eben die, in der genannten Vorschrift dem Inhalte nach umschriebene Bekanntmachung schlechthin maßgebend sein soll. Die auf den Beschlüssen der Reichstagskommission beruhende Änderung des § 16 des Entwurfes (Verhandlung des Deutschen Reichstags I. Leg.-Per. II. Sess. von 1871, Druck. Nr. 16 S. 6; Nr. 93 S. 21 ff.) ist in dieser Hinsicht ohne Bedeutung; sie läßt im Gegensatz zum Entwurfe eine Berücksichtigung des Wertes der der Bekanntmachung vorangegangenen Zeit zu; keineswegs aber erlaubt sie die Berücksichtigung der Preisverhältnisse zu irgendeinem der Bekanntmachung nachfolgenden Zeitpunkte. Danach kommt allerdings einer nur ganz allgemein gefaßten Bekanntmachung des Reichskanzlers, wie solche im § 35 Abs. 2 RayG. vorgesehen ist und wie sie tatsächlich auch regelmäßig ergeht (vgl. RGBl. 1872, 56; 1873, 58 und insbesondere S. 39; 1882, 3; 1904, 327; dazu auch Laband, Staatsrecht des Deutsch. Reichs 4. Aufl. Bd. IV § 113 S. 326 und Note 1), die Wirkung zu, daß damit die Preisfestsetzung für eine künftige Rayonentschädigung unabänderlich bestimmt und begrenzt wird. Es soll nicht verkannt werden, daß in Fällen, wo sich die Ausführung des bekanntgegebenen Befestigungsplanes sehr lange hinauszieht, eine solche dauernde Festlegung der grundlegenden Preise unter Umständen eine Härte für den betroffenen Grundstücksbesitzer oder Nachteile für die Entwicklung des



Grundstücksverkehrs in der Umgebung des befestigten Platzes im Gefolge haben kann: die Bekanntmachung des Reichskanzlers läßt die Zeit der Ausführung und den Umfang der Erweiterung noch völlig unbestimmt, und die Ausführung des Planes kann mannigfachen Wandlungen unterliegen, die Ungewißheit darüber für die Beteiligten jahrelang andauern. Indes ist sich der Gesetzgeber derartiger Einwirkungen der Vorschrift, deren Zweck dahin geht, eine Spekulation Dritter auf die neue Festungsanlage und eine dadurch zum Nachteile des Fiskus hervorgerufene, oft künstliche Steigerung der Preise unschädlich zu machen, zweifelsohne wohlbewußt gewesen. Und andererseits kommt in Betracht, daß die gesetzlichen Beschränkungen in der Benutzung des Grundeigentümers, auch der Bautätigkeit, noch nicht mit der Bekanntmachung nach § 35, sondern erst mit dem Zeitpunkte der Absteckung der Rayonlinien (§ 8 RayG.) in Wirksamkeit treten. Unbillig allerdings wäre es, wenn die Berücksichtigung auch der in der Zwischenzeit auf dem Grundstücke erstellten Anlagen, namentlich errichteter Gebäude, für die Feststellung des bisherigen Wertes unterlagt sein sollte. Aber das trifft nach der von der Rechtsprechung dem Gesetze gegebenen Auslegung (vgl. die vorgenannten Entscheidungen) eben nicht zu: bezüglich der Beschaffenheit des Grundstücks kommt es auf die Zeit der Absteckung der Rayonlinien an. Im gegenwärtigen Falle handelt es sich jedoch nicht um eine Zustandsveränderung des Grundstücks. Als unbillig und über den Zweck des Gesetzes hinausgehend würde es freilich auch empfunden werden, wenn zufolge der vom Reichskanzler ganz allgemein, ohne zeitliche und nähere örtliche Begrenzung erlassenen Bekanntmachung für alle und jede zu irgendeiner späteren Zeit im Bereiche der betreffenden Festung zur Ausführung gelangenden Neubefestigungen usw., die an dem und vor dem Tage der Bekanntmachung bestehenden Preisverhältnisse maßgebend blieben, wofern das betroffene Grundstück nur denkbarerweise einmal in einen Rayon fallen konnte. Aber auch nach dieser Richtung läßt das Gesetz eine Auslegung zu, die seinem Sinn und Zweck gerecht wird und die seine vernünftige und billige Anwendung ermöglicht. Und dabei ist das BG. hier den richtigen Weg gegangen. Es ist das eine aus dem Zusammenhange der Vorschriften des RayG. sich ergebende gegenständliche Einschränkung, die zugleich auch — in gewissem Sinne — eine zeitliche Schranke enthält. Die für die Entschädigung in Betracht kommende Neuanlage oder Erweiterung muß mindestens den Grundzügen nach mit der von der Bekanntmachung des Reichskanzlers in Aussicht gestellten Anlage identisch oder unter ihr mitbegriffen gewesen sein. Es darf sich bei der schließlich ausgeführten Anlage nicht um einen wesentlich veränderten oder ganz neuen Befestigungsplan, eine weitere, ursprünglich nicht in Aussicht genommene, selbständige Anlage, um eine verhältnismäßig beträchtliche Veränderung in der örtlichen Lage gegenüber dem Projekte handeln. Das BG. nimmt mit Recht an, es habe im Streitfalle der Fiskus zu beweisen, daß die Voraussetzungen des § 35 Abs. 2 (der eine Einschränkung des grundsätzlich auf vollen Wertersatz gehenden Entschädigungsanspruches gebräuchlich gegeben seien, daß also die Bekanntmachung des Reichskanzlers auf die hier in Frage kommende Rayonerweiterung sich bezog. R. c. Reichsfiskus, U. v. 6. Febr. 13, 459/12 VL. — Kiel. [R.]

## Verlagsrecht.

26. §§ 133, 157, 242 BGB. Auslegung und Erfüllung eines Verlagsvertrages.]

Der für den vorliegenden Rechtsstreit maßgebende § 4 des Verlagsvertrages vom 18. Juni 1898 lautet: „Herr Dr. B. erhält von der D. als Honorar ein Drittel des sich nach Abzug der Herstellungs- und Vertriebskosten sowie der üblichen Quoten für Geschäftsspesen nach den Büchern und Registern der D. ergebenden Reingewinns; hierüber erfolgt seitens des Vorstands der D. alljährlich im Oktober genaue Abrechnung, die sich jeweils auf das vorausgegangene, vom 1. Juli bis 30. Juni laufende Geschäftsjahr erstreckt. Die Abrechnung wird von dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats der Gesellschaft geprüft und nach Nichtigbefund durch seine Unterschrift beglaubigt. Der Herr Verfasser verzichtet alsdann auf die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher der D. Die Zahlung des Honorars (Gewinnanteils) hat je bei Übersendung der Abrechnung zu geschehen.“ Ein Verhältnis, bei welchem das Honorar des Autors durch Beteiligung am Reingewinn des Verlegers bestimmt wird, hat einen gesellschaftsähnlichen Charakter. Es setzt im Vergleich zu anderen Vertragsverhältnissen in erhöhtem Maße persönliches Vertrauen und die Betätigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) voraus. Der Kläger hat der Beklagten gegenüber von vornherein besonderes Vertrauen dadurch bewiesen, daß er auf die Einsicht ihrer Geschäftsbücher ausdrücklich verzichtet hat. Er hat sich darauf verlassen, daß, wenn er mit einer Firma von dem Range der Beklagten kontrahierte, eine Übervorteilung ausgeschlossen sei. Er hat aber auch einen Rechtsanspruch darauf, bei der Ermittlung des Reingewinns dem gesellschaftsähnlichen Charakter des Vertrags entsprechend behandelt zu werden. Die Beklagte ist daher verpflichtet, bei Feststellung des Reingewinns die Herstellungs- und Vertriebskosten sowie die üblichen Quoten für Geschäftsspesen „nach ihren Büchern und Registern“ d. h. so zu berechnen, wie sie sie für sich selbst in Ansatz bringt. Dies hat der Sachverständige verkannt, und das OLG. hat sich, indem es dem Gutachten folgt, seine rechtsirrtümliche Auffassung angeeignet. Der Sachverständige ist bei seiner Begutachtung zu dem Ergebnis gelangt, daß bei den in Ausgabe besetzten Posten tatsächlich eine Übersetzung von 1356 M 15 Pf stattgefunden hat; dem steht ein zu niedriger Ansatz von 154 M 09 Pf gegenüber. Die Differenz ergibt eine Übersetzung der Ausgaben um 1202 M 06 Pf. Der Sachverständige hat nun, wie es in dem Urteile heißt, „um zu dem nach seinem Ermessen sachgemäßen Gesamtbetrag von Ausgaben zu gelangen“, die von der Beklagten selbst nur mit 15 Prozent berechneten Generalunkosten auf 20 Prozent erhöht, was eine Mehrausgabe von 1117 M 10 Pf ausmacht. Dies verstößt gegen den oben mitgeteilten § 4 des Vertrages. Die Geschäftsspesen sind nicht für alle Geschäfte gleicher Branche dieselben. Unterstellbar sind sie bei einem so großen Unternehmen, wie es das der Beklagten ist, niedriger als bei einem kleinen oder mittleren Verlag. Wenn die Beklagte selbst, die doch ihre Verhältnisse am besten kennt, ihre Generalunkosten nur mit 15 Prozent in ihren dem Kläger mitgeteilten Abrechnungen angenommen hat, so ist sie an diesen Ansatz gebunden und nicht berechtigt, nachdem der Sachverständige die Übersetzung



anderer Ausgabeposten nachgewiesen hat, die Generalunkosten nachträglich willkürlich zu erhöhen. Der Sachverständige hat ferner in einem Nachtragsgutachten die Kosten der Einbände um je 11  $\%$  pro Band, zusammen 424  $\mathcal{M}$  02  $\%$  erhöht. Auch bei diesem Ansatz, den das OLG. für gerechtfertigt erklärt, kommt eine rechtsirrigte Auffassung zum Ausdruck, wenn das OLG. zur Begründung des Postens ausführt, die Beklagte sei berechtigt, die in ihrem eigenen Betrieb hergestellten Buchbinderarbeiten dem Kläger so zu berechnen, wie wenn sie einem dritten Besteller geliefert wären. Vielmehr ist dem gesellschaftsähnlichen Verhältnisse entsprechend diejenige Berechnung zugrunde zu legen, die nach den Büchern der Beklagten für diese selbst bei Ermittlung ihres Reingewinns maßgebend ist. Denn an diesem Reingewinn hat sie den Kläger beteiligt, nicht an einem nachträglich willkürlich konstruierten. Das angefochtene Urteil beruht noch in einer weiteren Beziehung auf Rechtsirrtum, der zwar von der Revision nicht gerügt ist, aber weil materiell-rechtlicher Natur, von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Der Kläger hat behauptet und durch Eideszuschreibung unter Beweis gestellt, daß ihm bei den Verhandlungen im Vorprozeß über die Konventionalstrafe von dem Direktor der Beklagten, L., zugesichert wurde, die Herstellungskosten würden den Betrag von 10 000  $\mathcal{M}$  nicht überschreiten. Tatsächlich hat die Beklagte dem Kläger 26 900  $\mathcal{M}$  49  $\%$  in Ausgabe gesetzt. Die Gründe, aus denen das OLG. die Erheblichkeit dieser Behauptung und der Eideszuschreibung verneint, sind unstichhaltig. Es erwägt, der Kläger behauptete selbst nicht, daß auch für die später beschlossene Auflage von 5000 Exemplaren ausdrücklich eine Zusicherung des erwähnten Inhalts gegeben worden sei. Allein dies zu behaupten war überhaupt nicht Sache des Klägers. Hatte die Beklagte dem Kläger zugesichert, die Herstellungskosten würden nicht mehr als 10 000  $\mathcal{M}$  betragen, so ist diese Zusicherung an und für sich verbindlich, und es ist Sache einer Einwendung der Beklagten darzulegen, daß und warum sie gleichwohl nicht maßgebend sein soll. B. c. D., U. v. 22. Jan. 13, 343/12 I. — Stuttgart. [R.]

Bergverordnung vom 8. August 1905.

### 27. Verhältnisse des Bergbaus in Deutsch-Südwestafrika.]

Der Chemiker H., dessen Wittve und alleinige Erbin die Beklagte ist, hielt sich vom Oktober 1908 bis April 1909 im Schutzgebiete Deutsch-Südwestafrika auf. Er beteiligte sich dort an einer Forschungsreise, die von Beamten der Kolonial-Bergbaugesellschaft und von der „Gibeon“ Schürfs- und Handelsgesellschaft in das südlich von Lüderitzbucht belegene Diamantensperrgebiet unternommen wurde. H. soll hierbei von den Schürffeldern dieses Gebiets Diamanten in großer Menge sich angeeignet und unter Umgehung der Diamantregie und Hinterziehung des Zolls nach Deutschland ausgeführt haben. Der klagende Fiskus beansprucht Ersatz des Wertes der Diamanten. Die Klage ist abgewiesen. Für Deutsch-Südwestafrika gilt die Kaiserliche Bergverordnung vom 8. August 1905. Sie ist dem Preussischen Allgemeinen Berggesetze vom 24. Juni 1865 nachgebildet und hat gleich diesem den Grundsatz der Bergbaufreiheit — §§ 1, 2, 26, 37 —. In Kraft trat sie mit dem 1. Januar 1906, jedoch für die Gebiete, in denen Gesellschaften Sonderberechtigungen zustanden, nach § 93 nur insoweit, als sich aus dem Inhalte der Berechtigung nicht ein anderes ergab. Diese Einschränkung

bezog sich vor allem auf die Berechtigungen der Deutschen Kolonialgesellschaft für Deutsch-Südwestafrika. Dieser Gesellschaft waren durch die Verordnung vom 25. März 1888 (RGBl. S. 115) unter der Bezeichnung „Regal“ umfangreiche Berechtigungen verliehen und dann durch die Verordnung vom 15. August 1889 (RGBl. S. 179) bestätigt worden. Demnächst kam es mit Rücksicht auf den Vorbehalt in § 93 a. a. O. zu dem Abkommen vom 7. Februar 1908; die Kolonialgesellschaft

nahm hinsichtlich ihrer sämtlichen Bergwerksgerechtfame die Bergverordnung vom 8. August 1905 an, und die Kolonialverwaltung verpflichtete sich, der Gesellschaft im Rahmen ihrer Bergwerksgerechtfame Sonderberechtigungen zu erteilen. Dies geschah dann, indem durch Verfügung des Kolonialamts vom 22. September 1908 der Gesellschaft für das sogenannte Diamantensperrgebiet die Befugnis zur ausschließlichen Auffuchung und Gewinnung von Mineralien gewährt wurde. Unstreitig gehört nun zum sogenannten Diamantensperrgebiete auch das Pomona-gebiet, und aus diesem Gebiete stammen, wie das BG. festgestellt hat, wenn nicht sämtlich, so doch zum großen Teil, die Diamanten, für die im jetzigen Rechtsstreite Wertersatz begehrt wird. Das BG. führt aus: Die im Dienste der — der Kolonialgesellschaft nahestehenden — Privatgesellschaften stehenden Leiter einer in das Pomona-gebiet unternommenen Forschungsreise haben dort Schürffelder belegt und dem H. den Auftrag erteilt gehabt, das Auffammeln von Diamanten durch andere Personen zu verhindern. Auf diesen Feldern habe sich dann für H. die Gelegenheit zur Aneignung von Diamanten geboten. Auch auf von anderen Personen belegten Feldern oder im Bergfreien habe H. nach Diamanten suchen und solche sich aneignen können. Möglich sei auch, daß ein Teil der Diamanten von Schürfs- oder Bergbaufeldern bei Kollmannskoppe stamme und hier der Kolonialbergbaugesellschaft unterschlagen sei. Jedenfalls die meisten der Diamanten habe H. im Pomona-gebiet gefunden und sich angeeignet. Bei dieser Sach- und Rechtslage erscheint der Klaganspruch nicht gerechtfertigt. Innerhalb des Diamantensperrgebiets stand die Befugnis zur Auffuchung und Gewinnung der Diamanten nur der Kolonialgesellschaft zu, und zwar unter Ausschließung aller Rechte Dritter. Außerhalb jenes Gebiets stand die Befugnis, Diamanten wie überhaupt Mineralien aufzufuchen und zu gewinnen, entsprechend dem anerkannten Grundsatz der Bergbaufreiheit „jedermann“ (§ 1 der Bergordnung) zu, aber erst der Fund gab das Eigentum an den erschürften Mineralien und zugleich den Anspruch auf Verleihung eines Bergbaufeldes. Der Landesfiskus hatte innerhalb wie außerhalb des Sperrgebiets an den Diamanten, mochten sie von Bergbaufeldern, Schürffeldern oder aus dem Bergfreien stammen, ein Eigentumsrecht oder besonderes Aneignungsrecht nicht, und in ein solches Recht des Landesfiskus kann daher auch von H. nicht eingegriffen sein. Allerdings kennt, worauf die Revision Gewicht legt, die Bergverordnung ein besonderes Vergehen des Bergdiebstahls. Nach § 90 Nr. 4 wird bestraft: „wer unbefugt in einem fremden Schürffeldern oder Bergbaugelände oder im Bergfreien anstehende Mineralien in der Absicht wegnimmt, sie sich rechtswidrig zuzueignen.“ Allein das Gesetz droht für den Fall der Übertretung der Vorschrift nur öffentliche Strafe an, enthält aber keine Vorschrift,



die für einen zivilrechtlichen Anspruch des Landesfiskus eine Stütze bieten könnte, insbesondere ist auch dem Landesfiskus nicht die Befugnis beigelegt worden, die rechtswidrig weggenommenen Mineralien in Natur oder dem Werte nach einzuziehen. Eine solche Befugnis ergibt sich auch aus den sonstigen gesetzlichen Vorschriften nicht. Ob, wie die Revision weiter behauptet, die Vorschrift des § 90 Nr. 4 als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. zu gelten hat, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls ist — Zoll- und Steueransprüche kommen gegenwärtig nicht in Betracht — nicht abzusehen, welche Rechtsgüter gerade dem klagenden Landesfiskus es sein könnten, deren Schutz das Gesetz bezweckt (RG. 73, 32). Sodann aber würde aus der Verletzung der Vorschrift des § 823 Abs. 2 auch nur ein Anspruch auf Schadensersatz hergeleitet werden können, nicht aber der Anspruch auf Wertersatz für das Eigentum an den jedenfalls nicht dem klagenden Landesfiskus veruntreuten Diamanten. Mit Unrecht rügt die Revision auch Verletzung des § 22 Bergverordnung. Nach dieser Vorschrift darf der Schürfer ohne Genehmigung der Bergbehörde über die bei seinen Schürfarbeiten geförderten Mineralien nur zu Probe-, Versuchs- oder wissenschaftlichen Zwecken sowie zu Zwecken seiner eigenen Schürfarbeiten verfügen (Abs. 1). Ist über die Mineralien unbefugt verfügt worden, so kann die Bergbehörde ungeachtet der in § 91<sup>1</sup> angedrohten Strafe die Herausgabe des Wertes beanspruchen (Abs. 2). Die hier angeordnete Verfügungsbeschränkung richtet sich ihrem klaren Wortlaute nach lediglich gegen den Schürfer, und daß Schürfer die Gesellschaft und nicht H. gewesen ist, verkennet die Revision selbst nicht. Schürfer in dem feststehenden bergtechnischen Sinne und auch im Sinne der Bergverordnung ist nur der, der die Aufschließungsarbeiten in der Absicht auf Erlangung des Faldeseigentums vornimmt; H. dagegen hat nach den getroffenen Feststellungen lediglich in unlauterer Absicht gehandelt. Die Revision glaubt, die Vorschrift des § 22 müsse „entsprechend“ auch gegen die Nichtschürfer zur Anwendung gebracht werden, und auch gegen den, der über die von einem anderen erschürften Mineralien verfüge. Hierzu ist in den Instanzen noch behauptet worden, die Kolonialgesellschaft sei wegen ungenügender Beaufsichtigung des H. an dem Vergehen „mitschuldig“ und sie müsse deshalb auch ihrerseits die Einziehung erleiden. Auch diese Ansicht ist unzutreffend. Die eigene Darstellung, die der klagende Landesfiskus über die Entstehung der Vorschrift des § 22 gegeben hat, zeigt, welches der Zweck, und zwar der einzige Zweck für die Aufnahme der Vorschrift in die Verordnung gewesen ist. Man fürchtete, daß die Schürfer die Umwandlung ihrer Schürffelder in Bergbaufelder hintanhalten werden, um damit dem für letzteren in § 57 festgesetzten Betriebszwange zu entgehen. Die möglichst baldige Umwandlung der Schürffelder in Bergbaufelder hielt man aber im Interesse der Entwicklung des Bergbaus für geboten und zu diesem Zwecke sollte durch die Vorschrift des § 22 ein Druck auf die Schürfer ausgeübt werden. Trotz dieses engbegrenzten Zweckes und entgegen dem klaren Wortlaute die Vorschrift auf ganz anders geartete Fälle anzuwenden, ist mit den Regeln der Gesetzesauslegung unvereinbar. Für eine „entsprechende“ Anwendung auf den vorliegenden Fall ist kein Raum. Landesfiskus in Deutsch-Südwestafrika c. H., II. v. 22. Jan. 13, 356/12 V. — Berlin. [L.]

## II. Gemeines Recht.

28. Patronatsrecht. Haftung der Mitpatrone nach Anteilen oder als Gesamtschuldner.]

Zur Entscheidung steht für die Revisionsinstanz nur die Frage, ob die Beklagten die ihnen obliegenden Patronatslasten als Gesamtschuldner oder nach Anteilen zu tragen haben. Der Vorderrichter hat ausgeführt, daß über diese Frage in den verschiedenen Vorprozessen der Parteien noch nicht entschieden sei und daß weder allgemein aus der Natur und dem Wesen des Patronats, vor allem eines Mitpatronats, das, wie das hier fragliche, von vornherein als Mitpatronat begründet, nicht etwa aus einem anfänglichen Alleinpatronat entstanden sei, noch auch aus den besonderen Umständen des Falles gerade für das hier fragliche Mitpatronat der Beklagten eine Gesamtverbindlichkeit sich ergebe. Diese Ausführungen sind frei von Rechtsirrtum. Nach dem hier in Betracht kommenden gemeinen Rechte sind mit dem Patronatsrechte nicht ohne weiteres Patronatslasten, wie sie nach der Feststellung im Vorprozesse den Beklagten obliegen, vor allem die Kirchenbaulast verknüpft; sie entstehen also nicht ohne weiteres mit der Erbauung der Kirche oder dem sonstigen Rechtsakte, der das Patronatsrecht begründet, sondern nur auf Grund eines besonderen Rechtstitels (vgl. RG. 27, 146; Richter-Dove, Kirchenrecht 8. Aufl. S. 1352; Schoen, Evangelisches Kirchenrecht Bd. II S. 26). Hier ist in dem Vorprozeß als Entstehungsgrund unvordenkliche Verjährung festgestellt. Daher entscheidet auch über die Frage, ob die Verpflichtung des einzelnen Mitpatrons eine Gesamtschuld oder eine Teilverpflichtung ist, die tatsächliche Rechtsausübung. Der Vorderrichter stellt nun fest, daß hier von Anfang an eine nur anteilmäßige Verpflichtung gewollt war und daß ausweislich der zu den Akten überreichten Urkunden aus den Jahren 1853, 1856, 1875 und 1890 die Klägerin nicht etwa das Patronat als solches ungeteilt in Anspruch genommen und den Patronen die Verteilung unter sich überlassen, sondern selbst eine Teilung vorgenommen und von dem einzelnen Mitpatron nur einen entsprechenden Teil der Patronatslasten eingefordert hat. Die von der Revision nicht angefochtene letztere Feststellung ist allein schon geeignet, die Entscheidung zu tragen, daß hier nur eine Teilhaftung der einzelnen Mitpatrone durch unvordenkliche Verjährung entstanden ist, es sei denn, daß diese mit dem Wesen des Mitpatronats unvereinbar wäre. Aber auch die erstere Feststellung, daß von Anfang an nur eine Verpflichtung nach Bruchteilen gewollt sei, ist ohne Rechtsverstoß getroffen; wenn der Vorderrichter aus der Tatsache, daß sich von vornherein fünf Gutsbesitzer zur Gründung der Kirche zusammengetan haben, den Schluß zieht, daß sie, soweit die Leistungen teilbar seien, nur anteilmäßig haften wollten, so liegt dies auf dem der Revision verschlossenen Gebiete tatsächlicher Würdigung. Mit dem Wesen des Mitpatronats ist eine Haftung der Mitpatrone nach Teilen nicht unvereinbar; es ist vielmehr mit dem Vorderrichter der Ansicht von Schoen (Evangelisches Kirchenrecht Bd. 2 S. 30 ff., 34) und Korn (Über das dingliche Mitpatronat in der Osterreichischen Zeitschrift für Verwaltung 1902 S. 77 ff., 101 ff.) beizutreten, daß beim Fehlen einer gemeinrechtlichen Sondervorschrift für das Patronat die Frage der Haftung der einzelnen Mitpatrone nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen



und daher bei teilbaren Leistungen nur eine anteilmäßige Verpflichtung anzunehmen ist, wenn nicht für den Einzelfall der Entstehungsgrund der Patronatslasten ein anderes ergibt. Diese Ansicht ist allerdings erst in der neuesten Zeit aufgestellt worden, während früher allgemein von der Rechtslehre die Haftung der Mitpatrone als Gesamtschuldner angenommen wurde. Begründet wurde letzteres aber nur damit, daß das Patronatsrecht unteilbar sei und nur gemeinsam ausgeübt werden könne. Dieser Grund schlägt aber ebensowenig durch wie die Ausführung der Revision, das Mitpatronat sei ein deutschrechtliches Gesamthandverhältnis, folglich hafteten die Mitpatrone als Gesamtschuldner. Abgesehen davon, daß das Patronat kein deutschrechtliches Rechtsgebilde ist und daher seine Unterstellung unter die Grundsätze des deutschen Rechtes in dem Gebiete des gemeinen Rechtes nicht ohne weiteres angenommen werden kann, verkennt die Revision den Unterschied zwischen einem Gesamthandsverhältnis, bei dem die mehreren Berechtigten ihr Recht nur gemeinsam geltend machen, die mehreren Verpflichteten nur gemeinsam in Anspruch genommen werden können, und einem Gesamtschuldverhältnis, bei dem der Gläubiger jeden einzelnen seiner Mitschuldner auf das Ganze belangen kann. Aus einem deutschrechtlichen Gesamthandsverhältnis kann wohl die Annahme hergeleitet werden, daß die Gesamthänder nur gemeinsam haften, nicht aber, daß sie, wenn überhaupt eine Haftung des einzelnen besteht, jeder auf das Ganze in Anspruch genommen werden könne, eine Teilhaftung des einzelnen ist neben der gemeinsamen Haftung aller zur gesamten Hand mit dem Gesamthandsverhältnisse ebensogut vereinbar (vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I S. 676 ff., 682 f.). Leitet man aber, wie die ältere Meinung, die Annahme, daß die Mitpatrone ihr Recht nur gemeinsam ausüben können, lediglich aus der Unteilbarkeit des Rechtes her, so folgt daraus noch keineswegs, daß auch die aus dem Patronat entspringenden Pflichten, bei denen dieser Grund, die Unteilbarkeit, nicht vorliegt, gegen die Mitpatrone nur gemeinsam geltend gemacht werden können, und noch weniger, daß die Mitpatrone für sie als Gesamtschuldner haften. Dazu kommt weiter, daß, wie jetzt in der Kirchenrechtswissenschaft anerkannt wird, das Patronat keineswegs ein unteilbares Recht ist, sondern teilbare und unteilbare Rechte umfaßt. Demnach kann die ältere Theorie von der Gesamthaftung der Mitpatrone nicht aufrecht erhalten werden. Haften aber die Mitpatrone nach dem gemeinen Rechte für die teilbaren Patronatslasten nur nach Anteilen, so kann ihre Haftung auch nicht dadurch erweitert werden, daß einer der Mitpatrone durch die Zerstücklung des patronatsberechtigten Gutes nach dem in RG. 27, 147 f. Ausgeführten wegfällt, wenn auch darin unter Umständen eine Unbilligkeit für die Kirchengemeinde liegen mag; eine Vermehrung der Lasten der übrigen Mitpatrone würde nicht minder unbillig sein. Kirchengemeinde N. e. v. G., U. v. 28. Jan. 13, 470/12 III. — Celle. [R.]

### III. Preussisches Recht.

Gesetz vom 24. Mai 1861.

**29.** Der Eichungsinspektor ist nicht Provinzialbehörde im Sinne des § 3 dieses Gesetzes.]

Der Kläger ist am 30. September 1910 aus seiner Stellung bei dem königlichen Eichungsamt in Kiel nach vor-

gängiger Kündigung entlassen worden. Er behauptet, daß die Kündigung unzulässig gewesen sei und fordert Weiterzahlung seines Gehaltes und Ersatz des ihm durch die Kündigung angeblich entstandenen Schadens. Der beklagte Fiskus hat eingewendet, daß der Eichungsinspektor, den die Klage als den gesetzlichen Vertreter des Fiskus bezeichnet, zu seiner Vertretung nicht befugt sei. Dieser Einrede ist stattgegeben. Die Klage verfolgt vermögensrechtliche Ansprüche eines unmittelbaren Staatsbeamten aus seinem Dienstverhältnis und ist daher nach §§ 1, 3 des Gesetzes betr. die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861 gegen die Provinzialbehörde des betreffenden Verwaltungsressorts und in Ermangelung einer solchen gegen den Regierungspräsidenten als Vertreter des Staates zu richten. Der Eichungsinspektor aber ist, wie das BG. zutreffend ausführt, eine Provinzialbehörde, insbesondere eine solche im Sinne der genannten Bestimmungen, nicht. Nach dem Preussischen Gesetze vom 26. November 1869 betr. die Eichungsbehörden, das für die Entscheidung des Rechtsfalles maßgebend ist, weil die Klage vor dem Inkrafttreten der Maß- und Gewichtsordnung vom 30. Mai 1908 und des preussischen Ausführungsgesetzes dazu vom 3. Juni 1912 zugestellt worden ist, sind die Eichungsämter, mit alleiniger Ausnahme des am Sitze des Eichungsinspektors befindlichen, Gemeindeanstalten. Die Eichungsinspektoren, deren in der Regel einer für jede Provinz ernannt wird, üben neben den Gemeindebehörden die Aufsicht über den Geschäftsbetrieb der Eichungsämter aus; ihnen fällt insbesondere die Aufgabe zu, die Eichungsämter mit den für den Geschäftsbetrieb erforderlichen technischen Anweisungen zu versehen und deren Befolgung zu überwachen. Das am Sitze des Eichungsinspektors befindliche staatliche Eichungsamt steht unter seiner unmittelbaren Leitung. Nur als Vorsteher dieses staatlichen Eichungsamtes, das zwar das einzige dieser Art in der Provinz ist, aber nur einen beschränkten räumlichen Wirkungsbereich hat, ist der Eichungsinspektor verwaltender Beamter. Für die übrigen, die nichtstaatlichen Eichungsämter seines Bezirkes, ist er lediglich Aufsichtsbeamter, während die Verwaltung dieser Ämter, insbesondere die Anstellung ihrer Beamten, der Gemeindebehörde obliegt. Diese Stellung des Eichungsinspektors als des Aufsichtsbeamten für die Eichungsämter der Provinz, kommt für die Entscheidung der Frage, ob er als eine Provinzialbehörde im Sinne des § 3 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 anzusehen ist, nicht in Betracht. Er hat als solcher kein Verwaltungsressort. Nur die verwaltende Tätigkeit begründet, wie gerade diese Bestimmung ergibt, aber auch sonst in der Rechtsprechung des RG. — siehe RG. 15, 39; 20, 153; 35, 14; 77, 358 — stets angenommen worden ist, die Befugnis zur Vertretung des Fiskus im Prozesse, soweit nicht besondere abweichende Bestimmungen hierüber getroffen sind. Als Verwaltungsbeamter aber ist der Eichungsinspektor auf die Leitung einer Lokalbehörde beschränkt. Auch sachlich sind seine Befugnisse sehr beschränkt. (Wird dargelegt.) Auch bei der Neuregelung der Eichverwaltung, welche auf Grund der Maß- und Gewichtsordnung vom 30. Mai 1908, des preussischen Ausführungsgesetzes vom 3. Juni 1912 und der Allerhöchsten Erlasse vom 22. März und 9. Juli 1912 erfolgt ist, haben die Eichungsinspektoren die Stellung einer Provinzialbehörde nicht erhalten. Vielmehr sind die Aufgaben der Provinzialbehörden



in den Verwaltungsgeschäften der Eichbehörden durch Ziff. 1, 2 der Grundzüge zu einer Geschäftsanweisung für die Eichverwaltung vom 24. Juni 1912 (Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 240) den Oberpräsidenten übertragen. (V. c. Preuß. Minister, II. v. 17. Jan. 13, 444/13 III. — Kiel. [L.]

### Literaturbesprechungen.

Dr. M. Liepmann, Professor in Kiel: **Die Todesstrafe.** Ein Gutachten mit einem Nachwort. Berlin, J. Guttentag, 1912. 220 S. 4,00 M.

Dr. D. Kronauer, Bundesanwalt in Bern: **Die Todesstrafe und die Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechtes.** Referat. Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1912. Erstes Heft. Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1912. 54 S.

Dr. Paul Logoz, Privatdozent in Genf: **La peine de mort et l'unification du droit pénal en Suisse.** Corapport. Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1912. Zweites Heft. Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1912. 42 S. 1)

In dem Nachwort, mit dem Liepmann den vorliegenden Sonderabdruck seines dem Wiener Juristentage vorgelegten ausgezeichneten Gutachtens versehen hat, führt er aus, daß die Bedeutung der Wiener Tagung für die Frage der Todesstrafe nicht sowohl in dem Beschlusse des Juristentages liegt, als vielmehr in dem Gesamtbilde der Verhandlungen, die eine bedeutungsvolle Entwicklung in den letzten Jahren und insbesondere seit dem vorhergehenden, Danziger Juristentage erkennen lassen. Damals in Danzig, so sagt Liepmann, „ersahen Gutachter wie Referenten die Beibehaltung der Todesstrafe in unseren Strafgesetzbüchern ganz selbstverständlich. Der Gegner der Todesstrafe fließ auf eine fast völlige, man muß sagen: naive und nicht selten verlegende Verständnislosigkeit. Die ernsthaft vorbereitete und Diskussion der Frage wurde als nutzlose und gefährliche Arbeitsstörung angesehen; die „Geschäftsordnung“ des Juristentages wurde heraufbeschworen, um die Erörterung dieser Frage im Plenum abzulehnen, ja nicht einmal der Antrag, die Frage auf die Tagesordnung des nächsten Juristentages zu setzen, fand die Majorität der erregten Versammlung“ (S. 200 f.). In Wien war das Bild ein ganz anderes. Schon äußerlich zeigte sich das lebhafteste Interesse für die nunmehr einen besonderen Verhandlungsgegenstand — nicht nur der Session, sondern auch des Plenums! — bildende, sorgfältig vorbereitete Frage. Entsprechend war auch die Verschiedenheit in der sachlichen Behandlung der Frage. Während noch in Danzig das Verlangen nach absoluter Androhung der Todesstrafe gestellt und lebhaft befürwortet wurde, wurde in Wien ein dahingehender Antrag kaum begründet und noch vor der Abstimmung zurückgezogen. In Danzig, führt Liepmann weiter aus, „wurde die Unentbehrlichkeit der Todesstrafe von Kahl und anderen behauptet. In Wien hat Kahl ausdrücklich zugegeben, daß weder die individuelle noch die allgemeine Sicherheit auf dem Spiel ständen, wenn Kulturstaaten, wie Deutschland und Österreich, auf dieses äußerste Mittel der Strafsjustiz verzichten würden. Er hat weiter die Frage, ob der Androhung der Todesstrafe abschreckende Kraft nachzurühmen sei, zwar nicht verneint, aber doch angesichts des in diesem Gutachten vorgebrachten Materials von Einzelfällen und Massenbeobachtungen auch nicht bejaht; für ihn habe die ganze Erwägung, ob der Todesstrafe eine abschreckende Kraft zuzusprechen sei, nur eine untergeordnete Bedeutung. Auch kann man Kahl nicht mehr, wie er sich selbst noch in Danzig genannt hat, als einen

„sehr bestimmten“, „sehr energischen“ Anhänger der Todesstrafe bezeichnen. Denn er gab zu, daß „vielleicht schon in der nächsten Generation“ die Abschaffung dieser Strafe durch ein Spezialgesetz beschlossen werden könnte und nannte „glücklich“ die Staaten, die heute schon so weit seien“ (S. 200 ff.). Sehr richtig verweist Liepmann dann weiter darauf, daß diese Abschwächung auch dem Botum des Juristentages zugrunde liegt. Nach ihm ist die Todesstrafe „vorläufig noch“ beizubehalten, nicht, weil sie unentbehrlich ist, sondern weil sie jetzt noch nicht für entbehrlich gehalten werde. „Nur der Glaube an ihre Unentbehrlichkeit verpflichte den Gesetzgeber, sie beizubehalten, und auch nur so lange, als dieser Glaube die überwiegende und zweifelsfreie Rechtsüberzeugung des Volkes bilde“. — Liepmann hat ganz recht, wenn er sagt, daß mit dieser Begründung die Todesstrafe für die wissenschaftliche Betrachtung gerichtet ist. Daß die Gegner der Abolition auf diese von Brückmann (JW. 1912, 827) mit Recht als „unmöglich“ bezeichnete Begründung zurückgedrängt worden sind, ist zum guten Teile das Verdienst Liepmanns und seines hervorragenden Gutachtens. Und die Entwicklung zur allgemeinen Erkenntnis des Richtigen wird auch durch neue Morbfälle und die an sie geknüpften Phrasen (vgl. Klee in DJZ. 1913, 458) nicht aufgehoben werden.

Die Verhandlungen des Schweizerischen Juristentages, der am 8. und 9. Oktober 1912 in Solothurn tagte und sich gleichfalls mit dem Thema der Todesstrafe zu beschäftigen hatte, unterschieden sich von denen des Deutschen Juristentages in Wien wesentlich dadurch, daß die Frage der „Rechtseinheit“, d. h. die Frage, ob die Entscheidung über Beibehaltung, Wiedereinführung oder Abschaffung der Todesstrafe einheitlich für die ganze Schweiz getroffen oder den Kantonen überlassen werden sollte, einen großen Raum einnahm und stellenweise geradezu im Mittelpunkte der Verhandlungen stand. Welche Bedeutung gerade diese Frage hatte, ergibt sich daraus, daß selbst entschiedene Abolitionisten auf dem Standpunkte stehen: lieber ein einheitliches Bundesstrafrecht mit der Todesstrafe, als die Rechtseinheit durch Übernehmern unheilvolle Kompromißlösung der Kantonskompetenz. Das Problem der Vereinheitlichung des Rechts wird daher auch in den wertvollen Referaten von Kronauer und Logoz eingehend erwogen. Ersterer, der eine ausführliche Darstellung der Entwicklung der Todesstrafe in der Schweiz gibt, empfiehlt die Kantonskompetenz. Logoz dagegen, der im übrigen hauptsächlich die Verhältnisse des Auslandes behandelt, will zwar der Bundesversammlung „als der hierfür zuständigsten Stelle“ die Entscheidung über den Antrag Kronauer anheimstellen, spricht sich aber grundsätzlich dafür aus, daß das Schweizerische Strafgesetzbuch die Frage der Todesstrafe für die ganze Schweiz einheitlich lösen sollte. In einer weiteren These erklärt Logoz es für „zurzeit nicht wahrscheinlich, daß die Aufhebung der Todesstrafe durch das Schweizerische Strafrecht die öffentliche Sicherheit gefährden würde“. — Die erste These: einheitliche Lösung für die ganze Schweiz, wurde von der Solothurner Tagung mit 102 gegen 20 Stimmen angenommen; mit 69 gegen 44 Stimmen wurde der Wunsch auf Beseitigung der Todesstrafe ausgesprochen. Dittenberger.

Dr. Leo Raape, Professor in Halle: **Die Wollensbedingung.** Zugleich ein Beitrag zum Stempelrecht. Halle a. S., Buchhandlung des Waisenhauses, 1912. 86 S.

Die scharfsinnige Schrift Raapes, ein Teil der von der Halle'schen Juristenfakultät zu Wilhelm von Brünneck's goldenem Doktorjubiläum dargebrachten Festschrift, ist dem Nachweis gewidmet, daß die Wollensbedingung eine echte Bedingung nicht ist. Mit ausführlicher Begründung und unter eingehender Auseinandersetzung mit den Anhängern der gegenteiligen Anschauung vertritt Raape diesen seinen Standpunkt, indem er besonders bartut, daß auch keine Be-

1) Siehe auch JW. 1912, 207.



stimmung des positiven Rechts zur Annahme der Bedingungsqualität nötig, und daß schließlich der Rechtsverkehr der Wollensbedingung nicht bedarf und ihre Ausweitung aus dem Rechtskreis keine Lücke hervorruft. Besonders eingehend erörtert der Verfasser die Konsequenzen, die sich aus seiner Anschauung für das Stempelrecht ergeben. Die interessanten Ergebnisse dieser Untersuchung sind von großer praktischer Bedeutung, weshalb die Raape'sche Schrift namentlich auch für den Notar von erheblichem Interesse sein dürfte.

Dittenberger.

## Neue Bücher.

Mitgeteilt von Dr. Dittenberger.

### I. Selbständige Werke.

**Shiron, Mario:** Studi sull' ordinamento della Facoltà Giuridica. Rom, Athenaeum, 1913. 267 S.

**Sommer, P.:** Unsere Gesetzesprache. Vom allgemeinen deutschen Sprachverein preisgekränzte Arbeit. Berlin, Verlag der Grenzboten, 1913. 31 S. 0,60 M.

**Schreiber, Heinrich:** Die Elektrizität in Recht und Wirtschaft. Ein Kompendium des Elektrizitätswesens für Juristen und Techniker. Wien, M. Breitenstein, 1913. VIII, 389 S. 8,40 M.

**Roesl, B., und Plun, E.:** Die Reichsgerichts-Entscheidungen in Zivilsachen. 79. Band der amtlichen Sammlung. Nach dem Zusammenhang mit der übrigen Rechtsprechung und in gekürzter Fassung bearbeitet. Berlin, E. Heymann, 1913. XXIII, 190 S. 2,00 geb. 2,50 M.

**Raape, Leo:** Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelrecht. 2. unveränderte Auflage. Halle, Buchhandlung des Waisenhauses, 1912. VII, 86 S. 1,80 M.

**Rohde:** Studien im Besitzrecht. Abschn. X, XI und XXII. Marburg, N. G. Elwert, 1913. II, 54; 48; II, 120 S. 5,50 M.

**Müller, M. A.:** Bedeutung, Umfang und Wirkung der Scheidungsgründe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bonn, E. Georgi, 1913. 195 S. 3,00 M.

**Jahn, Friedrich:** Die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 BGB. und der Leistungsverzug des Erben. Unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung. Berlin, R. Trentel, 1912. 66 S. 2,00 M.

**Kausnik, Julius:** Das eigenhändige Testament. Muster und Ratschläge für seine Errichtung. 3. Auflage. Rechtsbücherei, herausgegeben von Kausnik, Nr. 1. Berlin, E. Heymann, 1913. VIII, 85 S. Geb. 1,00 M.

**Röhricht, Wolfgang:** Die rechtliche Natur der Anstiftung. Strafrechtliche Abhandlungen, begründet von Bennecke, herausgegeben von v. Lilienthal, 163. Heft. Breslau, Schletter, 1913. VIII, 55 S. 1,50 M.

**Adams, Fritz:** Die geschichtliche Entwicklung der subsidiären Freiheitsstrafe. Strafrechtliche Abhandlungen, begründet von Bennecke, herausgegeben von v. Lilienthal, 162. Heft. Breslau, Schletter, 1912. VIII, 64 S. 1,70 M.

**Lorey, August:** Zur Lehre vom „groben Unfug“. Strafrechtliche Abhandlungen, begründet von Bennecke, herausgegeben von v. Lilienthal, 161. Heft. Breslau, Schletter, 1912. X, 123 S. 3,20 M.

**Bittermann, Schmidt und Weitz:** Handbuch des Automobilrechts. Berlin, R. E. Schmidt & Co., 1913. XII, 381 S. Geb. 5,00 M.

**Laß, Ludwig:** Reichsversicherungsordnung nebst Einführungsgesetz vom 19. Juli 1911. II. Teil: Unfallversicherung. Handausgabe, mit Anmerkungen versehen. Sammlung deutscher Gesetze,

herausgegeben von Wimpfheimer, Nr. 28. Mannheim, J. Wensheimer, 1913. XI, 323 S. Geb. 3,00 M.

**Lindenbergh, Georg:** Reichsgewerbeordnung mit dem Hausarbeit-, Kinderschutz- und Stellenvermittlergesetze. Nebst einem Anhang, enthaltend kaiserliche Verordnungen und Bundesratsbestimmungen zur Ausführung der Gewerbeordnung. Für die Praxis erläutert. Berlin, D. Liebmann, 1913. VIII, 461 S. 11,00, geb. 12,50 M.

**Loening, Edgar:** Das preussische Gesetz vom 10. Juni 1854 betreffend die Deklaration der Verfassungsurkunde. Ein Beitrag zur preussischen Verfassungsgegeschichte. Halle, Buchhandlung des Waisenhauses, 1913. 62 S. 1,60 M.

**van Calker, W.:** Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen. Das öffentliche Recht der Gegenwart, 19. Bd. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1913. XII, 328 S. 10,00, geb. 12,00 M.

**v. Haebler, Carl:** Das Wegerecht im Königreich Sachsen. Enthaltend das Mandat über den Straßenbau vom 28. April 1781, das Gesetz über die Wegebaupflicht vom 12. Januar 1870 und die dazu ergangenen Verordnungen, sowie sämtliche im Königreich Sachsen geltenden Verkehrsvorschriften. Juristische Handbibliothek, herausgegeben von Hallbauer und Schelcher, 327. Bd. Leipzig, Kossberg, 1913. XIII, 533 S. Geb. 10,00 M.

### II. Aus den Zeitschriften.

**Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft.** 46. Jahrg., Nr. 2.

**Selbach:** Die Reform der direkten Steuern in Elsaß-Lothringen.

**Prüß:** Die Schiffsabgaben. **Schulze:** Der Wettkampf Englands mit Frankreich.

**Rebel:** Der völkerrechtliche Inhalt der Handelsverträge des Deutschen Reichs.

**Archiv für Bürgerliches Recht.** Band 38, Heft 3.

**Schulkenstein:** Die Tragung öffentlicher Lasten durch den Ehemann und durch den Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. **Lotmar:** Lohnabzug wegen vorzeitiger Aufhebung eines gewerblichen Aktordes. **Köhler:** Die rechtliche Natur der Reklamsendung. **Boehmer:** Realverträge im heutigen Rechte. **Liebegott:** Nachlaßbehandlung im englischen Recht mit besonderer Berücksichtigung der Exekution und Administration und unter Vergleichung mit dem preussischen und deutschen Recht.

**Ritter:** Handelsrechtliche Mundschau.

**Bank-Archiv.** XII. Jahrg., Nr. 12.

**Scholz:** Zur Reform der Staats- und Städte-Anleihen. **Gottschall:** Die Blankoession von Kugen.

**Das Recht.** XVII. Jahrg., Nr. 6.

**Warschauer:** Spargelder und Gesetzgebung in Deutschland. **Dertmann:** Zur Lehre von der Vertragsstrafe. **Wienstein:** Ist ein Rücklauf des präjudizierten Wechsels mit der Wirkung des Wiederauflebens des Wechselrechts gegen den Akzeptanten möglich.

**Deutsche Juristen-Zeitung.** XVIII. Jahrg., Nr. 6, 7.

**Ebermayer:** Die Beschlüsse der Strafrechtskommission. **XIII.**

**Kiehl:** Ein unbefriedigender Rechtszustand auf dem Grundstücks-

markte. **Hagen:** Die Freiheit des Gesetzgebers. **Holke:** Juristische

Gedenblätter an das Jahr 1813. **von Jagemann:** Verhältnis

der Ausländer zu einer einmaligen Reichs-Vermögenssteuer für

Rüstungszwecke. **Hamm:** Zensur der Lichtspiele. **Schulkenstein:**

Die gesetzgebende Gewalt und die übrigen Gewalten im Staate.

**Witta:** Das neue preussische Wassergesetz. **Alsborg:** Sicherung

der Kosten des Strafverfahrens durch Arrest.

**Deutsche Richterzeitung.** V. Jahrg., Nr. 6, 7.

**Nordhausen:** Tote Last. **Dovensiepen:** Eine sozialpolitische Be-

trachtung über die Bedeutung des gerichtlichen Kostenwesens.

**Mayer:** Schuldennot. **Trümpert:** Vornahme von Ermittlungen

durch den Staatsanwalt. **Otto:** Vorschläge für eine Prozeßkosten-



reform. **Haeger:** Die Kostenverschuldungspflicht als Mittel zur Prozessverhütung. **Gahn:** Die Konkurrenzklausele auf dem Wege zum Nichtplatz. **Dovenfeyen:** Ein Beitrag zur Vereinheitlichung unserer Spruchsammlungen.

**Deutsche Wirtschafts-Zeitung.** IX. Jahrg., Nr. 6, 7.

**Frenkel:** Der Berliner Privatbankier in Vergangenheit und Gegenwart. **Reich:** Zur Entwicklung der Berliner Wohnungsverhältnisse. **Vindeck:** Die Gewährung von zweiten Hypotheken durch besondere städtische Hypothekenanstalten. **Schwann:** Wirtschaftsarchive.

**Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.** 18. Jahrg., Nr. 2.

**Fray:** Die Grenzen des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs. **Quade:** Kann der Mensch Gegenstand biologischer Patente sein? **Wobsa:** Bewertung von Vorveröffentlichungen einer Erfindung durch das Reichsgericht. **Esler:** Paterna und Paralipomena zur Lehre vom buchhändlerischen Bestellervertrag.

**Mitteilungen für Amtsgerichtsanwälte.** 4. Jahrg., Nr. 3.

**v. Ziegler:** Der neue numerus clausus Novst. **Pierner:** Rechtsprechung des Obergerichtshofs für deutsche Rechtsanwälte (Zurk.). **Peresles:** Die Fortbildung des Finanzrechts durch die Reichsvermögenssteuer. **Hermann:** Übersicht über einige wichtigere bayerische Gesetze und Verordnungen aus dem Jahre 1912. **Pfahler:** Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozeß.

**Mitteilungen vom Verband deutscher Patentanwälte.** 13. Jahrg., Nr. 2.

**Herzfeld:** Beitrag zu der Diskussion über den Vortrag des Patentanwaltes G. Heimann „Zur Patentauslegung“. **Wirth:** Neue Fragen der Patentprüfung.

**Osterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.** XXXI. Jahrg., 3. Heft.

**Till:** Privatrechtliche Fragmente. **Klein:** Zum Entwurf einer Novelle zum österreichischen BGB. (1912). **Szöllösy:** Die rechtliche Stellung der Zeugen des Zivilstandes im neuen Militärstrafverfahren und im ehrenrätlichen Verfahren (Zurk.).

**Sächsisches Archiv für Rechtspflege.** 8. Jahrg., Nr. 7.

**Freiesleben:** Das „Verleihen“ im literarischen Urheberrechte.

**Senfferts Blätter für Rechtsanwendung.** 78. Jahrg., Nr. 6.

**Zeller:** Wegnot und Notweg (Schluß). **Doerr:** Fordert die StPD. wiederholte Einreichung einer Anklageschrift, wenn auf die erstmalige Einreichung die Strafkammer nach § 200 StPD. die Eröffnung einer Voruntersuchung beschlossen hat? **Eslein:** Mietrecht und Recht des Mieters auf Reklame.

**Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.** 9. Jahrg., Nr. 6.

**Schmitt:** Die grundbuchmäßige Behandlung der Miteigentumsanteile. **Wienstein:** Bedeutung des Ausbleibens des Schwurpflichtigen im Eidesleistungs-Termin. **Meyer:** Die Weiterentwicklung der Strafrechtsreform (Zurk.).

**Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung.** 13. Jahrg., Heft 16, 17.

**Fringsheim:** Wesen und Form der Vereinbarung des § 91 Abs. 2 BGB. **Heidcker:** Zum Wesen der Eintragungsbewilligung des Grundbuchrechts. **Radewald:** Beginnt die Wirksamkeit von Voraussetzungen über die Mietzinsen mit dem Zuschlage von neuem, auch wenn beim Zuschlag eine Zwangsverwaltung bestand?

Beklagte rechtzeitig Widerspruch erhoben. Das Amtsgericht zu Leipzig hat sich auf Antrag der Klägerin für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht zu Leipzig, I. Kammer für Handelsachen, verwiesen. Die Klägerin hat nunmehr einen bei diesem Gericht zugelassenen Anwalt mit ihrer Vertretung beauftragt. In diesem Rechtsstreite ist der Beklagte kostenpflichtig verurteilt worden.

Bei Festsetzung der von dem Beklagten an die Klägerin zu erstattenden Kosten hat der Gerichtsschreiber im Beschlusse vom 10. Januar 1913 die volle Prozeßgebühr und den vollen Pauschal sowohl für die Bremer Anwälte der Klägerin als auch für deren Leipziger Prozeßbevollmächtigte angesetzt. Der Beklagte hat verlangt, daß nach § 38 RAGO. von der Gebühr im Mahnverfahren  $\frac{7}{10}$  auf die Prozeßgebühr anzurechnen seien. Seine Erinnerung hat die Kammer durch Beschluß vom 21. Januar 1913 zurückgewiesen mit der Begründung, der Ansat der vollen Prozeßgebühr sowohl für die Bremer wie für die Leipziger Anwälte der Klägerin sei berechtigt, denn da die Bremer Anwälte beim Landgericht zu Leipzig nicht zugelassen gewesen wären, hätte sich nach § 91 RPD. ein Wechsel der Anwälte nötig gemacht, als der Rechtsstreit vom Amtsgericht ans Landgericht zu Leipzig verwiesen worden sei. Da die Partei in der Auswahl ihrer Anwälte nicht beschränkt sei, könne der Klägerin nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß sie nicht von vornherein mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines Widerspruchs des Beklagten gegen den Zahlungsbefehl mit einer Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht gerechnet habe.

Diesen Ausführungen ist allenthalben auch gegenüber der in Vb. 23 S. 275 „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“ vertretenen entgegengesetzten Auffassung des Oberlandesgerichts Naumburg beizutreten, da der Klaganspruch, wie durch das Urteil des Landgerichts vom 20. Dezember 1912 festgestellt worden ist, begründet war und die Klägerin deswegen mit der Erhebung eines Widerspruchs nicht zu rechnen brauchte.

Es ist daher der Ansat der vollen Prozeßgebühr und des vollen Pauschalbetrags sowohl für die Bremer wie für die Leipziger Anwälte der Klägerin gerechtfertigt. Dies führt zur Zurückweisung der sofortigen Beschwerde. Im übrigen ist auf § 91 RPD. zu verweisen. (Beschluß des OLG. Dresden vom 20. Februar 1913, 4 C, Reg. 15/13.)

\* \* \*

### Bindung des Strafrichters an Entscheidungen des Heroldsamtes über Nichtanerkennung eines Adelsanspruches.

Der Angeklagte ist durch Entscheidung des königlichen Heroldsamtes in Berlin vom 25. April 1906 bzw. 8. Juni 1910 für nicht berechtigt erklärt, das Adelsprädikat zu führen. Es ist dann wegen späterer Adelsannahme gegen ihn Anklage erhoben und er durch Urteil des Schöffengerichts in Düsseldorf vom 2. Mai 1912 wegen Übertretung des § 360 Nr. 8 StGB. zu einer Geldstrafe von 10 M., im Nichtbeitreibungsfalle zu 2 Tagen Haft, verurteilt. Die Berufung des Angeklagten ist durch Urteil der fünften Strafkammer des Landgerichts in Düsseldorf vom 2. Dezember 1912 verworfen. Er hat hiergegen frist- und formgerecht Revision eingelegt.

Der Erfolg der Revision hängt von der Entscheidung der Frage ab, ob das Strafgericht, das über die Anklage aus § 360 Nr. 8 StGB. wegen unbefugter Annahme von Adelsprädikaten zu entscheiden hat, an die Entscheidung des Heroldsamtes gebunden ist, daß dem Angeklagten das angenommene Adelsprädikat nicht zustehe. In dieser sehr umfrittenen Frage stehen sich zwei prinzipiell voneinander abweichende Auffassungen gegenüber, die auch in der Rechtsprechung Ausdruck gefunden haben. Der II. Strafenat des Kammergerichts hat in mehreren Urteilen (vgl. insbesondere Urteil vom 19. November

## Aus der Praxis.

### Zu § 38 RAGO.

Die Klägerin hat ihre Bremer Anwälte mit der Erwirkung eines Zahlungsbefehls beim Amtsgericht zu Leipzig gegen den Beklagten beauftragt. Gegen den erlassenen Zahlungsbefehl hat der



1907, Jahrbuch 36 U 105) sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Ausspruch des Königs oder des von ihm delegierten Heroldsamts über Nichtanerkennung eines Adelsanspruchs den Strafrichter nicht binde. Dieser Entscheidung hat sich u. a. angeschlossen der Strafsenat des Oberlandesgerichts in Köln im Urteil vom 6. Oktober 1911 (RheinArch. 109, 327). Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht der II. Strafsenat des Reichsgerichts in seinem Urteil vom 19. November 1909 (RGSt. 43, 33 ff. und JWL. 1909, 388 ff.), sowie eine Anzahl von Oberlandesgerichten in ihren im angeführten Urteil angezogenen Entscheidungen.

Der vorbezeichnete Standpunkt des Kammergerichts und der übrigen ihm folgenden Strafsenate beruht im wesentlichen auf folgenden Ausführungen:

Nach § 260 StPD. habe das Strafgericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung, zu entscheiden und alle für die Beantwortung der Schuldfrage maßgebenden Voraussetzungen, mögen sie dem eigentlichen Strafrecht oder einem anderen Rechtsgebiet, insbesondere auch dem sonstigen öffentlichen Recht angehören, selbständig und ungehindert durch Beweisregeln oder durch Entscheidungen anderer Gerichte oder Behörden festzustellen. Selbst wenn die mit der Ausübung des betreffenden Staatshoheitsrechtes befaste Stelle über das Bestehen oder Nichtbestehen eines öffentlichen Rechtsverhältnisses bereits entschieden habe, binde eine solche Entscheidung den Strafrichter grundsätzlich nicht. Dies gelte jedoch nur von solchen Entscheidungen, die deklarativer Natur seien. Anders verhalte es sich mit solchen Aussprüchen der zuständigen Staatshoheitsstelle, die materiell rechtsgestaltende Kraft besäßen und demnach konstitutiv wirkten. In diesem Falle habe der Strafrichter die geschaffene Rechtsänderung seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Die Entscheidung des Heroldsamtes, ob ein zweifelhafter Adel bestehe oder nicht bestehe, sei nur deklarativer Natur. Eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß deklarative Entscheidungen über Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher Natur den Strafrichter nicht binden, könne nur dann eintreten, wenn durch besondere ausdrückliche Gesetzesbestimmung eine derartige Bindung des Richters vorgesehen sei. Weder durch Reichsgesetz noch durch Landesgesetz sei aber einer nichtrichterlichen Behörde das ausschließliche Recht übertragen, darüber zu befinden, ob die Annahme eines Adelsprädikats unbefugt sei, also bindend zu entscheiden.

Das erkennende Gericht vermag diesen Ausführungen nicht beizupflichten, schließt sich vielmehr im Prinzip dem Standpunkte des Reichsgerichts in seiner vorerwähnten Entscheidung vom 19. November 1909 an. Die bezeichneten gegenteiligen Ausführungen legen zu Unrecht entscheidendes Gewicht auf die formalrechtliche Seite der Sache und werden der historischen Entwicklung und dem Inhalt der Adels-hoheit, der Bedeutung des inneren Landesstaatsrechts und seinem Verhältnisse zum Reichsprozessrecht nicht gerecht.

Unzweifelhaft und unbefristet steht in Preußen die Adels-hoheit dem Könige zu. Ebenso besteht Übereinstimmung darüber, daß der König die aus seiner Adels-hoheit fließenden Befugnisse dem Heroldsamt übertragen, diesem also die Stellung einer mit der Ausübung von Staatshoheitsrechten befachten Behörde verleihen konnte. Das Heroldsamt gehört, soweit es mit der Bearbeitung staatlicher Angelegenheiten befaßt ist, zu den staatlichen Behörden; seine Entscheidungen in Adelsangelegenheiten sind so anzusehen, als wenn sie vom König selbst ausgegangen wären. Das erkennende Gericht tritt nun dem leitenden Grundsatz bei, welchen das Reichsgericht in seiner erwähnten Entscheidung vom 19. November 1909 aufstellt und der dahin geht:

Die Entscheidung über Staatshoheitsrechte ist den ordentlichen Gerichten entzogen, was die Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges über das Recht auf den Adel zur Folge hat. Ist sie von zuständiger Stelle ergangen, so ist sie als Willens-

erklärung des Staates für alle Staatsbehörden verbindlich. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bedarf überzeugender Begründung.

Die Richtigkeit des vorstehenden ersten Satzes ergibt sich aus § 13 UVG., wonach vor die ordentlichen Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen gehören, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. Der vorstehende zweite Satz findet seine Grundlage in dem geltenden inneren Landesstaatsrecht.

Nun weicht der vorliegende Fall von dem von dem Reichsgerichte in seiner genannten Entscheidung behandelten insofern ab, als die Adelsanmaßung von dem Angeklagten nicht in dem räumlichen Geltungsbereich der das innere Staatsrecht betreffenden Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts, sondern in der Rheinprovinz begangen ist. In der Rheinprovinz haben die das innere Staatsrecht betreffenden Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts ohne besondere Publikation keine Geltung, insbesondere trifft dieses zu auf den Tit. 9 T. II RL., welcher über die Pflichten und Rechte des Adelsstandes handelt (Entscheidung des Kammergerichts vom 15. März 1906 im RheinArch. 104, 204 ff.). Es scheiden also für den vorliegenden Fall diejenigen Ausführungen des Reichsgerichts in seiner Entscheidung vom 19. November 1909 aus, welche sich mit den einzelnen adelsrechtlichen Bestimmungen des Preussischen Landrechts befassen, und es ist im gegenwärtigen Falle das gemeine Deutsche Adelsrecht anzuwenden (vgl. die zitierte Entscheidung des Kammergerichts vom 15. März 1906 im RheinArch. 104, 207). Die Anwendung des gemeinen Deutschen Adelsrechtes auf den vorliegenden Fall muß aber zu demselben Ergebnisse führen wie die Anwendung der adelsrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts. Die Vorschriften des Tit. 9 T. II RL. über Erlangung, Erneuerung und Verlust des Adels stimmen in ihren Grundzügen mit den im gemeinen Deutschen Rechte anerkannten Rechtsfakten überein. Nur in der Ausgestaltung der Grundzüge im einzelnen finden sich im Tit. 9 T. II RL. Abweichungen von dem gemeinen Deutschen Rechte, die aber nicht erheblicher Natur sind (vgl. Entscheidung des Kammergerichts im RheinArch. 104, 207). Auch nach dem gemeinen Deutschen Rechte ist es ein dem Staatsoberhaupt zustehendes Hoheitsrecht, den Adel zu verleihen, anzuerkennen und zu erneuern. Prüft man die historische Entwicklung der Adels-hoheit im alten Deutschen Reiche, so ergibt sich, daß der Träger der Krone die Entscheidung über Anerkennung oder Nichtanerkennung eines behaupteten Adelsanspruchs de jure und de facto für sich in Anspruch genommen hat. Den erst im 18. Jahrhundert zutage getretenen Versuchen zur Schwächung der kaiserlichen Rechte auf dem Adelsgebiete sind der Kaiser und seine unmittelbaren Behörden dauernd energisch entgegengetreten. In Einzelfällen ergangene Reskripte beweisen, daß der Kaiser schlechthin das Recht beanspruchte, zu entscheiden, ob jemand dem Adel angehöre. Die ergangenen Reskripte zeigen weiter, daß für die Entscheidungen des Staatsoberhauptes über die Adelsfrage ohne weiteres auch materielle Geltung gegenüber dem Beteiligten in Anspruch genommen wurde. Im einzelnen wird hinsichtlich der historischen Entwicklung der Adels-hoheit im alten Deutschen Reiche, der ergangenen einschlägigen Reskripte und der Nachweise auf die Abhandlung im Sächsischen Archiv für Rechtspflege, 7. Jahrgang S. 58 ff. verwiesen. Der Inhalt der Adels-hoheit nach gemeinem Deutschen Rechte bedingte es, daß es ohne Anerkennung des Kaisers keinen Adel gab; es durfte „in dem teutschen Reich Niemand von selbst und ohne des Kaisers un- oder mittelbare Bewilligung sich einiger . . . Standeserhöhung anmaßen“ (s. Moser, Teutsches Staatsrecht, 1740, IV. Teil S. 108; und von denen Kaiserl. Regierungsrechten, 1772, S. 420). Die Nichtanerkennung eines beanspruchten Adels von Seiten des Trägers der Krone wirkte gegenüber allen Reichsangehörigen,



Wie in dem Reichsoberhaupt die *lous nobilitatis* für das Reich und den Reichsadel gesehen wurde, nahmen mit der Erstarfung ihrer Territorien zu souveränen Einzelstaaten ebenso die einzelnen Territorialherren für ihre Territorien die Eigenschaft als ausschließliche Quelle ihres Territorialadels für sich in Anspruch (vgl. Moser, Kaiserl. Regierungsrechte S. 439). Durch den Art. 50 der Preussischen Verfassungsurkunde ist an den Grundsätzen des gemeinen Deutschen Rechts nichts geändert. Der König hat nach feststehendem Grundsatz alle Rechte, auf die er nicht verzichtet hat, behalten. Die Verfassung enthält aber einen Verzicht des Königs, in zweifelhaften Fällen über die Berechtigung oder Nichtberechtigung eines beanspruchten Adels zu entscheiden, nicht, so daß die Rechte, die in dieser Beziehung bisher dem Könige zustanden, ihm auch jetzt ungeschmälert zustehen.

Es läßt sich nach den vorstehenden Darlegungen auch für das gemeine Deutsche Adelsrecht keine Ausnahme von dem Satze begründen, daß die Ausübung eines Hoheitsrechtes auch die ordentlichen Gerichte bindet.

Es gilt nun also, um dieses hervorzuheben, nach dem hier maßgeblichen inneren Staatsrechte, entsprechend der historischen Entwicklung der Adelshoheit, der Satz, daß das dem Staatsoberhaupt allein zustehende Adelshoheitsrecht nicht allein die Befugnis in sich schließt, den Adel zu verleihen und zu erneuern, sondern auch in zweifelhaften Fällen einen beanspruchten Adel anzuerkennen oder nicht anzuerkennen. Es handelt sich in letzterem Falle um die Ausübung der Adelshoheit, nicht etwa der Justizhoheit. Der Standpunkt des Heroldsamts, daß die Führung eines Adelsprädikats nur so lange eine befugte ist, als vom Könige von Preußen oder von dem Heroldsamte ein Adelsrecht als bestehend anerkannt oder die Adelsführung geduldet wird, ist auch nach dem gemeinen Deutschen Adelsrecht als begründet anzuerkennen. Die von dem Staatsoberhaupt oder der von ihm delegierten Adelsbehörde getroffenen Entscheidungen über Anerkennung oder Nichtanerkennung eines Adelsanspruchs haben ferner nach dem inneren Staatsrecht materiell rechtliche Wirkung, so daß sie allen Staatsangehörigen gegenüber Geltung haben; sie binden nach Maßgabe des inneren Staatsrechts alle staatlichen Behörden und insbesondere auch den Strafrichter, es sei denn, daß es eine reichsgesetzliche oder landesgesetzliche Bestimmung gibt, welche diese staatsrechtliche Wirkung der Entscheidungen des Heroldsamts unter Anberung des bisherigen Rechtszustandes ausschließt. Letzteres kann aber nicht festgestellt werden. Die Reichsgesetzgebung hat in das öffentlich-rechtliche Adelsrecht Preußens nicht eingegriffen. Der § 13 StGB. zieht vielmehr der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte die bereits oben bezeichneten Grenzen. Auch durch die §§ 260, 261 StPD. ist in das öffentlich-rechtliche Adelsrecht Preußens nicht eingegriffen worden.

Der § 260 StPD. bestimmt:

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

Der § 260 StPD. kann nicht die Wirkung haben, daß er als Reichsgesetz die Kompetenz des Richters erweitert in Fragen, welche, wie der Adel, gar nicht der Zuständigkeit des Reichsrechts unterliegen. Durch § 260 StPD. ist an dem bisherigen Rechtszustande nichts geändert. Wie das Reichsgericht a. a. O. zutreffend ausführt, findet der Grundsatz, daß der Strafrichter selbständig über alle Vorfragen entscheidet, seine Grenze in der materiellrechtlichen, nicht nur aus Reichsgesetzen, sondern auch aus geltendem Landesrechte folgenden Wirkung der Entscheidung von nächstgerichtlichen Behörden. Ist die Tatsache einer solchen Entscheidung auf Grund freier Beweismündigung für erwiesen crachtet, so ist die Rechtsfrage nach den Folgen der Entscheidung auf Grund des maßgebenden Reichs- und Landesrechts zu beurteilen.

Es ist bereits betont worden, daß die deklaratorische Feststellung des Königs oder der zuständigen Adelsbehörde, daß ein beanspruchter

Adel bestehe oder nicht bestehe, auch nach dem gemeinen Deutschen Rechte — ebenso wie nach dem Preussischen Rechte die Ausübung eines nur dem Könige zustehenden Hoheitsrechtes ist. Diese Feststellung bindet, wie das Reichsgericht a. a. O. weiter in zutreffender Weise ausführt und wie bereits zum Teil bemerkt ist, als staatliche Willenserklärung alle staatlichen Behörden. Sie hat die materiellrechtliche Wirkung, daß die Staatsbehörden nicht der Betätigung des Hoheitsrechtes zuwiderhandeln, sich nicht über die Anerkennung oder Aberkennung des Adels hinwegsetzen, den anerkannten Adel nicht bestreiten, den aberkannten nicht als bestehend ansehen dürfen, weil sie keine Befugnis zu der Prüfung haben, ob das Majestätsrecht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zutreffend ausgeübt ist. Es wäre ein Eingriff in das Majestätsrecht, wollte der im Namen des Königs urteilende Richter zur Grundlage seines Urteils das Gegenteil dessen machen, was der König oder die von ihm beauftragte Behörde über die seiner alleinigen Entscheidung vorbehaltenen Frage entschieden hat. Dazu ist er nicht befugt (RG. a. a. O.).

Ubrigens ist nicht zu verkennen, daß ein innerer Widerspruch darin liegt, wenn man mit den Gegnern des hier vertretenen Standpunktes die vom König oder der Adelsbehörde ausgesprochene Anerkennung eines Adelsanspruchs als für den Strafrichter bindend ansieht, dagegen diese Bindung für den Fall der Nichtanerkennung eines beanspruchten Adels leugnet. Konsequenterweise müßte vom gegnerischen Standpunkte aus auch dem Richter das Nachprüfungsrecht darüber zustehen, ob eine von dem Könige bzw. der Adelsbehörde ausgesprochene Anerkennung eines Adelsanspruchs begründet ist. Eine Eventualverleihung des Adels für den Fall, daß der anerkannte Adel in Wirklichkeit nicht bestehen sollte, kann in einer solchen positiven Entscheidung des Königs bzw. der Adelsbehörde nicht gefunden werden; denn der König bzw. die Adelsbehörde hat in solchen Falle nicht den Adel zu verleihen, sondern lediglich über die Zweifelshaftigkeit des beanspruchten Adels entscheiden wollen. Von dem Vorliegen einer rechtsgestaltenden Entscheidung in solchem Falle kann daher keine Rede sein.

Nichtig ist, daß dem Könige nicht das Recht zusteht, den Adel zu entziehen. Die Nichtanerkennung eines Adelsanspruchs ist aber begrifflich von der Entziehung des Adels verschieden. Die Entziehung des Adels setzt voraus, daß der Adel als bestehend anerkannt wird; nur ein tatsächlich bestehender Adel kann entzogen werden. Ein Adelsentziehungsrecht wird aber weder vom König noch von der Adelsbehörde beansprucht oder ausgeübt; es handelt sich lediglich um die in der Adelshoheit des Königs ihre Grundlage findende Entscheidung, ob ein zweifelhafter Adel bestehe oder nicht.

Zu Übereinstimmung mit dem Reichsgericht (a. a. O.) und dem Oberlandesgericht in Königsberg (GoldArch. 56, 249) muß auch betont werden, daß der hier vertretene Standpunkt sich allein als praktisch brauchbar erweist. Es ist nicht zu verkennen, daß im gegenteiligen Falle in hohem Maße die Gefahr der Rechtsunsicherheit und des Erlasses divergierender Entscheidungen besteht. Der Ausspruch des Strafrichters, die Annahme des Adelsprädikats sei keine unbefugte, involviert die Anerkennung der Adelsberechtigung. Jede neue Anklage aus § 360 Nr. 8 StGB. würde ergebnislos sein, da dem Angeklagten stets der gute Glaube an das Recht zur Führung des Adelsprädikats zur Seite stehen würde, und der Schutz, welchen der § 360 Nr. 8 StGB. dem Träger des Staatshoheitsrechtes zu geben beabsichtigt, würde illusorisch sein.

Nach alledem hat im vorliegenden Falle der Vorberrichter mit Recht eine Bindung an die Entscheidung des Heroldsamts, daß dem Angeklagten der Adel nicht zustehe, angenommen. Die Prüfung, ob ein Vorfahr des Angeklagten durch Adoption den Adel erlangt hat, ist dem Gerichte überhaupt entzogen.

Auch die übrigen Rügen der Revision versagen. Der Vorberrichter stellt unter näherer Begründung bedenkenfrei fest, daß der



Angeklagte das Wort „von“ nicht als Bestandteil seines Familiennamens, sondern als Adelsprädikat geführt hat. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und daher nach § 376 StPD. für die Revisionsinstanz bindend.

Endlich hat der Vorderrichter ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Angeklagte auch nicht in gutem Glauben gehandelt habe, da ihm sowohl vom Amtsgericht in Bonn als auch ganz besonders von der zuständigen Adelsbehörde, dem Herzogsamt, die Führung des Namens „von A.“ als eine unberechtigte Adelsannahme ausdrücklich untersagt sei.

Die Revision war sonach zu verwerfen, wobei die Entscheidung wegen der Kosten auf § 505 StPD. beruht. Entsch. des OLG. Düsseldorf vom 24. Februar 1913. S. 19/24/13.

**Ist die Zustellung einer beglaubigten unvollständigen Urteilsabschrift wirksam, wenn vom Gerichtsschreiber nur eine vollständige Urteilsausfertigung mit Tatbestand und Gründen erteilt war?** Zu den Ausführungen von Kollegen Neustadt zu dieser Frage in Nr. 5, 1913. der JW. seien mir einige Bemerkungen gestattet:

Die von Neustadt bekämpfte Entscheidung ist sowohl Gesetzes- wie zweckentsprechend, wenn man als Zweck der Novelle Beschleunigung des Geschäftsganges und Verminderung des Schreibwerts betrachtet, und das dürfte wohl unbestritten sein. Wenn ich Neustadt recht verstehe, begründet er seine Ansicht in der Hauptsache damit, daß Urteilstenor nebst Tatbestand und Gründen ein organisches Ganzes bilden, welches der Anwalt nicht zerreißen dürfe, so daß das Urteil in abgekürzter Form in Wirklichkeit nur ein Torso des Urteils sei. Neustadt fährt dann fort, der Gerichtsschreiber habe allein darüber zu entscheiden, ob eine abgekürzte oder vollständige Ausfertigung zu erteilen sei; dem Anwalt stehe aber diese Befugnis nicht zu.

Ich glaube nicht, daß Neustadt damit recht hat.

Was das Urteil zu enthalten hat, schreibt § 313 ZPD. vor. Danach gehören allerdings Tatbestand und Gründe zum Urteil. Insoweit hat Neustadt recht, wenn er Tatbestand und Gründe als gesetzlich notwendigen Teil des Urteils betrachtet. Dieses Prinzip hat aber die Novelle vom 1. Juni 1909 durchbrochen, indem sie für das amtsgerichtliche Verfahren die Erteilung abgekürzter Urteilsausfertigungen als Regel aufstellte, sofern nicht von der Partei ein anderes beantragt wird, und der abgekürzten Ausfertigung dieselbe Kraft beilegt wie der ausführlichen mit Tatbestand und Gründen versehenen.

In der Novelle wird jedoch noch eine weitere Neuerung eingeführt, deren Bedeutung gerade hier von Neustadt nicht genügend gewürdigt wird. Während für Zustellungen von Klagen, Zahlbefehlen usw. der Betrieb von Amts wegen eingeführt ist, verbleibt es für die Zustellung von Urteilen beim Parteibetrieb. In dieser Phase des Prozesses behält also die Partei die Hauptrolle. Das hat die Novelle auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß sie es der Partei anheimstellt, sich eine abgekürzte oder ausführliche Ausfertigung des Urteils geben zu lassen. Hat das Gesetz nun der Zustellung einer abgekürzten Ausfertigung die gleichen Wirkungen beigelegt, wie der Zustellung einer ausführlichen, so ist nicht einzusehen, inwiefern dem Gerichtsschreiber allein die Entscheidung darüber zustehen soll, ob eine abgekürzte oder vollständige Ausfertigung zugestellt werden soll. Neustadt irrt überhaupt darin, wenn er sagt, dem Gerichtsschreiber stehe eine Entscheidung darüber zu, ob er eine abgekürzte oder vollständige Ausfertigung erteilen will. Darüber hat aber der Gerichtsschreiber gar nicht zu entscheiden, sondern Regelfall ist die Zustellung der abgekürzten Ausfertigung; beantragen aber die Parteien „ein anderes“, dann hat er eben eine vollständige zu erteilen. Der Gerichtsschreiber hat also keine Be-

fugnisse, von deren „Annahme“ durch den Anwalt gesprochen werden könnte, wenn dieser eine abgekürzte Ausfertigung zustellt, obwohl er eine vollständige erhalten hat. Andererseits erteilt der Anwalt keine Ausfertigungen, sondern er läßt die beglaubigte Abschrift zustellen, das ist begrifflich etwas ganz anderes.

Wenn auch Gaupp-Stein, Novelle zur ZPD. § 496 S. 78, ausführt, die Zustellung der Urteilsausfertigung in abgekürzter Form habe nur dann die volle Zustellungswirkung, wenn die Ausfertigung auch in abgekürzter Form erteilt sei, so legt er hier eine Beschränkung in das Gesetz hinein, welche der ganzen Absicht der Novelle widerspricht, nämlich: Vereinfachung des Verfahrens; es würde diese Absicht illusorisch machen und zu Konsequenzen führen, welche die Novelle nicht gewollt haben kann.

Sehen wir folgenden Fall: Kläger hatte auf Zahlung von 300 M. geklagt, das Amtsgericht hat zu 200 M. verurteilt, die Mehrforderung abgewiesen, das Urteil ist bezüglich des ersten Teils vorläufig vollstreckbar. Kläger will, weil der Beklagte schlecht steht, möglichst bald vollstrecken, wegen des abweisenden Teils Berufung einlegen. Er wird nun, da er späterhin ohnehin zur Vorlage an das Berufungsgericht eine vollständige Ausfertigung braucht, sich von vornherein eine solche geben lassen. Dann muß er selbst die zur Zustellung erforderliche Ausfertigung anfertigen; diese müßte, nach der Ansicht von Neustadt und Gaupp-Stein ebenfalls Tatbestand und Gründe enthalten; erstattungsfähig sind die Kosten für diese Abschrift nach Ansicht der Kostenbeamten nicht. Oder aber, wenn der Anwalt das nicht will, muß er sich eine abgekürzte Ausfertigung geben lassen und diese zustellen, hernach muß er sich dann erst wieder eine vollständige geben lassen. Das kann gewiß nicht im Geiste der Novelle liegen, denn das erstere Verfahren wäre gegenüber dem früheren überhaupt keine Änderung; es hätte also da keiner Novelle bedurft, wenn das Gesetz das frühere Verfahren hätte beibehalten wollen; das letztere wäre noch umständlicher wie das frühere.

Dagegen entspricht das vom Landgericht Dortmund und auch anderen Landgerichten geübte Verfahren der Tendenz der Novelle und den Bedürfnissen des Verkehrs. Der Anwalt läßt sich, wo er ein Interesse an der vollständigen Ausfertigung hat, eine solche erteilen; für die Zustellung fertigt er die Abschrift des Tenors und bemerkt dabei, daß Tatbestand und Gründe folgen. Warum das Gesetz einer solchen beglaubigten Abschrift nicht die Wirkung einer Vollzustellung beilegen soll, ist nicht ersichtlich. Auf jeden Fall enthält doch die zugestellte Abschrift das, was auch die vom Gerichtsschreiber erteilte abgekürzte Ausfertigung enthält und die Beglaubigung der zuzustellenden Ausfertigung bleibt dieselbe, ob der Anwalt unter dem Tenor bemerkt, daß Tatbestand und Gründe folgen oder diese vollständig abschreiben läßt. Auf alle Fälle enthält die vom Gerichtsschreiber erteilte vollständige Ausfertigung auch die Erfordernisse der abgekürzten, somit muß auch die vom Anwalt gefertigte abgekürzte Ausfertigung genügen, um die Wirkungen der Vollzustellung herbeizuführen.

Überdies hat auch der Beklagte kein Interesse an der Zustellung der vollständigen Ausfertigung. Handelt es sich um eine reine Beteiligungsache, so wird es dem Schuldner herzlich gleichgültig sein, ob bei ihm auf Grund einer abgekürzten oder vollständigen Ausfertigung Pfändung vorgenommen wird. Auch wird in solchen Sachen der Gläubiger sich stets eine abgekürzte Ausfertigung erteilen lassen. Bei anderen Sachen, wo es dem Beklagten um sachliche Einwände zu tun ist, wird er im Falle seines Unterliegens — daselbe wird der Kläger bei Klagabweisung tun — sich selbst eine vollständige Ausfertigung erteilen lassen, so daß er selbst kein Interesse daran hat, nochmals Tatbestand und Gründe vom Gegner zu erhalten. Es wäre zu beklagen, wenn die Gerichte von der bisherigen Übung abgehen und damit der Novelle einen der wenigen Vorzüge, größere Einfachheit der Zustellung, rauben würde. Die Tendenz des § 496 spricht für die hier vertretene Ansicht und der Wortlaut nicht dagegen



Die Ansicht Neustadts würde einen Rückfall in den oft gerügten Formalismus der Rechtspflege bedeuten, während wir um jeden Schritt froh sein sollen, den ein Gericht auf der Wehr vom Formalismus zu einer freieren, sinngemäßen Anwendung der Normen des Prozeßrechts vorwärts tut.

Rechtsanwalt Dr. M. Zahn, Sinsheim a. C.

**Abschriften im Offenbarungseidverfahren.** Einem Gläubiger, der mit Rücksicht auf eine in den letzten fünf Jahren erfolgte Leistung des Offenbarungseides vom Schuldner erneute Eidesleistung nur verlangen kann, wenn er glaubhaft macht, daß der Schuldner später Vermögen erworben habe (§ 903 ZPO.), steht nach der in der Literatur weitans überwiegenden Ansicht nicht das Recht zu, eine Abschrift des Protokolles über die frühere Eidesleistung und des dort beschworenen Vermögensverzeichnisses zu verlangen.<sup>1)</sup> Diese für die Praxis überaus bedeutsame Ansicht — es vergeht bei größeren Amtsgerichten kaum ein Tag, an dem nicht ein solcher Antrag eingeht — gründet sich darauf, daß gemäß § 299 ZPO. dritte Personen nur Einsicht der Prozeßakten, nicht auch die Erteilung von Abschriften verlangen können. Sie erscheint mir jedoch verfehlt.

§ 299 steht nicht im 1. Buch der ZPO. unter den „Allgemeinen Bestimmungen“, sondern im 2. Buch unter dem „Verfahren in erster Instanz“. Er trifft daher keine Bestimmungen für die sämtlichen Akten der ZPO., sondern behandelt nur die „Prozeßakten“; die Offenbarungseidsakten sind aber selbständige Akten und von den Prozeßakten getrennt, jene werden vom Vollstreckungsgericht, diese vom Prozeßgericht bearbeitet. Es könnte also nur eine entsprechende Anwendung des § 299 ZPO. hier in Frage kommen; sie muß jedoch mangels innerer Berechtigung versagen.

Die hier vorliegende Lücke im Gesetz wird meines Erachtens vielmehr durch entsprechende Anwendung einer Vorschrift des Vollstreckungsrechts, nämlich des § 760 ZPO. auszufüllen sein. Diese unter den allgemeinen Bestimmungen der Zwangsvollstreckung stehende Vorschrift bestimmt über die Akten des Gerichtsvollziehers, daß jeder Person, die bei dem Vollstreckungsverfahren beteiligt ist, auf Begehren Einsicht dieser Akten gestattet und eine Abschrift einzelner Aktenstücke erteilt werden müsse. Die Tatbestände sind analog. Daß der Gläubiger, demgegenüber eine erneute Eidesleistung zu unterbleiben hat, weil der Schuldner in einer andern Sache bereits offenbart hat, zu den in dieser Sache Beteiligten gehört, kann n. C. ohne weiteres angenommen werden; vgl. die Ausführungen von Gaupp-Stein zu § 760 ZPO. Der Umstand, daß § 760 ZPO. dem besonderen Begriff der Beteiligung am Vollstreckungsverfahren Rechnung trägt, empfiehlt die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift. Sie ist auch praktisch gerechtfertigt. Denn dem Gläubiger gegenüber gilt die frühere Eidesleistung des Schuldners, er muß daher auch in der Lage sein, die Vermögenswerte kennen zu lernen, die der Schuldner damals angegeben hat; zumal bei umfangreicheren Vermögensverzeichnissen oder wenn die Eidesleistung auswärts erfolgt ist, kann dies aber nicht durch Einsicht der Akten, sondern nur dadurch geschehen, daß der Gläubiger eine Abschrift des Vermögensverzeichnisses erhält; nur dann ist es ihm auch möglich, einen späteren Vermögenserwerb des Schuldners zu erkennen und glaubhaft zu machen. Diese Auslegung steht ferner im Einklang mit derjenigen einer nahe verwandten Vorschrift des Offenbarungseidverfahrens, nämlich des § 915 ZPO.: es ist einmütige, auch in der Literatur anerkannte Praxis,<sup>2)</sup> daß Anträgen um Auskunft darüber, ob bestimmte Personen im

Schuldverzeichnis stehen, gegen Erstattung der Schreibgebühren zu entsprehen ist; der Gläubiger erhält einen Auszug aus dem Schuldnerverzeichnis, der ihm den Zeitpunkt der Eidesleistung und die Sache, in der der Eid geleistet ist, mitteilt. Dem dürfte es entsprechen, wenn der Gläubiger auch eine Abschrift des dort beschworenen Vermögensverzeichnisses verlangen kann.

Gerichtsassessor Dr. G. Kuhn, Ebn.

**Die Errichtung eines Gerichtshofs für Wahlprüfungen im Reich.** Bekanntlich liegt dem Reichstag ein nationalliberaler Antrag Bassermann-Schiffer vor, der die Errichtung eines Gerichtshofs für Wahlprüfungen fordert. Ein solcher Wunsch ist ja von Staatsrechtlern längst und auch im politischen Leben aus Anlaß mancher Wahlprüfungen im Reichstag ausgesprochen worden. Auf seine Berechtigung soll daher nicht eingegangen werden.

Dagegen muß geprüft werden, ob aus Anlaß dieses Antrages nicht weitergegangen werden muß, ob und in welchem Umfang das Wahlprüfungsrecht einem Gerichtshof zu übertragen ist.

Bekanntlich führen im Rechtsleben nach der Trennung der Gerichte von den Recht schaffenden Faktoren die Gerichte nur von dem Parlament und der Staatsgewalt gegebene Rechtsfälle im einzelnen Fall aus. Sie stellen aber nicht selbst die Rechtsgrundsätze auf, nach denen sie im einzelnen Fall Recht sprechen wollen. Wenn sie sich selbst die Grundsätze geben wollten, würde das ihrem Wesen widersprechen, eine Vermischung der richterlichen und gesetzgebenden Tätigkeit sein. Anders kann es auch nicht beim Wahlprüfungswesen sein. Es würde daher kaum zu billigen sein, wenn der Reichstag dem Gerichtshof alles in die Hand gebe, wenn er dem Gerichtshof überlasse, sich selbst die Grundsätze in der Praxis zu bilden, nach denen er urteilen wolle. Der Reichstag muß selbst ein für allemal diese materiellen und formellen Grundsätze aufstellen, die die Richtschnur für die Tätigkeit des Gerichtshofs bilden. Er muß also gleichzeitig ein materielles und formelles Wahlprüfungsrecht schaffen. Sonst würden die Entscheidungen des Gerichtshofs doch den Streit der Parteien bilden und schwanken, wie dies in Elsaß-Lothringen beim DRG. Colmar der Fall war, das die Tätigkeit der Geistlichen als Wahlbeeinflussung beanstandete, bei Arbeitgebern eine solche meist nicht. Diese Erfahrung allein schon spricht dagegen.

Diese Aufgabe ist auch für den Reichstag nicht schwieriger als die Beratung irgendeines Gesetzes. Er braucht ja nur gleichzeitig seine Wahlprüfungskommission zu beauftragen, ihre bisherigen Grundsätze auf formellem, materiellem und rechenschaftlichem Gebiet zusammenzustellen, zu erweitern. Dann müßte über sie das Plenum beschließen und somit das Recht schaffen. Eine solche Zusammenstellung hat schon einmal die Reichstagskommission im Jahre 1893/94 gemacht (vgl. die Drucksachen). Hierbei können sehr benutzt werden die Zusammenstellungen über die Grundsätze des DRG. Colmar, die in der Deutschen Juristen-Zeitung 1912 S. 304 ff. und in der Deutschen Richterzeitung 1912 S. 316 ff. erschienen sind. Die Aufgabe ist also leicht zu lösen. Natürlich muß sich der Reichstag das Recht der späteren Ergänzung der Bestimmungen vorbehalten.

F. Liedtke, Kirchhain (Bez. Cassel).

<sup>1)</sup> Gaupp-Stein 8./9. Aufl. Anm. 3 zu § 903; Ermel in DJZ. 03, 427; LG. Posen in PosMöchr. 3, 69; LG. Ebn in MZ. 25, 85.

<sup>2)</sup> Preuß. Gesch.-D. für die Ger.-Schr. der AG. § 35 Nr. 9; Struckmann-Roch Anm. 3 zu § 915; Gaupp-Stein Anm. III das.

**Über Fortbildungskurse für Gerichtsassessoren** macht das Preussische Justizministerialblatt (1913 S. 91) folgende Mitteilungen: Um den Gerichtsassessoren zur Fortbildung im Sinne der Allgemeinen Verfügung vom 3. Juli 1912 (ZMBl. S. 214) eine besonders geeignete Gelegenheit zu bieten, wird auf Veranlassung des Justizministers mit Unterstützung des Ministers der geistlichen und Unterrichtsangelegenheiten in der Zeit vom 24. April bis 7. August d. J. in Berlin ein staats- und rechtswissenschaftlicher Fortbildungskursus stattfinden. Der Kursus bietet Vorlesungen, Besichtigungen und Studienreisen. Die Vorlesungen sind hauptsächlich staats- und rechtswissenschaftlicher Art, berühren aber auch andere Gebiete, z. B. Psychologie, Naturwissenschaft, Technik. Die rechtswissenschaftlichen Vorlesungen behandeln meist neuzeitliche Einzelfragen. In den volkswirtschaftlichen Vorlesungen findet das Agrarwesen nach der technischen, wirtschaftlichen und sozialen Seite eine besonders eingehende Darstellung. Daneben werden auch Industrie und Gewerbe, Handel und Verkehr in umfassender Weise berücksichtigt. Die Besichtigungen werden durch Vorträge eingeleitet und erfolgen unter sachverständiger Führung; beschäftigt werden landwirtschaftliche Betriebe und Nebenbetriebe sowie



landwirtschaftliche Einrichtungen anderer Art; zugleich soll durch den Besuch zahlreicher Betriebe der verschiedensten Industriezweige ein unüchtl. umfassender Einblick in das wirtschaftliche Leben Berlins, insbesondere in seine Industrie gewährt werden. Von den Studienreisen führt eine kürzere gegen Ende der Pfingstwoche in die Lüneburger Heide; Zweck der Reise ist das Studium der Urbarmachung bisher landwirtschaftlich brachliegender Moor- und Heideflächen und der angeschlossenen Industrieunternehmungen. Am Schlusse des Kurses wird während 8 bis 10 Tagen eine Reise nach Ostpreußen, und zwar am Außenrande der Provinz über Memel und das Kurische Haff nach Königsberg unternommen; dabei werden besonders landwirtschaftliche Betriebe und solche Betriebe, in denen landwirtschaftliche Erzeugnisse bearbeitet oder verarbeitet werden, in Königsberg auch rein industrielle Betriebe beschäftigt. Der Studienplan wird von der Geschäftsstelle des Kurses (Berlin W. 8, Behrenstr. 70 II) auf Verlangen unentgeltlich übersandt. — Aus der Liste der Vortragenden seten folgende Namen hervorgehoben: Geheimer Justizrat Professor Dr. Anschütz, Professor Dr. Bernhardt, Geheimer Regierungsrat Professor Dr. Delbrück, Kammergerichtsrat Dr. Gütche, Geheimer Justizrat Professor Dr. Sellwig, Geheimer Justizrat Professor Dr. Kipp, Geheimer Bauat Professor Dr. Krüger, Geheimer Medizinalrat Dr. Leppmann, Geheimer Justizrat Professor Dr. v. Liszt, Geheimer Justizrat Professor Dr. Sedel, Justizrat Dr. S. Reit Simon, sämtlich in Berlin; Professor Dr. Behrend-Mannheim, Professor Dr. Gerlach-Königsberg i. Pr., Professor Dr. Tiefmann-Freiburg i. B., Sanitätsökonomierat Dr. Nabe und Geheimer Regierungsrat Professor Dr. Wohltmann in Halle a. S.

**Ausschüsse des Deutschen Anwaltvereins.** Der vierte Ausschuß des Deutschen Anwaltvereins setzte am 8. Februar und am 8. und 9. März d. J. in Berlin unter Leitung des Ausschußvorsitzenden Geheimen Justizrat Heiliger-Cölln seine Beratungen über die Reform der Rechtsanwaltsordnung fort (vgl. JW. 1912, 1040; 1913, 175). Der Ausschuß beendete zunächst die auf Grund des ausführlichen Berichtes des Rechtsanwalts Dr. Friedländer-München gefügten Verhandlungen über die Reform des Ehrengerichtswesens, und trat alsdann in die Erörterung der Frage der Trennung von Rechtsanwaltschaft und Notariat ein, worüber Rechtsanwaltschaft Dr. Harnisch-Chemnitz und Justizrat Ziemler-Berlin referierten.

**Teilung der Anwaltskammer im Königreich Sachsen.** Das sächsische Justizministerium hat den Antrag der Sächsischen Anwaltskammer auf Errichtung einer zweiten Kammer für das Königreich Sachsen mit dem Sitze in Leipzig abgelehnt. Aber die Verhandlungen der Kammer, die zur Stellung dieses Antrags geführt haben, ist in JW. 1912, 1056 ff. ausführlich berichtet worden.

Wie verlautet, sind für die ablehnende Entschliebung der Justizverwaltung folgende Gründe maßgebend gewesen. Die Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer und des Generalstaatsanwalts hätten sich beide gegen die Teilung ausgesprochen.<sup>1)</sup> Der Vorstand habe erklärt, daß eine Überlastung bei ihm nicht vorliege, und der Generalstaatsanwalt habe eine Überlastung des Ehrengerichts verneint. Es sei deshalb zurzeit davon auszugehen, daß sich bis jetzt erhebliche Mißstände aus der großen Zahl der Kammermitglieder (über 1200) nicht ergeben hätten. Auch würde die Bildung eines Ehrengerichts in Leipzig auf große Schwierigkeiten stoßen; der erste Staatsanwalt in Leipzig sei überlastet und einem anderen landgerichtlichen Staatsanwalt könne die Erledigung dieser Geschäfte nicht wohl übertragen werden. Der Verkehr mit einem der bei der Staatsanwaltschaft des Oberlandesgerichts Dresden angestellten, in Dresden wohnenden Beamten würde zu umständlich sein. Jedenfalls müsse von einer Teilung abgesehen werden, bis der Beweis der Überlastung des Vorstandes oder des Ehrengerichts geliefert sei.

Dieser mangelnde Nachweis der Überlastung des Vorstandes ist allem Anschein nach der wesentliche Grund der Ablehnung, denn die in dem Bescheide erwähnten organisatorischen Schwierigkeiten würden, wie schon Drucker (a. a. O. 1057) zutreffend ausgeführt hat, ganz sicher zu überwinden sein. Aber auch jener Nachweis der Überlastung ist doch hinreichend erbracht durch das Zeugnis von Anwälten, die auf Grund einer eignen, langjährigen Tätigkeit im Vorstande urteilen konnten. Das Vorhandensein einer Überlastung des Vorstandes kann allenfalls verneinen, wer es für dem Sinne des Gesetzes entsprechend

<sup>1)</sup> Der Vorstand der Anwaltskammer hat übrigens diesen Beschluß mit 9 gegen 4 Stimmen gefaßt.

erachtet, daß die Tätigkeit des Vorstandes sich im wesentlichen auf die, zuweilen überdies recht summarische Erledigung der Disziplinarsachen beschränkt, und wer es weiter für richtig hält, daß nur Persönlichkeiten mit einer das Maß des Gewöhnlichen übersteigenden, geradezu erstaunlichen Arbeitskraft sich der Übernahme des Amtes eines Vorstandesmitgliedes unterziehen können. Und weil diese beiden Annahmen sicher nicht richtig sind und mit einem Rückgang der Mitgliederzahl der Sächsischen Kammer für absehbare Zeit nicht gerechnet werden kann, wird die Justizverwaltung über kurz oder lang ihre Entschliebung revidieren und die Errichtung einer neuen Kammer für das Königreich vornehmen müssen. Dittenberger.

**Oberverwaltungsgericht.** Nach wiederholten Schwankungen der Rechtsprechung hat das Plenum des Oberverwaltungsgerichts in der Sitzung vom 22. Februar 1913 (Nr. VIII C 170 11) die Frage „Ist das Schulgeld für den Besuch einer von der Gemeinde unterhaltenen höheren Lehranstalt eine Gebühr im Sinne der §§ 4 und 69 des RAG?“ bejaht. Dr. Görres, Berlin.

## Grundlegende Entscheidungen.

Auch dem vertragsmäßigen Schadensersatzanspruch des mittelbar Geschädigten kann der Einwand des mitwirkenden Verschuldens des Verletzten entgegengesetzt werden (Entsch. Nr. 2).

Hat der Akkreditierte es durch Unterlassung der Prüfung ihm zugegangener Kontoauszüge ermöglicht, daß Abhebungen auf Grund gefälschter Quittungen erfolgten, so haftet er für den durch seine mangelnde Sorgfalt entstandenen Schaden dem Adressaten (Entsch. Nr. 3).

Hat der Käufer eines mit Schwamm behafteten Grundstückes auf das ihm zustehende Wandlungsrecht verzichtet, weil der Verkäufer sich zur vollständigen Schwammabeseitigung auf seine Kosten bereit erklärte, und erfüllt der Verkäufer die übernommene Verpflichtung nicht, so kann der Käufer von der Vereinbarung zurücktreten und Wandlung verlangen (Entsch. Nr. 4).

Kennt der Käufer einer Hypothek bei dem Abschluß des Kaufes das Nichtbestehen der gekauften, durch das Hypothekenrecht gesicherten Forderung, und hat deshalb der Verkäufer gemäß § 439 Abs. 1 BGB. das Nichtbestehen der Forderung nicht zu vertreten, so entfällt auch die Haftung des Verkäufers für den rechtlichen Bestand des Hypothekenrechts aus § 437 BGB. (Entsch. Nr. 5).

Wird bei einer Auskunft über einen früheren Angestellten eine durch diesen begangene vereinzelte Veruntreuung nicht aus persönlichen Interessen, sondern in der Überzeugung verschwiegen, der Angestellte werde bei der dem Anfragenden ausdrücklich empfohlenen strengen Kontrolle keine Unredlichkeit mehr begehen, so liegt eine Sittenwidrigkeit nicht vor (Entsch. Nr. 8).

Dadurch, daß die Stadtgemeinde während der Hundesperre frei herumlaufende Hunde einfangen und verwahren läßt, wird die Tierhalterhaftung der Besitzer der eingefangenen Hunde nicht aufgehoben (Entsch. Nr. 9).

Zur Eigentumsübertragung mittels Besitzkonstitut ist es nicht erforderlich, daß ein Rechtsanspruch des Erwerbers auf Herausgabe der Sache zu einem bestimmten Zeitpunkte aus dem vereinbarten Rechtsverhältnis hervorgeht (Entsch. Nr. 10).

Die Bestimmung des § 2038 Abs. 2 BGB., daß die Teilung der Früchte des Nachlasses erst bei der Auseinandersetzung erfolgen solle, kann nur durch Übereinstimmung sämtlicher Erben, nicht auch durch Mehrheitsbeschluß außer Kraft gesetzt werden. Ein Recht, am Schlusse jeden Jahres die Teilung des Reinertrags zu verlangen, steht den einzelnen Erben nur zu, wenn die Auseinandersetzung auf länger als ein Jahr ausgeschlossen ist (testamentliche Anordnung des Erblassers, Vereinbarung der Erben, zu erwartenden Geburt eines Miterben usw.). Verzögert sich die Auseinandersetzung nur tatsächlich auf länger als Jahresfrist, so ist dieses Recht auf Teilung der Früchte nicht gegeben (Entsch. Nr. 11). R.