

# 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 2 gespaltene Petitzeile 50 Pfg. (Die ganze Seite enthält 160 Zeilen.) Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt sowie die Expedition Berlin S. 14

## Vereinsnachrichten.

Tagesordnung des XXI. Deutschen Anwaltstages  
zu Breslau.

1. Verhandlungstag, Donnerstag, den 4. September:  
Reform der Rechtsanwaltsordnung: Freizügigkeit,  
Lokalifizierung, Änderung des § 5 Ziffer 5 der Rechts-  
anwaltsordnung, Ehrengerichtswesen (Strafensystem,  
Ehrengerichtshof).

Gutachter: Rechtsanwalt Dr. Viktor Berger-  
Leipzig;

Rechtsanwalt Dr. Finger-Bremen.

Berichterstatter: Rechtsanwalt Dr. M. Fried-  
länder-München;

Justizrat Dr. Garnier-Cassel.

2. Verhandlungstag, Freitag, den 5. September:  
Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozeß.

Gutachter: Justizrat E. Koffka-Berlin.

Berichterstatter: Justizrat Dr. Heilberg-  
Breslau;

Rechtsanwalt Dr. Mittel-  
staedt-Leipzig.

## Hilfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer im Großherzogtum Hessen hat der  
Kasse abermals eine Beihilfe von 1000 M. gewährt. Der  
Kammer und ihrem Vorstande ist für die reiche Beihilfe  
der herzlichste Dank ausgesprochen worden.

## Die privatrechtlichen Bestimmungen des preussischen Wassergesetzes.

Von Justizrat Zelter, Stettin.

Das preussische Wassergesetz ist abgeschlossen. Nach dreißig-  
jährigen Vorarbeiten hat der Entwurf von 1911, ausgestaltet  
durch eine sorgfältige langwierige Arbeit der Kommissionen, die

Billigung des Parlaments gefunden, und demjenigen, der die  
wichtige Kodifikation durchprüft, wird es als ein hervorragend  
gelungenes Werk erscheinen müssen. Neben dem im modernen  
Sinn ausgebauten Problem des Schutzes vor Wassergefahr,  
dem Deiche, Talsperren, Strombauten dienen sollen, verkörpern  
sich zwei Gedanken in ihm: der Wunsch, im Interesse des Kultur-  
fortschrittes, im Interesse von Landwirtschaft und Industrie die  
Ausnutzung der Wasserkraft möglichst zu fördern und anderer-  
seits die Notwendigkeit, bei den gesteigerten Ansprüchen an den  
Wasserschutz formell berechnete Ausnutzung da zu hemmen, wo  
sie durch zweckwidrige Verschwendung oder durch Eintwirkung auf  
die Interessen anderer die Volkswirtschaft und Kultur schädigt.  
Nach diesen Zielen streben die Normen des Gesetzes, ihnen muß  
auch das Eigentumsrecht, sowohl das frühere wie das neu-  
geschaffene, weichen, und da überall die Billigkeit, die Zweck-  
mäßigkeit, das Ausgleichungsprinzip zur Lösung von Rechts-  
kollisionen, wie es das BGB. schon im § 1024 aufgestellt hat,  
den entscheidenden Instanzen zur Grundlage gegeben ist, ist die  
Erfüllung zu erhoffen.

Dieses wirtschaftliche Ausgleichungsprinzip kehrt nicht nur in  
dem wirklichen Anspruch auf Regelung der Ausübung kollidierender  
Rechte, sondern auch in den verschiedensten Begriffsformen  
wieder. Wo Einrichtungen geschaffen werden, sollen es nur  
solche sein, die mit dem Unternehmen vereinbar und wirtschaftlich  
gerechtfertigt sind. Wo Vorteile des Rechtsprävalenten dem  
Schaden bestehender Rechte gegenüberstehen, kommt es nächst  
dem Interesse des öffentlichen Wohls auch darauf an, ob der  
Nutzen des ersten größer ist als der Schaden des andern. Wo  
das Gesetz als Korrelat der Rechtsentziehung in erweiterter  
Nachbildung der Enteignung dem Erwerber des neuen Rechts  
die Pflicht zur Entschädigung bestehender Rechte auferlegt, wird  
in den meisten Fällen der Umfang der Entschädigung anders  
als nach den Grundsätzen der Enteignung dahin normiert, daß  
die Entschädigung der Billigkeit entsprechend den Umständen nach  
zu leisten sei; es werden also alle wirtschaftlichen Momente  
herangezogen, der direkte und indirekte Vorteil, den der Geschädigte  
aus der neuen Rechtsschöpfung erhält, ist mit zu bewerten.

Das Gesetz ist umfangreich, weil es neben dem neuen eine  
Menge alter, erprobter Bestimmungen, zum Teil nur wenig

verändert, in sich aufnimmt. Wenn auch stellenweise die Normen der an sich schwierigen Materie nicht leicht verständlich gefaßt sind, auch das System der Verweisungen leider nicht verlassen ist, so erleichtern doch klargestriebene Motive das Studium.

Die nachstehenden Zeilen sollen lediglich die wichtigsten Neuerungen auf dem Gebiet des Privatrechts gegenüber dem altpreussischen Zustand skizzieren.

#### Einteilung der Gewässer. §§ 1—6.

Während die älteren Rechte von dem Unterschied der öffentlichen und nichtöffentlichen Gewässer ausgingen, das Landrecht die geschlossenen und nichtgeschlossenen Privatgewässer unterschied, daneben die Quellen und das wildablaufende Wasser stellt, scheidet nun das Wassergesetz die Gewässer in Wasserläufe und andere Gewässer. Zu den letzteren gehört das Grundwasser, die Seen und Teiche, die keinen oder doch nur einen künstlichen Abfluß haben, diejenigen Quellen, welche nicht von der Ursprungsstelle ab im festen Gerinne laufen, ferner diejenigen Gräben, welche nicht die Vorflut zwischen den Grundstücken verschiedener Eigentümer vermitteln, auch diejenigen Wasserflächen, welche in künstlicher Verbindung mit Wasser zum Zwecke der Fischzucht oder Fischhaltung bespannt werden, und schließlich das wildablaufende Wasser. Wasserläufe sind dagegen alle anderen Gewässer, die in natürlichen oder künstlichen Betten beständig oder zeitweilig oberirdisch abfließen, einschließlich ihrer oberirdischen Quellen, sowie die Seen mit natürlichem Abfluß.

Die Wasserläufe werden in drei Ordnungen eingeteilt, von denen die erste, wiedergegeben durch ein dem Gesetz anliegendes Verzeichnis, wesentlich die Ströme und Schiffahrtskanäle umfaßt (darunter noch besonders privilegierte), während die Wasserläufe zweiter Ordnung in den einzelnen Provinzen durch ein Verzeichnis aufgenommen werden sollen. Als Grundlage gilt die Bestimmung, daß sie für die Wasserwirtschaft von größerer Bedeutung sein sollen. Alle anderen Strecken natürlicher und künstlicher Wasserläufe fallen in die dritte Klasse. Diese Reglementierung scheint zunächst etwas schematisch, ist aber von praktischer Bedeutung für die spätere Anwendung der öffentlich-rechtlichen, privatrechtlichen und wasserwirtschaftlichen Bestimmungen, die gegenüber den verschiedenen Ordnungen sich auch verschieden gestalten.

#### Eigentum. §§ 7—18, 196—205.

Neu geordnet ist nun die Einführung eines allgemeinen privatrechtlichen Eigentumsbegriffs, die Regelung der Rechte am Wasser nach diesem Ausgangspunkt. Die bestehenden Rechte kennen ein klares, privatrechtliches Eigentum nur an dem Grundwasser, der Quelle, dem See; über die Natur der Rechte an der Welle des Flusses differieren die Normen, ja auch das Bett des Flusses untersteht nicht überall dem Immobiliareigentum, die Nutzungen des öffentlichen Stromes sind Regal. Das neue Gesetz stellt zunächst das privatrechtliche Eigentum überall, auch an dem ganzen Wasserlauf, also auch an der Welle, fest, indem es Fluß und Bett zu einer Einheit verbindet. Freilich besteht kein Besitz an der Welle, Gegenstand des Eigentums ist die jeweilige wechselnde Wassermasse innerhalb des betreffenden Raumes über dem Flußbett.

Die Einteilung des Gesetzes entscheidet über die Person des Eigentümers. Zwar bleibt das frühere Eigentum erhalten,

jedoch muß bei Strömen in den ersten 10 Jahren grundbuchliche Eintragung nachgeholt werden; sonst gehen die Wasserläufe erster Ordnung in das privatrechtliche Eigentum des Staates über, die Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung werden, falls sie eigentumsfrei sind, Eigentum der Anlieger, ebenso die oberirdischen Gewässer, die nicht zu den Wasserläufen gehören. Das unterirdische Wasser bleibt Eigentum des Grundstückseigentümers.

#### Polizeiliche Verbote. §§ 19—24, 199—202.

In die Privatrechtsphäre greifen auch hinein die zunächst im Interesse der Allgemeinheit gegebenen polizeilichen Verbote, welche dem Eigentümer und Nutzungsberechtigten bei Wasserläufen und Seen die Verunreinigung durch feste und schlammige Stoffe, bei ersteren auch durch Erde, Sand, Steine, Schlacken, Holz, tote Tiere, überhaupt untersagen, und die Einleitung flüssiger Stoffe über den Gemeingebrauch hinaus bei Wasserläufen von der Genehmigung der Wasserpolizeibehörde abhängig machen; denn im Anschluß hieran erweitert das Gesetz die zivilrechtliche Pflicht der Reinhaltung. Während früher nur die Unterlieger Einleitungen, die das Maß des Gemeinüblichen überschritten, nicht zu dulden brauchten, die Reinhaltung sonst nur im Interesse der Fischerei geboten war, gibt die jetzige Regelung jedem Geschädigten einen zivilrechtlichen Schadenserzanspruch, und dieser Anspruch richtet sich zunächst gegen den Unternehmer der Anlage, von dem die Verunreinigung herrührt. Der Unternehmer kann sich nur exkulpieren, wenn er nachweist, daß er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zur Verhütung der Verunreinigung beobachtet hat. Aus dem Fischereigesetz ist das Verbot des Nötens von Flachs und Hanf für Wasserläufe übernommen mit der Befugnis des Bezirksausschusses, notwendige Ausnahmen zu gestatten, jedoch befreit diese Erlaubnis nicht, wie früher, vom Schadenserzanspruch.

Ferner unterliegt die Errichtung von Anlagen in Wasserläufen, die nicht auf Grund eines gesetzlichen geordneten Verfahrens geregelt ist oder zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltungspflicht ausgeführt werden, behördlicher Genehmigung, bei Wasserläufen dritter Ordnung der Regelung durch Polizeiverordnung, auch kann zum Zwecke der Erhaltung der Vorflut die Polizeiverordnung Bestimmung darüber treffen, daß auch Anlagen am Ufer der Genehmigung bedürfen. Die erste Bestimmung stellt eine Erweiterung des geltenden Rechts dar, das im wesentlichen nur für die Ströme und Privatflüsse ein Untersagungsrecht der Behörde anerkannte.

#### Gemeingebrauch. §§ 25—39, 199.

Der Gemeingebrauch wird etwas erweitert. Die Wasserläufe erster Ordnung dürfen wie früher von jedermann zur Schifffahrt und Flößerei benutzt werden. Das Annerkum dieses Verkehrsrechts, das Leinpfadrecht, wird im Sinne der herrschenden Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts dahin festgelegt, daß es nicht nur die Ufergrundstücke erfaßt, und daß die Anlieger den Ausbau des Leinpfades durch den Staat zu dulden haben müssen. Die Verpflichtung, Landung und Aussetzung der Ladung in Notfällen zu dulden, wird auch auf die Aussetzung des Schiffes ausgedehnt. Die Entschädigung des Uferbesizers bei der Ausübung des Leinpfadrechts oder der

Aussetzung der Ladung wird abweichend vom Landrecht geregelt. Nur derjenige Schaden, welcher durch Landen, Befestigen, Aussetzen von Schiff und Ladung oder derjenige, der durch die bestimmungswidrige Benutzung des Leinpfades entsteht, ist zu ersetzen, und zwar liegt die Haftung dem Schiffseigentümer ob. Diese Haftung tritt aber nur als eventuelle ein, wenn nicht die reichsgesetzliche Haftung des Binnenschiffahrtsgesetzes und des Flößereigesetzes den Entschädigungsanspruch regelt, und daneben bleibt die Möglichkeit weiterer Schadensansprüche nach den Normen des BGB.

Die Benutzung der Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung sowohl zum öffentlichen Verkehr durch Rahnfahrten wie zur Flößerei bleibt als Gemeingebrauch bestehen, wo sie bisher gemeinüblich oder zugelassen war, sie kann aber auch neu durch den Landwirtschaftsminister zugelassen werden. Diese neue Zulassung erzeugt zunächst eine privatrechtliche Schadenersatzpflicht des Staates für nachteilige Wirkungen der Flößerei, die nicht durch besondere Einrichtungen ausgeschlossen werden und vom Bezirksauschuß nach den Grundsätzen des Enteignungsrechts festzusetzen ist. Im übrigen ist die Art der Ausübung der Flößerei sowie die Beschränkungen, die den Uferbesitzern aufzuerlegen sind, durch ministerielle Flößereiordnung entsprechend dem Privatflußgesetz zu regeln.

Erweitert ist nun bei natürlichen Wasserläufen der Gemeingebrauch auf Benutzung des Wassers für Hauswirtschaftszwecke. Gestattet wird nicht nur (unabhängig von der bisherigen Beschränkung auf das Schöpfen) die Entnahme von Wasser für die Hauswirtschaft und den landwirtschaftlichen Hofbetrieb, es wird auch die Einleitung der Abwässer der betreffenden Hauswirtschaft und bei den Wasserläufen erster Ordnung die Eisentnahme zugelassen, jedoch immer nur unter der Voraussetzung, daß durch diesen Gemeingebrauch andere nicht benachteiligt werden. Die gleiche Voraussetzung ist der allgemeinen Benutzung des Wassers zum Baden, Schwimmen, Waschen, Viehtränken, Rahnfahrten, soweit es bisher gemeinüblich gewesen ist, und Eislaufen vorgeordnet. Ausgeschaltet ist dieser Gemeingebrauch innerhalb der Parke, Gärten und Hofräume der Flußeigentümer.

Die Rechtskollision ist verschieden geregelt. Der Eigentümer des Wasserlaufs und derjenige, der ein wohlervorbenes Benutzungsrecht bei Inkrafttreten des Gesetzes besaß, wird in geringerem Maße eingeschränkt als andere zum Gemeingebrauch berechnete Personen. Letztere dürfen sich gegenseitig den Gemeingebrauch nicht erheblich erschweren. Der Eigentümer, der aus wohlervorbenem Recht Berechnete, hat den Gemeingebrauch nur so weit zu achten, daß er ihn nicht unnützlich erschwert oder ohne erheblichen Grund unmöglich macht. Beschränkt wird der Gemeingebrauch sonst nur lediglich dadurch, daß die Wasserpolizeibehörde ihn im Interesse des öffentlichen Wohls einschränken oder geeignetenfalls verbieten kann.

**Gesetzliche Einschränkungen des Eigentums. §§ 40—45, 196—202, 330.**

Die Verfügungsberechtigung ist im Interesse des Gesetzeszwecks zugunsten anderer Interessenten wesentlich weiter eingeschränkt. Das Eigentum an den Gewässern, die nicht Wasserläufe sind, kannte nach dem bestehenden Recht keine

privatrechtliche Hemmung. Der Grundeigentümer konnte das in seinem Grundstück befindliche unterirdische Wasser nach Gutdünken gebrauchen, ableiten, eine unterirdische Quelle, ein später auf einem anderen Grundstück zutage tretendes Wasser abfangen, gleichgültig, ob dadurch fremde Grundstücke entwertet, gleichgültig, ob bereits vorhandenen Brunnen das Wasser entzogen wurde. Nur mittelbare Ableitung aus einem Privatfluß war ihm versagt. Hier setzt nun die kulturfördernde Tendenz mit dem ersten großen Eingriff in die Eigentumsphäre ein, aus der Erwägung, daß einmal die Bedeutung des unterirdischen Wassers, namentlich für die Trinkwasserversorgung, fortwährend gewachsen ist, daß andererseits die unterirdischen Wasseradern in sich und mit den oberirdischen zusammenhängen, die Entziehung des Grundwassers also auf den Wasserstand der Wasserläufe einwirkt.

Das Gesetz löst die widersprechenden Interessen in folgender Weise:

Der Eigentümer darf das unterirdische Wasser nicht dauernd weiter fördern, wenn er dadurch die Wassergewinnungsanlage oder die benutzte Quelle eines andern wesentlich schmälert, die bisherige Benutzung des Grundstücks eines andern erheblich beeinträchtigt oder schließlich den Wasserstand eines Wasserlaufes oder eines Sees derartig verändert, daß andere in der Ausübung ihrer Rechte beeinträchtigt werden. Diesem Prinzip setzt der Gesetzgeber wieder die ausgleichende Norm entgegen, daß der Eigentümer trotz dieser Schädigung frei verfügen kann, wenn sein Unternehmen dem öffentlichen Wohl dient oder sein Nutzen den Schaden des andern erheblich übersteigt. In diesem Fall kann der Geschädigte nur Herstellung von Einrichtungen zur Verhütung oder Ausgleichung des Schadens fordern, wenn solche Einrichtungen mit dem Unternehmen vereinbar und wirtschaftlich gerechtfertigt sind und erhält, soweit dies unmöglich ist, Entschädigung nur in dem oben erwähnten beschränkten Umfang.

Ebenso darf auch der Eigentümer eines geschlossenen Sees durch Senkung oder Hebung des Spiegels den Grundwasserstand zum Nachteil anderer nicht verändern, das Wasser auch zum Nachteil anderer nicht verunreinigen; auch die kulturschädliche Aufstauung des Grundwasserstromes eines Tales durch unterirdische Anlagen und die mittelbare Verunreinigung des unterirdischen Wassers, eines Sees oder eines Wasserlaufes durch Einbringung von Stoffen in den Boden (abgesehen von landwirtschaftlicher Düngung), wird verboten, falls sie andere benachteiligt.

Bezüglich des wildablaufenden Wassers, das seinem natürlichen Gefälle folgte, war der Rechtszustand verschieden. In den gemeinrechtlichen und französisch-rechtlichen Gebieten Preußens galt die *actio pluviae arcendae*; sie wird dort für landwirtschaftlich benutzte Grundstücke meist aufrechterhalten (§ 198). Im übrigen ist der Rechtszustand des Landrechts (§§ 102 ff. Teil I Titel 8) im wesentlichen beibehalten. Der Unterlieger darf das Wasser abhalten, muß es nur aufnehmen, wenn es der Oberlieger nur mit unverhältnismäßigen Kosten ableiten kann. Die Aufnahme ist jedoch dadurch bedingt, daß der Unterlieger es weitergeben kann;<sup>1)</sup> kann er

<sup>1)</sup> Nicht auch dadurch, daß sein Grundstück unbebaut ist, wie nach Landrecht.

das nicht, so gilt wieder das oben erwähnte Prinzip: die Ausnahme ist dadurch bedingt, daß sein Nachteil kleiner ist als der Vorteil des Oberliegerts; der Oberlieger hat ihn zu entschädigen. Künstliche Veränderung des Ablaufes ist auch dem Oberlieger überall unterlagt.

Bei den Wasserläufen bestanden freilich schon Einschränkungen des Eigentümers und Nutzungsberechtigten nach dem Privatflußgesetz; aber auch diese Rechte sind erweitert. Das Gesetz zählt zunächst bestimmte Nutzungsarten als wesentlichen Inhalt des Eigentumsrechts auf und gibt Einschränkungen dieser Benutzungsarten. Die nicht erwähnten geringwertigeren Nutzungen bleiben uneingeschränkt.

Die aufgeführten Benutzungsarten gliedern sich:

- a) Gebrauch des Wassers als Wasser, durch Entnahme in unmittelbarer und mittelbarer Ableitung, als Triebkraft, als Verkehrsstraße,
- b) Verbrauch des Wassers,
- c) Benutzung des Wassers zur Aufnahme von Wasser und Stoffen,
- d) Gewinnung von Wasserkräften,
- e) Heben und Senken des Wasserspiegels und Bettes.

Schon nach den Bestimmungen des Privatflußgesetzes durfte gegenüber den Anliegern der Eigentümer die Vorflut nicht schädigen, keine Überschwemmungen und Versumpfungen herbeiführen, das abgeleitete Wasser, soweit es nicht verbraucht war, innerhalb seiner Grenze wieder zuführen, die Hälfte des Wassers dem jenseitigen Anlieger zur Benutzung belassen.

Diese Rechte der Anlieger sind dahin erweitert, daß an Stelle der Vermeidung der Versumpfung, Überschwemmung das allgemeine Verbot tritt: der Wasserstand darf überhaupt nicht derart vom Eigentümer verändert werden, daß andere in der Ausübung ihrer Rechte am Wasserlauf beeinträchtigt oder fremde Grundstücke geschädigt werden. Das Gesetz will hierdurch die schweren wirtschaftlichen Schäden, die durch Senkung oder Hebung des Grundwasserstandes entstehen können, verhindern, auch dem Grundstücke Schutz gegen Entziehung nützlicher Frühjahrüberflutungen gewähren.

Korrespondierend mit dem allgemeinen Verbot wird auch der Eigentümer dahin verpflichtet, daß er den Wasserlauf zum Nachteil anderer nicht verunreinigen darf, und schließlich darf auch der Eigentümer durch seine Benutzung die Unterhaltungspflicht eines andern nicht erschweren.

Diese Einschränkung des Eigentumsrechts wird aufgehoben, wenn das landwirtschaftliche Kulturinteresse überwiegt. Das Gesetz führt den Begriff der gewöhnlichen Bodenentwässerung ein, der Abführung des schädlichen Wassers durch Drainage oder offene Gräben von geringer Breite und Tiefe. Zum Zwecke dieses notwendigen Kulturwerks kann auch zum Nachteil anderer der Wasserspiegel eines geschlossenen Sees sowie ein Wasserlauf, der der natürliche Vorfluter der betroffenen Grundstücke ist, gesenkt werden, was sonst selbst dem Eigentümer prinzipiell untersagt ist.

Die Rechte von Mühlen auf ungehinderte Benutzung des Wassers, welche bei Erlaß des Privatflußgesetzes rechtmäßig bestanden haben, bleiben auch gegenüber den Eigentümern der Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung bestehen.

### Verleihung. §§ 46—85, 203.

Die wichtigste und kunstvollste Konstruktion des Gesetzes ist das Institut der Verleihung. Die Gewerbeordnung gibt das Prinzip der Konzession zu gewerblichen Unternehmen, welche mit dem rechtlichen und wirtschaftlichen Interesse anderer kollidieren können. Die Enteignung gibt im Interesse des öffentlichen Wohls das Privileg für ein bestimmtes Unternehmen, anderen Rechte entziehen zu können. An diese Institute schließt sich formell die Verleihung an, die jedoch in ihrem Ausbau viel weiter geht. Das Gesetz ergibt in seiner Gestaltung schließlich einen tatsächlichen Anspruch auf Verleihung bestimmter Rechte unter bestimmten Voraussetzungen, und zwar Rechte auf Benutzung des Wassers und des Wasserlaufes, sowie Rechte auf Einschränkung anderer Rechte. Der Anspruch ist freilich nicht im Rechtsweg verfolgbar, aber die Festlegung der Grenzen ist eine so präzise, daß er gesichert erscheint, die Gleichmäßigkeit des Schutzes dadurch gewährleistet, daß die Kommission eine Zentralbehörde, das Landeswasseramt, als höchste Instanz geschaffen hat.

#### a) Verleihbare Rechte (§§ 46, 203).

Der Kreis der verleihbaren Rechte schließt sich an die Wasserbenutzungsbefugnisse des Eigentümers an. Bei Wasserläufen können einem Nichtigentümer diejenigen Rechte verliehen werden, welche oben erwähnt und im Gesetz als Hauptnutzungsbefugnisse aufgefaßt sind, und zwar auch über die Grenze der den Eigentümer hemmenden gesetzlichen Einschränkungen hinaus, daneben das Recht zur Anlage von Häfen und Stichtkanälen, kommunaler und gemeinnütziger Badeanstalten, sowie Anlegestellen und ähnliche Anlagen, die über die Zwecke der Haushaltung und Wirtschaft hinausgehen. Auch die Rechte des Wasserlaufes Eigentümers können durch Verleihung im gleichen Umfange erweitert werden. Bei den übrigen Gewässern kann die Verleihung zugunsten des Eigentümers ihm den Anspruch auf Befreiung von seinen gesetzlichen Einschränkungen gewähren. Einem Dritten kann gegen den Willen des Eigentümers die Nutzung solchen Wassers nicht durch Verleihung gegeben werden. Stimmt der Grundstückseigentümer dagegen der Ausnutzung seines Wasserschatzes durch den Dritten zu, so kann auch der Dritte für sein abgeleitetes Recht durch Verleihung die Befreiung von den gesetzlichen Einschränkungen erhalten.

#### b) Grenzen der Verleihung (§§ 47, 49, 50, 61, 62).

Der tatsächliche Verleihungsanspruch wird durch zwei Momente gegeben:

1. Die Berechtigung der einzelnen Prätendenten auf Verleihung desselben Rechts ist in bestimmte Klassen eingeteilt, so daß diese Rangordnung der Vorrechte bestimmte erkennbare Ansprüche schafft.
2. Nur aus ganz bestimmten Gründen kann die Verleihung untersagt und aufgehoben werden.

Nur ein Spielraum bleibt dem Ermessen der Behörde. Sie kann das auf unbegrenzte Zeit erbetene Recht auf bestimmte Zeit beschränken, jedoch bleibt dem Unternehmer ein Anspruch auf Verlängerung der Verleihung nach Ablauf der Zeit, falls nicht überwiegende Interessen des öffentlichen Wohls oder überwiegende wirtschaftliche Rücksichten entgegenstehen. Da nun diese Voraussetzungen denjenigen der Zurücknahme der Verleihung sehr nahe stehen, ist dieser Spielraum sehr begrenzt.

Die Gliederung der Vorrechte entnimmt ihre Grenzen den großen Prinzipien des Gesetzes, so daß zunächst die Bedeutung des beanspruchten Rechts für das öffentliche Wohl, wenn dies nicht in Frage kommt, die größere wirtschaftliche Bedeutung für die Ausnutzung des Wassers den Ausschlag gibt. Erst nach diesen Vorrechten kommt der Schutz des wohlervorbenen Rechts und das Zweckmäßigkeitprinzip der Lösung der Kollision zur Geltung. Bestehende Ausübung gibt vor neuen Unternehmen den Vorzug. Der Anspruch, der an einem andern Ort leicht erfüllt werden kann, tritt vor dem zurück, der nur in der beanspruchten Weise gewährt werden mag. Nach diesen allgemeinen sachlichen Erwägungen folgt die dritte Klasse der Abstufung, gegliedert nach dem persönlichen Verhältnis des Prätendenten zum Wasserlauf; der Eigentümer geht dem Anlieger, der Anlieger dem Dritten vor.

Die negative Abgrenzung des Verleihungsanspruches ergibt sich aus absoluten und relativen Versagungsgründen. Als absoluter Versagungsgrund kommt nur in Betracht entgegenstehende überwiegende Rücksicht des öffentlichen Wohls, bei Talsperren, Seen, aus denen Wasserläufe dritter Ordnung abfließen, und künstlichen Wasserläufen auch der Widerspruch des Eigentümers; schließlich nationale Gründe: die ausländische Unternehmung, der Ausländer hat keinen Anspruch auf Verleihung.

Die relativen Versagungsgründe, welche aus der Kollision mit den Rechten anderer Personen entspringen, sind ebenfalls wesentlich beschränkt. Die Verleihung richtet sich zwar, anders wie die Enteignung, nicht gegen einen bestimmten Berechtigten, sondern gegen jedermann. Aber Einspruch hat nur, wer in der Ausübung eines Rechts durch die Wassernutzung des Prätendenten benachteiligt wird oder wem tatsächlich die Vorflut gestört und die Unterhaltung eines Wasserlaufes erschwert wird. Solche Personen können aber auch zunächst nur verlangen, daß der Prätendent den Nachteil durch Einrichtungen, die wirtschaftlich gerechtfertigt und mit dem Unternehmen vereinbar sind, verhütet. Diese Einrichtungen werden den Prätendenten als Auflagen gegeben.

Ist die Ausföhrung dieser Einrichtung unmöglich, so ist zu unterscheiden, ob dem Benachteiligten ein besonderer Titel, d. h. das Eigentum oder ein vertragliches oder gesetzliches Recht auf Wassernutzung zur Seite steht oder nicht.

Im letzteren Fall ist der Anspruch auf Verleihung stärker, wenn das Unternehmen als solches volkswirtschaftlich gerechtfertigt erscheint, d. h. wenn der Nutzen des Prätendenten den Schaden des Widersprechenden erheblich übersteigt, und der Unternehmer sein Werk anders zweckmäßig nicht ausföhren kann. Dann hat der Benachteiligte nur Anspruch auf Entschädigung. Ist das Unternehmen dagegen volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigt, so scheidet der Verleihungsanspruch an der Undurchföhrbarkeit der Schaden hemmenden Einrichtungen.

Im ersteren Fall der Benachteiligung eines titulierten Rechts scheint die tatsächliche Benachteiligung durch das verliehene Recht gleichwertig mit der Enteignung. Hier genügt nicht das volkswirtschaftliche Interesse an der Föderung der Wassernutzung, hier muß das Interesse des öffentlichen Wohls hinzukommen, um dem Unternehmer den Verleihungsanspruch zu gewähren, so daß das Verleihungsverfahren hier vollständig

an die Stelle des Enteignungsverfahrens tritt. Auch das letztere wird nicht ganz entbehrlich. Zur Enteignung muß der Unternehmer immer dort schreiten, wo er nicht nur den Berechtigten tatsächlich in seiner Rechtsausübung benachteiligt, sondern seine Rechte beseitigen will.

Der Verleihungsanspruch wird eingeschränkt durch ein Vetorecht der Minister nur in zweifacher Weise. Rechte an bestimmten, in dem Verzeichnis ausgezeichneten Strömen können, wenn die Wasserpolizeibehörde mit der Begründung widerspricht, daß überwiegende Rücksichten des öffentlichen Wohls entgegenstehen, nur mit Zustimmung der Minister für Handel und Gewerbe und der öffentlichen Arbeiten verliehen werden. Ebenso muß der Minister für Landwirtschaft zustimmen, wenn die Wasserpolizeibehörde einer Verleihung eines Rechts an einem Wasserlauf zweiter oder dritter Ordnung deshalb widerspricht, weil dadurch die Wirkung einer Talsperre beeinträchtigt wird. An Stelle der Zustimmung der Minister tritt die Einhaltung von Normatibestimmungen, falls diese von ihnen im voraus erlassen werden.

#### c) Auflagen (§§ 51—60).

Aus dieser Erschwerung der Versagungsgründe geht hervor, daß im wesentlichen der Anspruch auf Verleihung für den nach der Vorrechtsrangordnung Legitimierten auch trotz wiederstreitender Nachteile anderer Interessenten des Wasserschazes durchdringen soll und durchdringen muß. Als Gegenleistung für die Verleihung hatte das Gesetz zunächst die Möglichkeit einer Geldabgabe für den Nutzen des Erwerbers, insbesondere einen Wasserzins für die Entnahme von Wasser an den Eigentümer, bei Strömen an den Staat vorgeesehen. Diese hindernde Vorschrift hat die Kommission gestrichen. Der Prätendent hat also nur neben den Schutzeinrichtungen und den Maßnahmen zur Feststellung von Grundlagen für künftige Ansprüche die Benachteiligten zu entschädigen. Die Entschädigung richtet sich hier nach den Grundsätzen des Enteignungsrechts, nur dann nach der Billigkeit und den Umständen, falls die Freiheit von der Beschränkung in der Verfügung über das Grundwasser verliehen wird.<sup>2)</sup>

Als Teil der Entschädigungsfestsetzung kann auch die Übernahme von Grundstücken, deren Bewirtschaftung nicht mehr zweckmäßig erfolgen kann, durch den Unternehmer zu Eigentum gegen Bezahlung bestimmt werden. Die Rechte der Hypothekengläubiger und sonstigen dinglichen Interessenten werden geschützt; die in §§ 52, 53 ÖGBB. erwähnten obligatorischen und dinglichen Anrechte an dem Preis für die Zwangsübertragung werden ihnen verliehen.

#### d) Wirkung (§ 81).

Die Verleihung, obwohl öffentlich-rechtlicher Akt, gibt neben dem öffentlichen Anspruch auf Duldung gegen die Behörde ein absolutes Privatrecht, ausgestattet mit Rechtsschutz gegen jeden Störer. Für diesen Schutz sind die Normen des Eigentumsrechts entsprechend anzuwenden; Unterlassungsklage wie Schadensersatzanspruch stehen dem Inhaber zu. Alle Streitigkeiten über die aus der Verleihung entspringenden Rechte gehören in den ordentlichen Rechtsweg. Soweit das Recht sich gegen den

<sup>2)</sup> Weitere Modifikationen im § 52.

Eigentümer des Wasserlaufes oder eines andern Grundstücks richtet, wird man ihm den Charakter der Dienstbarkeit nicht absprechen können, daraus die Folge für die prozessuale Zuständigkeit gezogen werden müssen. Aus der Eigenart des Verleihungszwecks ergibt sich jedoch eine Bindung der Person des Erwerbers. Zwar bleibt er Träger des Rechts, aber während die Enteignung freie veräußerliche Rechte schafft, zwingt das Ziel des Gesetzes hier zu einer Bindung an das Unternehmen. Das Recht wird stets für ein bestimmtes Unternehmen erteilt, dessen Durchführung es ermöglicht, und dann mit diesem Unternehmen untrennbar verbunden, so daß es einer selbständigen Übertragung nicht fähig ist. Ob ein Teil der Vermögenswerte des Unternehmens ohne das verliehene Recht veräußert werden kann, ist Tatfrage. Können die verbleibenden Anlagen den Zweck der Verleihung in dem Sinne noch tragen, daß das verliehene Recht seinerzeit auch für die Restanlage hätte gewährt werden müssen, so wird man dies zulassen. Zweifelhafter erscheint dagegen, ob, wenn für ein und dasselbe Unternehmen mehrere Rechte verliehen sind, eine wirtschaftliche vermögensrechtliche Teilung derart möglich sein kann, daß die einzelnen Teile des Unternehmens, jedes ausgestattet mit einem der verliehenen Rechte, selbständig weiter bestehen darf. Die auf die Förderung der Wassernutzung gerichtete Tendenz des Gesetzes wird zur Befähigung führen müssen, auch dann, wenn die Verleihung nicht mit dem Grundstück dinglich verbunden ist. Das servitutähnliche Recht kann auf Antrag des Prätendenten weitergehend mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden werden. Das wird sinngemäß nur dann geschehen dürfen, wenn das Grundstück die wirtschaftliche Basis oder das wirtschaftliche Objekt der Wasserbenutzung gewähren soll, so das Fabrikgrundstück, die Mühlenanlage, dem die Abwässerung oder Wassernutzung dient, oder das Grundstück, welches berieselt werden soll. In diesem Fall wird das Recht dinglicher Bestandteil des Grundstücks, ist auf dem Grundbuchblatt zu vermerken und bleibt bei demjenigen Teil des Grundstücks bei Teilveräußerungen bestehen, dem es zum Vorteil dient. Hier kann aus dieser Bestimmung eine Teilung der verliehenen Rechte mit der Teilung der Grundstücke möglich sein, wenn jedes der verliehenen Rechte für den Teil zum Vorteil dient, mit dem es veräußert wird. Wenn sich dies Recht gegen ein Grundstück richtet, also immer dann, wenn es dem Nichteigentümer des Wassers zusteht, wird es, auch ohne Eintragung in dessen Grundbuch, zur Grunddienstbarkeit. Ob die Servitut ebenso wie das Zwangsrecht dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs entzogen ist, soll hier dahingestellt bleiben.

#### e) Verfahren (§§ 48, 63—76).

Das Verleihungsverfahren selbst ist im Anschluß an das Enteignungsgesetz geregelt; einzelne Bestimmungen finden sogar positive Anwendung. Der Unternehmer hat einen Plan vorzulegen, das Unternehmen vorzubereiten; der Plan wird bekanntgemacht. Das Verfahren beginnt dann mit einem Aufgebot der entgegenstehenden Rechte. Die Fristen werden mit der Wirkung gestellt, daß nichtangemeldete bekannte Ansprüche weder im Verleihungsverfahren noch in einem besonders geordneten Nachverfahren berücksichtigt werden können. Die Wasserpolizeibehörde wird gehört, die sämtlichen Interessenten zugezogen,

die Ansprüche in mündlicher Verhandlung erörtert und nur, soweit ein privatrechtlicher Titel streitig ist, die Entscheidung darüber ausgeschaltet und eventuell das Verfahren ausgesetzt. Dann entscheidet der Bezirksausschuß, wie bei der Enteignung, und bestimmt in seiner Entscheidung die Begrenzung des verliehenen Rechts, die Auflagen, den Ausschluß von Rechten Dritter, die Vorbehalte, welche entweder der richterlichen Entscheidung oder einem Nachtragsverfahren vorbehalten werden, die Entschädigungen, die der Unternehmer zu leisten hat, bzw. die Grundstücke, die er übernehmen muß. Gegen diese Entscheidung haben die Parteien des Verfahrens, nach deren Anträgen nicht erkannt ist, die Beschwerde an das Landeswasseramt, welches in einer Zusammensetzung von drei gelehrten Richtern und zwei Laien endgültig beschließt. Das Verfahren vor ihm ist durch Anwendung des Verwaltungsstreitverfahrens geregelt. Soweit Entschädigung des Unternehmers festgestellt ist, bleibt den an der Entschädigung interessierten Parteien der Rechtsweg offen, ebenso wie nach dem Enteignungsgesetz; die Frist zur Klage ist jedoch auf drei Monate herabgesetzt.

Verleihungsverfahren und gewerbepolizeiliche Genehmigung können nun dann zusammentreffen, wenn der Anspruch der Konzessionspflicht unterliegt. Da das gewerbepolizeiliche Verfahren die privatrechtlichen Widersprüche nicht erledigt (§ 15 der Gewerbeordnung), andererseits der Kreis der Befugungsgründe noch enger gezogen ist, zogen die Motive den Schluß daraus, daß praktisch die gewerbliche Konzession künftig dem Verleihungsverfahren wird nachfolgen müssen, weil die materiellen Rechte, die der Unternehmer durch die Verleihung erwirbt, ihm als Grundlage für die Erteilung der Konzession zur Seite stehen müssen. Eine Resolution erstrebt ein Gesetz zur Vereinigung beider Verfahren, um die unerwünschte Verdoppelung zu vermeiden.

#### f) Zurücknahme (§§ 84, 85).

Die Verleihung kann später zurückgezogen werden sowohl unter Entschädigung des Privilegierten wie ohne Entschädigung. Die entschädigungslose Zurücknahme erfolgt bei Zwecklosigkeit des Unternehmens (ähnlich dem § 53 der Gewerbeordnung), und wenn der Unternehmer die Ausübung unterläßt; dann kann dem Unternehmer, der selbst durch Unrichtigkeit seiner Nachweisungen die Verleihung erhalten hat, wenn überwiegende Nachteile für das öffentliche Wohl herbeigeführt sind, die Verleihung entzogen werden, ebenso wenn er wiederholt die Auflagen der Verleihung nicht erfüllt. Entzogen werden kann das Privileg gegen Entschädigung jederzeit, wenn für das öffentliche Wohl entweder überwiegende Nachteile oder Gefahren entstehen. Die Entschädigung erfolgt zunächst durch diejenige Korporation des öffentlichen Rechts, welche einen Vorteil von der Aufhebung genießt, nach Maßgabe dieses Vorteils, im übrigen durch den Staat.

#### Ausgleichung. §§ 87—90.

Wo bestehende Rechte auf Benutzung des Wassers und des Wasserlaufes konkurrieren, kennt das Gesetz in Erweiterung der allgemeinen Ausgleichungsvorschrift für Grunddienstbarkeiten ein Verfahren, die widerstreitenden Interessen nach den für die Rechtsgemeinschaft geltenden Prinzipien auszugleichen. Dieses Verfahren ist jedoch beschränkt auf die ihrer Qualität nach verleihrbaren Nutzungsrechte (gleichgültig ob sie durch das Gesetz

geschaffen worden sind oder nach dem Gesetz bestehen bleiben), gegenüber den durch Enteignung begründeten Rechten von der Zustimmung des Berechtigten abhängig, weil dieser Entstehungsgrund stärkeren Schutz verleiht. Der Ausgleichsanspruch setzt voraus, daß die Quantität des Wassers zur Erfüllung der verschiedenen Nutzungsrechte nicht ausreicht, oder daß die Qualität der Benutzungsarten sich gegenseitig beeinträchtigt. Das Maß oder die Zeit oder die Art der Benutzung wird entsprechend den Interessen aller an dem Verfahren Beteiligten nach billigem Ermessen geregelt; dabei sind die Bedürfnisse des Gemeingebrauchs zu berücksichtigen. Soweit die einzelnen Beteiligten infolge der Regelung mehr Schaden erleiden, als sie auf anderer Seite Vorteile gewinnen, hat derjenige, der den Vorteil der Regelung allein oder überwiegend genießt, ihnen den Schaden zu ersetzen. Aus derselben allgemeinen Gesetzes Tendenz folgt der Ausschluß des Ausgleichsanspruchs dann, wenn der gesamte Nutzen der Ausgleichung für alle Interessenten die Schäden des früheren Zustandes nicht erheblich übersteigt.

Einer der wichtigsten Fälle dieser Ausgleichung ergibt sich als Erweiterung des schon im Privatflußgesetz § 37 gegebenen Anspruchs. Dort konnte der Unternehmer einer Bewässerungsanlage von dem Eigentümer eines Triebwerks eine seinem Unternehmen nützlichere Einrichtung des Stauwerkes, des Gerinnes und des Wasserrades auf seine Kosten verlangen. Jetzt darf jeder Wassernutzungsberechtigte vom andern beanspruchen, daß der letzte auf die Kosten des ersteren seine Betriebsrichtungen verändert, falls diese Änderung eine bessere Nutzung des Rechts des ersteren herbeiführt. Freilich hat der Antragsteller auch noch die Kosten des Betriebsstillstandes und die Mehrkosten des Betriebes und Unterhaltung zu tragen, soweit sie nicht durch die dem andern aus der Änderung entstehenden Vorteile aufgewogen werden. Da der Ausgleichsanspruch mit der Gesetzeskraft auch für die bestehenden Rechte erwächst, wird seine Geltendmachung für die Wasserwirtschaft von besonderer Wichtigkeit sein.

Das Verfahren stimmt im wesentlichen mit dem Verfahren der Verleihung überein. Aus der Voraussetzung ergibt sich nur, daß Aufgebote unbekannter Rechte nicht vorkommen können.

### Zwangrechte. §§ 330—341.

Theoretisch weitgehender ist der Eingriff, den das Gesetz zugunsten bestimmter wasserwirtschaftlicher Unternehmungen in den sogenannten Zwangsrechten gewährt, denn hier werden nicht nur positive Rechte, welche tatsächlich den andern benachteiligen, gewährt, sondern ohne Enteignung rechtliche Beschränkungen aus bestimmten tatsächlichen Verhältnissen unmittelbar für zulässig erklärt; nur den Umfang hat das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde festzulegen, und nur die absoluten Verfassungsgründe des öffentlichen Wohls bzw. das Vetorecht der Minister kann die Realisierung hemmen. Es werden folgende Ansprüche gegeben:

a) ein Anspruch auf oberirdische oder unterirdische Durchleitung von Wasser zur Entwässerung oder Bewässerung von Grundstücken, zur Wasserbeschaffung für häusliche und gewerbliche Zwecke oder zur Beseitigung von Abwässern zugunsten des Unternehmers;

b) der Anspruch auf Veränderung des Wasserlaufes zugunsten eines Unternehmens, das die Entwässerung, die Beseitigung von Abwässern oder die bessere Ausnutzung einer Triebwerksanlage bezweckt. Voraussetzung ist, daß das Unternehmen anders nicht zweckmäßig oder nur mit erheblichen Mehrkosten durchgeführt werden kann, und sein Nutzen den Schaden der Eigentümer des Wasserlaufes und der betroffenen Grundstücke übersteigt. Dient das Unternehmen der gewöhnlichen Bodenentwässerung der Grundstücke, für welche der Wasserlauf der natürliche Vorfluter ist, so darf der Unternehmer auch die Senkung oder Hebung des Wasserspiegels verlangen, falls er dadurch nur den Grundwasserstand verändert;

c) der Anspruch desjenigen, dem ein Staurecht verliehen ist, auf Anschluß der Stauanlage an das gegenüberliegende Ufergrundstück;

d) der Anspruch des Eigentümers oder Nutzungsberechtigten eines Ufergrundstücks, daß der Flußeigentümer die Einrichtung von Treppen, Brücken, Anlegestellen, Badeanstalten und ähnlichen Anlagen einfacher Art für Hauswirtschaft, Badeanstalten, soweit sie nicht dem Verleihungsverfahren unterliegen, dulde;

e) der Anspruch auf Gestattung der Mitbenutzung von Anlagen zur Beseitigung von Abwässerung, Entwässerung und Bewässerung, der für den letzten Fall dem Eigentümer von solchen Grundstücken zusteht, die zur Herstellung der Anlage in Anspruch genommen worden sind, bei den anderen Anlagen dagegen allgemein denjenigen Interessenten zukommt, welche von der Mitbenutzung Vorteil ziehen können.

Das Zwangsrecht hängt in beiden Fällen von der Voraussetzung ab, daß anders als durch diese Mitbenutzung die Inhaber der Zwangsrechte dieses Ziel nicht zweckmäßig oder nur mit erheblichen Mehrkosten erreichen können, und daß der Eigentümer der Anlage nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt wird.

In allen diesen Fällen hat der Zwangsrechtsinhaber den Belasteten zu entschädigen; dabei ist jedes Interesse des Beschädigten zu berücksichtigen. Bei der gewöhnlichen Bodenentwässerung (zu b) ist der Nachteil der Veränderung des Grundwasserstandes nicht zu entschädigen. Analog dem Enteignungsrecht kann der belastete Grundstückseigentümer die Übernahme des Eigentums des zu den Anlagen erforderlichen Grund und Bodens gegen Entschädigung und auch die Übernahme des ganzen Grundstücks verlangen, wenn er den Rest nicht mehr zweckmäßig nach seiner bisherigen Bestimmung benutzen kann.

Als Zwangsrechte werden ferner noch behandelt der Anspruch auf Aufnahme des wildablaufenden Wassers sowie die schon durch § 11 des Vorflutedikts gegebene Möglichkeit, ein Staurecht im Interesse des öffentlichen Wohls zu beschränken und zu beseitigen. Gegen verliehene Staurechte ist ein solcher Anspruch nicht gewährt, weil das Verfahren auf Zurücknahme genügt.

Der Umfang der Zwangsrechte und die Leistungen der Beteiligten werden durch schriftliches Verfahren, das sich im übrigen den Bestimmungen des Verleihungsverfahrens anlehnt, vor dem Bezirksausschuß festgestellt. Nur die Rechte bezüglich der Aufnahme des wilden Wassers regelt der Kreis-ausschuß.

Die Zwangsrechte werden als Dienstbarkeiten aufgefaßt, sie entstehen mit der Rechtskraft des Beschlusses, der sie feststellt oder regelt. Diejenigen Rechte, welche eine an sich verleihsbare Benutzungsart des Wassers umfassen, sollen jedoch in das Wasserbuch, andere Zwangsrechte in das Grundbuch eingetragen werden; doch hemmt in keinem Fall die Nichteintragung ihre dingliche Wirksamkeit gegen Dritte, ihnen gegenüber schließt das Gesetz den öffentlichen Glauben des Grundbuchs aus.

### Unterhaltungspflicht. §§ 113—151.

Die Unterhaltungspflicht der Wasserläufe war und bleibt auch nach dem neuen Gesetz eine öffentlich-rechtliche, soll daher hier nicht behandelt werden, wenn auch der öffentlich-rechtlichen Pflicht privatrechtliche Ansprüche und Folgen entspringen. Es mag hier nur erwähnt werden, daß das Gesetz überall Träger der Unterhaltungspflicht bestimmt, verschieden geordnet nach den Klassen der Wasserläufe, daß es die Neubildung öffentlich-rechtlicher Unterhaltungspflicht durch Obervanz und Rezeß untersagt, den bisherigen Unterhaltungsverpflichteten nur zum Teil ganz oder unter Bedingungen die Verpflichtung überläßt, und im andern Fall den neu eintretenden Trägern einen privatrechtlichen Rückgriff an die früheren Verpflichteten verleiht. Den Umfang der Unterhaltung ändert das Gesetz nicht wesentlich; sie umfaßt die Erhaltung der Vorflut, bei Strömen auch die Erhaltung der Schiffbarkeit, nur die Uferunterhaltungspflicht ist eingehender und bei den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung umfassender geworden als bisher.

### Einfluß des Gesetzes auf die bisher bestehenden Rechte. §§ 379—385.

Bei der Frage, wie weit das Gesetz auf die bestehenden Privatrechte Anwendung finden sollte, konkurriert der Zweck, bald einheitliches Recht zu schaffen, mit dem Prinzip des Schutzes wohlervorbener Rechte. Die Kommission hat den ursprünglichen Entwurf, der auf die Ausübung aller erhaltenen Rechte die neuen Normen anwenden wollte, gemildert, wesentlich wohl deshalb, weil die bestehenden Trinkwasseranlagen durch die Beschränkung der Verfügungsfreiheit über das Grundwasser, die bestehenden Abwässerungsanlagen durch die privatrechtlichen Einschränkungen des Gesetzes Schaden leiden könnten. Der Rechtszustand ist nunmehr folgender:

Das privatrechtliche Eigentum an den Wasserläufen bleibt erhalten, jedoch nur mit seinem bisherigen Inhalt als bloßes Eigentum am Flußbett und mit den bisherigen Einschränkungen. Die öffentlich-rechtlichen Verbote und die neuen gesetzlichen Einschränkungen treten ihm gegenüber in Kraft. Eigentum an den Strömen geht auf den Staat über, wenn nicht innerhalb 10 Jahren der bisherige Eigentümer seine grundbuchliche Eintragung beantragt hat.

Die an sich verleihsbaren Nutzungsrechte sowohl am Wasserlauf wie am Grundwasser, sowie das Recht auf Aufnahme des

wilden Wassers durch die Unterlieger bleiben nur bestehen, wenn sie auf besonderem, öffentlichen oder privatrechtlichen, Titel beruhen; ferner solche untitulierten Rechte, die aus der früheren allgemeinen Gesetzesnorm entspringen sind, wenn die Inhaber für die Ausübung schon eine rechtmäßige Anlage geschaffen haben; rechtmäßig bedeutet, daß weder ein Privatrecht noch eine Behörde Widerspruch erheben kann. Die Rechtmäßigkeit einer Anlage, die vor dem 1. Januar 1902 bestanden hat, wird vermutet. Die Vermutung gilt dem gegenüber nicht, der in dieser Zeit Widerspruch bei der zuständigen Behörde erhoben hat. Im Interesse der Schaffung klarer Rechtszustände sollen aber alle diese aufrechterhaltenen Rechte erlöschen, falls nicht innerhalb 10 Jahren nach dem Eintritt der Gesetzeskraft ihre Eintragung in das Wasserbuch beantragt wird, und andererseits kann die Entziehung aller dieser Rechte wie die Entziehung verliehener Rechte im Wege des Zurücknahmeverfahrens erfolgen, wenn die Voraussetzungen, unter denen ein verliehenes Recht aufgehoben werden konnte, gegeben sind.

Diese aufrechterhaltenen Nutzungsrechte werden künftig den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des neuen Gesetzes untergeordnet, während ihre privatrechtlichen Grenzen sich nach dem Inhalt des Titels und den früheren Gesetzen richten. In zweifacher Richtung müssen aber auch die Rechte, welche nur mit Rücksicht auf die rechtmäßige Anlage aufrechterhalten werden, den modernen Normen nachgeben. Eine nach den früheren Gesetzen bestehende Befugnis, das Wasser über das Gemeinübliche hinaus zu verunreinigen, erlischt. Jeder Geschädigte hat demgegenüber die zivilrechtlichen Ansprüche des Gesetzes. Dann setzt aber auch das Gesetz der rechtmäßigen Anlage des früheren Eigentümers gewisse Grenzen bei solcher Ausnutzung des Grundwassers, welche fremde Wassergewinnungsanlagen und Quellen, fremde Grundstücke sowie den Wasserstand eines Wasserlaufs schädigt. Der Geschädigte kann unter den gleichen Voraussetzungen von dem Inhaber einer solchen rechtmäßigen alten Anlage Einrichtungen zur Verhütung fordern, wie bei einer neuen Anlage, erhält bei Unmöglichkeit solcher Einrichtungen die billige Entschädigung aber nur dann, wenn der Unternehmer ohne Gefährdung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des Unternehmens hierzu imstande ist.

Erhalten bleiben ferner diejenigen titulierten Rechte auf Benutzung eines Wasserlaufes, welche nicht verliehen werden können, insbesondere sind das Fährerechte, Nutzungsrechte der Anlieger, Pflanzen im Wasserlauf zu schneiden, auch das Fischereirecht wird ausdrücklich erwähnt; jedoch haben sich diese Rechte den neuen Normen bezüglich Erhaltung der Vorflut und der Schiffbarkeit unterzuordnen.

Die Wirksamkeit der erhaltenen Rechte, welche ihrer Art nach verleihsbar sein würden, kann noch in der Weise verstärkt werden, daß der Inhaber sie sich durch Beschluß der Verleihungsbehörde sicherstellen läßt. Das Verfahren entspricht dem Verleihungsverfahren. Die Wirkung hat für den Inhaber den Vorteil, daß er den neugeschaffenen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Schutz genießt und nicht auf den schwierigeren Nachweis der früheren Rechtswirkungen zurückgreifen muß. Denselben Anspruch hat auch der Eigentümer des Wasserlaufes wegen seiner im Gesetz besonders hervorgehobenen Nutzungsbefugnisse (§§ 86, 203).

## Wasserbücher. §§ 182—195.

Um die privatrechtlichen Wirkungen des Gesetzes möglichst weit zugänglich zu machen, hat das Gesetz für die Wasserläufe Wasserbücher geschaffen. Sie werden vom Bezirksauschuß geführt; die Führung bezüglich eines Wasserlaufes, der mehrere Regierungsbezirke durchfließt, kann einem Bezirksauschuß übertragen werden. Die Wasserbücher sind sofort für die Wasserläufe erster und zweiter Ordnung einzurichten, für einen Wasserlauf dritter Ordnung erst dann, wenn eine Eintragung erfolgt. Die Wasserbücher dienen nicht zur Eintragung des Eigentums, sondern lediglich zur Eintragung von Benutzungsrechten und Unterhaltungspflichten. Es müssen eingetragen werden die an sich verleihsbaren älteren Rechte, falls sie nicht erlöschen sollen; es werden eingetragen die verliehenen Rechte, die Zwangsrechte zugunsten der Entwässerung, Abwässerbeseitigung, Triebwerksausnutzung und zugunsten der Benutzung des Ufers für die Interessenten der Ufergrundstücke, soweit sie einen verleihsbaren Rechtsinhalt haben. Auch wer den Wasserlauf bei Inkrafttreten des Gesetzes besitzt, kann sein Benutzungsrecht, soweit er es durch Beschluß der Verleihungsbehörde sicherstellen lassen kann, eintragen lassen, ebenso ein anderer das abgeleitete Benutzungsrecht. Benutzungsrechte eines späteren Eigentümers oder dessen Kontrahenten sind nicht einzutragen. Die Eintragung geschieht bei Verleihungs- und Zwangsrechtsbeschluß, Sicherstellungserklärung der Verleihungsbehörde auf Ersuchen des Bezirksauschusses, bei den anderen aufrechterhaltenen Rechten auf Antrag des Berechtigten. Der Berechtigte hat sein Recht durch Urkunden nachzuweisen, eventuell glaubhaft zu machen, daß das Recht 10 Jahre lang ausgeübt oder die Anlage, deren Rechtmäßigkeit er behauptet, 10 Jahre bestanden hat. Ist auch dies nicht möglich, so wird der Antrag öffentlich und in allen betroffenen Gemeinden bekanntgemacht, der Eigentümer gehört und, wenn niemand in der bestimmten Frist widerspricht, das Recht eingetragen. Auch die Unterhaltungspflicht ist eintragungsfähig, falls sie nicht denen obliegt, die das Gesetz als allgemeine Träger bezeichnet.

Die Bedeutung der Eintragung im Wasserbuch gibt nur einen Beweiswert, die Vermutung der Richtigkeit, jedoch nicht einmal dann, wenn das Grundbuch mit ihr in Widerspruch steht, noch dann, wenn ein Widerspruch im Wasserbuch vermerkt ist.

Die weiteren Bestimmungen des Gesetzes enthalten im wesentlichen Normen öffentlich-rechtlicher Natur, so daß auf die darin zerstreuten privatrechtlichen Neuerungen hier nicht eingegangen werden soll. Sie erweitern die bestehenden Gesetze: Deichordnung, Strombauverwaltungs-gesetz, Wassergenossenschaftsgesetz; sie ordnen die Wasserpolizeibehörden und ihre Zuständigkeit, das Verfahren bei Anlage von Stauwerken und Talsperren und geben auch Strafbestimmungen. Aber der besprochene Teilinhalt läßt erkennen, wie wesentlich das Gesetz in die Privatrechtssphäre eingreift, welche bedeutsamen wirtschaftlichen Vorteile die Benutzung der neugeschaffenen Wege für Kommunen, Landwirtschaft und Industrie bietet, und wie notwendig allen Interessenten das Erfassen dieser Rechtsätze sein wird.

## Ist ein richterlicher Eid auch dann aufzuerlegen, wenn er voraussichtlich ohne Einfluß auf die Überzeugung des Gerichts ist?

Von Rechtsanwalt Link, Würzburg.

Die Ausführungen, welche Herr Amtsgerichtsrat Laubhardt, Bunzlau, zu dieser Frage in der JW. 1913, 10 ff. machte, können meines Erachtens nicht als richtig und beweiskräftig erachtet werden.

## I.

Sein Ergebnis, das Gericht müsse auf einen Eid erkennen ohne Rücksicht darauf, ob es annimmt, die Leistung des Eides werde auf seine Überzeugung keinen Einfluß haben, ist vielmehr abzulehnen und statt dessen zu sagen: Das Gericht darf nur dann auf einen Eid erkennen, wenn es der Überzeugung ist, die Leistung des Eides werde einen Einfluß auf seine Überzeugung haben.

Bei dieser Definition, die nur um des Gegensatzes willen zu der Laubhardts gewählt wurde, ist bereits der Fehler zum Ausdruck gebracht, der in den Deduktionen Laubhardts obwaltet. Der Begriff „Überzeugung“ schillert in verschiedenen Farben. Einmal ist hierunter die bereits gewonnene Überzeugung, ein andermal die erst zu gewinnende Überzeugung zu verstehen. Während im Anfang der Ausführungen Laubhardts dem Gesetze entsprechend von der Bildung der richterlichen Überzeugung und dem Einfluß des Eides hierauf die Rede ist, verschwindet zunächst das Wort „Bildung“ der Überzeugung in der Antwort zu dem gestellten Thema und im folgenden zeigt sich, daß mit dem Wort auch der Sinn sich verflüchtigt hat und in dem Schlusse der Ausführungen ist es unzweifelhaft geworden, daß das Gesetz den Richter nötige, den Inhalt eines Eides als wahr oder unwahr anzunehmen, wenn der Richter auch bereits die feste Überzeugung gewonnen habe, daß der Beschworene unwahr bzw. wahr sei.

Um diesen Doppelsinn des Wortes Überzeugung aus obiger Definition auszuschließen, erscheint es deshalb geboten, die Antwort dahin zu fassen, daß das Gericht einen Eid nur dann auferlegen darf, wenn es der Überzeugung ist, die Leistung des Eides werde einen Einfluß auf seine Ansicht, auf die Bildung seiner Überzeugung haben.

Hand in Hand mit der Umbildung des Begriffes der Überzeugung geht in den Ausführungen Laubhardts auch die Verschiebung des Momentes, in welchem die Überzeugung in Frage kommt. Es kommt gar nicht darauf an, ob das, was beschworen wird, wahr ist oder nicht, ob es der bisherigen richterlichen Anschauung entspricht oder widerspricht, ob es seine bisherige „Überzeugung“ zu erschüttern vermag oder nicht; all das sind für die Frage, ob der Eid aufzuerlegen sei oder nicht, ganz nebensächliche Gesichtspunkte. Hierfür kommt es nur darauf an, ob die Ergebnisse der bisherigen Verhandlungen nebst einer etwaigen Beweisaufnahme hinreichen, um für den Richter eine Überzeugung von der zu erweisenden Tatsache zu begründen oder nicht. Hat der Richter weder eine Überzeugung von der Wahrheit noch eine solche von der Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache gewonnen, so bleibt dem Richter, der das Urteil nicht verweigern darf, falls alle Beweismittel erschöpft sind und auf andere Weise eine Überzeugung

nicht zu gewinnen ist, kein anderes Mittel übrig, als zum richterlichen Eid zu greifen; er muß ihn auferlegen.

Hat der Richter bereits eine Überzeugung nach der einen oder anderen Richtung gewonnen, so ist für den richterlichen Eid kein Raum, das Gericht darf nach dem klaren Wortlaut des § 475 den Eid nur auferlegen, wenn es noch keine Überzeugung hat, sondern noch unentschieden und im Ungewissen ist.

Eine richterliche Überzeugung für die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache kann natürlich nur gegeben sein, wenn die Gründe und Beweismomente für und wider einander nicht die Wage halten, sondern die eine Seite einen erheblichen und offensichtlichen Ausschlag gibt.

Ein richterlicher Eid wäre hier unzulässig und ein offener Verstoß gegen das Gesetz.

Halten sich aber beide Seiten die Wage, gibt es auf keiner Seite einen sichtbaren Ausschlag, so ist die Möglichkeit des richterlichen Eides gegeben. Dann kann aber keine Rede davon sein, daß der Richter bereits eine Überzeugung nach irgendwelcher Richtung habe oder daß die Leistung oder Verweigerung des Eides seine „Überzeugung“ doch nicht erschüttern könne. Der Richter legt ja den Eid nur auf, um sich eine Überzeugung zu bilden, weil er noch keine hat. Wie auch der Inhalt des Eides lautet, jedesmal gibt die Leistung oder Verweigerung des Eides den sichtbaren Ausschlag und begründet eine richterliche Überzeugung.

Es ist deshalb nicht richtig, zu glauben, das Gesetz nötige den Richter, einen Eid aufzuerlegen, wenn er auch sicher voraussieht, daß die Leistung des Eides keinen Einfluß auf die Bildung seiner Überzeugung habe.

Gerade das Umgekehrte ist der Fall. Das Gesetz gibt dem Richter nur die Möglichkeit, einen Eid aufzuerlegen, weil er sicher voraussieht (infolge der formalen Beweiskraft des Eides), daß die Leistung des Eides einen bestimmenden Einfluß auf die Bildung seiner richterlichen Überzeugung haben werde.

Zwar sagt Raubhardt nicht genau, so wie oben in konsequenter Durchführung des angefangenen Gedankens gesagt werden mußte, sondern behauptet, das Gesetz nötige den Richter, einen Eid aufzuerlegen, wenn er auch sicher voraussieht, daß die Leistung dieses Eides auf seine Überzeugung von der Wahrheit des Beschworenen ohne jeden Einfluß sein wird.

Allein, gerade hierin liegt, wie schon oben berührt, eine Abweichung von der Gesetzesvorschrift. Nicht um die Frage handelt es sich, ob die Leistung des Eides für die Bildung der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit der zu beschwörenden Tatsache von Bedeutung sei, sondern darum, dem Gericht eine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu bringen. Die zu erweisende und die zu beschwörende Tatsache brauchen nicht identisch zu sein und sind es für die Regel auch gar nicht. Die zu beschwörende Tatsache ist regelmäßig nur ein Glied der zu erweisenden Tatsache; letztere ist meist viel komplexer. Ist nun die zu erweisende mit der zu beschwörenden Tatsache identisch, so kann es gemäß § 475 *3 PD.* zu einem Eide nicht mehr kommen, wenn der Richter bereits eine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsache hat. Der Richter braucht kein Mittel zur Begründung und zur Bildung seiner Überzeugung, wenn er schon eine solche hat.

Hat der Richter aber noch keine Überzeugung, so ist nicht einzusehen, warum ein Eid zu perhorreszieren sei. Der Richter erwartet hier von einer Klärung seiner eigenen Ungewißheit. Er sagt sich: Leistet der Mann den Eid, so bin ich der Überzeugung, daß es so sei, und entscheide so, verweigert er ihn, so bin ich der Überzeugung, daß es anders sei, und entscheide anders.

Ist die zu erweisende Tatsache mit der zu beschwörenden nicht identisch, so ist auch hier wieder der Eid nur zulässig, wenn der Richter von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache noch nicht überzeugt ist.

Ob er von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu beschwörenden Tatsache überzeugt ist, ist für die Frage der Zulässigkeit des Eides, um sich eine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu bilden, zunächst unerheblich.

Selbstverständlich wird der Richter aber überhaupt keine Tatsache, über die er sich schon ein fertiges Urteil gebildet hat, die er für erwiesen oder nicht erwiesen hält, unter Eid stellen.

Auch für die „zu beschwörende“ Tatsache in diesem Sinne ist der Grundsatz anzuwenden, daß der Richter über die Tatsache nur dann den Eid auferlegen darf, wenn sie noch nicht als wahr oder unwahr erwiesen oder nach seiner Überzeugung als wahr oder unwahr zu erachten ist.

Das Gesetz setzt logischerweise voraus, daß die streitige (= zu beschwörende) Tatsache nicht durch andere Beweismittel zu klären ist, daß solche nicht vorhanden oder fruchtlos erschöpft sind, so daß eben als letztes Mittel nur mehr der Eid zur Verfügung steht. Was für die komplexe zu erweisende Tatsache gilt, gilt ebenso für das Glied in derselben, für die streitige zu beschwörende Tatsache.

Das Resultat ist also folgendes:

1. Wenn das Gericht keine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache hat, so ist ihm die Möglichkeit gegeben („kann“) sich durch einen Eid ein Mittel zur Begründung einer Überzeugung zu verschaffen.
2. Das Gericht darf nur auf einen Eid erkennen, wenn es noch keine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache hat, wenn er sich eine solche erst bilden und begründen will.
3. Das Gericht muß auf den Eid erkennen, wenn es auf andere Weise sich keine Überzeugung bilden kann.

Als nicht ganz zutreffend ist in diesem Zusammenhang auch die Ansicht von Gaupp-Stein (*Ann. I zu § 475*) zu bezeichnen, daß der richterliche Eid insofern in den Dienst der freien Beweiswürdigung gestellt sei, als der Richter ihn nur aufzuerlegen brauche, wenn er sich von dem Eide einer Partei eine volle Überzeugung verspricht. Genau betrachtet gibt es keine volle Überzeugung. Es handelt sich hier nur um einen Pleonasmus. Jede Überzeugung ist voll, sonst ist es keine Überzeugung, sondern höchstens ein Glauben und Meinen, eine Ansicht, ein Wahrscheinlichkeitsgrad. Hierfür allerdings dürfte der Eid nicht auferlegt werden, sondern wie das Gesetz sagt, „nur zur Begründung einer Überzeugung“.

Im Interesse der Bildung irgendeiner Überzeugung muß aber unter allen Umständen der Eid auferlegt werden, der

infolge seiner formalen Beweiskraft auch bestimmt diese Wirkung hat. Darum gibt es keine freie Beweiswürdigung für den Eid, wenn der Richter noch keine Überzeugung hat.

An dieser Tatsache ändern auch die Motive nichts, die den Eid nur in der Richtung der bereits vorhandenen Wahrscheinlichkeit auferlegt haben wollen. Dies ist ein sehr verständliches und zu billiges Postulat. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß bereits eine halbe Überzeugung vorhanden sei und man nun sich eine ganze Überzeugung von dem Eid verspreche. Nur weil ein Grad der Wahrscheinlichkeit nach der einen Richtung gegeben ist, soll in dieser auch der Eid auferlegt werden. Aus dem Eide wird der Richter unter allen Umständen eine richterliche Überzeugung gewinnen, darum muß er ihn mangels anderer Mittel auferlegen; aus dem Eide welcher Partei er kraft seiner persönlichen Ansicht (= der halben Überzeugung bei Gaupp-Stein) seine Überzeugung (= volle Überzeugung bei Gaupp-Stein) zu gewinnen hofft, nur das bringt den Eid in den Dienst der freien Beweiswürdigung.

## II.

Nun noch zu den einzelnen Argumenten Laubhardts.

Es ist nicht richtig, daß die Auferlegung des Eides überhaupt in das freie Ermessen des Gerichts gelegt sei. Das Ermessen spielt nur insofern herein, als das Gericht nach freiem Ermessen zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für den Eid gegeben sind, ob es nach seiner persönlichen individuellen Anlage dieselben für gegeben erachtet. Das „kann“ des Gesetzes will in seiner Beziehung auf die Gesamtheit des Paragraphen auch nicht so sehr dem Richter ein Ermessen einräumen, als vielmehr die Möglichkeit einführen, von einem richterlichen Eid Gebrauch zu machen. Man darf nur nicht vergessen, daß das „kann“ auch um deswillen gesetzt wurde, um dem Richter die Möglichkeit zu gewähren, eine voraussichtlich unnütze Beweisaufnahme zu umgehen. Mit einem „muß“ oder „ist“ wäre ein Zwang für das Gericht konstatiert worden, eine nach seiner Ansicht voraussichtlich unerhebliche Beweisaufnahme abzulehnen, was sicher nicht im Interesse ordnungsgemäßer Prozeßführung gelegen hätte. Endlich bezieht sich das Ermessen, welches dem Gericht in dem „kann“ eingeräumt wurde, auch vielmehr auf die Frage, welcher der beiden Parteien der Eid aufzuerlegen sei.

Aus anderen Gründen kommt übrigens auch Laubhardt zu der gleichen Ansicht.

2. Es ist nicht richtig, daß bei den Deduktionen der herrschenden Meinung übersehen sei, daß dann, wenn auf einen Eid erkannt ist, die richterliche Überzeugung für die Entscheidung unerheblich ist. Soweit sich der Angriff Laubhardts aber gegen RG. 15, 340 richtet, ist er wohl begründet. In dieser Entscheidung ist offenkundig der Gesetzeswille verkannt. Während das Gesetz den Eid nur zuläßt, wenn der Richter hiervon einen Einfluß auf die Bildung seiner Überzeugung erwartet, wird hier bereits eine fertige Überzeugung präsumiert und dann noch die Frage aufgeworfen, ob der Eid auf diese fertige Überzeugung einen Einfluß haben werde. Auch hier ist der Doppelsinn des Wortes Überzeugung zum Irrlicht geworden.

Nicht zu beanstanden hingegen ist die Fassung der weiter mitgeteilten Entscheidung des RG. vom 16. Januar 1912.

Der richterliche Eid bezweckt — trotz seiner formalen Beweiskraft — nicht die Herstellung einer formellen Gewißheit, sondern nur die Bildung einer richterlichen Überzeugung. Dies tritt besonders klar dadurch hervor, daß die zu beschwörende streitige Tatsache mit der zu erweisenden Tatsache nicht identisch zu sein braucht, so daß der Richter die ganze zu erweisende Tatsache in freier Würdigung für wahr oder nicht wahr halten kann, wenn ihm nur ein Teil derselben, die zu beschwörende Tatsache, durch die formale Beweiskraft des Eides als wahr oder nicht wahr erwiesen ist. Hier tritt somit in Erscheinung, daß die richterliche Überzeugung immer noch erheblich ist, obwohl auf Eid erkannt ist und der Richter infolge der formalen Beweiskraft den Inhalt des Eides als wahr oder unwahr unterstellen muß.

3. Auch dann, wenn die zu beschwörende mit der zu erweisenden Tatsache identisch ist, tritt immer noch nicht die Folge ein, daß die Überzeugung des Richters bedeutungslos sei, weil die Entscheidung unabhängig von der Überzeugung infolge der formalen Beweiskraft des Eides zu erfolgen habe. Wie bereits früher ausgeführt, darf auf den Eid nur erkannt werden, wenn der Richter von der zu erweisenden Tatsache noch keine Überzeugung hat. Infolgedessen ist es auch ausgeschlossen, daß seine Überzeugung jemals mit dem Beweis des Eides in Konflikt kommen könne.

Es ist auf das bestimmteste abzulehnen, daß der Richter infolge der formalen Bedeutung des Eides gezwungen sei, auch gegen seine Überzeugung zu erkennen. Was hier Überzeugung genannt wird, mag eine dunkle Gefühlskombination, eine durch persönliche Empfindungen hervorgerufene Ansicht sein, aber keine Überzeugung. Sobald der Richter überzeugt ist, gibt es keinen Eid und darum auch keinen Gegensatz zwischen Überzeugung und Eid.

4. Es ist auch weiterhin unrichtig, daß das Gericht bei der Urteilsfällung (gemeint ist das bedingte Endurteil) noch nicht beurteilen könne, welchen Einfluß die Eidesleistung auf seine Überzeugung haben könne, und daß somit das voraussichtliche Maß dieses Einflusses seine Entscheidung auch nicht bestimmen könne. — Wenn das Gericht einmal auf Eid erkennt, dann kommt es ihm letzten Endes nur darauf an, ob der Eid geleistet oder verweigert wird. Nur die Konsequenz der Leistung und Weigerung des Eides faßt es ins Auge und spricht sie sogar sofort urteilsmäßig aus. Es weiß ganz genau und fest umrissen, welchen Einfluß die Eidesleistung auf seine Überzeugung, d. h. die Bildung seiner Überzeugung haben wird. Durch Leistung oder Weigerung des Eides wird die richterliche Überzeugung und damit die Entscheidung im voraus bestimmt.

5. Auch das weitere Argument, daß dann, wenn eine erhebliche Klage- oder Einredebehauptung noch nicht voll bewiesen ist, je nach der vermuteten Einwirkung der etwaigen Eidesleistung auf seine Überzeugung das Gericht zu verschiedenen Erkenntnissen führen würde, ist unstichhaltig.

Zunächst ist auch hier wieder zu sagen, daß es einen halben Beweis nicht gibt. Entweder ist eine Behauptung bewiesen oder sie ist nicht bewiesen. Ist sie bewiesen, so hat das Gericht eine Überzeugung und darf keinen Eid auferlegen. Ist sie nicht bewiesen, so hat das Gericht keine Überzeugung

sondern muß sich an Hand des Eides erst eine solche bilden. Von einer „vermuteten Eintwirkung der Eidesleistung auf seine Überzeugung“ kann gar keine Rede sein. Vielmehr kann es sich auch hier nur um einen von vornherein, je nach Leistung oder Weigerung des Eides, ganz bestimmten Erfolg auf die Bildung der richterlichen Überzeugung handeln. Es ist dabei auch vollkommen gleichgültig, ob es sich um einen Wahrheits- oder Überzeugungseid dreht, das Gericht will die Bildung seiner Überzeugung von der Leistung oder Weigerung des Eides abhängig machen.

Selbstverständlich aber darf das Gericht nur dann auf den Eid erkennen, wenn es durch denselben irgendeine Überzeugung zu gewinnen hofft. Weder ein Wahrheits- noch ein Überzeugungseid kann als zulässig erachtet werden, wenn derselbe für die Bildung einer richterlichen Überzeugung belanglos ist.

6. Als nicht zutreffend muß auch die Behauptung erachtet werden, daß aus der ausgedehnten Zulassung von Überzeugungseiden folge, daß es nicht darauf ankomme, ob auch das Gericht eine Überzeugung von der Wahrheit der zu erweisenden Tatsache hat.

Ganz abgesehen davon, daß der Zeugeneid und der Wahrheitseid letzten Endes auch nur die Wiedergabe der persönlichen Überzeugung ist, wengleich ihnen eine objektive Wahrnehmung zugrunde liegt, so gewinnt doch der Richter seine Überzeugung auch in diesen Fällen nicht auf Grund eigener Wahrnehmung und eigener Beurteilung der Tatsachen, sondern nur durch Vermittlung eines anderen. Verschieden ist eigentlich nur der Grad der Wahrscheinlichkeit der vermittelten Tatsache, je nachdem, ob sie durch einen Wahrheits- oder einen Überzeugungseid bekundet wird. Ist aber die Tatsache einmal durch einen Eid bekundet, so ist sie in gleicher Weise als wahr zu erachten, mag es sich um einen Wahrheits- oder einen Überzeugungseid handeln. Das Gericht macht seine Überzeugung und sein Urteil genau so von dem Überzeugungseid wie von dem Wahrheitseid abhängig. Wieso es unter solchen Umständen richtig sein soll, daß das Gesetz dadurch, daß es in ausgedehntem Maße Überzeugungseide zuläßt, bekunde, daß es der Eintwirkung des Eides auf die Überzeugung des Richters keinen maßgebenden Wert beilege, ist nicht einzusehen.

7. Aus dem bisherigen ergibt sich auch schon, daß die Beforgnis, welche Laubhardt an den Satz *actore non probante reus absolvitur* knüpft, nicht begründet ist. Die sog. volle Überzeugung von der Wahrheit der klagebegründenden Tatsache ist nicht erforderlich. Es genügt die Überzeugung. Ist sie vorhanden, dann braucht es keinen Eid. Ist sie nicht vorhanden, so kann sie durch die formale Beweisraft eines Eides jederzeit geschaffen werden.

8. Endlich sei auch noch zu dem von Laubhardt zur Illustration seiner Darlegungen angeführten Beispiel Stellung genommen.

Wenn das Gericht bereits vor Leistung des Eides der Überzeugung war, daß der A der B beigeohnt habe, so war für die Auferlegung des Eides kein Raum. So der klare Wortlaut des § 475 ZPO.

War das Gericht aber nicht dieser Überzeugung, so konnte es sich diese Überzeugung durch einen Eid zu verschaffen suchen. Verweigert der Beklagte den Eid, so ist gar nicht einzusehen,

warum die Tatsache jetzt auf einmal glaubhafter sein soll als zuvor. Bestand vorher nur ein Wahrscheinlichkeitsgrad, so kann auch jetzt nach Eidesweigerung von einer festen Überzeugung des Gerichts keine Rede sein. Gerade dadurch, daß es verlangte, der Beklagte solle beschwören, daß der A der B „beigeohnt“ hat, hat es bekundet, daß ihm nur dies die fehlende Überzeugung bringen könne. Wäre es mit einer anderen Bekundung fest überzeugt worden, so hätte es eben über diese Tatsache den Eid auferlegen müssen.

Im vorliegenden Fall, wo das Gericht seine „feste Überzeugung“ einfach aus der glaubhaften Versicherung des Beklagten schöpft, A und B hätten in zärtlicher Vereinigung im Bette gelegen, wäre es wohl richtiger gewesen, dem Beklagten den Wahrheitseid über diese Tatsache aufzuerlegen. Durch den Eid des Beklagten wäre diese streitige, zu beschwörende Tatsache als wahr erwiesen worden und das Gericht hätte die im Einklang mit seiner bisherigen Ansicht (nicht Überzeugung!) stehende Überzeugung gewonnen, daß die zu erweisende Tatsache, daß der A der B „beigeohnt“ habe, wahr sei.

Hätte das Gericht in Betracht gezogen, daß die zu erweisende Tatsache mit der zu beschwörenden nicht identisch zu sein braucht, so hätte sich die ganze Schwierigkeit leicht gelöst.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß der dormalige Zustand der Gesetzgebung weder ungerecht noch unbefriedigend ist und keiner Abänderung in diesem Punkt bedarf. Es gibt bei richtiger Gesetzesanwendung keinen Eid, der für die richterliche Überzeugung bedeutungslos ist und dessen Leistung oder Nichtleistung den Richter zwingen würde, anders zu entscheiden, als nach seiner Überzeugung der Wahrheit oder Gerechtigkeit entspricht.

## Die Ersakansprüche der Armenverbände gegen den Unterstützten und dessen alimentationspflichtige Verwandte im Gebiete des Preussischen Landrechtes.

Von Rechtsanwalt Dr. Kayser, Berlin.

Die Armenverbände sind auf Grund öffentlichen Rechtes zur Gewährung von Unterhalt an Hilfsbedürftige verpflichtet (sfr. Materialien zum BGB., Mugdan 1899 S. 954 und RG. 75, 87 letzter Absatz). Nach Art. 103 GGWB. ist für die zum Gegenstand dieser Abhandlung gemachten Ansprüche das Landesrecht maßgebend.

Das vor 1900 geltende Recht hat für den Geltungsbereich des Unterstützungswohnitzgesetzes vom 6. Juni 1870 im § 62 einen Ersakanspruch gegen den Unterstützten als bestehend vorausgesetzt, denn „§ 62 überträgt im Wege der gesetzlichen Zession einen Anspruch des Unterstützten gegen den Dritten auf den Armenverband. Der diese Übertragung rechtfertigende Grund besteht darin, daß den Armenverbänden ein Ersakanspruch gegen den Unterstützten zusteht“ (RG. 75, 88 Satz 2 und 3). Nach § 68 des Preussischen Ausführungsgesetzes zum UWG. in der Fassung vom 8. März 1871 stand denn auch dem Armenverbände im ganzen Umfange der Monarchie ein Anspruch gegen den Unterstützten zu (RG. 75, 88 Satz 4).

Die Novelle vom 11. Juli 1891 zum UWG. hat dem § 68 folgenden Zusatz gegeben: „Der Ersattungsanspruch im gericht-

lichen Verfahren steht in den Fällen der §§ 31, 31a, d und e auch den Kreisen und den anderen daselbst bezeichneten Kommunalverbänden zu. Die Klage ist gegen den Unterstützten und gegen seine alimentationspflichtigen Angehörigen zulässig.“ Dieser Anspruch enthält materielles Recht (RG. 75, 89 oben, RG. 76, 75), welches zwar von einem in manchen Rechtsgebieten bereits bestehenden Anspruch ausgeht, aber für die Zukunft einen selbständigen Anspruch des Armenverbandes auf Grund des öffentlichen Rechts gegen den Unterstützten und dessen alimentationspflichtige Angehörigen für die ganze Monarchie festsetzt und weder zwischen der rechtlichen Begründung des Anspruches unterscheidet, noch die Frage für erheblich hält, ob der Unterstützte schon zur Zeit der Gewährung der Unterstützung Vermögen besaß oder erst später Vermögen erlangt hat (RG. 75, 89), vielmehr den Erstattungsanspruch im gerichtlichen Verfahren ganz allgemein gibt.

Bei dem gegen die alimentationspflichtigen Angehörigen gerichteten Anspruch erhebt sich nun die Frage, ob die Alimentationspflichtigkeit nach dem Zeitpunkt der Gewährung der Unterstützung oder dem Zeitpunkt der Erhebung des Anspruches gegen den Angehörigen zu beurteilen ist, was von großer Bedeutung sein kann, da die Alimentationspflichtigkeit von der Alimentationsfähigkeit abhängig ist.

Das RG. erörtert in der zitierten Entscheidung an der Hand der Entstehungsgeschichte des § 68 lediglich, daß es gleichgültig sei, ob der Unterstützte zur Zeit der Gewährung der Unterstützung Vermögen besaß oder erst später Vermögen erlangt hat. Der § 62 UWG. konstituiert zwar einen Übergang der Rechte des Unterstützten auf den Armenverband, und der Unterstützte hat einen derartigen Anspruch gegen Angehörige nur, wenn diese bei Eintritt seiner Unterstützungsbedürftigkeit alimentationsfähig waren. Allein, da der § 68 AG. einen von § 62 UWG. unabhängigen Anspruch schafft, kann man aus § 62 kein Material für die Frage gewinnen. Aus den Materialien zum AG. vom 8. März 1871 (Motive zum Gesetz betreffend die Ausführung des Bundesgesetzes über den Unterstützungswohnsitz in den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Landtages, Anlagen zu den Verhandlungen des Herrenhauses, Sitzungsperiode 1870/71, Aktenstück Nr. 6 S. 20 § 72, Bericht der achten Kommission a. a. O., Aktenstück Nr. 16 S. 43 § 72, Bericht der fünfzehnten Kommission, Anlage zu den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten während der 1. Session der 11. Legislaturperiode, Aktenstück Nr. 109 S. 262 zu § 54 der Herrenhausbeschlüsse) läßt sich nur entnehmen, daß die Feststellung des maßgeblichen Zeitpunktes für die Alimentationsfähigkeit der Verwandten der Judikatur überlassen blieb (cfr. RG. 75, 86 unten). Eger (UWG. 1909 S. 432) und Rocholl (System des deutschen Armenpflegerechts 1863 S. 247) kommen auf Grund der Materialienprüfung zu einander entgegengesetzten Resultaten.

Die Judikatur vor 1900 stand wohl auf dem Standpunkt, daß der Zeitpunkt der gewährten Unterstützung maßgeblich sei (cfr. DTr. 23, 297; StriethArch. 65, 289). Für das geltende Recht ist durch Art. 103 GGWB. bestimmt, daß der in Anspruch genommene Angehörige zur Zeit der Gewährung der Unterstützung alimentationsfähig gewesen sein muß (cfr. Planck zu Art. 103).

Unberührt bleiben nämlich gemäß Art. 103 die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen der Armenverband Ersatz von denjenigen verlangen kann, welche nach den Vorschriften des BGB. unterhaltspflichtig waren.

Während die Protokolle noch die Fassung „unterhaltspflichtig sind“ aufweisen, trägt der dem Bundesrat am 22. Oktober 1895 übersandte Entwurf zweiter Lesung die jetzige Fassung. Durch die Wahl des Wortes „waren“ an Stelle von „sind“ hat die Redaktionskommission in bewusster Entschließung, der die Kommission in der Sitzung vom 21. Oktober 1895 zugestimmt hat, die Maßgeblichkeit des Zeitpunktes, in welchem der Unterhalt gewährt ist, zum Ausdruck gebracht.

Hier sei eingeschaltet, daß nach Art. 103 lediglich die Vorschriften des BGB. anzuwenden sind, welche die Personen bestimmen, die unterhaltspflichtig sind (§§ 1601 bis 1609), nicht aber die Vorschriften über das Maß des Unterhaltes (§§ 1610, 1611), die Art (§ 1612), die Zeit (§§ 1613 bis 1615). Hierdurch erlebte sich der häufig von den in Anspruch genommenen Angehörigen erhobene Einwand: wenn der Armenverband auf Grund der Unterhaltspflicht des in Anspruch Genommenen klage, so sei er auch an die Beschränkung des § 1613 BGB. gebunden.

Wäre dieser Einwand berechtigt, so würde der Armenverband bei seinen Ansprüchen gegen Angehörige wohl immer leer ausgehen, weil die Gewährung der Unterstützung — abgesehen von dem weiter unten zu besprechenden Fall des an den Angehörigen gerichteten Verlangens eines Beitrages zu der vom Armenverband für die Zukunft zu leistenden dauernden Unterstützung — immer in der Vergangenheit liegt, ohne daß der Armenverband die Möglichkeit hatte, den Anspruch rechtsabhängig zu machen oder den Angehörigen in Verzug zu setzen.

Ferner ist gerade durch § 68 AG., unabhängig von dem bis dahin geltenden Recht (RG. 75, 89 Abs. 1 am Ende), also losgelöst von dem § 62 UWG., dem Armenverband ein Anspruch gegen die alimentationspflichtigen Verwandten gegeben. Diesem durch § 68 dem Armenverband gewährten selbständigen Anspruch gegenüber kann also, weil er nicht auf einer *cessio legis* beruht, kein Einwand entgegengesetzt werden, der dem Anspruch des Unterstützten selbst gegenüber erhoben werden könnte; um einen solchen aber handelt es sich bei dem erwähnten Einwand aus § 1613 BGB.

Das Ausführungsgesetz hat, wie vorstehend dargelegt, die Rechte der Armenverbände erheblich erweitert, indem es in Gebietsteilen, in welchen dem Armenverband ein Erstattungsanspruch versagt war, so z. B. im Gebiet des gemeinen Rechts (cfr. RG. 14, 197), einen Anspruch überhaupt erst gegeben hat, in anderen Gebietsteilen, in denen ein solcher Anspruch bereits bestanden hatte, wie im Geltungsbezirk des Landrechts, diesen Anspruch in gewisser Weise erweitert hat, indem es ihn dadurch, daß es ihn als selbständigen Anspruch konstituierte, von den Beschränkungen, denen der nach § 62 UWG. gegebene derivative Anspruch unterlag, loslöste. Es wäre aber unrichtig, in dem § 68 AG. eine Kodifikation in dem Sinne zu sehen, daß nun alle bis dahin geltenden Bestimmungen aufgehoben wären; das Gegenteil ergibt sich schon aus dem spärlichen Inhalt des Absatz 2 des § 68 und der Form als bloßer Zusatz zu einer bestehenden Gesetzesbestimmung (cfr. Eger UWG. 1909

§. 432). Im Gebiete des Landrechtes kann der Armenverband die alimentationspflichtigen Angehörigen aus dem Gesichtspunkte der nützlichen Verwendung auch wegen in der Zukunft einem Unterstützungsberechtigten zu gewährenden Mittel in Anspruch nehmen. Dies ist durch die Rechtsprechung des Obertribunals anerkannt (cfr. Entscheidung vom 25. Dezember 1875, Bd. 76 S. 213). Wegen der Begründung dieses Anspruches kann auf Eger a. a. O. verwiesen werden.

Obwohl das RG. im Bd. 75 S. 84 ff. im § 68 AG. die Grundlage des Anspruches für die ganze Monarchie sieht und dieser Paragraph nichts davon sagt, daß die in Anspruch genommene Person Vermögen erlangt haben müsse, wenn der Anspruch durchbringen soll, stellt das RG. bezüglich des Anspruches gegen den Unterstützten selbst das Erfordernis auf, daß er entweder zur Zeit der Gewährung der Unterstützung Vermögen besessen oder später Vermögen erlangt haben muß. Wie die zitierte Entscheidung des RG. erkennen läßt, schöpft es das Erfordernis des Vermögens aus dem 1871 geltenden Recht, nämlich der Judikatur des Obertribunals (S. 86 unten, 87). Das Obertribunal gab dem Armenverband den Erstattungsanspruch aus dem Gesichtspunkte der nützlichen Verwendung des Landrechtes (cfr. Entscheidung vom 20. September 1870, StriethArch. 79, 197). Dieser Anspruch hat zur Voraussetzung, daß Geld oder Geldeswert in das Vermögen des Empfängers gelangt ist und dieses Vermögen dadurch verbessert ist; es ist unerheblich, ob die Bereicherung zur Zeit der Erhebung des Anspruches im Vermögen des Empfängers vorhanden ist (cfr. Förster-Gecius 1892 Bd. 2 zu § 148 S. 449 unter Zitierung der Gesetzesvorschriften).

Wenn bei dieser Rechtslage das Obertribunal doch den Anspruch von einer bestimmten pekuniären Lage des Unterstützten abhängig macht, so folgt also diese Einschränkung des Anspruches nicht aus den Gesetzesvorschriften über die nützliche Verwendung. Da eine andere gesetzliche Grundlage nicht ersichtlich ist (cfr. auch Rocholl a. a. O. S. 243), so scheint die Einschränkung allgemeinen Erwägungen, die möglicherweise bewußt oder unbewußt den Satz: „dolo facit qui petit quod statim redditurus est“ zur Analogie genommen zu haben, zu entstammen. Der Armenverband mag wohl aus praktischen Gesichtspunkten, über welche aber nur ihm die Entscheidung zusteht, einen Menschen, den er gleich wieder unterstützen müßte, wenn er von ihm die früher gewährten Unterstützungen zurückfordert, nicht in Anspruch nehmen. Eine Rechtsnorm aber liegt der von den Gerichten gestellten Voraussetzung einer bestimmten pekuniären Lage nicht zugrunde, denn das zitierte Prinzip der l. 173. § 3 D 50, 17 versagt, weil der Armenverband dem einzelnen Armen gegenüber privatrechtlich nicht zur Unterstützung verpflichtet, er also auch nicht statim redditurus est.

Der angegebene praktische Gesichtspunkt veranlaßt auch wohl das RG., die Voraussetzung einer gewissen pekuniären Lage für den Erstattungsanspruch dem Begriff und Wesen der öffentlichen Armenunterstützung für entsprechend zu halten (Bd. 75 S. 87).

Dadurch konstruiert das RG. ein Recht des Unterstützten, die Unterstützung unter gewissen Umständen zu behalten. Wie aber der Bedürftige kein klagbares Recht darauf hat, Armenunterstützung zu erhalten, so hat er auch keins, die erhaltene

Unterstützung zu behalten. Dieses Recht würde vielmehr mit dem durch die Gewährung der Unterstützung zwischen Armenverband und Unterstützten geschaffenen privatrechtlichen Verhältnis der nützlichen Verwendung im Widerspruch stehen. Das Motiv, welches zur Schaffung eines Rechtsverhältnisses geführt hat, ist für das Rechtsverhältnis selbst unbeachtlich. Das RG. räumt aber dem rechtlich unbeachtlichen Motiv, den Unterstützten zu fördern, Wirkungen ein, die das Rechtsverhältnis selbst beeinträchtigen. Die öffentliche Armenunterstützung ist überdies kein Rechtsinstitut, aus dessen Begriff und Wesen man Folgerungen wie aus Kauf, Miete usw. ableiten könnte. Eine bestimmte pekuniäre Lage ist also für den Anspruch des Armenverbandes nicht Voraussetzung.

Können sich aber die Gerichte von der Judikatur in diesem Punkte nicht freimachen, so ergibt sich sicherlich aus der vorstehenden Erwägung, daß man an den Begriff „Vermögen“ im Sinne der Entscheidung des RG., Bd. 75 S. 84, welche übrigens nichts über die Größe dieses Vermögens enthält, nur sehr geringe Anforderungen stellen darf. Die in dieser Hinsicht in Betracht kommenden Grundzüge, die nach Art. 103 GGVB. auch heute noch in Geltung sind, spricht das RG. in der Entscheidung bei Gruchot 24, 513 aus: die nach dem ALN. I, 13 § 262 ff. dem Empfänger obliegende Verpflichtung zur Rückgabe oder Ersatz des in dem Nutzen des Empfängers Verwendeten unterliegt nur insofern einer Einschränkung, als der Armenverband die Zurückgabe oder den Ersatz erst dann beanspruchen kann, wenn der Unterstützte in die Lage kommt, der Unterstützung nicht mehr zu bedürfen, und sein Vermögen sich so weit gebessert hat, daß er bei Rückzahlung des Empfangenen nicht sofort wieder in Hilfsbedürftigkeit geraten und also wieder als Hilfsbedürftiger zu unterstützen sein wird.

Das RG. erklärt in dieser Entscheidung ferner: es gibt keinen Rechtsatz, wie ihn die Beklagte formuliert, daß Gemeinden die von ihnen gewährten Armenunterstützungen nur dann zurückfordern können, wenn anzunehmen ist, daß dem Unterstützten nach Rückgewähr des Empfangenen die Mittel verbleiben, sich seinen Lebensunterhalt dauernd und nicht bloß für die nächste Zeit zu verschaffen.

Zum Schluß sei noch bezüglich der Beweislast bemerkt, daß der als alimentationspflichtiger Verwandter in Anspruch Genommene seine mangelnde Unterhaltsfähigkeit beweisen und daß er deshalb seine Vermögens- und Erwerbsverhältnisse klarlegen muß (RG., JW. 1907, 674<sup>11</sup>). Es ist, wenn er erwerbsfähig ist, davon auszugehen, daß er in der Lage ist, einen entsprechenden Verdienst sich zu verschaffen. Der Gegenbeweis, daß er zu nutzbringender Verwendung seiner Kräfte keine Gelegenheit hat, ist von dem Verpflichteten zu führen (Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1603 Anm. 3). Der Verpflichtete kann nicht den gesamten Betrag seiner Schulden von dem Einkommen abziehen, sondern nur den Betrag, der bei Aufstellung eines den Verhältnissen in verständiger Weise Rechnung tragenden Tilgungsplans zur allmählichen Tilgung der Schulden binnen angemessener Frist nötig ist (RG., JW. 1910, 16<sup>21</sup>).

Reichen die Einnahmen nicht aus, so muß der Verpflichtete das Stammvermögen (auch das Vermögen, über das er als Vorerbe usw. im eigenen Interesse verfügen darf) angreifen, was unter anderem in der Weise geschehen kann, daß er unter

Benutzung seines Kredits ein Darlehn aufnimmt (RG, JW. 1907, 674<sup>11</sup>).

Jeder vom Armenverband in Anspruch Genommene hat auch seinerseits geltend zu machen und zu beweisen, daß er nicht in der nach den oben erörterten Grundsätzen zu beurteilenden Lage ist, gewährte Unterstützungen zurückzuerstatten (cfr. RG. 75, 90 vorletzter Absatz).

## Die Legitimationsübertragung.

Von Referendar Jander, Göttingen.

I. Im Wechselverkehr begegnen uns häufig Indossamente, die, ohne die Form des Prokuraindossamentes zu tragen, nach der Absicht der Parteien doch den Zweck haben, den Indossatar lediglich zur Einziehung der Wechselforderung zu legitimieren. Es ist dies das sogenannte Inkassomandatindossament. Auch bei Aktien sind derartige Rechtsgeschäfte nicht selten: Ein Aktionär überträgt seine Aktie an einen andern, die Parteien sind aber darüber einig, daß das Mitgliedschaftsrecht nicht mitübergehen soll, sondern daß dieser andere die Aktie nur zur Ausübung des Stimmrechts oder zu anderen bestimmten Zwecken solle benutzen dürfen.

Diese Legitimationsübertragung (wie Staub dieses Rechtsgeschäft benennt), bei der also der Gegenpartei äußerlich die Stellung des Berechtigten verschafft wird, bei der aber trotzdem nach dem Parteivillen das Recht bei dem ursprünglich Berechtigten verbleiben und die Gegenpartei ihr Scheinrecht nur dazu benutzen soll, um über den betr. Gegenstand in bestimmter Weise zu verfügen, ist jedoch nicht nur auf die eben genannten Fälle beschränkt, sondern ist bei sämtlichen Rechtsübertragungsakten denkbar: Ein Grundeigentümer z. B., der im Begriff ist, auszuwandern, läßt seinem Verwalter seinen gesamten Grundbesitz auf, nicht etwa, um ihn zum Eigentümer zu machen, sondern lediglich deshalb, um ihm als Verwalter eine freiere Stellung zu verschaffen. Ferner sei auch noch die Inkassozeffion, die gleichfalls unter den Begriff der Legitimationsübertragung fällt, erwähnt.

II. Die Legitimationsübertragung unterscheidet sich nun:

1. Von der Vollmacht, mit der sie im übrigen die Befugnis, Rechtsgeschäfte mit Wirkung gegen Dritte abzuschließen, gemeinsam hat, dadurch, daß die Vollmacht die Befugnis erteilt, Rechtsgeschäfte in fremdem Namen, nämlich im Namen des Geschäftsherrn, abzuschließen, während bei der Legitimationsübertragung diese Rechtsgeschäfte, die gleichfalls gegen den Geschäftsherrn Wirkung haben sollen, im eigenen Namen abgeschlossen werden sollen: Der Bevollmächtigte zieht die Forderung im Namen des Geschäftsherrn ein, der Inkassozeffionar im eigenen Namen; der Bevollmächtigte stimmt in der Generalversammlung im Namen seines Aktionärs, der, auf den die Aktie durch Legitimationsübertragung übergegangen ist, im eigenen Namen; der Bevollmächtigte veräußert das Grundstück im Namen des Eigentümers, der obengenannte, als Eigentümer eingetragene Verwalter im eigenen Namen.

Es ist daher auch nicht richtig, mit Wienstein (Gruchot 48, 487) das Inkassomandat als eine Vollmachtserteilung im Gewande der Abtretung, als eine Art verdeckte Vollmacht aufzufassen. Denn das Handeln im fremden Namen gehört derart zum Wesen

der Vollmacht, daß eine Vollmacht, bei der der Bevollmächtigte nicht die Befugnis hat, im Namen des Geschäftsherrn, sondern vielmehr im eigenen Namen zu handeln, ein Widerspruch in sich selbst ist.

2. Die Legitimationsübertragung ist auch nicht als fiduziarisches Rechtsgeschäft anzusehen (vgl. Dertmann § 398 Vorbem. 3b; v. Staudinger § 104 Vorbem. VI S.). Beim fiduziarischen Rechtsgeschäft soll wirklich das Recht übergehen, und der Erwerb ist nur obligatorisch zur Rückübertragung unter bestimmten Umständen verpflichtet, bei der Legitimationsübertragung soll jedoch das Recht nicht übergehen (vgl. Staub HGB. § 222 Anm. 16).

Allerdings wird in der Praxis häufig schwer zu entscheiden sein, ob der Wille der Parteien bei Abschluß des Vertrages dahin ging, der einen Partei lediglich ein Scheinrecht zu verschaffen, oder ob das Recht wirklich auf sie übergehen sollte, verbunden mit einer obligatorischen Rückübertragungspflicht. Einen wertvollen Fingerzeig zur Entscheidung dieser Frage kann uns das Interesse der Parteien liefern. Wird das Rechtsgeschäft hauptsächlich im Interesse des Übertragenden abgeschlossen (soll z. B. die Wechselforderung für den Indossanten eingezogen werden, der Ertrag des auf den Namen des Verwalters überschriebenen Grundstücks an den Geschäftsherrn abgeführt werden), dann wird in der Regel Legitimationsübertragung anzunehmen sein. Liegt dagegen das Interesse an dem Geschäft auf Seiten der Gegenpartei (ist z. B. die Forderung nicht zur Einziehung, sondern zur Sicherheit übertragen), so wird man es meist mit einem fiduziarischen Rechtsgeschäfte zu tun haben. Aber mehr als ein wertvolles Indiz bietet uns das Interesse der Parteien nicht. Unter Umständen wird auch die entgegengesetzte Entscheidung zu treffen sein, und es ist daher die Ansicht Staubs, der den Unterschied des fiduziarischen Indossaments vom Inkassoindossament lediglich auf das Interesse der Parteien abzustellen scheint (Staub WD. Art. 17 Anm. 16), abzulehnen.

3. Auch als ein bloßes, nach § 117<sup>1</sup> BGB. nichtiges Scheingeschäft ist die Legitimationsübertragung nicht anzusehen. Allerdings ist die Übertragung des Eigentums bzw. der Forderung simuliert. Hinter diesem simulierten Rechtsübertragungsakte verbirgt sich aber ein anderes, von den Parteien durchaus ernsthaft gewolltes Rechtsgeschäft.

III. Die Legitimationsübertragung ist hiernach die Erteilung der Befugnis, auf einen Gegenstand des Geschäftsherrn in bestimmter Weise im eigenen Namen einzuwirken, sie ist mithin, wie ein derartiges Rechtsgeschäft jetzt allgemein genannt wird, eine Ermächtigung, die aber im Gewande der Rechtsübertragung erteilt wird.

IV. Es fragt sich, ob ein Rechtsgeschäft dieser Art gültig ist.

1. Vom RG. wird zugunsten der Inkassozeffion auf die §§ 117<sup>2</sup>, 409 BGB. hingewiesen (vgl. RG. 53, 417). Allein mit § 117<sup>2</sup> BGB. kann die Gültigkeit dieses Geschäftes deshalb nicht begründet werden, weil ja dann die Frage entsteht, welche Vorschriften finden denn auf das verdeckte Rechtsgeschäft Anwendung. Daß ferner mit § 409 BGB. für unsere Frage nichts bewiesen ist, weil diese Vorschrift nur zugunsten des Schuldners, nicht auch des Gläubigers getroffen ist und weil daher der Schuldner trotz § 409 berechtigt ist, Einwendungen

gegen die Aktilegitimation des neuen Gläubigers zu erheben, ist schon wiederholt hervorgehoben worden (vgl. Dertmann § 409 Anm. 4; Staudinger § 409 Anm. 1 Abs. 5).

Wenn sodann Staub (W.D. Art. 17 Anm. 6 und 8) meint, das Inkassomandatindossament entspreche weder den Erfordernissen des Vollindossaments, da das Eigentum an dem Wechsel nach dem Parteiwillen nicht übergehen soll, noch auch den des Procuraindossaments, weil es im eigenen Namen geltend gemacht werden soll, so ist dieser Ansicht beizustimmen. Wenn er dann aber die Gültigkeit des Inkassomandatindossaments dadurch zu halten sucht, daß er den Begriff des gespaltenen Eigentums aufstellt, so ist durch die Aufstellung dieses Begriffes zur Lösung der Frage nichts beigetragen.

2. Wohl aber ist die Gültigkeit der Legitimationsübertragung aus § 185<sup>1</sup> BGB. herzuleiten. Die Übertragung des Wechsels durch Inkassomandatindossament, der Forderung durch Inkassozeffession usw. ist hiernach die in das Gewand der Rechtsübertragung gekleidete Erteilung der Einwilligung an einen Nichtberechtigten, über den betreffenden Gegenstand in bestimmter Weise zu verfügen.

a) Die mit dieser Einwilligung vorgenommenen Verfügungen (die Einziehung der Forderung, Übertragung der Aktie) sind daher nach § 185<sup>1</sup> BGB. gültig. Und zwar sind sie auch dann gültig, wenn sie Formvorschriften unterliegen, da nach § 182<sup>2</sup> die Einwilligung (Ermächtigung) nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf. Sie kann mithin formlos erteilt werden und in der Legitimationsübertragung liegt eben eine formlose Erteilung der Einwilligung.

Eine Ausnahme von der formlosen Erteilung der Einwilligung ergibt sich nur für Grundstücke aus der Sollvorschrift des § 29 GBD. Hier kann der Richter verlangen — was allerdings selten vorkommen wird, da er ja in der Regel nicht weiß, daß eine Auflassung als Legitimationsübertragung gemeint ist —, daß ihm die Einwilligung des Geschäftsherrn durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werde. Diesem Erfordernisse ist aber durch die Auflassung (das Auflassungsprotokoll ist eine öffentliche Urkunde) Genüge geleistet. Wenn der Grundeigentümer seinem Verwalter das Grundstück aufläßt, ohne ihn zum Eigentümer machen zu wollen, dann hat er ihm damit die Einwilligung zu allen Verfügungen über das Grundstück erteilt, und diese Einwilligung ist durch das Auflassungsprotokoll als durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen. Eine Verfügung des Verwalters kann daher nicht auf Grund des § 29 GBD. zurückgewiesen werden.

Hiernach kann der im Kommentar von Reichsgerichtsräten ausgesprochenen Ansicht, daß § 185 BGB. sich hinsichtlich des Niegenchaftsrechtes nur auf den Fall beziehe, daß ein nicht eingetragener Nichtberechtigter verfügt, nicht beigetreten werden. Gewiß wird man in unserem Falle in der Regel ohne § 185 BGB. auskommen, weil meistens weder der Richter, noch die Gegenpartei das Innenverhältnis zwischen dem eingetragenen Nichteigentümer und dem Geschäftsherrn kennt und weil dann die Gegenpartei schon durch ihren guten Glauben geschützt ist. Kennt dagegen die Gegenpartei das Innenverhältnis, dann kommen die Vorschriften der §§ 892, 893 nicht zur Anwendung, und dann läßt sich die Gültigkeit dieser Verfügung nur durch § 185 BGB. halten.

Auch die auf Grund einer Legitimationsübertragung vorgenommenen einseitigen Verfügungen sind nach § 185<sup>1</sup> BGB. gültig. Daß § 185 für einseitige Verfügungen nicht gelten solle, wie Dertmann § 185 Anm. 6 annimmt, kann nicht anerkannt werden. Denn die von ihm herangezogenen §§ 111, 180, sowie die Entscheidung des RG. (OLG. 15, 327) und die Ansicht von Staudinger (§ 185 Anm. 2 Abs. 3) beziehen sich nur auf die nachträgliche Genehmigung des § 185<sup>2</sup>, nicht dagegen auf die vorherige Einwilligung des § 185<sup>1</sup> BGB.

Es ist jedoch hier der nach § 182<sup>3</sup> bei der Einwilligung für entsprechend anwendbar erklärte § 111 Satz 2 BGB. zu beachten, nach der die Gegenpartei sich nur eine schriftliche Einwilligungserklärung gefallen zu lassen braucht. Da jedoch die Legitimationsübertragung in der Regel zum mindesten in schriftlicher Form vorkommt (bei der Inkassozeffession schon wegen § 410<sup>1</sup> BGB.), so ist diesem Erfordernis Genüge geleistet, denn dann ist die Einwilligung eben schriftlich erteilt. Allerdings ist die Einwilligung in die Form der Rechtsübertragung gekleidet, sie geht mithin nicht wörtlich aus der Urkunde hervor. Da jedoch die §§ 182<sup>3</sup>; 111 Satz 2 nur den Zweck haben, der Gegenpartei die Ungewißheit über die Wahrheit der Behauptung des Verfügenden, daß er mit Einwilligung des Berechtigten handle, zu nehmen, dieser Zweck aber auch durch die schriftliche Legitimationsübertragung erreicht wird, so erscheint eine ausdehnende Auslegung des § 185<sup>1</sup> BGB. in diesem Sinne geboten. Der Inkassozeffessionar kann hiernach die Forderung kündigen. Der Schuldner kann die Kündigung, wenn der Zeffessionar ihm die schriftliche Inkassozeffession vorlegt, nicht zurückweisen.

b) § 185<sup>1</sup> BGB. bezieht sich nun allerdings wörtlich nur auf „Verfügungen“ d. h. auf Rechtsgeschäfte, durch die auf ein Recht unmittelbar eingewirkt wird. Es kommen jedoch für unseren Fall noch gewisse andere Rechtsgeschäfte in Betracht: Man denke z. B. an die Teilnahme an der Generalversammlung, die Ausübung des Stimmrechts sowie überhaupt die Ausübung sämtlicher Mitgliedschaftsrechte. Derartige Rechtsgeschäfte werden im allgemeinen wohl nicht als Verfügungen angesehen werden können. Es wird jedoch durch die Ausübung dieser Rechte in gewissem Sinne ebenfalls auf das betreffende Recht unmittelbar eingewirkt: Durch die Abgabe der Stimme in der Generalversammlung wird das Stimmrecht des Aktionärs für den betreffenden Einzelfall aufgezehrt. Da ferner der Begriff der Verfügung im Bürgerlichen Gesetzbuche nirgends definiert ist, so ist wohl die Ausdehnung des § 185<sup>1</sup> BGB. auf die eben genannten Fälle unbedenklich. Der Strohmann kann hiernach trotz des Widerspruchs der Aktiengesellschaft an der Generalversammlung teilnehmen (vgl. Staub § 223 Anm. 17).

c) Auf Verpflichtungsgeschäfte bezieht sich die Vorschrift des § 185<sup>1</sup> BGB. nicht. Dies bedeutet aber nur, daß der Ermächtigte durch die von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht den Geschäftsherrn verpflichten kann. Selbstverständlich wird er aber verpflichtet: Verkauft der Strohmann die Aktie, so ist nicht der Aktionär, wohl aber er selbst zur Übergabe und Eigentumsverschaffung verbunden.

V. 1a) Die materiellrechtlichen Wirkungen der Legitimationsübertragung richten sich im Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Ermächtigten nach dem

zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, das verschiedener Art (Auftrag, entgeltliche Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB., Gesellschaftsvertrag u. ä.) sein kann. Der Ermächtigte hat daher die ihm durch dieses Rechtsverhältnis auferlegten Beschränkungen dem Geschäftsherrn gegenüber innezuhalten.

Es ist jedoch stets daran festzuhalten, daß, auch wenn diese Beschränkungen noch so geringer Art sind, der wahre Berechtigte der Geschäftsherr bleibt; er ist Gläubiger der Forderung und Eigentümer der Sache. Er hat daher im Konkurse des Ermächtigten ein Aussonderungsrecht und bei Pfändungen die Widerspruchsklage des § 771 ZPO., während der Fiduziant Aussonderungsrecht und Widerspruchsklage nicht hat (anders die herrschende Ansicht, vgl. RG. 45, 80 ff.; Jäger, RD. § 43 Anm. 38 ff. und die daselbst angegebene Literatur).

Mit Recht weist Wienstein (Gruchot 46, 245) darauf hin, daß der vom RG. a. a. O. zur Begründung des Aussonderungsrechtes des Fiduzianten aufgestellte Unterschied zwischen formell-juristischem und materiell-wirtschaftlichem Eigentum undenkbar ist. Auch die übrigen, von der herrschenden Ansicht vorgebrachten Gründe, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, können die Tatsache nicht hinwegleugnen, daß ein dem Fiduzianten zuzubilligendes Aussonderungsrecht ihm eine im Gesetze nirgends begründete Ausnahmestellung gegenüber den anderen Konkursgläubigern verschaffen würde.

Unbillige Ergebnisse kann man vielmehr nur dadurch vermeiden, daß man derartige Rechtsgeschäfte nach Möglichkeit als Legitimationsübertragungen auffaßt, was ja auch in der Regel dem Parteiwillen entsprechen wird. In diesem Falle ist das Eigentum oder die Forderung nicht übergegangen, der Geschäftsherr ist daher aussonderungs- und widerspruchsberechtigt. Ist dagegen der Wille der Parteien auf Übergang des Eigentums oder der Forderung gerichtet gewesen und haben sie dem Fiduzianten lediglich ein obligatorisches Rückübertragungsrecht belassen wollen, so ist dem Fiduzianten, soweit man nicht ein durch den Konkurs auflösend bedingtes Eigentum usw. annehmen kann, nicht zu helfen.

b) Was sodann die Wirkungen der Legitimationsübertragung nach außen anbetrifft, so ist hier ebenfalls davon auszugehen, daß der Ermächtigte die Rechte des Geschäftsherrn ausüben soll, daß er mithin keine weitergehenden Rechte, als dieser, haben kann. Wichtig ist dies z. B. bei der Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (vgl. Staub § 223 Anm. 19). Ist hier ein Aktionär in der Ausübung des Stimmrechts hinsichtlich einer einzelnen Aktie deshalb beschränkt, weil sein Aktienbesitz eine bestimmte Höchstzahl überschreitet, so kann er sich dieser Beschränkung nicht dadurch entledigen, daß er die Aktie auf einen Strohmann durch Legitimationsübertragung überträgt. Anders ist dies beim fiduziarischen Rechtsgeschäft, da bei ihm der Erwerber ein eigenes, nicht ein fremdes Recht ausübt.

Die Gegenpartei (d. h. der von dem Ermächtigten in Anspruch genommene Schuldner usw.) kann daher auch diesem dieselben Einwendungen entgegensetzen, die ihr gegen den Geschäftsherrn zustehen (vgl. Staub, WD. § 17 Anm. 8, HGB. § 222 Anm. 21). Und zwar kommt es hier gar nicht auf den bösen oder guten Glauben des Ermächtigten an, während im Gegensatz zu dieser Ansicht das RG. (vgl. RG. 4, 100; 11, 9;

23, 125; 36, 55; 41, 115) der Gegenpartei immer nur eine Einrede der Arglist gibt, und somit derartige Einwendungen nur bei Bösgläubigkeit des Ermächtigten zuzulassen scheint (vgl. auch Dernburg II § 264). Insbesondere kann der Schuldner, wenn der Inkassozessionar die Forderung einziehen will, mit einer Forderung gegen den Inkassozedenten aufrechnen, auch wenn die Voraussetzungen des § 406 BGB. nicht vorliegen.

Der Ermächtigte kann aber ferner die Rechte des Geschäftsherrn nur insoweit geltend machen, als ihm die Einwilligung hierzu erteilt ist, denn sonst verfügt er eben als Nichtberechtigter ohne Einwilligung des Berechtigten und ist daher durch § 185<sup>1</sup> BGB. nicht geschützt. Die Gegenpartei kann daher auch einwenden, daß der Ermächtigte zur Vornahme der betreffenden Verfügung nicht befugt sei. Die Aktiengesellschaft kann z. B. geltend machen, daß der Strohmann nur zur Teilnahme an der Generalversammlung, nicht dagegen zur Einziehung der Dividende befugt sei.

Die Gegenpartei kann aber auch den Ermächtigten stets als den wahren Berechtigten behandeln und der Geschäftsherr muß die in diesem Sinne von der Gegenpartei dem Ermächtigten gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen. Für Forderungen ergibt sich dies schon aus § 409<sup>1</sup> Satz 2 BGB. Bei Rechtsgeschäften über Grundstücke (bei beweglichen Sachen ist eine Legitimationsübertragung mit Rücksicht auf die Formlosigkeit der Eigentumsübertragung nicht gut denkbar) wird die Gegenpartei in der Regel durch §§ 892, 893 BGB. geschützt. Weiß hingegen die Gegenpartei, daß der Ermächtigte durch die Legitimationsübertragung nicht Eigentümer werden sollte, kennt sie mithin die Unrichtigkeit des Grundbuchs, so muß trotzdem der Geschäftsherr alle von dem Ermächtigten vorgenommenen Rechtshandlungen, zu denen ein Eigentümer überhaupt befugt ist, gegen sich gelten lassen, auch wenn er ihn zu der einen oder der anderen Verfügung nicht ermächtigt haben sollte. Denn in der Legitimationsübertragung liegt eben die Erklärung der Einwilligung in alle, dem wahren Berechtigten erlaubten Verfügungen. Eine entsprechende Anwendung der §§ 171, 172 BGB. erscheint hiernach geboten (vgl. auch Staub, WD. Art. 17 Anm. 12). Demnach sind z. B. die vom Inkassozessionar eingegangenen Vergleiche, Verzichte usw. sowohl diesem, als auch dem Geschäftsherrn gegenüber bindend, auch wenn das Inkassomandatindossament nur zum Zwecke der Einziehung der Wechselforderung erteilt sein sollte (vgl. auch RG. 73, 309).

2. Im Prozeß ist, da der Ermächtigte ja das Recht im eigenen Namen geltend macht, auch der Ermächtigte Prozeßpartei (vgl. RG. 11, 9; 27, 130; Staub, WD. Art. 17 Anm. 13). Er hat daher die Parteibeide zu leisten, während der Geschäftsherr (leider!) als Zeuge vernommen werden kann (vgl. RG. 44, 375, Gaupp-Stein § 373 Vorbem. I 2). Erhebliche praktische Wirkungen wird aber die Zeugenvernehmung des Geschäftsherrn schon mit Rücksicht auf § 393<sup>4</sup> ZPO. wohl kaum jemals haben.

Was sodann die Frage anbetrifft, ob ein zwischen der Gegenpartei und dem Ermächtigten ergehendes Urteil auch gegen den Geschäftsherrn Rechtskraft macht, so ist die Gegenpartei bei der Inkassozession durch § 409 BGB. geschützt. Bei einem Rechtsstreit mit einem im Grundbuche als Eigentümer eingetragenen Ermächtigten kommen für gewisse Fälle die §§ 1058,

1148 BGB. in Betracht (vgl. Gaupp-Stein § 325 IV 2 a. G., Hellwig Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 377 ff.). Aber auch für die durch die erwähnten gesetzlichen Vorschriften nicht gedeckten Fälle wird man wohl aus praktischen Gesichtspunkten heraus mit dem RG. annehmen müssen, daß der Geschäftsherr ein gegen den Ermächtigten ergangenes ungünstiges Urteil gegen sich gelten lassen muß. Denn durch die Legitimationsübertragung hat er den Ermächtigten zur Vornahme aller, dem wahren Berechtigten zustehenden Befugnisse, mithin auch zur Prozeßführung über dieses Recht betraut; er kann sich daher nicht darauf berufen, daß er an dem Rechtsstreit nicht als Partei beteiligt gewesen ist (vgl. RG. 36, 55; 73, 309).

VI. 1. Die Legitimationsübertragung erlischt zunächst, da sie ja weiter nichts ist, als eine verdeckte Einwilligung, gemäß § 183 BGB. durch Widerruf, soweit sich nicht aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte ein anderes ergibt. Widerruft also der Geschäftsherr die Inkassozeption, so würde, wenn der Inkassozeptionar trotzdem die Forderung einziehen wollte, eine durch § 185<sup>1</sup> BGB. nicht gedeckte Verfügung eines Nichtberechtigten vorliegen. Daß auch der von dem Inkassozeptionar in Anspruch genommene Schuldner diese Einwendung geltend machen kann, ist nicht zweifelhaft (RG. 39, 166; 53, 418; v. Staudinger § 398 Anm. 5 Abs. 2). Ein fiduziarisches Rechtsgeschäft dagegen erlischt nicht durch Widerruf, sondern gewährt dem Fiduzianten nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung des Rechtes, aus dem eine 3. Person Einwendungen nicht herleiten kann (vgl. Komm. der Reichsgerichtsräte § 398 Anm. 1 S. 316 oben, Dertmann § 398 Vorbem. Anm. 3 b a).

2. Bei der offenbaren Verwandtschaft der Einwilligung mit der Vollmacht ist trotz des Fehlens einer entsprechenden Vorschrift in § 183 BGB. mit Dertmann (§ 183 Anm. 2 d) anzunehmen, daß die Legitimationsübertragung mit dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte erlischt, ohne noch ausdrücklich widerrufen werden zu brauchen (wie dies Staudinger § 183 Anm. 2, Bland § 183 Anm. 1 annehmen). Nach dem Erlöschen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses richtet sich dann insbesondere auch die Frage, ob die Legitimationsübertragung durch Tod oder Konkurs des Geschäftsherrn oder des Ermächtigten erlischt.

## Die Mitarbeit der Anwaltschaft an der gemeinnützigen Rechtsauskunft.

Von Dittenberger.

I. Der Rostocker Anwaltstag hat am 9. September 1909 bei den Verhandlungen über das Thema: „Gegenwart und Zukunft der Pflichtanwaltschaft“ nach dem warmen Plädoyer des Referenten und Antragstellers Stranz mit großer Mehrheit folgenden Beschluß gefaßt:

Der XIX. Deutsche Anwaltstag empfiehlt der deutschen Anwaltschaft, namentlich in Großstädten, die Betätigung an dem sozialen Hilfswerk gemeinnütziger Rechtsberatung für Unbemittelte, sei es durch Schaffung eigener Organisationen, sei es durch Mitwirkung bei schon bestehenden staatlichen, gemeindlichen oder privaten Einrichtungen dieser Art. Er ruft in diesem Sinne die

Anwälte Deutschlands zu einer freiwilligen Pflichtanwaltschaft auf.<sup>1)</sup>

Auch Stranz selbst verkannte bei seinem Antrage die Schwierigkeiten nicht, die sich der Verwirklichung dieses Beschlusses entgegenstellen würden. Gerade deshalb begnügte er sich damit, den Grundgedanken zu empfehlen, und sah davon ab, dem Anwaltstage praktische Vorschläge für die Durchführung zu machen, die bei den verschiedenen Verhältnissen im Reich Sache der einzelnen Kammern und der einzelnen Gerichtsbezirke sein müsse.<sup>2)</sup> In eine weitere Prüfung der Angelegenheit ist nunmehr der zuständige fünfte Ausschuß des Deutschen Anwaltvereins eingetreten, und zwar hat er zunächst beim Vorstande die Sammlung des erforderlichen Materials beantragt. Der Vorstand hat darauf eine Umfrage über die Mitarbeit der Anwälte an der gemeinnützigen Rechtsauskunft veranstaltet, um Art, Umfang und Organisation dieser Mitarbeit, sowie die damit bisher gemachten Erfahrungen festzustellen. Das Ergebnis dieser Erhebungen ist, wie man sehen wird, in mancher Beziehung lehrreich.

II. Die Umfrage, die sich auf das ganze Reichsgebiet erstreckte, bezog sich nicht etwa auf die Verhältnisse der gemeinnützigen Rechtsauskunft überhaupt, sondern beschränkte sich auf die Mitarbeit der Rechtsanwälte an dieser Rechtsauskunft. Die Hauptfrage lautete demgemäß dahin: „Besteht in Ihrem Bezirk eine Rechtsauskunftsstelle, die von Rechtsanwälten errichtet ist oder verwaltet wird, oder an der Rechtsanwälte in irgendwelcher Art mitarbeiten?“ Die weiteren für den Fall der Bejahung dieser Hauptfrage gestellten Fragen bezogen sich auf den Zweck und die Organisation der betreffenden Stelle, auf die Ausbringung der Kosten, auf Art und Weise und Umfang der Mitwirkung der Anwälte, auf die Anzahl dieser Anwälte und schließlich auf die mit der Mitarbeit gemachten Erfahrungen.

Die Umfrage beschränkte sich zwar nicht ausdrücklich auf die unentgeltliche Mitarbeit, hatte aber natürlich gemäß ihrem Ausgangspunkte, dem eine „freiwillige Pflichtanwaltschaft“ fordernden Rostocker Beschlusse, vornehmlich diese im Auge, und sie hat tatsächlich auch vornehmlich hierüber Material ergeben. Über eine entgeltliche Mitarbeit von Anwälten bei Rechtsauskunftstellen ist nur in einzelnen Fällen berichtet worden.<sup>3)</sup>

Die Umfrage hat ergeben, wie gleich hier vorweggenommen sei, daß im ganzen bei vierundzwanzig Rechtsauskunftstellen etwa 260 bis 300 Rechtsanwälte unentgeltlich mitarbeiten. Nur aus einigen wenigen Bezirken sind Antworten nicht eingegangen. Von den erwähnten 24 Stellen gehören 8 dem Verbands der deutschen gemeinnützigen und unparteiischen Rechtsauskunftstellen an;<sup>4)</sup> 10 sind nicht Mitglieder dieses Verbandes. Bei den restlichen sechs fehlt eine Angabe hierüber.

III. Hinsichtlich der Art der Mitwirkung der Anwälte bei der gemeinnützigen Rechtsauskunft sind verschiedene Ab-

1) ZB. 1909, 567.

2) A. a. O. S. 566.

3) Siehe unten Nr. VI, 2.

4) Vgl. über diesen Verband ZB. 1911, 918 f. Vorsitzender des Verbandes ist Oberbürgermeister Kaiser-Neußeln, Geschäftsführer Rat Dr. Lint-Lübek.

stufungen zu unterscheiden. Die Mitwirkung besteht — allerdings nur noch in einem Falle — darin, daß die Anwälte die von ihnen selbst errichtete Auskunftstelle allein verwalten und unterhalten, und auch allein die Auskünfte erteilen. In anderen Fällen haben sich die Anwälte zwecks Errichtung und Verwaltung der Auskunftstellen und zwecks Erteilung der Auskünfte mit anderen Persönlichkeiten (Richtern usw.) verbunden. In weiteren Fällen sind die Anwälte an der Errichtung und Verwaltung der Rechtsauskunftstellen nicht beteiligt; ihre Mitwirkung beschränkt sich — in Ergänzung der Arbeit anderer, besoldeter oder ehrenamtlich tätiger Persönlichkeiten — auf die Erteilung von Auskünften, sei es an die Ratfuchenden unmittelbar, sei es an die mit der Verwaltung und Leitung der Rechtsauskunftstellen betrauten Persönlichkeiten. In dem überwiegenden Teile aller Fälle beschränkt sich die Mitwirkung der Anwälte auf diese Auskunftserteilung in der einen oder anderen Form.

IV. 1. Die einzige allein von Anwälten errichtete und verwaltete Rechtsauskunftstelle, welche zurzeit noch besteht,<sup>5)</sup> ist die unentgeltliche Rechtsauskunftstelle in Karlsruhe i. B. Sie ist im Jahre 1907 von der Rechtsanwaltschaft beim Landgericht Karlsruhe bzw. vom Karlsruher Anwaltverein begründet worden und wird vom Vorstände des Vereins verwaltet.

Auch die Kosten der Stelle, insbesondere die der nötigen Veröffentlichungen, trägt der Anwaltverein. Das Lokal (Anwaltszimmer im Landgerichtsgebäude) nebst Heizung und Beleuchtung stellt der Staat.

Die Auskunftstelle erteilt mündliche Auskunft an Unbemittelte. An der Arbeit, die unentgeltlich geleistet wird, beteiligen sich sämtliche 63 in Karlsruhe wohnhaften, beim Landgericht zugelassenen Anwälte.

Die Rechtsauskunftstelle ist zurzeit jeden Mittwoch abend von 6 bis 8 Uhr geöffnet, wobei jeweils zwei Anwälte antwefend sind.

Im übrigen ergibt sich die Organisation aus den nachstehenden Satzungen:

§ 1. Die Rechtsanwaltschaft am Landgericht Karlsruhe errichtet eine unentgeltliche Rechtsauskunftstelle für Unbemittelte.

§ 2. Die Rechtsauskunft wird im Anwaltszimmer des Justizgebäudes jeweils durch zwei Anwälte an ein bis zwei Wochentagen während zweier Abendstunden erteilt. Das Nähere hierüber bestimmt der Vorstand des Anwaltvereins, welcher auch für entsprechende öffentliche Bekanntgabe Sorge trägt. Für die Gerichtsferien kann der Vorstand einschränkende Bestimmungen treffen. Auf Feiertage entfallende Auskunftskunden kommen in Wegfall.

§ 3. Die beim Landgericht Karlsruhe zugelassenen und in Karlsruhe wohnenden Rechtsanwälte stellen ihre Dienste der Rechtsauskunftstelle zur Verfügung. Der Vorstand ist berechtigt, aus besonderen Gründen Dispens zu erteilen.

Der Vorstand des Anwaltvereins stellt einen Arbeitsaussteiler auf, welcher angibt

1. Wochentage und Stunden, in denen die Rechtsauskunftstelle offen ist;
2. die Namen der Rechtsanwälte, welche an dem betreffenden Wochentage den Dienst wahrnehmen; der Turnus bestimmt sich in der Regel nach der alphabetischen Folge der Namen.

<sup>5)</sup> Die Mannheimer Rechtsauskunftstelle ist eingegangen; siehe darüber unten.

Der Arbeitsaussteiler ist im Anwaltszimmer auszuhängen und jedem Rechtsanwalt zuzustellen.

Dasselbe gilt von Änderungen des Aussteilers.

Für die Gerichtsferien ist jeweils spätestens im Monat Juni vom Vorstand ein besonderer Arbeitsaussteiler unter Berücksichtigung der An- und Abwesenheit der Kollegen aufzustellen und bekanntzugeben.

§ 4. Im Anwaltszimmer wird ein Buch aufgelegt, in welchem die diensttuenden Rechtsanwälte jeweils Namen, Beruf und Wohnort der Personen, die sie beraten haben, und der Gegenpartei, sowie den Gegenstand der Beratung, unter Angabe des Datums nebst ihrer Unterschrift eintragen.

§ 5. Ist ein Rechtsanwalt an der Wahrnehmung des Dienstes in der Auskunftstelle behindert, so wird er rechtzeitig einen hierzu bereiten Kollegen um seine Stellvertretung angehen.

Die Tätigkeit der Auskunftstelle erstreckt sich grundsätzlich auf alle Angelegenheiten, insbesondere auch auf die der sozialen Versicherung, doch wenden sich tatsächlich in diesen Sachen die Rechtsuchenden meist an die vom Staat oder der Stadt errichteten Stellen.

Über die Tätigkeit der Auskunftstelle wird mitgeteilt, daß sie im Anfang sehr viel in Anspruch genommen worden sei. Der Besuch läßt aber immer mehr nach, so daß die Absicht besteht, die Sprechzeit von zwei Stunden auf eine Stunde herabzusetzen. Der Grund für dieses Nachlassen wird darin gesehen, daß — außer einer staatlichen Auskunftstelle, wie sie in Baden bei allen Bezirksamtern bestehen — noch eine städtische und eine für Frauen existieren, die auch Schriftsätze anfertigen!

2. Die von den Anwälten in Mannheim errichtete Rechtsauskunftstelle ist wieder eingegangen, und zwar, weil zwei andere Stellen errichtet wurden, eine städtische von einem städtischen Beamten geleitete, und eine von einem Frauenverein, von denen beiden unentgeltlich Rat erteilt wird. Die Auskunftskunden der Rechtsanwälte, in denen stets zwei Anwälte antwefend waren, wurden durchschnittlich von zwei bis drei Personen besucht.

V. Eine engere Verbindung der Anwälte mit der Rechtsauskunftstelle besteht noch in Chemnitz, Altona und Hamburg. Auch hier beschränkt sich die Beteiligung der Anwaltschaft nicht auf die Mitarbeit durch Erteilung von Rechtsauskunft, sondern die Anwälte wirken auch bei der Verwaltung der Rechtsauskunftstellen mit. In diesen drei Rechtsauskunftstellen mögen insgesamt etwa 100 Rechtsanwälte mitarbeiten.

1. In Chemnitz handelt es sich um eine städtische Rechtsauskunftstelle, deren Kosten von der Stadtgemeinde Chemnitz bestritten werden. Sie ist im Jahre 1908 errichtet und wird von einem aus Stadträten, Stadtverordneten und Vertretern der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammengesetzten Ausschusse, dem auch der Vorsitzende des Chemnitzer Anwaltvereins angehört, verwaltet. Hauptamtlicher Leiter der Stelle ist ein Gemeindebeamter.

Die Rechtsauskunftstelle beschränkt ihre Tätigkeit nicht auf Unbemittelte.<sup>6)</sup> Nach § 1 ihrer Satzungen hat sie den Zweck, „den in Chemnitz wohnhaften oder beschäftigten Personen,

<sup>6)</sup> Es waren aber von den in den Jahren 1908 bis 1911 beratenen 17 921 Personen 15 906 Arbeiter und Gehilfen, darunter 4623 weibliche.

insbesondere (!) Minderbemittelten — ohne Unterschied des Geschlechts, des Alters, des Berufs, des Religionsbekenntnisses und der Parteistellung — in den in § 2 bezeichneten Angelegenheiten Auskunft zu erteilen“. Diese Angelegenheiten sind:

- a) Sachen der sozialpolitischen und gewerblichen Gesetzgebung (Kranken-, Unfall-, Alters- und Invalidenversicherung, Handwerker- und Arbeiterschutzesgesetzgebung), „hierbei allenthalben ohne Eingriff in die Zuständigkeit des Gewerbegerichts“;
- b) die auf die öffentliche Rechtsstellung des Nachsuchenden bezüglichen Fragen (Polizei-, Schul-, Militär-, Steuer-, Pensions-, Armen-, Unterstützungs-, Hinterbliebenen- und Waisenfürsorge-, sowie Fürsorgeerziehungssachen, Benutzung von Wohlfahrtsseinrichtungen und Staatsangehörigkeitsachen);
- c) Gefindewesen;
- d) Mietangelegenheiten.

Die Tätigkeit der Stelle besteht also, wie namentlich die Aufzählung unter b erkennen läßt, offenbar nicht nur in Rechtsauskunft, sondern umfaßt auch tatsächliche Auskünfte aus dem Geschäftsbereich der verschiedenen Stellen der städtischen Verwaltung; nach den Geschäftsberichten der letzten Jahre bilden aber derartige Auskünfte anscheinend nur einen sehr geringen Prozentsatz der Gesamtzahl der erteilten Auskünfte.

Die Auskunfterteilung geschieht mündlich und unentgeltlich, kann aber in geeigneten Fällen auch schriftlich erfolgen. Nur „in besonderen Ausnahmefällen“ können Eingaben, Berufungs- und Beschwerdefchriften und ähnliche Schriftstücke gefertigt werden. „Gesuche um Armenunterstützung, Schriftsätze in Klagesachen, die vor die ordentlichen Gerichte gehören, Strafanzeigen und Privatklagen werden nicht angefertigt“ (§ 3 Abs. 3 der Satzungen).

Die Mitarbeit der Rechtsanwälte beschränkt sich auf die Beratung unbemittelter Personen in Rechtsangelegenheiten, umfaßt aber Rechtsangelegenheiten aller Art. In § 2 Abs. 3, 4 der Satzungen ist hierüber gesagt: „Unbemittelten Personen wird auf Grund eines Abkommens mit dem Chemnitzer Anwaltsvereine, der sich zu unentgeltlicher Mitwirkung bereiterklärt hat, in besonderen Sprechstunden durch Anwälte gebührenfreie Auskunft auch über Rechtsangelegenheiten anderer als der im ersten Absätze bezeichneten Art erteilt. Als unbemittelt im Sinne dieser Bestimmung gilt, wer kein höheres Lohn-, Geschäfts- oder Gehaltseinkommen als 1400 M zur Staatseinkommensteuer versteuert. Auf Verlangen ist dies durch Vorlegung des Steuerzettels nachzuweisen.“

Die Anwälte erteilen die Auskünfte in besonderen, einmal wöchentlich in der Zeit von 6 bis 8 Uhr abends stattfindenden Sprechstunden der Stelle. Zur Wahrnehmung der Sprechstunden wird „der weitaus größte Teil“ der etwa 80 Chemnitzer Anwälte in alphabetischer Reihenfolge herangezogen.

Die Mitwirkung der Anwälte ist, wie schon erwähnt, eine unentgeltliche.

Die Angelegenheiten der sozialen Versicherung werden in der Hauptsache von dem Leiter der Auskunftsstelle bearbeitet,

nur in besonderen Fällen von Anwälten.<sup>7)</sup> Im übrigen sagt der erste Geschäftsbericht des Jahres 1908 über die von den Anwälten erledigten Sachen folgendes: „Alle Fragen des bürgerlichen Rechts, das ja die breite Grundlage des gesamten Rechtslebens darstellt, werden erledigt. Der Streit zwischen Mieter und Vermieter spielt hier eine große Rolle. Tugend nur erdenkliche Fragen werden gestellt und harren der Antwort. Auch die Angelegenheiten des Familien- und Erbrechts lassen erkennen, daß auf diesen Gebieten die Rechtsunsicherheit des kleinen Mannes eine große ist. Kauf- und Wertvertrag, Darlehns-, Vormundschafts- und Alimentationsachen, Zivil- und Strafprozeßordnung, Handelsrecht, überhaupt alle sonstigen Zivil- und öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten machen den Besuch der Sprechstunden der Rechtsanwälte zu einem regen.“

Auf den Umfang der Mitwirkung der Anwaltschaft lassen folgende Zahlen der Geschäftsberichte der letzten Jahre schließen. Es wurden Rat und Auskunft erteilt:

	durch den Leiter:	durch Rechts- anwälte:	insgesamt:
1908 . . . . .	1 795	407	2 202
1909 . . . . .	3 791	816	4 607
1910 . . . . .	4 670	594	5 264
1911 . . . . .	5 282	566	5 848
	15 538	2 383	17 921

Über diese Mitwirkung der Anwaltschaft spricht sich die Leitung der Rechtsauskunftsstelle folgendermaßen aus:

„Die unentgeltliche Mitarbeit der Rechtsanwaltschaft hat die städtische Rechtsauskunftsstelle Chemnitz zu einer Musterwerkstatt sozialen Wirkens emporgebracht. Die Jahresberichte größerer Städte unseres engeren und weiteren Vaterlandes bezeichnen diese uneigennützig Tätigkeit unserer Rechtsanwaltschaft in jeder Beziehung als vorbildlich.“<sup>8)</sup>

Und in dem Geschäftsbericht über das erste Geschäftsjahr 1908 wird gesagt, daß von Herzen kommende Dankesbezeugungen seitens des beratenen Publikums Zeugnis dafür ablegen, daß gerade die Mitwirkung der Rechtsanwälte als eine besondere Wohltat empfunden und geschätzt wird.

2. Die Hamburger Rechtsauskunftsstelle, die zurzeit in drei verschiedenen Stadtteilen Auskunftsstellen unterhält, ist im Jahre 1901 von dem Volksheim E. B. errichtet und wird von dem Volksheim unterhalten. Sie beschränkt sich auf die Unterstützung Minderbemittelter und gewährt: „Auskunft und Vergleichshilfe auf allen Rechtsgebieten und in besonderen Fällen Prozeßhilfe bei Streitigkeiten aus der Reichsversicherung und den verwandten sozialen Gesetzen“; ferner: Rat in Berufs- und Erziehungsfragen sowie bei Unterstützungsgesuchen. Das Wirken der Auskunftsstelle ist begrenzt „durch die Fürsorge anderer gemeinnütziger Einrichtungen, durch die Aufgaben der

<sup>7)</sup> Handelt es sich um eine Rechtsfrage anderer als der oben aufgeführten, in § 2 Abs. 1 der Satzungen bestimmten Art, so soll sich der Leiter der Auskunftsstelle in der Regel der Erteilung von Rechtsrat enthalten und den Auskunftsuchenden in die Sprechstunden der Anwälte verweisen.

<sup>8)</sup> Auch von Seiten des Leipziger Anwaltvereins wird die Chemnitzer Einrichtung als vorbildlich bezeichnet.

Behörden und Gerichte sowie durch die berechtigten Interessen des Anwaltstandes und die Pflichten des Armenanwalts. Deshalb werden Angelegenheiten, für die von Amtes wegen ein Anwalt oder sonstige Hilfe bestellt ward oder bestellt werden kann, unter normalen Umständen nicht, resp. nur vorbereitend und vermittelnd beraten. Aus den gleichen Gründen ist auch die Vertretung vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen. Bemittelte Ratsuchende sowie bemittelte Gegenparteien sind unter ausdrücklichem Hinweis auf diese Begrenzung der Tätigkeit an Anwälte zu verweisen“.

Die Verwaltung der Stelle liegt in den Händen eines aus Anwälten und Richtern bestehenden Ausschusses.<sup>9)</sup> Dieser Ausschuss entscheidet über grundsätzlich und technisch wichtige Fragen. Er bestimmt für jede der drei Stellen aus dem Kreise der dort tätigen Berater einen Leiter, „der für den Zusammenhang der Tätigkeit seines Bezirks, insbesondere für die Einführung neuer Mitarbeiter sorgt, die Terminverteilung regelt und die Bureauführung des Bezirksbeamten kontrolliert“.

Als Berater sind zurzeit 56 Personen tätig, davon die Hälfte Rechtsanwälte, die übrigen Richter, Assessoren und ältere Referendare. Die Berater wirken unentgeltlich.

Die Beratung erfolgt in den Sprechstunden der Rechtsauskunftsstelle. Die einzelnen Berater sind verpflichtet, mindestens einmal im Monat mitzuwirken. In jeder der dreimal wöchentlich abends von 7 bis 9 Uhr stattfindenden Sprechstunden sind mindestens zwei Berater tätig. Die Termine werden vierteljahrsweise durch Arbeitspläne verteilt.

Die Mitwirkung der Anwälte und sonstigen Berater erstreckt sich auf alle Rechtsangelegenheiten, insbesondere auch auf die Angelegenheiten der sozialen Versicherung.

Zur Illustration des Umfangs dieser Beratertätigkeit sei mitgeteilt, daß im Geschäftsjahr 1910/11 64 Berater vorhanden waren und daß in 404 Sprechstunden 8298 Konferenzen abgehalten wurden.

3. Die öffentliche Rechtsauskunftsstelle in Altona schließt sich in ihrer Organisation im wesentlichen der Hamburger an. Sie ist im Jahre 1906 auf Anregung des Altonaer Magistrats von etwa zwanzig Juristen — Rechtsanwälten, Richtern und Referendaren — errichtet worden. Die Stadt stellt einen Beamten und trägt die sonstigen Kosten der Auskunftsstelle.

Die Tätigkeit der Stelle besteht in der unentgeltlichen, mündlichen Erteilung von Auskunft in Rechtsangelegenheiten an Minderbemittelte. „Eine mißbräuchliche Benutzung der Einrichtung durch Personen, deren pekuniäre Lage die Honorierung eines Anwalts gestattet, soll im Interesse des Anwaltstandes möglichst vermieden werden. Über den Rahmen der Ratserteilung und Unterweisung der Fragesteller hinsichtlich der zur Erreichung ihrer Zwecke einzuschlagenden Wege geht die Auskunftsstelle aber nicht hinaus. Das weiter-

gehende Ziel mancher Rechtsauskunftsstellen, die an sie herantretenden Rechtsangelegenheiten ganz zu betreiben, für die Betreffenden also Schriftsätze anzufertigen, Klagen anzustellen und dergleichen mehr, läßt sich ohne fest angestellte juristische Kräfte nicht erreichen.“ Nur auf dem Gebiet der Arbeiterversicherung, das von dem Beamten des Magistrats bearbeitet wird, wird hiervon eine Ausnahme gemacht.<sup>10)</sup>

Die allgemeinen Geschäfte der Auskunftsstelle werden seit ihrem Bestehen von einem Anwalt besorgt.

Die Tätigkeit der Anwälte erstreckt sich auf das ganze Rechtsgebiet, mit Ausnahme der Angelegenheiten der sozialen Versicherung und von Gemeinde- und Staatsangelegenheiten.<sup>11)</sup>

Die Mitarbeit der beteiligten Rechtsanwälte, Richter und Referendare, die unentgeltlich erfolgt, besteht in der Ratserteilung in den Sprechstunden der Auskunftsstelle, zweimal wöchentlich abends von 8 bis 9½ Uhr. Die Arbeit verteilt sich nach einem bestimmten Turnus. Jeder Anwalt usw. ist in jeder achten Woche an zwei aufeinanderfolgenden Sprechtagen tätig, so daß jeder Fragesteller einen der beiden Beratenden „an zwei aufeinanderfolgenden Tagen trifft, sich mit diesem somit über sein Anliegen, eventuell unter Vorlegung von weiter in Betracht kommenden Schriftstücken, in kurzer Frist zweimal beraten kann“.

Zurzeit wirken außer mehreren anderen Juristen acht Rechtsanwälte in der Rechtsauskunftsstelle mit.

Über die Erfahrungen berichtet der die Rechtsauskunftsstelle leitende Anwalt: „Nach meiner persönlichen Ansicht hat die Erfahrung gezeigt, daß Rechtsanwälte an einer öffentlichen Rechtsauskunftsstelle in der hier geschehenen Weise, also durchaus ehrenamtlich und unentgeltlich, sehr wohl mitwirken können. Von irgendwelchen Konflikten mit ihrer Praxis, sowie von einer Schädigung derselben als Folge ihrer Mitwirkung kann meines Erachtens nicht die Rede sein. Andererseits halte ich auch, wenn etwa die Frage auch darauf gerichtet sein sollte, die Einrichtung von unentgeltlichen Rechtsauskunftsstellen für Unbemittelte für eine durchaus zweckmäßige soziale Einrichtung.“<sup>12)</sup>

VI. 1. Erheblich größer als die Zahl der von Anwälten errichteten oder von ihnen mitverwalteten Rechtsauskunftsstellen

<sup>10)</sup> Im Geschäftsjahr 1910/11 hat die Stelle 1649 Auskünfte erteilt, 60 Schriftsätze angefertigt und fünfmal die Vertretung vor dem Reichsversicherungsamt übernommen.

<sup>11)</sup> Von den 1649 Auskünften des Geschäftsjahres 1910/11 betrafen 228 die Arbeiterversicherung und 46 Gemeinde- und Staatsangelegenheiten.

<sup>12)</sup> Die Mitteilung sagt weiter, daß die Rechtsauskunftsstelle „voraussichtlich in der allernächsten Zeit eine andere Gestalt annehmen wird. Die Mitwirkung der Richter ist denselben unterlagt und den Referendaren ist ihre Betätigung in der Rechtsauskunftsstelle durch verschiedene Ministerialverfügungen derartig erschwert, daß diese sich auch an der Arbeit nicht mehr beteiligen. Von den jetzt in der Rechtsauskunftsstelle tätigen acht Anwälten haben drei ihre weitere Mitwirkung in derselben abgelehnt und wollen die übrigen fünf Herren allein ebenfalls die Tätigkeit nicht fortsetzen, da solche für den einzelnen zu umfangreich werden würde. Dem hiesigen Magistrat wird hiervon Kenntnis gegeben werden und dürfte voraussichtlich die Stadt alsdann einen Juristen als Leiter der Rechtsauskunftsstelle anstellen.“

<sup>9)</sup> Der Hamburger Anwaltverein als solcher ist an der Verwaltung nicht beteiligt, das Volksheim hat sich aber bereit erklärt, den Verein in einer noch näher zu bezeichnenden Weise an der Verwaltung teilnehmen zu lassen.

ist die Zahl derjenigen, bei denen die Beteiligung der Anwälte sich auf die unentgeltliche Mitarbeit in der Rechtsauskunft selbst beschränkt, ohne daß die Anwälte an der Verwaltung irgendwie beteiligt wären. Solche Fälle hat die Umfrage im ganzen sechzehn ergeben; es mögen insgesamt etwa 60 bis 70 Anwälte an dieser durchweg unentgeltlichen Arbeit beteiligt sein.

Eine solche Mitarbeit findet an folgenden Orten statt: Barmen, Beuthen (D.-S.), Bonn, Brieg, Celle, Coblenz, Elberfeld, Frankenthal (Pfalz), Hagen i. W., Heidelberg, Rattowik, Konstanz, Myslowik, Münster i. W., Naumburg a. S., Zweibrücken.

An der Mehrzahl dieser Orte besteht die Mitwirkung der Anwälte in der Hauptsache darin, daß sie — sei es einzeln oder eine größere Anzahl — den die Auskunftstelle leitenden und verwaltenden Persönlichkeiten mit ihrem Räte zur Seite stehen. Nur an einigen Orten erfolgt eine direkte Auskunfterteilung seitens der Anwälte an die Ratfuchenden.<sup>13)</sup>

Bis auf die Rechtsauskunftstellen in Rattowik, Myslowik<sup>14)</sup> und Naumburg a. S.<sup>15)</sup> handelt es sich hier durchweg um Auskunftstellen für unbemittelte Frauen und Mädchen, die von Frauenvereinen („Frauentwohl“, Verein für Fraueninteressen, Frauenstimmrechtsverein, evangelische und katholische Frauenvereine usw.) errichtet sind und unterhalten werden, und die wohl zum großen Teil dem Rechtsschutzverband für Frauen<sup>16)</sup> angehören.

Diese Auskunftstellen werden durch Komitees von Frauen (Vorstand des betreffenden Vereins usw.) verwaltet, auch die Arbeit der Auskunfterteilung selbst wird von einer oder mehreren Frauen geleistet, und diese Verwalterinnen und Leiterinnen der Stelle werden von den Rechtsanwälden unterstützt.<sup>17)</sup>

Diese Mitwirkung der Rechtsanwälden beruht anscheinend in der Mehrzahl der Fälle nur auf den persönlichen, insbesondere auch verwandtschaftlichen Beziehungen zu den betreffenden Damen. In Heidelberg hat der Anwaltverein der Rechtsschutzstelle mitgeteilt, daß sämtliche Heidelberger Anwälte ihr für Unbemittelte unentgeltlich Rechtsauskunft zu erteilen bereit sind.

Das Tätigkeitsgebiet der Anwälte wird natürlich durch das der Rechtsauskunftstellen bestimmt und erstreckt sich deshalb regelmäßig auf Rechtsfragen aller Art und auf Verwaltungssachen, einschließlich der Fragen der sozialen Versicherung. Hervorgehoben wird mehrfach, daß nicht nur eine Ratserteilung für die einzelnen der Auskunftstelle unterbreiteten Rechtsfragen erfolgt, sondern auch eine „allgemeine Belehrung“ der betreffenden Damen über Rechts- und Verwaltungsfragen. Von

<sup>13)</sup> So in Naumburg a. S. und anscheinend in Rattowik.

<sup>14)</sup> Rechtsschutzstelle des Deutschen Ostmarkenvereins. Diese wird von einem städtischen Beamten geleitet, dem ein Anwalt auf Anfragen unentgeltlich Auskunft erteilt.

<sup>15)</sup> Rechtshilfestelle des Ausschusses für Jugendpflege.

<sup>16)</sup> Sitz dieses Verbandes ist Halle a. S., Vorsitzende Frau Justizrat Bennewitz daselbst.

<sup>17)</sup> In Heidelberg erteilen die mitwirkenden Anwälte außerdem eventuell auch den Ratfuchenden selbst in ihren Sprechstunden Auskünfte.

Barmen wird berichtet, daß sich die Mitwirkung der Anwälte auf schwierige Fälle beschränke.

Die Mitarbeit der Anwälte erfolgt meist in der Weise, daß die betreffenden Damen die Anwälte in ihren Sprechstunden auffuchen, um den Rat einzuholen. In Münster i. W. bespricht der Anwalt in einer Stunde jeder Woche mit den acht abwechselnd die Sprechstunde der Rechtsauskunftstelle abhaltenden Damen die zum Vortrag gebrachten Fälle.

Die Mitteilungen über die Erfahrungen, die mit dieser Mitarbeit der Rechtsanwälden gemacht worden sind, lauten im allgemeinen günstig. Auf der einen Seite wird z. B. von Münster i. W. gesagt: Die Rechtsschutzstelle möchte nicht ohne die Mitarbeit des Anwalts sein. Aus Thorn wird andererseits berichtet, daß die Verwalterinnen der Stelle neben großer Aufmerksamkeit ein recht gutes Verständnis für die Rechtsfragen bewiesen, und daß die mit der Mitarbeit des Anwalts gemachten Erfahrungen sehr gute seien.

Nur geringe Bedeutung hat die Mitarbeit der Anwälte in Beuthen (D.-S.), Myslowik, Celle und Hagen i. W. In Beuthen und Myslowik, wo übrigens noch mehrere andere Rechtsauskunftstellen bestehen, ist die Tätigkeit der Auskunftstellen im Vergleich zu der Tätigkeit des dort besonders stark entwickelten Winkelkonsulententums nur als sehr unbedeutend zu bezeichnen. In Celle werden die an der Auskunftstelle mitarbeitenden Anwälte nur sehr wenig in Anspruch genommen, da es sich meist um Fragen handelt, die die Zuziehung eines Anwalts nicht nötig erscheinen lassen.

Zu erwähnen ist schließlich, daß hinsichtlich der Rechtsauskunftstelle in Thorn ausdrücklich hervorgehoben wird, daß sie alle nicht in ihren Kreis fallenden Personen, die Bemittelten, fernzuhalten wisse. Über die Auskunftstelle in Barmen wird gesagt: Es handelt sich um eine außergewöhnlich nützliche Bestrebung, die nur den Unbemittelten und zum Teil ganz Hilfslosen aus dem Kreise der Armen zugute kommt.

2. Bei einer Anzahl von Auskunftstellen sind auch Anwälte gegen Entgelt tätig, so in Flensburg und Frankfurt a. D. (Rechtsauskunftstelle der Handwerkskammer), und bei den Auskunftstellen des christlichen Bauernvereins in Regensburg, Schweinfurt und anderen Orten Bayerns.<sup>18)</sup>

In Flensburg erstreckt sich die Mitwirkung des bei der Auskunftstelle tätigen Anwalts auf die Ratserteilung an Rechtssuchende in Sprechstunden, die Anfertigung von Armenrechtsgesuchen, sowie von Schriftsätzen in Sozial-Versicherungssachen.

Die Auskunftstellen des christlichen Bauernvereins in Bayern haben, wie mitgeteilt wird, keinen unpolitischen, „unparteiischen“ Charakter, und sie stoßen deshalb bei denen auf Widerspruch, die mit Stranz<sup>19)</sup> der Ansicht sind, „daß die Rechtsberatung für Unbemittelte nicht in die Fessel einer Partei oder einer Konfession geschlagen werden dürfe.“

VII. An einigen Orten wirken Anwälte nicht in den Rechtsauskunftstellen selbst mit, sondern lediglich dadurch, daß sie den ihnen von der Auskunftstelle — oder von einer sonstigen Anstalt, die eine eigentliche Rechtsauskunftstelle nicht besitzt — überwiesenen unbemittelten Personen in ihrer

<sup>18)</sup> Wahrscheinlich z. B. auch Augsburg.

<sup>19)</sup> A. a. D. S. 558.

Sprechstunde unentgeltlich Rat erteilen. Dies ist der Fall in Frankfurt a. M., Nordhausen, Braunschweig und Breslau. Es mögen hier 40 bis 60 Anwälte in Frage kommen.

In Frankfurt a. M. hat der Anwaltverein die offizielle Teilnahme seiner Mitglieder am Betriebe der dortigen Rechtsauskunftstellen seinerzeit abgelehnt. Er hat aber seinen Mitgliedern innerhalb bestimmter Grenzen gestattet und anheimgestellt, zu gewissen Wochenstunden auf dem eigenen Bureau den von der Rechtsauskunftstelle an sie verwiesenen bedürftigen Rechtsratsuchenden unentgeltlichen Rat zu erteilen. Eine Liste der hierzu bereiten Anwälte wird in den Auskunftstellen, bei den Gerichten, dem Polizeipräsidium usw. ausgehängt.

In Nordhausen besteht seit dem Jahre 1908 eine Vereinbarung der Anwälte mit dem Magistrat dahin: Wenn der städtische Beamte der städtischen Rechtsauskunftstelle die Auskunft nicht zu erteilen vermag, gibt er dem unbemittelten Ratfucher einen schriftlichen Ausweis, auf Grund dessen dieser von einem Anwalt seiner Wahl unentgeltlich Auskunft einholen darf.

Die „Schlesische Ortsgruppe des deutschen Bundes für Mutterchutz“ in Breslau unterhält eine Rechtsauskunftstelle nicht. Sie gewährt aber ehelichen und unehelichen Müttern und Schwangeren neben Unterstützung aller Art auch Rat. Für Ratserteilungen juristischer Natur, die die Leiterinnen der Ortsgruppe nicht erbringen können, haben sich 15 Breslauer Anwälte zur Verfügung gestellt. Diese beraten die ihnen zugesandten Frauen oder Mädchen unentgeltlich, erteilen ihnen die für die Einleitung der erforderlichen Schritte nötigen Anweisungen und übernehmen eventuell auch selbst die Führung der Sachen im Armenrecht.

Ebenso läßt ein „Frauenhilfsverein“ in Braunschweig, ohne eine Rechtsauskunftstelle zu unterhalten, unbemittelten Personen weiblichen Geschlechts unentgeltlichen Rechtsrat erteilen, und zwar durch einen Anwalt, der eine Vergütung dafür nicht bezieht.

VIII. Das Ergebnis der Umfrage ist zunächst, daß die Mitarbeit der Anwaltschaft an der organisierten gemeinnützigen Rechtsauskunft sich noch in engen Grenzen bewegt, daß die Anwaltschaft aus der abwartenden Stellung, von der in Rostock gesprochen wurde, noch nicht herausgetreten ist. Andererseits sind aber die Erfahrungen, die die mitarbeitenden Anwälte gemacht haben, im allgemeinen günstig, und zwar günstig nicht nur in dem Sinne, daß natürlich die Rechtsauskunft aus dieser Mitarbeit besonders qualifizierter Persönlichkeiten wesentlichen Vorteil zieht, sondern auch insofern, als diese Mitarbeit eine Gewähr dafür bietet, daß die Rechtsauskunftstellen sich wirklich auf die Unterstützung Minderbemittelter beschränken und nicht durch weitere Ausdehnung ihres Klientenkreises die berechtigten Interessen der Anwaltschaft verletzen. Dies ist sehr wichtig, denn, wie Stranz<sup>20)</sup> seinerzeit sehr richtig sagte: Die Rechtsauskunftstellen bleiben als eine notwendige soziale Einrichtung, auch wenn die Anwälte sich daran nicht beteiligen. Daß auch heute noch — trotz der prin-

zipiellen Stellung, die der Verband der deutschen gemeinnützigen und unparteiischen Rechtsauskunftstellen hierzu einnimmt<sup>21)</sup> — manche Auskunftstellen es mit der Prüfung jener Voraussetzung der Minderbemitteltheit keineswegs genau nehmen, geht aus verschiedenen Mitteilungen hervor. Dieser Mißstand würde durch eine Ausbreitung der Mitarbeit der Anwälte mehr und mehr abgestellt werden können, denn seine Beseitigung muß natürlich im Einzelfalle die erste Voraussetzung für die Mitwirkung der Anwaltschaft bilden.

Als weitere Voraussetzung ist bezeichnet worden, daß die Auskünfte unentgeltlich erfolgen. Diese Voraussetzung ist, wie aus dem Geschäftsbericht des erwähnten Verbandes zu entnehmen ist, fast überall bereits erfüllt. Nur einzelne Auskunftstellen erheben Gebühren; die Mehrzahl begnügt sich mit der Einziehung von Schreib- und Portoauslagen von solchen Auskunftsuchenden, die diese ohne Schwierigkeiten aufbringen können.

Was die Organisation der Mitarbeit der Anwaltschaft in der gemeinnützigen Rechtsauskunft anlangt, so wird sie natürlich je nach der Lage der örtlichen Verhältnisse zu gestalten sein. Als Vorbild ist, wie erwähnt, mehrfach die Chemnitzer Einrichtung bezeichnet worden, die sich tatsächlich wohl für zahlreiche Orte, größere und kleinere, bewähren könnte. Die reinen Anwaltsauskunftstellen werden, wie die Erfahrungen in Mannheim und Karlsruhe beweisen, wohl nur in seltenen Fällen in Frage kommen. In größeren Verhältnissen kann offenbar ein besoldeter Beamter der Stelle, der ihr seine Arbeitskraft ganz oder im wesentlichen widmet, nicht entbehrt werden. Aus Hamburg wird allerdings mitgeteilt, daß das dortige Volksheim, das die oben erwähnte Auskunftstelle unterhält, vor einiger Zeit eine Staatsunterstützung erbeten hat, um eine Verbindung von freiwilliger und besoldeter Rechtsauskunft einrichten zu können, daß der Vorstand der hanseatischen Anwaltskammer sich dagegen ausgesprochen hat und die Staatsunterstützung unterblieben ist.

Für kleinere Orte kommt hauptsächlich die unterstützende Mitwirkung in Frage, wie sie in der großen Mehrzahl der im vorstehenden behandelten Fälle seitens der Anwälte gewährt wird.

Bemerkt sei schließlich, daß die bereits in Rostock erwähnte Tatsache, daß nicht überall seitens der Rechtsauskunftstellen auf die Mitarbeit der Anwaltschaft Wert gelegt wird, auch neuerdings wieder bestätigt wird. Anscheinend handelt es sich aber hier um Einzelfälle. Im allgemeinen kann man wohl feststellen, daß die Mehrzahl der gemeinnützigen Auskunftstellen eine Unterstützung durch Anwälte in der einen oder anderen Weise mit großem Danke begrüßen würde.

### Südwestafrikanisches.

Von Staatsanwalt, Privatdozent Dr. Fr. Doerr, München.

Unter dieser Spitzmarke hat Rechtsanwalt Dr. Cramer-Bielefeld in JW. vom 1. März 1913 S. 253—255 einige Bemerkungen über die Gerichtsverfassung und das Gerichts-

<sup>21)</sup> Vgl. den Bericht über die Hauptversammlung dieses Verbandes in JW. 1911, 918 f.

<sup>20)</sup> N. a. D. S. 559.

verfahren der deutschen Kolonien veröffentlicht, die behufs Vermeidung von Irrtümern einer Berichtigung bedürfen.

Unrichtig ist zunächst die Behauptung (S. 253), das Obergericht entscheide ganz allgemein in der Besetzung mit dem Obergerichter und 4 Beisitzern. Vielmehr entscheidet der Obergerichter über Beschwerden in Zivilsachen allein, wenn die angefochtene Entscheidung gleichfalls ohne Mitwirkung von Beisitzern ergangen ist (§ 8 Abs. 4 W. v. 9. November 1900).

Auch in den Schutzgebieten Afrikas und der Südsee bedarf die Ernennung der Bezirksgerichtsbeisitzer der Zustimmung der Dienstaufsichtsbehörde (§ 1 Nr. 7 Reichs.-Verf. vom 25. Dezember 1900). Insofern gilt für Kiautschou, wo der Obergerichter sämtliche Beisitzer — nicht bloß die des Obergerichts, sondern auch die des Gerichts — unter Zustimmung des Gouverneurs ernannt (§ 4 Nr. 1 Dienstanweisung für Kiautschou vom 23. Oktober 1907), nichts Besonderes (S. 253).

Cramer scheint überhaupt die zitierte Reichskanzlerverfügung vom 25. Dezember 1900 übersehen zu haben; sonst hätte er a. a. O. nicht von einem „Eingreifen“ des Gouverneurs sprechen können, das mit § 12 Abs. 2 KonfGG. angeblich nicht in Einklang zu bringen sei. Nach § 1 Nr. 7 Abs. 3 dieser Verfügung bedarf die Ernennung von dienstlich dem Gouverneur unterstellten Personen zu Beisitzern stets der Zustimmung des letzteren (neben der Zustimmung des Obergerichters als Dienstaufsichtsbehörde über dem seine Beisitzer ernennenden Bezirksrichter).

§ 60 KonfGG. hat in den Verhältnissen der Konsulargerichtsbezirke und Schutzgebiete seinen guten Grund. Cramers Angriff auf diese Bestimmung (S. 254) ist in seiner Allgemeinheit ungerechtfertigt.

Nach § 6 W. v. 9. November 1900 kann der Bezirksrichter bei den in § 75 W. v. 9. November 1900 erwähnten Vergehen allgemein und nicht bloß dann, wie Cramer S. 254 irrtümlich meint, ohne Beisitzer verhandeln, wenn nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß auf keine andere und höhere Strafe als auf Gefängnis von höchstens 6 Monaten usw. zu erkennen sein werde.

Daß die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens nur unter den Voraussetzungen der §§ 399, 402 ff. StPD. zulässig ist, kann trotz des Schweigens des § 70 KonfGG. angesichts des § 19 Nr. 2 KonfGG. nicht bezweifelt werden.

§ 12 W. v. 9. November 1900 schließt natürlich die §§ 487, 488 StPD. nicht aus, wie Cramer a. a. O. anzunehmen scheint.

§ 3 W. v. 9. November 1900 zitiert Cramer S. 254; er meint damit aber § 3 Reichs.-Verf. vom 25. Dezember 1900 und übersieht, daß der Bezirksrichter nach § 1 Nr. 7 Abs. 2 dieser Verfügung sowohl zur Zulassung von Rechtsanwälten wie zum Widerruf der Zulassung der Zustimmung seiner Aufsichtsbehörde bedarf.

Im übrigen verweise ich auf meine namentlich in der Zeitschrift für Kolonialpolitik usw. (jetzt Kol. Monatsbl.) seit 1908 veröffentlichten, die Gerichtsverfassung und das Prozeßrecht der deutschen Kolonien behandelnden Aufsätze.

## Vom Reichsgericht. \*)

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

### I. Reichsrecht.

#### Bürgerliches Gesetzbuch.

1. Unbewußtes Nichtübereinstimmen des inneren Willens hindert nicht das Zustandekommen eines Vertrages auf Grund erklärter Willensübereinstimmung. — § 634 Abs. 3 BGB. hat nur für den Fall Bedeutung, daß ein positiver Fehler dem Werke anhaftet.]

Die Beklagte hat das Fenstermaßwerk für die evangelische Kirche in Windhof geliefert, deren Bauleiter der Kläger ist. Die Verhandlungen über die Bestellung dieses Fenstermaßwerkes hat für den Kläger der Ingenieur M. mit der Beklagten geführt. Am 22. August 1908 reichte diesem die Beklagte Kostenanschläge über das Fenstermaßwerk ein, die im Preise verschieden ausfielen, je nachdem dasselbe aus Carrara-Marmor Blanc clair, aus Hauteville-Marmor oder aus Burgunder Kalkstein der Arten Cuville und Savonnieres hergestellt werden sollte. Auf Erfordern sandte sie Ende August 1908 dem M. Muster der beiden erstgenannten Steinorten sowie Sandsteinmuster und am 29. August 1908 dem Kläger direkt nach Windhof Muster der beiden Burgunder Kalksteine ein, welsch letzterem sie die Übersendung sämtlicher Muster gleichzeitig brieflich mitteilte. Die Verpackung der nach Windhof zu sendenden Steine besorgte der Angestellte der Beklagten D. Er verpackte dabei als Probestück einen Stein, auf dem mit Tinte das Wort: „Savonnieres“ geschrieben wurde; der aber ein Stein, der im Handel diese Bezeichnung führt und in Savonnieres in Burgund gewonnen wird, nicht war. Der unter dem unrichtigen Namen verpackte Stein war ein harter Kalkstein, während der Savonnieres ein weicher Stein ist, der erst im Laufe der Jahre an der Luft sich verhärtet. Der Kläger wählte den ihm als Probe unter der unrichtigen Bezeichnung zugesandten Stein: Savonnieres als denjenigen aus, aus dem das Fenstermaßwerk hergestellt werden sollte, und teilte seine Auswahl dem M. mit. Dieser teilte der Beklagten am 9. Oktober 1908 mit, daß sie mit der Erteilung des Auftrages auf Herstellung des Fenstermaßwerkes rechnen könne, und hat auch seinerseits um Zusendung eines Probesteines Savonnieres, Beklagte über sandte solchen Stein; derselbe kam aber bei M. zerbrochen an. Dieser schrieb darauf der Beklagten, daß der zerbrochene Stein ihm sehr weich vorkomme, da er mit leichter Mühe zerbrochen und zerrieben werden könne, und daß er deshalb nicht verstehe, weshalb man diesen Stein in Windhof gewählt habe, und fragte zugleich an, ob nicht vielleicht ein Irrtum bei der Probefendung nach Windhof oder an ihn vorgekommen sei. Mit Brief vom 15. Oktober 1908 über sandte ihm Beklagte dann noch eine massivere Probe und erklärte, daß der weichere Kalkstein Savonnieres im Freien im Laufe der Jahre erheblich an Festigkeit zunehme. Mit Brief vom 16. Oktober 1908 übertrug darauf M. die Lieferung des Fenstermaßwerkes der Beklagten, indem er dabei bemerkte, daß

\*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

er mit Rücksicht auf den Inhalt des Briefes vom 15. Oktober von weiteren Verhandlungen mit Windhut absehe, und daß als Material für das Maßwerk der Kalkstein Savonnières gewählt sei. Bei der Ankunft der Sendung in Windhut stellte sich heraus, daß der Stein, aus dem das Werk hergestellt war, nicht dem nach Windhut gesandten Muster entsprach, auch Mängel nach Ansicht des Klägers hatte, die auf Fehler der Beklagten in der Verpackung zurückzuführen seien, und der Kläger stellte das Werk der Beklagten zur Verfügung, nachdem diese sich geweigert hatte, das Werk aus anderem vertragsmäßigen Steine herzustellen. Klagen verlangt Kläger Schadenersatz wegen Nichterfüllung; und zwar Erstattung des gezahlten Preises, der Auslagen für Seeverversicherung und Fracht und der dem Ingenieur M. gezahlten Provision. Aus den Gründen: Stellt hiernach der VerN. ohne Rechtsirrtum fest, daß die Beklagte in dem Vertrage die Verpflichtung übernommen hat, das Werk aus solchem Steine herzustellen, der dem nach Windhut unter der Bezeichnung: „Savonnières“ gesandten Probestein entsprach, stellt er weiter fest, daß das von der Beklagten hergestellte Werk nicht aus dem diesem Probesteine, einem harten Sandsteine, entsprechenden Steine, sondern aus weichem burgundischen Kalksteine hergestellt ist, der im Handel die Bezeichnung: „Savonnières“ führt, und daß der als „Savonnières“ bezeichnete, nach Windhut gesandte Probestein infolge eines Versehens des Angestellten der Beklagten D. die unrichtige Bezeichnung: „Savonnières“ erhalten hat, so konnte er aus diesen Feststellungen auch folgern, daß der erklärte Willen beider Vertragsteile bei dem Vertragsschlusse dahin gegangen ist, daß das Werk in Steinen, die dem nach Windhut gesandten Probestein entsprachen, hergestellt werden sollte, und daß die Beklagte sich zur Herstellung des Werks in solchen Steinen ausdrücklich verpflichtet hat. Die Revision meint, der Kläger habe in dem Briefe vom 26. Oktober 1908 zwar den Schwerpunkt auf das in seinen Händen befindliche Muster, und nicht auf das Wort: „Savonnières“ legen dürfen; die Beklagte habe sich aber nicht diesen Standpunkt durch stillschweigende Zustimmung zu dem Briefe aneignen können; sie habe vielmehr der Meinung sein müssen, daß das richtige Muster: „Savonnières“ nach Windhut gesandt sei, und demzufolge auch nur ihre Zustimmung zur Herstellung des Werks in diesem Muster geben können; infolgedessen sei es deshalb zu einem Vertragsschlusse zwischen den Parteien nicht gekommen. Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden. Der Kläger hat klar und unzweideutig in dem Briefe vom 26. Oktober 1908 ein Werk bestellt, das aus Steinen hergestellt werden sollte, von denen die Beklagte ihm einen Probestein unter der Bezeichnung: „Savonnières“ zugesandt hatte, und den sie auch noch ausdrücklich in dem der Probestendung beigefügten Begleitschreiben vom 29. August 1908 als „Savonnières“ genannt hatte. Die Beklagte hat dieser klaren und unzweideutigen Bestellung durch stillschweigende Annahme des Bestellschreibens zugestimmt, also auch stillschweigend ihr Einverständnis damit kundgegeben, ein Werk herzustellen, das aus dem übersandten als „Savonnières“ bezeichneten und empfohlenen Probestein entsprechenden Steinen herzustellen war. Inhaltlich verschiedene Willenserklärungen haben also nicht vorgelegen; die vorliegenden Erklärungen haben vielmehr bezüglich des Materials, aus dem das Werk herzustellen war, genau

übereingestimmt. Bei der Abgabe ihrer Erklärung glaubte die Beklagte nur irrtümlich, daß sie auf Grund derselben das Werk in dem weichen burgundischen Kalkstein „Savonnières“ zu liefern habe; dieses unbewusste Nichtübereinstimmen ihres inneren Willens mit ihrer abgegebenen Erklärung hinderte nicht das auf erklärter Willensübereinstimmung beruhende Zustandekommen eines Vertrages; eine solche Behinderung würde erst dann vorgelegen haben, wenn die beiderseits abgegebenen Erklärungen sich nicht gedeckt hätten, indem jede Partei etwas anderes nicht nur innerlich wollte, sondern auch erklärte. Wegen ihres Irrtums bleibt der Beklagten nur das Recht, den bindend zustande gekommenen Vertrag aus § 119 BGB. anzufechten. Da sie erklärt hat, von diesem Rechte nicht Gebrauch machen zu wollen, so hat ohne Rechtsirrtum der VerN. den Kläger, weil die Beklagte, die das gelieferte Werk aus anderem Material als dem Probestein hergestellt und die Lieferung eines Werkes mit der zugesicherten Eigenschaft, die Herstellung aus dem Probesteine entsprechenden Steinen, geweigert hat, für berechtigt erklärt, zu wandeln (§§ 651, 634 BGB.) oder im Falle eines Verschuldens der Beklagten auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§ 635 BGB.). Die Revision führt zwar noch an: Die Beklagte habe in dem aus dem wirklichen Savonnières hergestellten Werke ein für die Zwecke des Klägers taugliches Werk geliefert, ja sogar ein tüchtigeres Werk, als dasjenige hätte werden können, das nach dem dem Kläger übersandten Probestein hergestellt worden wäre; Kläger dürfe deshalb den Vertrag nicht beseitigen, zumal ihm das Muster nicht ohne Kommentar zugesandt sei und er das Muster unter der erklärten Voraussetzung ausgewählt habe, daß es tauglich sei; nicht nach dem Aussehen des Steines und nach dem subjektiven Empfinden des Klägers, sondern nach dem unter Beweis gestellten objektiven Wert des Materials sei die Frage nach ordnungsmäßiger Erfüllung zu entscheiden, zumal die Gefahr bei einer Nichtbewährung der verwendeten Steine nicht den Kläger, sondern die Beklagte treffe; dem Kläger stehe deshalb, wenn der übersandte Probestein nicht für das Werk geeignet sei, der Einwand der Arglist entgegen, wenn er den Vertrag deshalb lösen wolle, weil die Beklagte sich weigere, ein untaugliches und deshalb dem Vertrage nicht entsprechendes Werk zu liefern, zumal ihr § 634 Abs. 3 BGB. zur Seite stehe. Aber auch diese Anführung kann ihr zu einem Erfolge nicht verhelfen. Was den Kläger zur Auswahl des ihm übersandten, versehentlich mit „Savonnières“ bezeichneten Probesteins bestimmt hat, ist rechtlich bedeutungslos. Es genügt für die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, nach diesem Steine das Werk herzustellen, die Tatsache, daß der Kläger als Eigenschaft des in Auftrag gegebenen Werks vorgeschrieben hat, welches Material die Beklagte verwenden soll. Zudem steht § 634 Abs. 3 BGB. dieser nicht zur Seite; diese Bestimmung hat nur für den Fall Bedeutung, daß ein positiver Fehler dem Werk anhaftet, nicht aber auch für den Fall, daß, wie hier, das Werk sich mangels einer zugesicherten Eigenschaft als vertragswidrig erweist (RG. 66, 169). Es kann dem Kläger nicht zugemutet werden, ein Werk aus einem Steine abzunehmen, der äußerlich unansehnlich und zunächst auch zerbrechlich ist, und sich mit der Aussicht zu begnügen, daß der unansehnlich bleibende Stein mit der Zeit hervorragend

widerstandsfähig wird. Von einem gegen Treu und Glauben verstoßenden oder gar arglistigen Verhalten des Klägers, der die Lieferung eines Werks mit der von ihm vorgeschriebenen, von der Beklagten zugesicherten Eigenschaft verlangt, kann danach nicht die Rede sein; der Kläger macht lediglich von seinem gesetzlichen Rechte Gebrauch, wenn er das Werk, das aus anderem als dem vorbebedungenen, wenn auch gleich oder gar besser zu bewertendem Material hergestellt ist, ablehnt. Der VerN. hat dem Kläger nach § 634 BGB. das Recht auf Wandlung des Vertrages und daneben aus § 635 BGB. wegen Vorliegens eines Verschuldens der Beklagten das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zugesprochen. Aus ersterem Gesichtspunkte heraus hat er den Anspruch auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises und auf Ersatz der dem Vermittler M. gezahlten Provision, aus letzterem die Ansprüche auf Erstattung der für die Seeversicherung- und den See- und Landtransport gehaltenen Auslagen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Revision rügt hier mit Recht, daß der Kläger in der Klage und in seinem mündlichen Vorbringen in den Vorinstanzen nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangt hat, und daß ihm deshalb nicht Wandlungsansprüche hätten zugewilligt werden dürfen. Diese an sich begründete Rüge vermag aber der Revision zu einem Erfolge nicht zu verhelfen, da auch die dem Kläger aus dem Gesichtspunkte der Wandlung zugesprochenen Ansprüche ihm auch aus der Nichterfüllung des Vertrages heraus der Beklagten gegenüber zustehen. Ohne Rechtsirrtum stellt nämlich der VerN. ein Verschulden der Beklagten fest, auf das die Nichterfüllung des Vertrages zurückzuführen ist. Wenn die Revision meint, daß das bei der Übersendung des Probesteins vorgekommene Versetzen des D. der Beklagten nicht zuzurechnen sei, weil dieser als ihr Gehilfe lediglich bei der Vorbereitung des Vertrages tätig gewesen sei, und daß ihr unmöglich um deswillen ein Verschulden zur Last gelegt werden könne, weil sie nicht einen Teil des nach Windhuk gesandten Probesteins zurückbehalten habe, so übersieht sie, daß der Angestellte D. durch sein Versetzen verschuldete, daß die Beklagte selbst bei dem Abschlusse des Vertrages und bei dessen Ausführung durch Lieferung sich im Irrtum über den Vertragsgegenstand befand, und daß die Beklagte für diesen durch fahrlässiges Handeln ihres Angestellten in ihr hervorgerufenen eigenen, dem Kläger gegenüber unentschuldbaren Irrtum beim Vertragsschlusse und bei dessen Ausführung sowie dessen nachteilige Folgen aufzukommen hat. Nach § 249 BGB. hat aber die zum Schadensersatz verpflichtete Beklagte den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtete Umstand nicht eingetreten wäre. Ohne den Irrtum der Beklagten über den Vertragsgegenstand beim Vertragsschlusse wäre der Vertrag über das gelieferte Werk nicht zustande gekommen; der Kläger hätte demzufolge der Beklagten weder einen Kaufpreis zu zahlen gehabt, noch wäre für ihn die Verpflichtung entstanden, dem Vermittler des Vertrages M. für dessen Abschluß eine Provision zu entrichten. Die Beklagte hat dem Kläger daher das zurückzugewähren, was er mit Rücksicht auf den Abschluß des Vertrages hat leisten müssen; und das ist sowohl der von ihm gezahlte Werkpreis als auch die von ihm entrichtete Provision, Leistungen, die ohne den

Abschluß des Vertrages in seinem Vermögen geblieben wären. Aus dem gleichen Grunde ist die Erstattung von Aufwendungen begründet, die der Kläger hat machen müssen, um in den Besitz des vertragswidrigen Werkes zu gelangen, das er als vertragsmäßige Leistung so lange ansehen mußte, als die Vertragswidrigkeit nicht festgestellt oder nicht festzustellen war. D. u. N. c. R., II. v. 4. Febr. 13, 467/12 VII. — Frankfurt a. M. [S.]

2. Wird durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt, daß mehrere Vertreter nur zusammen zur Vertretung berechtigt sein sollen, so wird damit gleichzeitiges Handeln nicht verlangt; in allen Fällen der Gesamtvertretung kann der eine Vertreter dem andern durch eine an ihn gerichtete formlose Erklärung Vollmacht verschaffen.]

Wird durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt, daß mehrere Vertreter nur zusammen zur Vertretung berechtigt sein sollen, so wird damit ein gleichzeitiges Handeln nicht verlangt. Die mehreren dürfen einzeln nacheinander tätig werden. Dem Streben nach Klarheit wird aber allerdings am besten gedient, wenn man für ein gesondertes Tätigwerden zur Bedingung macht, daß jeder Vertreter die in Frage stehende Erklärung gegenüber dem Dritten abgibt. Läßt man es genügen, wenn von zwei Vertretern nur der eine nach außen handelt, während der andere ihm vorher oder nachträglich zustimmt, so kann im Einzelfall leicht Streit entstehen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist. Daher war die ältere Rechtsübung über den Satz einig, daß die Zustimmung des Gesamtvertreters kein innerer Vorgang unter den Vertretern bleiben dürfe, vielmehr gegenüber dem Dritten zu äußern sei (vgl. das Urteil des erkennenden Senats RG. 40, 18 f.). Als das BGB. in Kraft trat, boten dessen Vorschriften keinen zwingenden Anlaß, von diesem Standpunkt abzugehen. Freilich bestimmen § 157 Abs. 1 und § 182 Abs. 1, daß Bevollmächtigung und Genehmigung ebensowohl dem Vertreter wie dem Vertragsgegner erklärt werden können. Aber es war nicht nötig, die Erklärung des „zustimmenden“ Gesamtvertreters als Zustimmung zum fremden Rechtsgeschäft aufzufassen. Der Gedanke der Gesamtvertretung schien es im Gegenteil zu fordern, daß man ein Stück des Vertragsschlusses darin erblickte, so daß sich die Erklärung ihrem Wesen nach von der des „handelnden“ Gesamtvertreters nicht unterschied. Beide Erklärungen waren danach Teilerklärungen, die erst in ihrem Zusammenschluß eine Vertragserklärung ausmachten. Hatte einstweilen nur der eine Vertreter seine Erklärung abgegeben, so lag der Fall des § 177 nicht vor. Die Erklärung des anderen Vertreters, die zur Wirksamkeit des Vertrages hinzukommen mußte, war keine Genehmigung im Rechtsinn, sondern eine ergänzende Resterklärung und mußte, wie der bisher geäußerte Teil, an den Vertragsgegner gerichtet werden. Diese Rechtsauffassung legte der Senat in RG. 61, 223 eingehend dar; sie fand den Beifall von Dertmann, Allgemeiner Teil S. 543. Die Notwendigkeit, nach außen zu handeln, wurde später noch wiederholt eingeschärft, wenn auch der Ausdruck Genehmigung der Bequemlichkeit halber weiter gebraucht wurde. In dem Urteile im Recht 1907 S. 823 wurde ausgesprochen, was bei der Genehmigung Rechtens sei, müsse auch für die Bevollmächtigung gelten. Wo sich Zweifel aufdrängten, ob die Ergebnisse der Billigkeit entsprachen, suchte der Senat durch die Annahme eines stillschweigend nach außen betätigten

Willens nachzuhelfen; vgl. *JW.* 08, 151 f. und *RG.* 75, 419. Indessen hat sich in der Rechtsanwendung doch gezeigt, daß die Konstruktion der Teilerklärung gegenüber den Bedürfnissen des Verkehrs nicht durchgeführt werden kann. Zwar über das Datum des Geschäfts — Wirksamwerden erst mit Eintritt der vervollständigenden Erklärung ohne die Rückwirkung des § 184 *BGB.* — hatte das *RG.*, soweit zu ersehen, keine Gelegenheit zu entscheiden. Eine abweichende Stellungnahme gebot sich aber schon mit Bezug auf den Formzwang bei formbedürftigen Rechtsgeschäften. Müßte die Zustimmungserklärung des bisher untätig gebliebenen Gesamtvertreters wirklich als Teil des Geschäfts betrachtet werden, so wäre sie nicht minder wie die Erklärung des andern Vertreters an die durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form gebunden. Dem steht die natürliche Anschauung entgegen, wonach eine Formvorschrift, sofern nicht ausdrücklich die Beobachtung durch jeden Gesamtvertreter angeordnet ist, bei Beobachtung durch einen von ihnen als erfüllt gilt. Daran hat das *RG.* auch unter dem Recht des *BGB.* festgehalten. Der I. *ZS.* hatte es in dem Falle *JW.* 01, 518 f. mit einem Wechselindossament, in dem Falle *RG.* 63, 96 mit einem Aktienzeichnungsschein zu tun, die beide nur von einem der zwei Gesamtvertreter gezeichnet waren. Die gesetzliche Form (Art. 11, 12 *WD.*, § 281 *HGB.*) wurde in jedem dieser Fälle als gewahrt angesehen und dabei bemerkt, die Wirksamkeit des Geschäfts hänge gemäß § 177 Abs. 1, § 182 Abs. 1, 2 *BGB.* von der formlosen Genehmigung des andern Vertreters ab. Ebenso erkannte der III. *ZS.* erst kürzlich, die Unterzeichnung eines auf mehrere Jahre geschlossenen Grundstücksmietvertrages durch einen der gesamtberechtigten Vertreter genüge der Vorschrift des § 566 *BGB.*, während alles übrige Sache der formfreien Zustimmung sei (*Rep.* III 343/12 vom 6. Dezember 1912). Auch in der Frage der Adresse der Zustimmungserklärung ist der frühere Standpunkt inzwischen verlassen worden. In der Entscheidung des II. *ZS.* Bd. 80 S. 180 handelte es sich, genau wie in der soeben erwähnten des III., um eine Genossenschaft mit einem dreigliedrigen Vorstand, von dessen Mitgliedern je zwei zusammen zur Vertretung berechtigt waren. Beide Senate haben die Ansicht gebilligt, daß ein einzelnes Vorstandsmitglied durch die ihm gegenüber abgegebene Bevollmächtigungserklärung eines andern Mitgliedes instand gesetzt werden konnte, die Genossenschaft vertragsmäßig zu verpflichten. Nur wurde darauf hingewiesen, daß die Bevollmächtigung und, wie der III. Senat mit Rücksicht auf den ihm unterbreiteten Fall hinzufügte, auch die Genehmigung eine Erklärung im Namen des Vertretenen bedeute, mithin stets durch so viel Vertreter vorgenommen werden müsse, wie zur Vertretung zusammen zu wirken hätten. Habe ein Gesamtvertreter seine Zustimmung dem nach außen tätig gewordenen andern Gesamtvertreter erklärt und sei dieser damit einverstanden gewesen, so reiche das hin, um bei dem Tätigen selber eine Zustimmung anzunehmen. Durch § 181 *BGB.* werde die Wirksamkeit einer solchen Zustimmung nicht gehindert. Die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung läßt sich nun auch aus dem Gesetze nachweisen. Nach dem *HGB.* vom 10. Mai 1897 § 125 Abs. 2 Satz 2 können die zur Gesamtvertretung einer offenen Handelsgesellschaft berechtigten Gesellschafter einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Ge-

schäften ermächtigen, und das gleiche verordnet § 232 Abs. 1 Satz 2 für gesamtberechtigte Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft. Weder ist eine Ausnahme für formbedürftige Geschäfte gemacht, noch ist vorgeschrieben, daß die Ermächtigung selber der Form bedürfte. Zugleich lassen die Vorschriften deutlich erkennen, daß sie, mindestens in erster Linie, eine an den handelnden Vertreter gerichtete Bevollmächtigung im Auge haben. Wird dies schon durch den Wortlaut nahegelegt, so kommt vor allem in Betracht, daß bei „bestimmten Arten von Geschäften“ ein konkreter Geschäftsgegner, dem die Vollmacht erklärt werden könnte, regelmäßig noch gar nicht vorhanden ist. Auch die Denkschrift zum *HGB.* S. 91 liefert hierfür Beweis, indem sie erwägt, bei der Erteilung der Ermächtigung habe der zu ermächtigende Gesamtvertreter streng genommen selbst mitzuwirken, die neue Vorschrift sei daher notwendig, um ein aus § 181 *BGB.* herzuleitendes Bedenken zu beseitigen. Wäre daran gedacht, daß die Ermächtigung dem Geschäftsgegner erklärt werden müsse, so würde das Bedenken überhaupt nicht aufgetaucht sein. Es versteht sich von selbst, daß eine Gesellschaft m. b. H., schon weil sie typisch in der Mitte steht zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft, in der hier fraglichen Beziehung von den beiden anderen Gesellschaftsarten nicht getrennt werden könnte. Die Bedeutung der erörterten Gesetzesvorschriften geht aber über diese gegenüber der jetzigen Beklagten hinreichende Schlussfolgerung weit hinaus. Es muß in jenen Vorschriften der Gesetzeswille erblickt werden, daß in allen Fällen der Gesamtvertretung der eine Vertreter dem andern durch eine an ihn gerichtete formlose Erklärung Vollmacht verschaffen kann. Auch von der Genehmigung muß das gleiche angenommen werden, da für eine unterscheidende Behandlung der vorherigen und der nachträglichen Zustimmung kein Grund ersichtlich ist. Damit ist der Gedanke der Teilwillenserklärung abgelehnt. Der Satz, daß die Zustimmung eines Gesamtvertreters nicht innere Angelegenheit der Vertreter bleiben dürfe, hat seine Berechtigung verloren. Nur darf hierbei ein Doppeltes nicht außer acht gelassen werden. Zunächst, daß die Zustimmung von der vertretenen Gesellschaft, Genossenschaft usw. ausgehen muß. Erklärt beim Vorhandensein von nur zwei Vertretern der zweite dem ersten nachträglich zu dessen Handeln seine Genehmigung, so setzt die Erklärung zu ihrer Wirksamkeit die Fortdauer des Einverständnisses des ersten Vertreters voraus. Sodann ist nicht zu übersehen, daß sich die Erklärung des handelnden Gesamtvertreters nach außen hin als fertige Vertragserklärung darzustellen hat. Ist z. B. die Urkunde von einem der beiden Vertreter unterschrieben, so darf dieser das so gezeichnete Schriftstück nicht erkennbar als bloßen Entwurf behandelt haben. Die entwickelten Grundsätze finden keine Anwendung, wenn ein in bestimmter Art zu erklärender Beitritt des anderen Vertreters, insbesondere die Mitunterschrift der Urkunde, dem Dritten gegenüber vorbehalten wird. *V. J. v. Kl. u. S. c. Sch.*, U. v. 14. Febr. 13, 378/12 II. — Kiel. [S.]

**3.** § 138 *BGB.* Was gehört zum Verstoß gegen die guten Sitten und zur Ausbeutung der geschäftlichen Un- erfahrungheit?]

Dem Kläger ist mit Wirkung vom 3. August 1910 das deutsche Reichspatent Nr. 233 431 erteilt worden, das einen

Eisbrecher zum Gegenstande hat. Am 16. Januar 1911 schlossen die Parteien schriftlich einen Vertrag, durch den der Kläger dem Beklagten das alleinige und ausschließliche Recht zum Vertriebe des Eisbrechers in Württemberg und Hohenzollern auf die Dauer von zwei Jahren übertrug. Der Beklagte übernahm dagegen die Verpflichtung, innerhalb dieses Zeitraums jährlich 1000 Stück des Eisbrechers zu den je nach Größe und Bauart festgesetzten Preisen von 3,50 *M* oder 4,50 *M* oder 6,50 *M* vom Kläger zu beziehen und diesem eine Anzahlung von 2000 *M* in Wechselakzepten zu leisten. Auf die Berufung des Beklagten, der auch noch Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen die guten Sitten geltend machte, hat aber der II. BS. des Rgl. OLG. in Stuttgart durch Urteil vom 4. Juli 1912 unter Abänderung der Vorentscheidung die Klage abgewiesen und den Kläger verurteilt, an den Beklagten 2000 *M* zu zahlen. Das Urteil des BG. beruht, soweit es die Klage abweist und auf die Widerklage die Verurteilung des Klägers ausspricht, auf der Annahme, daß der Vertrag vom 16. Januar 1911 gegen die guten Sitten verstoße und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sei. Begründet wird die Sittenwidrigkeit in folgender Weise: Zur Zeit des Vertragsschlusses habe, wie dem Kläger bekannt gewesen sei, völlige Ungewißheit darüber geherrscht, wie der Absatz des Eisbrechers sich gestalten, insbesondere ob der Verkauf von 2000 Stück in dem dem Beklagten vorbehaltenen Bezirke auch nur annähernd möglich sein werde. Diese Unsicherheit des Erfolges und das Risiko des Mißerfolges habe nun der Kläger, indem er sich die Erlangung des Fabrikationsgewinnes an 2000 Stück gesichert habe, auf den Beklagten allein abgewälzt, der unter allen Umständen den vollen Kaufpreis von mindestens 7000 *M* für 2000 Stück an ihn habe zahlen müssen. Die Absatzfähigkeit von Eisbrechern sei aber sehr beschränkt und bleibe weit hinter der Zahl von 1000 Stück im Jahre zurück. Andererseits habe der Kläger gewußt, daß der Beklagte nach seinen Vermögensverhältnissen bei einem Verlust von einigen 1000 *M* schwer gefährdet, bei dem an sich möglichen Verluste von 7000 *M* in seiner Existenz völlig ruiniert werden würde. Ein Vertrag, durch den die Gewinn- und Verlustaussichten in solch ungleicher Weise, wie hier, auf Kosten des wirtschaftlich weitaus schwächeren Teils verteilt würden, widerspreche, weil auf Mißbrauch der Vertragsfreiheit beruhend, dem Sittlichkeitsgefühl aller gerecht und billig denkenden Menschen. Diese Ausführungen sind, wie die Revision zutreffend rügt, nicht geeignet, die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB. zu rechtfertigen. Unzweifelhaft ist es zunächst, daß die Frage, ob ein Rechtsgeschäft den guten Sitten widerspricht, rechtlicher Art und vom Revisionsgericht unter Zugrundelegung der vom BG. festgestellten Tatsachen nachzuprüfen ist (RG. 63, 391; 67, 102). Ebenso ist es unbedenklich, daß als Maßstab für die Beurteilung desjenigen, was im Geschäftsverkehr als sittlich anzusehen ist, die Auffassung zu gelten hat, die im sittlichen Volksbewußtsein begründet ist und dem Anstands- und Sittlichkeitsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen entspricht. Es ist also ein allgemeiner, gewissermaßen durchschnittlicher Maßstab anzulegen (RG. 55, 373; 58, 217; 67, 102). Von diesem Standpunkte aus erscheint es zulässig, daß Verträge über die

gewerbliche Verwertung eines Patents in der Weise geschlossen werden, daß der Patentinhaber sich bestimmte wirtschaftliche Vorteile versprechen läßt, während sein Vertragsgegner das Recht zur Verwertung des Patents erwirbt, ohne gleichzeitig eine Sicherheit für die Einträglichkeit der Verwertung zu erlangen. Jeder Lizenznehmer muß eben mit der Erfahrungstatsache rechnen, daß Erfindungen trotz des günstigen Ergebnisses einer vorhergehenden Prüfung sich doch oftmals im gewerblichen Leben als nicht praktisch und nicht verwertbar erweisen. Deshalb liegt es gewissermaßen in der Natur eines jeden Patentverwertungsvertrages, daß, wer das Recht zur Ausnutzung des Patents erwirbt, auch mit der Gefahr des Mißerfolges zu rechnen hat, daß also das Risiko von dem Patentinhaber auf den Lizenznehmer abgewälzt wird. Hierdurch wird jenen Verträgen nach den Anschauungen des Verkehrs keineswegs der Stempel der Sittenwidrigkeit aufgedrückt, dies auch dann nicht, wenn der Patentinhaber sich in günstiger Vermögenslage befindet, der Lizenznehmer aber wirtschaftlich schwach dasteht und beim Fehlschlagen der auf die Patentverwertung gesetzten Hoffnungen seinem wirtschaftlichen Zusammenbruche entgegengeht. Sache eines jeden verständigen Menschen ist es, die Folgen, die ein Vertragsschluß für ihn haben kann, sich gründlich vorher zu überlegen. Wollte man aber wirtschaftlich schwache Personen zu Verträgen mit verhältnismäßig hohem Risiko nicht zulassen, so würden sie in bedenklichem Maße von der Verkehrs- und Vertragsfreiheit ausgeschlossen werden. Hiernach irrt das BG., wenn es in dem Vertrage der Parteien einen Verstoß gegen die guten Sitten schon um deswillen erblickt, weil die Gewinn- und Verlustaussichten auf Kosten des wirtschaftlich weitaus schwächeren Beklagten höchst ungleich zugunsten des Klägers verteilt worden sind. Dagegen kommt allerdings in Frage, ob der Kläger etwa im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB. von dem Beklagten unter Ausbeutung dessen geschäftlicher Unerfahrenheit sich Vermögensvorteile hat versprechen lassen, die den Wert der Leistung übersteigen und zu dieser den Umständen nach in auffälligem Mißverhältnisse stehen. Um aus diesem Gesichtspunkte einen Verstoß gegen die guten Sitten annehmen zu können, genügt es indes nicht, daß zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Mißverhältnis besteht, sondern es muß noch hinzukommen, daß der Kläger die Unerfahrenheit des Beklagten zur Erlangung der auffälligen Vermögensvorteile ausgebeutet hat (RG. 64, 181; Warnerer Ergänzungsband 1909 Nr. 494 S. 472). Nach dieser Richtung hin enthält das Vorderurteil aber keine ausreichende Feststellung. Zwar erwähnt das BG., daß seitens des Klägers, wie er sich nicht habe verhehlen können, durch seine Anpreisungen in dem Beklagten als Nichtfachverständigen Erwartungen über den Erfolg des Geschäfts hätten erweckt werden müssen, an deren Verwirklichung zu glauben, für den Kläger jeder Grund gefehlt habe. Daß aber durch diese Bemerkung eine Ausbeutung der Unerfahrenheit des Beklagten, also die bewußte Ausnutzung der Unerfahrenheit zur Erlangung eines übermäßigen Vermögensvorteils (RG. 60, 9) noch nicht hat festgestellt werden sollen, ergibt sich aus den späteren Ausführungen des Urteils, in denen das BG. es ausdrücklich dahingestellt sein läßt, ob nicht „der Kläger die von ihm erkannte Unerfahrenheit des Beklagten gestiftetlich

dazu benützte, sich mit der Risikofübernahme vom Beklagten Vermögensvorteile versprechen zu lassen, die außer jedem Verhältnis zu seiner eigenen Leistung . . . standen.“ D. c. Sch., U. v. 22. Jan. 13, 300/12 I. — Stuttgart. [S.]

4. § 142 Abs. 1 BGB. Die Anfechtung eines Vertrages wirkt absolut, deshalb ist über sie in erster Linie zu entscheiden, da nur dann, wenn die Anfechtung verneint wird, Rechte geltend gemacht werden können, die ein Bestehen des Rechtsgeschäfts voraussetzen.]

Die Gründe, aus denen das BG. sich anscheinend eines Eingehens auf die Anfechtung für überhoben erachtet, können nicht als stichhaltig anerkannt werden. Das BG. nimmt an, daß die Parteien einen die Beseitigung der Folgen des Schwammes bezweckenden, und auch zur Ausführung gelangten Vergleich geschlossen haben. Es führt dann aus, daß die Schwammbildungen vollständig beseitigt seien, die Klägerin aber auch, wenn dies nicht der Fall wäre, infolge des Vergleichs nur die vollständige Beseitigung des Schwammes verlangen, nicht aber ohne weiteres von dem Vertrage zurücktreten und die Rechte verfolgen dürfte, die ihr vor dem Abschluß des Vergleichs zugestanden hätten. Es betrachtet ferner an einer anderen Stelle den Anspruch der Klägerin ausschließlich vom Gesichtspunkte des Schadensersatzes — nachdem es vorher den Klageanspruch als Wandlungsbegehren zurückgewiesen hat —, weil die Klägerin in dem zweiten Rechtszug erklärt habe, daß sie die Klage als Schadensersatzklage aufgefaßt wissen wolle. Das BG. verkennet damit anscheinend die Eigenart der Anfechtung. Daß es sich hier um ein an sich anfechtbares Rechtsgeschäft handelt, ist nicht zweifelhaft. Da es angefochten ist, so ist es gemäß § 142 Abs. 1 BGB. — die Wirksamkeit der Anfechtung vorausgesetzt — als von Anfang an nichtig anzusehen. Die Möglichkeit dieses Erfolges tritt daher mit der Anfechtung ohne weiteres ein, und da der Erfolg ein absoluter ist, so ist dem Anfechtenden die Befugnis entzogen, die Anfechtung zu widerrufen oder als nicht geschehen zu betrachten, wie auch eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien nach dieser Richtung ausgeschlossen ist. Ebensovienig können die Parteien sich über das Nichtvorliegen einer der Voraussetzungen der Anfechtung einigen, da es andernfalls auf diese Weise in ihre Hand gegeben wäre, die Wirkungen der Anfechtung zu beseitigen. Vielmehr ist es Sache des Gerichts, zu prüfen, ob eine wirksame Anfechtung vorliegt, und deshalb ist, wenn die Klage, wie es nicht zu selten vorkommt, auf Anfechtung gestützt ist, zugleich aber Wandelung und Schadensersatz verlangt wird, stets zuerst zu erörtern, ob das Rechtsgeschäft infolge der Anfechtung nichtig ist, da nur, wenn dies verneint wird, Rechte geltend gemacht werden können, die ein Bestehen des Rechtsgeschäfts zur Voraussetzung haben (RG. 74, 3; *Warneher Erg.-Bd.* 1912 Nr. 149; 1913 Nr. 83; Urteil vom 15. Januar 1913, V 381/12). Das BG. hätte daher die Wirksamkeit der Anfechtung an erster Stelle prüfen müssen, es hat aber diese Prüfung überhaupt unterlassen. D. c. S., U. v. 12. Febr. 13, 456/12 V. — Dresden. [S.]

5. § 211 Abs. 2 BGB. Formelle Natur der Verjährungsvorschriften.]

Die Klägerin ist Inhaberin des Patentes Nr. 172 327. Mit der im Dezember 1905 erhobenen Klage hat Klägerin

behauptet, daß die Beklagte ihre Erfindung seit 1. Januar 1903 widerrechtlich nachahme und hat 1. auf Unterfügung, 2. auf Schadensersatz für die Zeit vom 1. Januar 1903 an, 3. auf Rechnungslegung ihren Klageantrag gerichtet. Durch Teilurteil vom 20. März 1906 hat das BG. die Klageansprüche 2 und 3 hinsichtlich der Zeit vom 1. Januar 1903 bis 13. März 1905 zurückgewiesen. Die Klägerin hat gegen diese Entscheidung Berufung eingelegt. Die Beklagte hat die Nachahmung bestritten. Sie hat Nichtigkeitsklage gegen das Patent Nr. 172 327 erhoben. Mit Rücksicht auf den Nichtigkeitsprozeß erklärten sich die Parteien laut Sitzungsprotokoll vom 30. Januar 1907 „mit der Parteiladung der vorliegenden Prozessesache einverstanden, wozu Parteiladung erfolgen werde“. Mit Schriftsatz vom 13. Juli 1908 hat der klägerische Vertreter zur Verhandlung des Rechtsstreits vor das Landgericht geladen. In dem hierauf anberaumten Termin vom 6. Oktober 1908 ist niemand erschienen. Mit Schriftsatz vom 10. Dezember 1911 hat der klägerische Vertreter zur mündlichen Verhandlung vor dem RG. geladen. Im Verhandlungstermin vom 2. März 1912 hat die Beklagte gegenüber den in die Berufungsinstanz erwachsenen Ansprüchen den Einwand der Verjährung erhoben. Diesen hat das RG. für durchschlagend erachtet und die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin ist zurückgewiesen. Das RG. hat aktenmäßig festgestellt, daß in der Zeit vom 30. Januar 1907 bis Dezember 1911 nichts geschehen ist, was als eine Unterbrechung der mit dem Stillstand des Prozesses eingetretenen Verjährung aufgefaßt werden könnte. Die Anwendung des § 211 Abs. 2 BGB. und die Zurückweisung der Replik der Arglist entspricht durchaus den Grundsätzen, die das RG. in den Urteilen RG. 72, 185 und 73, 394 ausgesprochen hat. Die Revisionsklägerin glaubt einen wesentlichen Unterschied zwischen dem vorliegenden Falle und dem der Entscheidung in RG. 73, 394 zugrunde liegenden darin erblicken zu können, daß der Stillstand des Prozesses im letzteren Falle mit Rücksicht auf einen ähnlich gelagerten Prozeß vereinbart war, dessen Entscheidung nach der Vereinbarung der Parteien abgewartet werden sollte, aber nicht notwendig abgewartet werden mußte. Hier aber handle es sich um einen für die Sachentscheidung notwendigen Präjudizialpunkt. Allein dieser tatsächlich vorliegende Unterschied kam die rechtliche Beurteilung nicht beeinflussen. Im einen wie im anderen Falle trat der Stillstand des Prozesses ein, ohne daß eine Unterbrechung oder eine gerichtsfällig angeordnete Aussetzung des Verfahrens erfolgt wäre. Damit begann gemäß § 211 Abs. 2 BGB. die neue Verjährungsfrist zu laufen. Auf welchen Gründen der Stillstand des Prozesses beruht, was die Parteien veranlaßt, sein Ruhen zu vereinbaren oder geschehen zu lassen, ist für den Beginn des Fristenlaufs völlig gleichgültig. Die Verjährungsvorschriften sind formeller Natur. Sie müssen gleichmäßig angewandt werden und lassen sich nicht aus den sachlichen Gründen des Einzelfalles oder aus Billigkeitsrücksichten in einem Falle handhaben, im andern beiseite schieben. Die Klägerin muß die Folgen daraus tragen, daß sie es veräumte, den nach dem Gesetz eingetretenen Lauf der Verjährung zu unterbrechen. Im Hinblick auf die Vorschrift des § 225 BGB. hätte sie von diesen Folgen auch nicht durch eine Vereinbarung mit der Beklagten befreit werden können,

weil hierin ein unzulässiger Ausschluß oder eine unzulässige Erschwerung der Verjährung erblickt werden müßte. R. c. B. R.-R., U. v. 12. Febr. 13, 190/12 I. — Berlin. [L.]

6. § 326 BGB. findet auf Gesellschaftsverträge keine Anwendung.]

Die Revision ist der Meinung, daß auch dann, wenn nur eine Unterbeteiligung zwischen Klägerin und G. anzunehmen sei, der § 326 BGB. nicht habe angewendet werden dürfen. Die Beitragsleistung, mit der G. in Verzug geraten, sei keinesfalls seine wesentlichste Verpflichtung gewesen; den Gesellschaftszweck habe die Verwertung der Grundstücke gebildet, und in erster Linie habe er die Pflicht gehabt, hierzu mitzuvirken. Dann aber habe G. keine wesentliche Verpflichtung im Sinne des § 723 BGB. verletzt, und dem angefochtenen Urteile sei der Boden entzogen, weil es selbst davon ausgehe, daß der § 326 BGB., auf den sich die Klage in erster Linie stütze, nur Anwendung finden dürfe, wenn auch die Voraussetzungen des § 723 BGB. erwiesen seien. Die Rüge geht in der Begründung fehl; in ihrem Ziele aber, der Ausschaltung des § 326 BGB., war ihr beizupflichten. Der VerN. geht ohne Rechtsirrtum davon aus, daß die Vertragsbeziehungen zwischen Klägerin und G. dem Gesellschaftsrecht unterstanden und die zwischen beiden bestehende Untergesellschaft bereits in Tätigkeit getreten, also zur Ausführung gelangt war. Für solchen Fall verneint er die Anwendbarkeit des § 326 BGB., und die Zulässigkeit der sich daraus ergebenden Auflösung der Gesellschaft ex tunc dann, wenn die unerfüllt gebliebene Verpflichtung eine so wesentliche nicht genannt werden könne, daß mit ihrer Verletzung auch die tatsächlichen Voraussetzungen des § 723 BGB., also eines wichtigen Grundes zur Auflösung ex nunc, gegeben gewesen seien; für den umgekehrten Fall aber, der hier vorliege, bejaht er sie. Dieser Rechtsauffassung konnte ohne Bedenken insoweit beigetreten werden, als sie dem § 326 BGB. auf zur Ausführung gebrachte, wenn auch nur aus Zweien bestehende, Gesellschaften die Anwendbarkeit versagt, wenn die Leistung, mit welcher der eine Gesellschafter in Verzug geraten, nicht von so wesentlicher Art oder ihr Ausbleiben nicht auf ein solches Verschulden zurückzuführen ist, daß nach § 723 BGB. ein Recht auf sofortige Kündigung der Gesellschaft gegeben gewesen wäre. Dem Gesetze kann unmöglich die Absicht unterstellt werden, daß es, nur an einen wichtigen Grund und daher regelmäßig nur an eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht das Recht des anderen auf Auflösung und Auseinandersetzung knüpfend, das viel einschneidendere, weil rückwärts wirkende Recht des Rücktritts ohne diese Voraussetzung lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hätte gewähren wollen. Wiederholt ist auch vom RG. schon ausgesprochen, daß eine mit der Eigenart gesellschaftlicher Verhältnisse nicht in Einklang zu bringende Anwendung der §§ 320 ff. BGB. auf das Gesellschaftsrecht abzulehnen sei (vgl. insbesondere die Entscheidung des I. ZS. vom 21. Februar 1912 in RG. 78, 303 und die des III. ZS. vom 28. Juni 1911, ZB. 11, 808). Es würde jeder Billigkeit widerstreiten, wollte man einem Gesellschafter, der ein Recht auf Kündigung nicht besitzt, weil der Verstoß des anderen gegen seine Vertragspflichten so ernst nicht beurteilt werden darf, nun auf dem Umwege über § 326 BGB. die Möglichkeit zur Losagung vom

ganzen Vertragsverhältnisse gewähren. Der erkennende Senat geht aber weiter und hierin weicht er von der Ansicht des VerN. ab. Er erachtet den § 326 BGB. selbst dann auf zur Ausführung gebrachte Gesellschaften nicht für anwendbar, wenn die Voraussetzungen des § 723 BGB. gegeben sind, es sich also, was der VerN. hier einwandfrei festgestellt hat, um die vorsätzliche und grobfahrlässige Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht handelt. Auch dann ist dem anderen Gesellschafter nicht der Weg des § 326 BGB., sondern nur der des § 723 BGB. selbst eröffnet, ihm also nur die Möglichkeit gegeben, durch sofortige Kündigung die Auseinandersetzung herbeizuführen. Der § 723 ist das den besonderen Verhältnissen des Gesellschaftsrechts sich anpassende Sondergesetz, dem die nach dem Beginne der gesellschaftlichen Tätigkeit, vor allem nach deren längerer Dauer, ohne die Gefahr der Verwirrung nicht mehr verwertbare Bestimmung des § 326 zu weichen hat. Die Verletzung des Rechts zu sofortiger Kündigung wird auch den Bedürfnissen des Verkehrs vollkommen gerecht. Steht die Gesellschaft noch im Beginne ihrer Tätigkeit, so wird sich das rechnerische Ergebnis einer Auseinandersetzung meist nicht wesentlich von demjenigen unterscheiden, das sich bei einem Rücktritt des Gesellschafters vom ganzen Vertrage ergeben hätte. Sieht die Gesellschaft aber schon auf Jahre ihres Bestehens zurück, so würden sich nicht nur unter den Gesellschaftern bei Zulassung des Rücktrittsrechts und der dann notwendigen Anwendung auch der §§ 346 ff. BGB. leicht Unklarheiten und Verwicklungen bedenklichster Art ergeben können, sondern es würde auch das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten oft dem Streite der Beteiligten nicht entrückt sein. Die Fristsetzung des § 326 BGB. würde weiter die Folge haben, daß der säumige Teil zwar durch Nachholung der Leistung innerhalb der Frist den anderen daran hindern könnte, die gesamten gesellschaftlichen Beziehungen rückwärts zu lösen, das Recht des anderen aber, die Gesellschaft auf sofort zu kündigen und die Auseinandersetzung zu verlangen, auf Grund seiner Vertragsverletzung gegen ihn bestehen bliebe. Allen Unstimmigkeiten ist dagegen begegnet, wenn man annimmt, daß das Gesetz die Frage, welche Rechte die Vertragsverletzung, insonderheit auch der Verzug, des einen Gesellschafters dem anderen gibt, für Gesellschaften, die zur Ausführung gelangt sind, in § 723 BGB. erschöpfend hat regeln wollen. Die eigenartige Materie rechtfertigte und erforderte eine besondere Vorschrift, weil es sich unter Gesellschaftern um ein auf die Dauer berechnetes, vielfach auch zu Dritten in Rechtsbeziehungen tretendes Vertrags- und Vertrauensverhältnis handelt, das zur Förderung der Erreichung eines gemeinsamen Zweckes gegründet wird und, wenn es auf diesem Wege schon vorgeschritten ist, nicht rückwirkend in gleicher Weise von der Vertragserfüllung eines Gesellschafters abhängig gemacht werden darf, wie sonst bei zweiseitigen Verträgen der vertragstreue Teil befugt ist, sich nach fruchtloser Fristsetzung vom Vertrage schlechtweg loszusagen. Nicht mit Recht entnimmt der VerN. die Stütze für seine gegenteilige Meinung der schon angezogenen Entscheidung des RG., I. ZS. vom 21. Februar 1912, RG. 78, 303. Damals hatten die Vorinstanzen, abweichend von dem jetzt zur Entscheidung stehenden Falle, die Voraussetzungen des § 723 BGB. nicht festgestellt. Das RG. lehnte bei dieser Sachlage den Standpunkt, der ganze Vertrag sei rückwärts aufgehoben, ab;

sich für den nicht gegebenen Fall schlüssig zu machen, daß die Voraussetzungen des § 723 BGB. festgestellt gewesen wären, hatte es keine Veranlassung. Der Revision war hiernach, wenn auch nicht aus den von ihr vorgebrachten Gründen, darin beizupflichten, daß der § 326 BGB. zur Begründung des Klageanspruches außer Betracht zu bleiben hatte. *U. u. Gen. c. v. G. u. S., U. v. 11. Febr. 13, 461/12 II. — Frankfurt a. M. [S.]*

7. §§ 339, 343 BGB. Wesen der Vertragsstrafe im Gegensatz zum Neugeld. Wann liegt „Entrichtung“ der Strafe vor?]

Der Kläger kaufte durch notariellen Vertrag vom 24. Juni 1909 von den Beklagten ein Hausgrundstück in Berlin. Er leistete auf den Kaufpreis, der 132 000 *M* betrug, eine Anzahlung von 10 000 *M*. Dabei wurde in § 4 des Vertrags bestimmt, daß diese 10 000 *M* als Vertragsstrafe verfallen und daß die Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sein sollen, wenn der Käufer trotz Aufforderung nicht zur Entgegennahme der Auflassung erscheinen oder weitere 22 000 *M* nicht vor der Auflassung zahlen werde. Die Beklagten traten dann vom Vertrage zurück und verkauften das Grundstück anderweitig. Der Kläger erklärte den Rücktritt für unberechtigt und beantragte, die Beklagten außer zur Erstattung von 657 *M* 35 *P* Auslagen zur Rückzahlung der Anzahlung, jedoch vorläufig nur in Höhe von 5000 *M* nebst 4 Prozent Prozentsinsen, zu verurteilen. Das LG. erkannte auf Abweisung der Klage, das BG. erklärte den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Revision der Beklagten, die sich nur dagegen richtete, daß der Anspruch auf Zahlung der 5000 *M* nebst Zinsen dem Grunde nach festgestellt war, ist zurückgewiesen. Unstreitig haben die Beklagten mit Schreiben vom 14. Oktober 1909 unter Androhung des Rücktritts vom Vertrage den Kläger aufgefordert, binnen 3 Tagen die Auflassung gegen Zahlung von 22 000 *M* entgegenzunehmen. Der Kläger hat die Anzahlung nicht zu leisten vermocht, auch dann nicht, nachdem auf seine Bitte die Beklagten die Frist bis zum 18. November 1909 verlängert hatten. Daß die Frist, wie der Kläger behauptet hatte, nochmals verlängert worden ist, erachtet das BG. für widerlegt, und daher waren die Beklagten, da der Kläger mit der Entgegennahme der Auflassung und der Zahlung der 22 000 *M* sich im Verzuge befand, zu der demnächst abgegebenen Erklärung des Rücktritts vom Vertrage berechtigt. Ein Bedenken nach dieser Richtung besteht nicht und kann insbesondere auch daraus nicht entnommen werden, daß die Beklagten mit der Fristsetzung nicht zugleich (RG. 73, 75) einen bestimmten Termin zur Entgegennahme der Auflassung bestimmt haben. Nachdem der Kläger wegen seines Unvermögens zur Leistung die Verlängerung der zunächst gesetzten Frist erbeten und gewährt erhalten hatte, war es nunmehr seine Sache, den Beklagten eine Erklärung darüber zugehen zu lassen, zu welchem Zeitpunkte sie sich beim Grundbuchamte zwecks Vornahme der Auflassung und Empfangnahme der Zahlung einzufinden haben. Nicht Sache der Beklagten war es, darüber beim Kläger Nachfrage zu halten, ob und wann er nunmehr innerhalb der verlängerten Frist zur Vertragserfüllung bereit und imstande sein werde. Hiernach ist das Klagebegehren, soweit die Behauptung des unberechtigten Rücktritts der Beklagten vom Vertrage in Betracht kommt, unbegründet. Anders aber

verhält es sich mit dem auf die Vorschrift des § 343 BGB. gestützten Verlangen nach Herabsetzung der Vertragsstrafe. Die Revision macht im Gegensatz zu den Ausführungen des BG. geltend, daß die Bestimmung in § 4 des Vertrags über den Verfall der 10 000 *M* überhaupt nicht unter dem Gesichtspunkte einer Vertragsstrafe im Sinne des § 339 zu beurteilen sei, sondern unter dem Gesichtspunkte der auflösenden Bedingung, des Neugeldes oder — § 359 — der Verwirkungsklausel (*lex commissoria*). Wäre diese Ansicht richtig, so würde für die in § 343 dem Richter gegebene Befugnis, die Vertragsstrafe wegen unverhältnismäßiger Höhe herabzusetzen, kein Raum sein. Allein der Vertrag enthält nichts von einer auflösenden Bedingung, im Falle der Nichterfüllung fiel der Vertrag keineswegs ohne weiteres in sich zusammen. Von einem „Neugeld“ — § 359 — kann nicht gesprochen werden, weil der Kläger, auch wenn er die Anzahlung verfallen lassen wollte, nicht seinerseits sich vom Vertrage lössagen, von ihm zurücktreten konnte. Der Fall der Verwirkung aus § 360 liegt nicht vor, weil aus der Säumnis des Klägers den Beklagten nicht lediglich das Recht zum Rücktritt vom Vertrage erwuchs. Die Beklagten erlangten darüber hinaus zugleich einen neuen Anspruch, und gerade dieser Umstand ist für das Wesen der Vertragsstrafe aus § 339 entscheidend. Der Vertrag bezeichnet denn auch den Verfall der Anzahlung ausdrücklich als Vertragsstrafe und daher ist die Müge der Verletzung des § 339 und der Auslegungsvorschriften der §§ 133 und 157 unzutreffend. Die Revision der Beklagten kann aber auch mit dem weiteren Angriffe aus § 343 Erfolg nicht haben. Daß die Strafe unverhältnismäßig hoch, ist bedenkenfrei festgestellt. Die Revision hält nun unter Hinweis auf die Vorschrift im Satz 3 des § 343 die Herabsetzung für unzulässig, weil die Strafe bereits entrichtet sei. Allein die in § 4 des Vertrags über den Verfall der Anzahlung getroffene Vereinbarung steht dem Falle einer „Entrichtung“ der Strafe nicht gleich. Daß der Gläubiger auf Grund der im Vertrage getroffenen Festsetzung erklärt, die Anzahlung als Strafe verwenden und behalten zu wollen, läßt die Strafe noch nicht als „entrichtet“ erscheinen. Die Entrichtung erfordert eine Handlung des Schuldners, und die Wirkung aus Satz 3 des § 343 tritt — Urteil des erkennenden Senats vom 29. Januar 1908, V 238/07 — nur dann ein, wenn nachträglich und in Anerkennung der Verpflichtung der Schuldner die Leistung bewirkt. Dann und nur dann ist auch anzunehmen, daß auf das Recht der Herabsetzung der Strafe verzichtet wird. *U. u. Gen. c. B., U. v. 1. März 13, 324/12 V. — Berlin. [L.]*

8. Mietvertrag. Die ungerechtfertigte Kündigung hat keinerlei Rechtsfolgen weder für noch gegen den Erklärenden.]

Unzutreffend ist die Ansicht der Beklagten, auch die ungerechtfertigte Kündigung bewirke zum Nachteil des Kündigenden unwiderruflich die Beendigung des aufzukündigenden Rechtsverhältnisses, weshalb die Beklagten sich für befugt erachten, den Kläger, wie geschehen, im Dezember 1910 an der sofortigen Kündigung vom 23. März 1909 festzuhalten. Richtig ist allerdings, daß die ordnungsmäßig erfolgte Kündigung definitiven Rechteeffekt bewirkt, und auch wider den Kündigenden selbst die Beendigung des Mietverhältnisses herbeiführt, so daß dies Recht dem Gefündigten durch einseitigen Widerruf des

Kündigenden nicht wieder entzogen werden kann; dagegen vermag die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, d. h. die Erklärung, daß das Mietverhältnis für die Zukunft sofort beendet sein solle, eine Rechtswirkung nur dann hervorzurufen, wenn sie sich auf eine im Gesetz begründete Befugnis zu stützen vermag, andernfalls ist sie völlig wirkungslos, und erzeugt nicht nur für, sondern auch gegen den Erklärenden keinerlei Rechte. B. c. R., U. v. 7. Febr. 13, 389/12 III. — Colmar. [S.]

9. § 774 BGB. Zum Ausgleichsanspruch des Mitbürgen.]

Soweit dem Gläubiger gegenüber ein Gesamtschuldverhältnis besteht, haben die Bürgen gegeneinander nach §§ 774, 426 BGB. einen Ausgleichsanspruch, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, vgl. auch Warneher, Erg.-Bd. 1912 Nr. 296. Die „andere Bestimmung“ braucht keine ausdrückliche zu sein, sondern es genügt eine Willensäußerung, die auch in indirekter Form, z. B. durch Vereinbarung von Vertragsbestimmungen, die mit dem Ausgleichsrechte nicht vereinbar sind, erfolgen kann. T. c. R., U. v. 27. Febr. 13, 309/12 VI. — Stuttgart. [L.]

10. § 820 BGB. Ungerechtfertigte Bereicherung durch eine tatsächliche Vermögensverschiebung.]

Die Klägerin fordert von den verklagten minderjährigen Kindern des am 9. Februar 1910 verstorbenen Kaufmanns Louis B. Zahlung von 7500 M. Sie hatte am 10. April 1909 mit Louis B. als dem gesetzlichen Vertreter seiner Kinder einen Kaufvertrag abgeschlossen, wonach die Minderjährigen verpflichtet sein sollten, das Eigentum an einem ihnen gehörigen Grundstück ihr zu übertragen, und hatte, wie sie geltend macht, 7500 M auf den Kaufpreis an Louis B. gezahlt. Durch Beschluß vom 4. Dezember 1910 hat jedoch das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu dem Kaufvertrage verweigert, nachdem schon im Februar 1910 über den Nachlaß des Louis B. das Konkursverfahren eröffnet worden war. Die Beklagten bestreiten, daß von dem an Louis B. gezahlten Gelde der Klägerin — falls eine Zahlung überhaupt erfolgt sein sollte — etwas in ihr Vermögen gelangt sei. — Das OLG. hat ausgeführt: Daraus, daß die Klägerin, wie sie behauptet, 7500 M an Louis B. gezahlt habe, ergebe sich nicht ohne weiteres ein Bereicherungsanspruch gegen die Beklagten. Vielmehr bedürfe es des Nachweises, daß das an Louis B. gezahlte Geld tatsächlich den Beklagten zugute gekommen sei. In der Berufungsinstanz habe die Klägerin behauptet, Louis B. habe die 7500 M zum Ankauf des Grundstücks Davillen Nr. 11 für seine Ehefrau verwendet. Sei dem so, so sei nicht ersichtlich, inwiefern auf solche Weise eine unmittelbare Vermögensverschiebung aus dem Vermögen der Klägerin in das der Beklagten eingetreten sein könnte. Ebenjowenig sei zu ersehen, wie die Beklagten durch Eintragung einer Forderung von 2500 M auf das Grundstück Davillen Nr. 11 und durch Empfang des Betrags von 2365 M aus der Konkursmasse etwas aus dem Vermögen der Klägerin erlangt haben sollten. Auch könne davon keine Rede sein, daß Louis B. die erhaltenen 7500 M oder einen Teil davon im Sinne des § 822 BGB. unentgeltlich den Beklagten zugewendet habe. Mit der Revision wird dagegen geltend gemacht: Die Ansicht des BG. sei nicht zutreffend. Die §§ 1821, 1822 BGB., die im Umfange des

§ 1643 auch für die Vertretungsmacht des Vaters Geltung hätten, umfaßten eine Reihe teils obligatorischer teils dinglicher Geschäfte. Soweit dingliche Rechtsakte nicht genannt seien, habe der Vater die gesetzliche Macht, bei ihrer Vornahme seine Kinder zu vertreten. Die abstrakte Natur des dinglichen Geschäfts gestatte nicht, seine Wirksamkeit von der Wirksamkeit des obligatorischen Vertrags abhängig zu machen. Wenn der gesetzliche Vertreter ein Vormund sei, so könne es allerdings zweifelhaft sein, ob eine zur Erfüllung eines Grundstückskaufvertrages vorgenommene Geldübergabe wirksam sei, falls die Annahme des Geldes nicht genehmigt werde. Der Zweifel sei in § 1812 begründet. Die Vorschrift des § 1812 sei aber auf den Vater als gesetzlichen Vertreter nicht anwendbar. Der Vater sei in der Annahme geschuldeter Leistungen unbeschränkt. Daher könne ein Zweifel an der Legitimation des Louis B. zur Empfangnahme des Kaufgeldes für die Beklagten nicht für begründet erachtet werden. Die Tatsache, daß kein rechtsbeständiger Kaufvertrag vorliege, hindere an sich nicht die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts. Das OLG. habe sich von Billigkeitserwägungen leiten lassen. Vom Gerechtigkeitsstandpunkt könne es durchaus zweifelhaft sein, ob die Folge der Untreue des Louis B. die ihm nahestehenden Kinder oder die Klägerin treffen müßte. Falls aber die Auffassung des OLG. grundsätzlich gebilligt werde, bedürfe es der Prüfung, ob nicht wegen der Hypothekforderung von 2500 M und wegen des Betrags von 2365 M der Bereicherungsanspruch begründet sei, und ob nicht § 822 Platz greife. Es könne unmöglich Rechtens sein, daß die Beklagten das, was sie als den ihnen angeblich zustehenden Kaufpreis im Prozeß gegen den Konkursverwalter aus dem Vermögen ihres Vaters erstritten, nicht an die Klägerin, die den Betrag ohne rechtlichen Grund gezahlt habe, herauszugeben hätten. Der Revision ist Erfolg zu gewähren, wenn auch dem VerN. insoweit beizutreten ist, als er angenommen hat, der Klägerin sei ein Bereicherungsanspruch gegen die Minderjährigen nicht schon dadurch erwachsen, daß sie an Louis B. 7500 M gezahlt habe. Bei dem Abschlusse des Kaufvertrags vom 10. April 1909 ist Louis B. zwar als gesetzlicher Vertreter seiner minderjährigen Kinder aufgetreten, allein zur Veräußerung des Grundstücks der Kinder und zur Eingehung der Verpflichtung zur Veräußerung bedurfte er gemäß § 1643 in Verbindung mit § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 3 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Der Kaufvertrag wurde ohne die Genehmigung geschlossen. Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hing sonach (§ 1643 Abs. 3, § 1829 Abs. 1) von der nachträglichen Genehmigung ab. Die Genehmigung ist verweigert worden. Aus der Verweigerung ergab sich, daß der Vertrag in allen seinen Teilen für die minderjährigen Kinder nicht wirksam war. Es fehlte dem Louis B. die Vertretungsmacht, als er den Kaufvertrag abschloß, das Grundstück der Klägerin übergab und den Kaufpreis in Empfang nahm. Wenn die Klägerin dadurch, daß sie sofort Zahlung leistete, Nachteile erleidet, so hat sie sich dies selbst zuzuschreiben, da sie Louis B. vertraut und an ihn den Kaufpreis gezahlt hat, bevor der Vertrag genehmigt war. Da Louis B. bei dem auf die Grundstücksveräußerung gerichteten rechtsgeschäftlichen Handeln seine Kinder nicht wirksam vertreten konnte, so hat er das von der Klägerin zur Erfüllung des

Kaufvertrags gezahlte Geld nicht als Vertreter der Minderjährigen erworben. Der Umstand, daß, wie die Revision geltend macht, die Vorschrift des § 1812 auf den Inhaber der elterlichen Gewalt nicht anwendbar ist, kann nicht dazu führen, anzunehmen, daß die an Louis B. erfolgte Leistung der Klägerin den Minderjährigen gegenüber rechtswirksam sei. Den Minderjährigen stand keine Forderung gegen die Klägerin zu; Louis B. hat über keine seinen Kindern zustehende Forderung verfügt. Wollte man die Empfangnahme des Geldes trennen von dem Vertrage über die Grundstücksveräußerung, so läge in der Erhebung des Geldes eine Aufnahme von Geld auf den Kredit der Minderjährigen vor, zu der Louis B. als Inhaber der elterlichen Gewalt gemäß § 1643 in Verbindung mit § 1822 Nr. 8 ebenfalls der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedurft hätte. Wenn aber auch die Beklagten keine Haftung aus dem rechtsgeschäftlichen Handeln ihres Vaters trifft, so kann doch tatsächlich zu ihrem Vorteil eine Vermögensverschiebung auf Kosten der Klägerin erfolgt sein. Soweit tatsächlich auf Kosten der Klägerin etwas in das Vermögen der Beklagten gelangt ist, sind die Beklagten zur Herausgabe verpflichtet. Die eingetretene Bereicherung hat die Klägerin darzutun. Mit Recht hat demnach das BG. angenommen, es habe für die Klägerin der Behauptung und des Nachweises bedurft, daß der an Louis B. gezahlte Betrag ganz oder teilweise tatsächlich den Beklagten zugute gekommen sei. Aber bei den weiteren Ausführungen des BG. ist der Fall nicht berücksichtigt, daß Louis B. mit dem Gelde der Klägerin Forderungen für die Beklagten erworben haben kann. Die Klägerin soll in der Berufungsinstanz behauptet haben, Louis B. habe die von der Klägerin angezahlten 7500 M zum Ankaufe des Grundstücks Datwillen Nr. 11 für seine Ehefrau verwendet. Das BG. hat angenommen, diese Behauptung der Klägerin schließe aus, daß die Beklagten auf Kosten der Klägerin bereichert sein könnten. Das ist nicht zutreffend. Louis B. könnte über das Geld der Klägerin in der Weise verfügt haben, daß er als Vertreter der Beklagten es seiner Frau überließ, und dadurch eine Forderung der Beklagten gegen ihre Mutter begründete. Darüber, ob in dieser Weise oder wie sonst die hypothekarisch gesicherte Forderung der Beklagten in Höhe von 2500 M entstanden ist, sind Feststellungen von dem BG. nicht getroffen. Was den Betrag von 2365 M betrifft, den die Beklagten aus der Konkursmasse erhalten haben, so ist auch insoweit die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß eine Bereicherung der Beklagten auf Kosten der Klägerin eingetreten ist. Die Beklagten sollen den Betrag von 2365 M erlangt haben zu einer Zeit, als noch ungewiß war, ob die Genehmigung zur Grundstücksveräußerung erteilt oder verweigert werde, und sie sollen den Gelbbetrag erlangt haben auf Grund einer Forderung, die sie darauf stützten, daß Louis B. über das für die Minderjährigen bestimmte Geld der Klägerin verfügt habe in der Annahme, es sei Geld der Minderjährigen. Wenn die Beklagten auf diese Weise den Betrag von 2365 M in ihr Vermögen gebracht haben, so läßt sich der Anspruch der Klägerin nicht deshalb abweisen, weil die Beklagten den streitigen Betrag nicht auf Kosten der Klägerin erlangt hätten. Der Betrag von 2365 M ging, wenn die Behauptung der Klägerin richtig sein sollte, den Beklagten zu als Ersatz für

das Kaufgeld der Klägerin. G. c. B., U. v. 1 Febr. 13, 458/12 IV. — Königsberg. [S.]

11. § 826 BGB. Die Ausnützung der Lage zum eignen Vorteil verstößt noch nicht notwendig gegen die guten Sitten.] Auf Antrag des Stadtrats der beklagten Stadtgemeinde ist durch Beschluß des Bezirksrats zu F. vom 28. März 1888 ein Plan über die Fortsetzung der Adlerstraße in F. gegen Süden festgesetzt worden. Der Plan ist in der Folge nicht ausgeführt und auf Antrag der Stadtverwaltung vom Großherzoglichen Ministerium des Innern unter dem 19. April 1908 wieder aufgehoben worden. Der Erblasser der Klägerin hat behauptet, er habe an seinem von der geplanten Straßenfortsetzung berührten Fabrikantwesen sowohl durch die Feststellung des Planes und seine 20 Jahre hindurch währende Aufrechterhaltung als auch durch seine schließliche Aufhebung Schaden erlitten, der mit der Klage ersetzt verlangt wird. Der erste Richter hat den Klagantrag dem Grunde nach unter Beschränkung auf den Schaden aus der Aufhebung des Planes für gerechtfertigt erklärt, im übrigen die Klage abgewiesen. Das BG. hat die Berufung der Beklagten gegen den der Klage willfahrenden Teil des ersten Urteils zurückgewiesen, im übrigen aber auf die Anschlußberufung der Klägerin den Klaganspruch auch bezüglich des aus der Inplanlegung entstandenen Schadens, insoweit auf Grund des § 826 BGB. und unter Beschränkung auf die Zeit vom 1. Mai 1890 an dem Grunde nach zuerkannt. . . . Den Erwägungen, woraus das BG. folgert, vom 1. Mai 1890 an (Klagzurücknahme) — von welchem Zeitpunkte an die gekennzeichnete Sachlage unverändert festgestanden habe —, habe für die Stadtverwaltung die Verpflichtung bestanden, die Aufhebung des Planes zu beantragen, scheint die, allerdings nicht zu klarem Ausdruck gelangte Anschauung zugrunde zu liegen, als ob die Gemeindeverwaltung in einem Falle der hier in Rede stehenden Art nur zweierlei tun dürfe — die verlangten Grundstückspreise zahlen oder unverweilt das gerichtliche Entschädigungsverfahren (nach dem Enteignungsgesetze) einzuleiten —, nicht aber auch ein Drittes, nämlich zu warten, ob sich nicht im Laufe der Zeit eine für die Erwerbung des benötigten Geländes günstigere Gestaltung der die Preisbemessung bedingenden Umstände ergeben werde. Auf welche gesetzliche Bestimmung sich etwa eine dahingehende Rechtsmeinung des BG. gestützt habe, ist aus dem Urteile nicht zu ersehen. Soweit abzusehen, könnte es sich nur um irrevisibile Normen des badischen Rechts handeln, deren Auslegung und Anwendung nach § 562 ZPO. der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen wäre. Immerhin bedürfte das BU. zutreffendenfalls auch insoweit einer näheren Begründung (§ 551<sup>7</sup> ZPO.). Es kommt aber hierauf entscheidend nicht an, weil — ganz abgesehen davon, ob die Stadtverwaltung gegen eine rechtliche Verpflichtung im berührten Sinne verstoßen hat — das Urteil insoweit, als es eine Verfehlung gegen die guten Sitten angewonnen hat, auf rechtsirrigen Erwägungen beruht und deshalb aufgehoben werden muß. Das BG. ist hierbei von Art. 2 des badischen Ortsstraßengesetzes i. d. F. vom 6. Juli 1896 ausgegangen, wonach die Pläne neuer Ortsstraßen in einer dem voraussetzlichen Bedürfnisse entsprechenden Weise festzustellen sind — eine Vorschrift, die nach Art. 3 des Gesetzes auch auf die Abänderung von Plänen anzuwenden ist. Die Aufstellung der Pläne liegt dem Gemeinderat

(Stadttrat) ob. Daß diesem hierbei vom Gesetze ein Ermessen eingeräumt ist, verkennt auch das BG. nicht; es nimmt aber an, dieses Ermessen sei im vorliegenden Falle durch unzulässige Erwägungen bestimmt worden. Dem kann nicht beigetreten werden. Sicherlich im Bereiche jenes Ermessens liegt es — sofern nicht etwa, worüber, wie schon erwähnt, nichts erhellt, eine gesetzliche Vorschrift, das Ermessen insoweit einschränkend, anderes gebietet —, mit dem Aufhebungsantrage so lange zuzuwarten, als es dem von der Gemeindeverwaltung wahrzunehmenden Interesse entspricht. Selbst wenn nun dieses Interesse, wie das BG. annimmt, tatsächlich dahin gegangen ist, bei G. ermäßigte Forderungen zu erzielen, könnte darin nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die guten Sitten gefunden werden. Das träfe erst dann zu, wenn die Stadtverwaltung für die Gemeinde die Erlangung unberechtigter und übermäßiger Vorteile angestrebt hätte. Auch die Festsetzung z. B. unbilliger Bedingungen, die Ausnützung der Lage zum eigenen Vorteile verstößt noch nicht notwendig gegen die guten Sitten; hinzukommen muß ein Verhalten, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (vgl. die im Kommentar der Reichsgerichtsräte Erl. 2, 3 zu § 826 angef. Rechtspr.). Ein solches Verhalten läge z. B. dann vor, wenn eine Gemeindeverwaltung darauf ausginge, Grundstückseigentümer in eine Not- oder Zwangslage zu bringen, in der sie auf jeden, auch auf einen unter allen Umständen unangemessenen Preis eingehen müssen, nicht aber dann, wenn die Gemeindeverwaltung ihre Rechtsposition dazu ausnützt, sich — im Interesse des von ihr vertretenen Gemeinwesens — unbilliger Forderungen der Grundstückseigentümer zu erwehren. Stadtgemeinde F. c. G., U. v. 3. Febr. 13, 441/12 VI. — Karlsruhe. [C.]

**12.** § 839 BGB. Verletzung der Amtspflicht des Notars durch Unterlassung sachgemäßer Befragung.]

Laut Urkunde des beklagten Notars vom 19. Mai 1908 haben die Kläger vom Schreiner A. ein Hausgrundstück in Düsseldorf gekauft. Auf diesem ruhten folgende Hypotheken: Nr. 2 für B. 9000 M Darlehn, Nr. 3 für denselben 1500 M desgleichen, Nr. 4 für R. & Co. 3000 M Höchstbetragshypothek. Nach dem vom Notar beurkundeten Kaufvertrage beträgt der Kaufpreis 12 500 M. Die Hypothek von 9000 M sollte in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen werden, 2000 M wurden sofort an A. bezahlt, der Rest von 1500 M war bis spätestens zum 1. Mai 1909 zu entrichten. Weiter heißt es in dem Vertrage: „Die Erschienenen beantragen die Löschung der in Abteilung III unter Nr. 3 und 4 enthaltenen Eintragungen.“ Die Urkunde war in der Weise zustande gekommen, daß der Bureauvorsteher des Beklagten mit den Erschienenen verhandelt und die Schrift fertig entworfen, darauf den Notar herbeigerufen hatte, in dessen Gegenwart die Urkunde vorgelesen und unterschrieben wurde. Die Höchstbetragshypothek von 3000 M ist noch heute eingetragen und wird von der Firma R. & Co. in Anspruch genommen. Die Kläger, die an A. außer der Anzahlung von 2000 M auch die weiteren 1500 M bezahlt haben, verlangen, daß der Beklagte das Grundstück von dieser Hypothek freistelle. Nach der Klagschrift machen sie geltend, er habe seine Amtspflicht dadurch verletzt, daß er es unterlassen habe, sie über die sämtlichen auf dem Grundstücke lastenden Hypotheken

vor Abschluß des Kaufvertrages genau zu unterrichten. Sie hätten von dem Bestehen der Höchstbetragshypothek nichts gewußt und seien von ihm nicht darüber aufgeklärt worden. Auch der Bureauvorsteher habe sie schuldhaft darüber im unklaren gelassen und für dessen als seines Erfüllungsgehilfen Verschulden hafte der Beklagte. Das OLG. hat antragsgemäß erkannt, ein eigenes Verschulden des Beklagten nicht festgestellt, aber angenommen, daß er für das des Bureauvorstehers nach § 278 BGB. hafte. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen. Der Wert des Beschwerdegegenstandes übersteigt nicht den Betrag von 4000 M. Die Revision ist aber nach § 547 Ziff. 2 ZPO. zulässig. Danach findet die Revision statt in den Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche für welche die LG. ausschließlich zuständig sind. Eine solche Rechtsstreitigkeit liegt hier insofern vor, als ein Anspruch gegen den Notar wegen pflichtwidriger Unterlassung einer Amtshandlung (§ 70 Abs. 3 BGB., § 39 PrAGBGB.) geltend gemacht ist. Der Umstand, daß das angefochtene Urteil lediglich von der Verletzung einer Vertragspflicht ausgehend den Beklagten aus § 278 BGB. hafte läßt, steht der Zulässigkeit der Revision nicht entgegen. Das an die rechtliche Beurteilung des BG. nicht gebundene Revisionsgericht hat den Rechtsgrund für den erhobenen Schadensersatzanspruch selbständig zu prüfen, und damit ist die Zulässigkeit des Rechtsmittels gegeben. Diese Prüfung ergibt aber die Unbegründetheit der Revision. Im Gegensatz zum OLG., das davon abgesehen hat, ein eigenes Verschulden des Beklagten festzustellen, muß angenommen werden, daß er durch eigene schuldhafte Unterlassung eine ihm den Klägern gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Die Notare in Preußen sind Beamte (Abschnitt 6 PrAGB.). Sie haben als solche Amtspflichten und haben in Ansehung solcher Berufsgeschäfte, die nicht Amtsgeschäfte sind, Berufspflichten (RG. 49, 269). Es entspricht der Rechtsprechung des RG., namentlich auch des erkennenden Senats, daß, wer die Amtstätigkeit des Notars anruft, regelmäßig mit ihm zugleich einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag, insbesondere einen Dienstvertrag, abschließt. Die Berufspflichten des Notars aus diesem Dienstvertrage können mit dem ihm amtlich obliegenden Pflichtenkreise zusammenfallen. Soweit sie darüber hinausgehen, liegt kein Amtsgeschäft und keine Amtspflicht vor. Es fragt sich, ob die dem beklagten Notar hier vorgeworfene schuldhafte Unterlassung, nämlich die Nichtaufklärung der Kläger über die auf dem Grundstücke lastenden Hypotheken und über die Gefahr aus der Weiterhaftung des Grundstücks für die von den Käufern nicht mit übernommene Höchstbetragshypothek, in der Tat schuldhaft war und ob sie gegen seine Amtspflicht oder auch gegen sie oder ob sie lediglich gegen eine Vertragspflicht verstieß. Der Beklagte war als Urkundsbeamter in Anspruch genommen, um das Kaufgeschäft zwischen den Klägern und A. zu beurkunden. Seine amtliche Verpflichtung ging dahin, den erklärten Willen der Vertragsschließenden in klarer, gültiger Fassung und Form urkundlich festzulegen, der Urkunde den Inhalt zu geben, der dem Willen der Erschienenen und dem Zwecke der Urkundenerrichtung entsprach. Um Willen und Zweck zu ergründen, liegt ihm eine Art Fragepflicht amtlich ob, zu deren Ausübung immer insofern Veranlassung gegeben ist, als die dem Notar vorgetragenen Erklärungen Zweifel über Willen und Zweck Raum lassen. Er muß alle Sorgfalt aufwenden, damit über

das, was die Parteien bezwecken, eine rechtswirksame Beurkundung zustande kommt. Abgesehen davon erstreckt sich seine Amtspflicht noch auf mancherlei: Er hat Amtsverschwiegenheit zu beobachten, seine Mitwirkung bei gesetzwidrigen Geschäften zu versagen, sich über Ablehnung eines Auftrags sofort zu erklären, bei Zweifeln über die Geschäftsfähigkeit der Erschienenen in bestimmter Weise zu verfahren (Art. 40, 83 Abs. 1, 90 PrFGG.). Er muß auch seinen Bureaudienst so ordnen, daß Schädigungen der Beteiligten vermieden werden (so Entsch. des RG. III 510/09 vom 14. Oktober 1910) u. dgl. Dagegen ist der Notar, sofern er lediglich als solcher, als Urkundsbeamter, in Anspruch genommen wird, zu „einer weiteren Belehrung, als sie für das Zustandekommen einer rechtswirksamen Beurkundung erforderlich ist, nicht verpflichtet“ — vgl. III 665/09 vom 21. Februar 1911 in Warneher Ergänzungsband 1911 S. 257. — In welchem Umfange aber das Zustandekommen einer solchen Beurkundung eine Belehrung und Aufklärung erfordert, das ergibt sich aus dem hier klargelegten Wesen der dem Urkundsbeamten gestellten Aufgabe: Ermittlung des Willens der Vertragsschließenden, Feststellung des Vertragszwecks, Festlegung der Vereinbarungen in gültiger klarer Form und Fassung. Von diesem Gesichtspunkte aus braucht nicht erörtert zu werden, ob es an sich statthaft erscheint, daß der Notar die gesamte Vorbereitung und Aufklärung in Anspruch eines zu beurkundenden Rechtsgeschäfts dem nicht rechtskundigen Bureauvorsteher überläßt. Es mag im Einzelfalle unbedenklich sein, daß bei einfachen Rechtsangelegenheiten der Notar so verfährt und von jeder eigenen sachlichen Befragung der Erschienenen so lange absteht, als ihm nicht ein äußerer Anlaß zu näherer Erforschung des Willens der Erklärenden gegeben ist. Hier lag aber ein solcher Anlaß vor. Der im Vertrage enthaltene Lösungsantrag hinsichtlich der von den Käufern nicht mitübernommenen beiden Hypotheken mußte den rechtskundigen Beklagten alsbald stutzig machen. Er kannte die aus der Weiterhaftung des Grundstücks für diese Hypotheken den Käufern drohende Gefahr. Die Frage nach dem Vorhandensein der dem Lösungsantrage entsprechenden Lösungsbeitragungen der Gläubiger mußte sich ihm ohne weiteres aufdrängen. Es mußten in ihm die erheblichsten Zweifel daran rege werden, ob die vom Bureauvorsteher verfaßte Niederschrift den wirklichen Willen der Vertragsschließenden richtig wiedergab, ob die Erschienenen sich über die Bedeutung des als ihre Erklärung Niedergeschriebenen völlig klar waren. Diese Zweifel durch sachgemäße Befragung und Aufklärung zu beheben, war seine amtliche, ganz unbeschadet der Tätigkeit des von ihm mit der Verrichtung der Vorbereitung befugtermaßen oder mißbräuchlich betrauten Bureauvorstehers ihm selber persönlich obliegende Pflicht. Diese Amtspflicht hat er verletzt dadurch, daß er den Vertragsentwurf sich vorlesen und von den Beteiligten unterschreiben ließ, ohne das geringste zu veranlassen, um die Vertragsbestimmungen, die ihm bei gehöriger Sorgfalt sofort als bedenklich auffallen mußten, den — wie er wahrnehmen konnte — unerfahrenen Käufern in ihrer Bedenklichkeit zum Bewußtsein kommen zu lassen, und ohne sich von der Übereinstimmung ihres wahren Willens mit den Erklärungen der Niederschrift in Ansehung dieser Bestimmungen zu überzeugen. Hat der Beklagte aber durch eigene schuldhaft Unterlassung gegen die durch sein Amt gebotene Sorgfaltspflicht verstoßen, so kommt es nicht darauf an,

ob auch eine Pflichtverletzung des Bureauvorstehers anzunehmen ist, und ob Handlungen oder Unterlassungen dieses Angestellten im gegebenen Falle die Haftung des beklagten Notars, sei es nach § 831, sei es nach § 278 BGB., begründen würden. Auch braucht nicht näher darauf eingegangen zu werden, daß die Ausführungen des BG. über das Vorhandensein einer Verletzung der dem Beklagten obliegenden Vertragspflichten wegen mangelnder Revisionssumme der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nicht unterliegen — vgl. JW. 00, 494; Stoenigki-Gelpke Ann. 6 zu § 547 ZPO.; RG. III 510/09 —. Die Revision ist vielmehr deshalb zurückzuweisen, weil sich die Entscheidung selbst aus den hier dargelegten anderen Gründen als richtig darstellt (§ 563 ZPO.). Die Erwägungen, aus denen das BG. den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem entstandenen Schaden und dem Verschulden des Bureauvorstehers festgestellt hat, treffen auch für das eigene Verschulden des Beklagten zu. Daß ein Schaden entstanden ist, stellt das angefochtene Urteil ebenfalls bedenkenfrei fest. Es spricht zwar an einer Stelle von der Verursachung des den Klägern „drohenden“ Schadens, gibt aber doch weiterhin den schon entstandenen Schaden dahin an, daß „die Kläger in Ermangelung der Löschung der Hypothek für sie mit dem Grundstücke haften“. Gegen die Art des zuerkannten Schadensersatzes sind Bedenken aus §§ 249 ff. BGB. nicht zu erheben. Dafür, daß die Kläger auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermöchten (§ 839 Abs. 1 BGB.), liegt nichts vor. Die Zahlungsunfähigkeit des N. ist außer Streit, und anderweite Behauptungen in dieser Richtung hat der Beklagte nicht aufgestellt (vgl. RG. 51, 192). L. c. Ch., U. v. 20. Febr. 13, 397/12 III. — Düsseldorf. [L.]

### 13. § 906 BGB. Ortsübliche Benutzung.]

Durch Vertrag vom 21./23. Juni 1904 hatte sich die Beklagte mit der Schiller-Theater-Aktiengesellschaft (Nebenintervenientin zu 2) vereinigt, um auf dem an der Bismarckstraße in Ch. an der Ecke der Gr.straße gelegenen Grundstück ein Theater zu erbauen, das Eigentum der Stadt werden sollte, aber durch Vertrag von demselben Tage mit allen Nebenhäusern, Garten und Zubehör an die Aktiengesellschaft zunächst auf die Dauer von 25 Jahren verpachtet wurde. Das neben diesem Grundstück in der B.straße liegende Grundstück verkaufte die Beklagte den Klägern durch Vertrag vom 16. Oktober 1906 mit der Verpflichtung, im Vordergebäude Wohnungen von nicht weniger als 8 Zimmern mit Badezimmer, Zentralheizung und Fahrstuhl zu erbauen und die Fassade der nach dem Schillertheater gelegenen Giebelwand, soweit sie frei lag, architektonisch auszugestalten. Die Kläger errichteten dementsprechend ein sogenanntes hochherrschaftliches Wohngebäude mit einem Kostenaufwande von etwa 500 000 M und brachten dabei in der Grenzmauer nach dem Theatergrundstück eine Korfkaiserschicht an. Dort liegt nämlich unmittelbar an der B.straße das dem Restaurationsbetriebe dienende Nebengebäude, bestehend aus einem Erdgeschoß, einem Zwischen- und Oberstoß, dahinter an der Ecke der Gr.straße der Garten, während seitwärts an der Gr.straße hinter einem schmalen Hofe das Theatergebäude gelegen ist. Durch die Geräusche, die im Restaurationsbetriebe durch Musik und Gesang, insbesondere durch die sommerlichen Gartenkonzerte, im Winter durch die im Konzertsaal des Restaurationsgebäudes stattfindenden Kabarettvorstellungen und

durch Tanzgesellschaften, die über 12 Uhr nachts sich ausdehnen, aber auch durch Treppenlaufen, Tellerklirren, Mülleimer und Fässerrollen hervorgerufen werden, ferner durch die Geräusche des Theaterbetriebes, insbesondere die Schmiede- und Ausbesserungsarbeiten an Kulissen und Versatzstücken, die im Hofe und den daran gelegenen Werkstätten vorgenommen werden, fühlten sich die Kläger und ein Teil ihrer Mieter beschwert. Aus den Gründen: Was den Inhalt der polizeilichen Auskunft und die daraus von dem VerN. in Übereinstimmung mit der Polizeibehörde gezogenen Folgerungen anlangt, so widerspricht es nicht der Rechtsprechung des RG., wenn bei Betrieben, die unmittelbar an der Wand des Nachbargebäudes eingerichtet werden, die Ortsüblichkeit auch dann verneint wird, wenn diese Betriebe sonst als ortsüblich anzusehen wären (Urt. vom 16. März 1910 V 248/09, vom 25. Januar 1911 V 128/10, vom 17. Februar 1912 V 335/11, vom 22. Juni 1912 V 97/12). Es kommt nach § 906 BGB. allerdings nicht, wie der VerN. unter Bezugnahme auf das ersterwähnte Urteil anzunehmen scheint, ausschließlich oder entscheidend auf die Wirkungen an, die die Geräusche auf das Nachbargrundstück ausüben, maßgebend ist vielmehr die Art der Benutzung des schädigenden Grundstücks (vgl. die erwähnten Urteile), aber eben diese Benutzung ist nicht ortsüblich, wenn sie nicht ordnungsmäßig, sondern regelwidrig erfolgt, wenn insbesondere Betriebe unmittelbar an der Nachbarwand eingerichtet werden, ohne daß zur Abwendung von Störungen auf dem Nachbargrundstück Vorkehrungen getroffen werden, die, wie der VerN. der polizeilichen Auskunft ohne Rechtsirrtum entnommen hat, leicht anzubringen und üblich sind. Die Kläger haben ihrerseits die Brandmauer den polizeilichen Vorschriften entsprechend gebaut und darüber hinaus noch eine Korisolierschicht angebracht. Daß sie nicht noch isolierende Luftschichten eingelegt haben, kann ihnen nicht zum Nachteil gereichen, da die Verpflichtung zu Abwehrmaßnahmen gegen störende Einwirkungen nicht ihnen, sondern der Beklagten oblag (Gruch. 32, 935; JW. 98, 447<sup>39</sup>), und der Umstand, daß die Mauer des Restaurationsgebäudes eher stand als die der Kläger, diese Verpflichtung nicht beseitigte (RG. 57, 229; 64, 363; 70, 150/152; JW. 05, 495<sup>21</sup>; V 264/10 u. a. m.). Stadtgemeinde Ch. u. Gen. c. R., U. v. 5. Febr. 13, 415/12 V. — Berlin. [S.]

**14.** § 930 BGB. Zu einer Vereinbarung einer fiduziarischen Sicherungsübereignung im Sinne dieses Paragraphen genügt es, wenn das den Besitz des Erwerbers vermittelnde Verhältnis nur überhaupt erkennbar gemacht ist.]

Am 24. Dezember 1910 hat der Gerichtsvollzieher S. im Auftrage der Beklagten in Vollziehung eines Arrestbefehls bei dem Restaurateur Carl H. in St. die Gegenstände gepfändet, welche in dem abschriftlich zu den Prozeßakten gebrachten Pfändungsprotokolle verzeichnet sind. Die Klägerin nahm die im Pfändungsprotokolle unter Nr. 48 bis 115 einschließlich aufgeführten Pfandstücke als ihr Eigentum in Anspruch und beantragte mit der Klage, die Pfändung dieser Gegenstände für unzulässig zu erklären. Für ihr Eigentum berief sie sich auf die in Ausfertigung zu den Prozeßakten gelangten notariellen Vertragsurkunden nebst einem dazugehörigen Inventarverzeichnis. Das LG. wies die Klage ab. Die von der Klägerin erhobene Berufung wurde durch Urteil des OLG. in Stettin vom

22. Mai 1912 zurückgewiesen. . . . Der VerN. hat die Frage, ob aus dem notariellen Vertrage vom 10. bis 13. März 1909 die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses zu entnehmen sei, vermöge dessen die Klägerin als Erwerblerin des Geschäftsinventars des H. den mittelbaren Besitz erlangt habe, verneint und hierfür erwoogen: Die von H. im § 7 des Vertrages übernommene Verpflichtung, die Sachen sorgfältig zu behandeln, auf seine Kosten unter Feuerversicherung zu halten und etwa abgehende Stücke durch neue gleichwertige zu ersetzen, sei außer auf der Grundlage eines Leihvertrages auch beim Vorliegen eines Verwahrungsvertrages, eines Verwaltungsvertrages, eines Mietvertrages usw. denkbar. Der § 930 BGB. verlange aber, daß das begründete Rechtsverhältnis klar zum Ausdruck gebracht werde. Eine allgemeine Vereinbarung, daß der Veräußerer den Besitz der Sachen fortan auch für den Erwerber als mittelbarer Besitzer ausüben solle, genüge nicht zum Ersatz der körperlichen Übergabe und habe den Übergang des Eigentums nicht zur Folge. Dem letzten Satz ist unbedenklich beizustimmen. Einem abstrakten Besitzkonstitut kommt Wirksamkeit nicht zu. Die im § 930 als Ersatzmittel der körperlichen Übergabe zugelassene Vereinbarung muß inhaltlich auf Erschaffung eines konkreten Rechtsverhältnisses gerichtet sein, vermöge dessen der Veräußerer dem Erwerber gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist (§ 868 BGB.). Der VerN. verlangt aber auch, daß das Rechtsverhältnis klar zum Ausdruck gebracht sei, und er vermißt solchen Ausdruck im § 7 des Vertrages, ohne auf den Vertragsinhalt im übrigen einzugehen. Diese Erwägungen der Vorinstanz müssen beanstandet werden. Eine bestimmte Form ist für Besitzkonstitute, die sich auf bewegliche Sachen beziehen, nicht vorgeschrieben. Darum ist insofern in Gemäßheit allgemeiner Rechtsgrundsätze eine stillschweigende Willenserklärung einer ausdrücklichen Willenserklärung an Bedeutung und Wirksamkeit gleichzustellen. Eine Vereinbarung im Sinne des § 930 erfordert also nicht die Anwendung von Ausdrücken, die nach üblichem Sprachgebrauche gerade und unmittelbar das gewollte Rechtsverhältnis ergeben und ersuchen lassen, sondern es genügt, wenn das gewollte, den Besitz des Erwerbers vermittelnde Verhältnis nur überhaupt erkennbar gemacht ist. Dabei wird nicht selten Raum und Anlaß zur Auslegung der Willensäußerungen unter Beachtung der §§ 133, 157 BGB. geboten sein. Die richterliche Auslegung eines Vertrages soll auf der Grundlage aller sachherbeilichen Willensäußerungen und in sachgemäßer Berücksichtigung der zugehörigen Umstände dahin führen, den erkennbar gemachten, wirklichen Willen der Beteiligten festzustellen und ihm Geltung zu verschaffen. Diesen Gesichtspunkten wird der Vorderrichter nicht gerecht. Der § 7 des Vertrages ist, nicht losgelöst aus dem Zusammenhange, mit dem Vertragsinhalt im ganzen zu betrachten. Die Klägerin verpflichtete sich, dem H. bei einem Kreditinstitute einen Kredit bis zu 10 000 M zu verschaffen. H. versprach, die von der Klägerin verbürgte Schuld in gewissen vierteljährlichen Teilzahlungen zu tilgen und seinen Bierbedarf, abgesehen von den echten Bieren, bei der Klägerin zu decken. Er erklärte, daß er dieser zur Sicherheit aller Ansprüche, die für sie aus der Bürgschaft entstehen sollten, sein in der Restauration befindliches Geschäftsinventar nach einem Verzeichnisse zu Eigentum übertrage. Die Vertragsschließenden drückten ihr Einverständnis aus, daß

mit Zustandekommen des Vertrages das Eigentum an dem Wirtschaftsinventar vom Schuldner auf die Gläubigerin übergehen sollte, und H. erkannte an, über die einzelnen Gegenstände nur mit Zustimmung der Gläubigerin verfügen zu dürfen. Letztere verpflichtete sich zur Rückübertragung des Eigentums, sobald die verbürgte Schuld getilgt sei, und H. verpflichtete sich im § 7, die Gegenstände sorgfältig zu behandeln, das Inventar auf seine Kosten unter Versicherung gegen Feuer zu halten, etwa abgehende Stücke durch neue, gleichwertige zu ersetzen und die Gläubigerin von allen sie interessierenden Tatsachen, insbesondere von allen Pfändungen Dritter unverzüglich zu benachrichtigen. Nach diesem wesentlichen Gesamthalt des Vertrages wollten die Beteiligten unzweifelhaft eine fiduziarische Sicherungsübereignung vornehmen und die körperliche Übergabe der betreffenden Gegenstände durch eine Vereinbarung ersetzen. Damit H. in der Lage war, seinen Restaurationsbetrieb aufrechtzuerhalten und aus dessen Erträgen allmählich auch die unter Bürgschaft der Klägerin aufzunehmende Schuld abzustößen, wurde ihm das Inventar, um dessen Abereignung es sich handelte, weiterhin, und zwar unentgeltlich, in Besitz und Benutzung belassen. Er übernahm die im § 7 bezeichneten Pflichten. Daß ihm das Gebrauchsrecht eingeräumt ist, ergibt der Gesamthalt des Vertrages. Damit ist ein individuelles Rechtsverhältnis begründet worden, das einer Verwahrung und noch näher einer Leihe verwandt ist. Allerdings sind gewisse Besonderheiten bemerkbar. Insofern ist namentlich auf die Verpflichtung H.s zur Versicherung des Inventars und zur Ersetzung abgehender Stücke und andererseits darauf hinzuweisen, daß er ersichtlich einem Anspruche der Klägerin auf Herausgabe des Inventars nicht ausgesetzt sein sollte, solange er seinen Verpflichtungen und insbesondere seinen Zahlungsverbindlichkeiten genügt. Solche Besonderheiten erklären sich indes teils aus dem Sicherungszwecke, teils aus dem fiduziarischen Charakter des Geschäfts. Immerhin aber ist hier in bezug auf das Inventar ein Rechtsverhältnis mit genügendem materiellen Gehalt geschaffen, das Ähnlichkeit mit den im § 868 BGB. lediglich beispielsweise hervorgehobenen Fällen hat. Es fehlt auch nicht an dem nach jener Vorschrift wesentlichen Merkmal einer zeitlichen Begrenzung des Besitzrechts. Daß ein Verhältnis der im § 868 gemeinten Art gerade durch Herausgabe der betreffenden Sache oder Sachen an den bisherigen mittelbaren Besitzer, im Falle des § 930 an den Erwerber, endigen müsse, ist nicht vorgeschrieben. Es ist nicht unzulässig, wenn als regelmäßiger Abschluß des Rechtsverhältnisses in Aussicht genommen wird, daß der unmittelbare Besitzer der Sache ihr Eigentümer werde (vgl. RG. 69, 198). Mithin kann die Vertragsbestimmung, daß Klägerin an H. das Eigentum zurückübertragen sollte, sobald die verbürgte Schuld getilgt sei, kein Bedenken erregen. Freilich darf für den mittelbaren Besitzer nicht jede sachliche Herrschaftsbeziehung mangeln. Wäre ein Anspruch der Klägerin auf Herausgabe des Inventars für jede Zeit und unter allen Umständen ausgeschlossen worden, so hätte sie mittelbaren Besitz nicht erlangt. Einen solchen Inhalt hat jedoch der Vertrag nicht. Aus dem Sicherungszwecke des Geschäfts ist als Wille der Vertragsparteien zu folgern, daß bei einem nicht regelrechten Verlauf der Schuldtilgung, insbesondere aber im Falle eines wirtschaftlichen

Zusammenbruchs des H. die Klägerin befugt sein sollte, zur Deckung der für sie erwachsenen Ansprüche das ihr zu Eigentum übertragene Inventar an sich zu nehmen und damit dem Besitze und der Benutzung H.s ein Ziel zu setzen. Diese Erwägungen führen zur Aufhebung des BU. (vgl. auch JW. 12, 144<sup>21</sup>; Gruchot 53, 1045). U. c. M. u. D., U. v. 4. Febr. 13, 312/12 VII. — Stettin. [S.]

15. § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Tatsachen, die zwar den bösen Glauben des Ehegatten ausgeschlossen hätten, wenn er sie gekannt hätte, dürfen nicht berücksichtigt werden, wenn der Ehegatte sie nicht gekannt hat.]

Die am 10. August 1904 geschlossene Ehe der Parteien ist von beiden Vorinstanzen, dem LG. Altona und dem OLG. Kiel auf Klage des Mannes geschieden, weil die Frau einem sie zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilenden, am 29. Juni 1910 verkündeten und am 13. August 1910 rechtskräftig gewordenen Urteile nicht Folge geleistet hat. Zugleich ist der von der Frau aus § 1568 BGB. erhobenen Scheidungswiderklage stattgegeben worden. Ihre Revision beantragt, unter entsprechender Aufhebung des BU. auf Klageabweisung zu erkennen. . . Im jetzigen Scheidungsprozesse ist festgestellt worden, daß sich der Kläger in der ersten Hälfte des Jahres 1910, also noch vor Rechtskraft des im Vorprozeß ergangenen Herstellungsurteils, gegen die M. M. in einer die Ehepflichten verletzenden Weise vergangen und hiermit auch der Beklagten einen Scheidungsgrund verschafft hat. Hiervon hat sie erst im jetzigen Scheidungsprozesse, also erst geraume Zeit nach Ablauf der Jahresfrist des § 1567 Nr. 1 BGB., Kenntnis erlangt. Deshalb ist auf Widerklage der Frau von den Vorinstanzen auch gegen den Mann auf Scheidung der Ehe erkannt worden. Der Mann hat diese Entscheidung nicht angefochten. Mit Unrecht ist die Klägerin der Meinung, sie könne auf Grund dieses Sachverhalts nicht bloß Scheidung gegen den Kläger, sondern auch Abweisung der von ihm wegen bösslicher Verlassung erhobenen Scheidungsklage fordern. In beständiger Rechtsprechung des RG. ist anerkannt, daß der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilte Ehegatte seine Weigerung grundsätzlich nicht auf Tatsachen stützen kann, die er schon im Herstellungsprozesse hätte geltend machen können. Ebenso wenig auf Tatsachen, die sich erst nach Ablauf der Jahresfrist, also zu einer Zeit ereignet haben, wo dem andern Teile infolge des Fristablaufs bereits ein Recht auf Scheidung erwachsen war. Andererseits ist selbstverständlich, daß der zur Herstellung Verurteilte die Rückkehr verweigern darf, wenn ihm im Laufe des kritischen Jahres Tatsachen bekannt werden, aus denen ihm ein Scheidungsgrund und damit nach § 1353 Abs. 2 BGB. das gesetzliche Recht zum Getrenntleben erwächst. Immerhin wird hierdurch das rechtskräftige Herstellungsurteil in seinem Bestande nicht erschüttert. Wesentlich ist vielmehr, daß in diesem Falle von einem nicht Folge leisten in bösslicher Absicht nicht mehr gesprochen werden kann und deshalb die Anwendung des § 1567 Nr. 1 BGB. versagen muß. Hieraus folgt, daß das Wesen des Scheidungsgrundes der bösslichen Verlassung, neben dem formalen Erfordernis des vorausgegangenen Herstellungsurteils und dem länger als ein Jahr fortgesetzten Fernbleiben des Verurteilten, objektiv nur darin besteht, daß das Fernbleiben gegen den Willen des anderen Ehegatten ge-

schieht, während das letzte Erfordernis: die bössliche Absicht, „die aus bösem Willen hervorgegangene Zerreißung der häuslichen Gemeinschaft (Mot. Bd. 4 S. 590)“ ausschließlich dem subjektiven Tatbestande angehört. Tatsachen, die dem zur Herstellung Verurteilten als Gründe dienen könnten, die Rückkehr zu verweigern oder gar die Scheidung des andern Teils zu verlangen, kommen mithin für den Tatbestand der bösslichen Verlassung lediglich unter dem Gesichtspunkt in Betracht, ob sie sein Glauben und Wollen beeinflusst haben, und davon kann wiederum nur die Rede sein, wenn er innerhalb des kritischen Jahres hiervon Kenntnis erlangt hat. Ob sie sich erst innerhalb dieses Jahres oder bereits vorher ereignet haben, macht dabei keinen Unterschied. Wie es deshalb zur Verneinung des Tatbestandes aus § 1567 Nr. 1 genügt, wenn der verurteilte Ehegatte auch nur des guten Glaubens war, daß ein neuer, das Aufgeben der häuslichen Gemeinschaft rechtfertigender Grund eingetreten sei (Mot. Bd. 4 S. 590), so müssen auch umgekehrt Tatsachen außer Betracht bleiben, die zwar seinen bösen Glauben ausgeschlossen hätten, wenn er sie gekannt hätte, die jedoch diesen Erfolg tatsächlich nicht gehabt haben und nicht haben konnten, weil sie überhaupt nicht Gegenstand seiner Vorstellung geworden sind. Von einer Unbilligkeit gegenüber dem ungehorsamen Gatten kann bei solcher Auffassung des Gesetzes nicht die Rede sein. Denn einmal bleibt bestehen, daß er einem gegen ihn ergangenen rechtskräftigen Urteile ein Jahr lang vorsätzlich und böswillig zuwidergehandelt hat. Zum andern ist er, wie auch der Streitfall lehrt, nicht daran gehindert, die erst nach Ablauf der Frist ihm bekannt gewordenen Tatsachen geeignetenfalls nun auch seinerseits als Scheidungsgründe gegen den andern Teil zu verwerten. Nach alledem mußte die Revision auf Kosten der Beklagten als unbegründet zurückgewiesen werden. R. c. R., II. v. 10. Febr. 13, 629/12 IV. — Kiel. [S.]

**16.** §§ 2113 f. BGB. Zum Begriff der Unentgeltlichkeit von dem Vorerben getroffener Verfügungen.]

Der am 27. März 1905 verstorbene Otto Sch. hat testamentarisch seine Ehefrau Bertha Sch. als befreite Vorerbin auf die Hälfte des Nachlasses, seine Kinder, darunter den Kläger und die Beklagte zu 1, als Erben der anderen Hälfte des Nachlasses und als Nacherben der der Ehefrau zugefallenen Hälfte eingesetzt. Bei der Erbauseinandersetzung ist eine auf 177515,28 M festgestellte Restschuld des Klägers an den Erblasser der Witwe Sch. in Anrechnung auf ihren Vorerbteil übertragen worden. Die Witwe Sch. hat diese Schuld durch zwei mit ihrem Sohne geschlossene Verträge vom 2. Mai 1906 und 16. Februar 1907 zunächst auf 107515,28 M und weiter bis auf 83515,28 M ermäßigt. Die klagte Ehefrau erblickt darin unentgeltliche und gegen sie unwirksame Verfügungen der Vorerbin. Der Kläger verlangt deshalb richterliche Feststellung, daß die Verträge keine unentgeltlichen Verfügungen enthalten, daß vielmehr die darin vorgenommenen Verrechnungen zu Recht beständen. Das LG. hat diese Feststellungen nur bezüglich eines von der Vorerbin anerkannten und gegen die Schuld des Klägers aufgerechneten Betrags von 9000 M getroffen, im übrigen aber die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist vom RG. zurückgewiesen. Das RG. hob auf: Die in §§ 2113 bis 2115 BGB. angeordneten Beschränkungen des

Vorerben in der Verfügung über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände bezwecken ersichtlich, das Recht des Nacherben auf Herausgabe der Erbschaft in dem Zustande sicherzustellen, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt (§ 2130). Wenn daher, wie dem § 2113 Abs. 2 zu entnehmen ist, entgeltliche Verfügungen über Nachlassgegenstände dem Vorerben grundsätzlich nicht verwehrt sind, so liegt dem der Gedanke zugrunde, daß hierbei als Gegenleistung, Entgelt für die aus dem Nachlaß fortgegebenen Gegenstände dem Nachlasse regelmäßig andere Werte zuzufießen, die nach den Surrogationsgrundsätzen des § 2111 Bestandteile desselben werden, so daß ungeachtet der vorgenommenen Verfügungen der Wertbestand des Nachlasses im ganzen unverändert bleibt. Es ist deshalb rechtsgrundsätzlich nicht zu mißbilligen, wenn der VerR. im Streitfalle geprüft hat, ob und welche Vermögenswerte die Vorerbin zum Nachlaß als Gegenleistung dafür erlangt hat, daß sie mit den Verträgen vom 2. Mai 1906 und 16. Februar 1907 dem Kläger von seiner Schuld an den Nachlaß im Betrage von 177515,28 M insgesamt 94000 M erlassen hat. Die Feststellung, daß die vom Kläger seinerzeit gegen den Nachlaß erhobenen Gegenforderungen im Betrage von anscheinend mehr als 130000 M bis auf die Summe von 9000 M sämtlich unbegründet gewesen seien, ist rechtlich einwandfrei und in dieser Instanz nicht angefochten. Allein der VerR. irrt, wenn er sich auf Grund dieser Feststellung allein schon für berechtigt hält, auszusprechen, die streitigen Verfügungen der Vorerbin seien zum Betrage von 94000 — 9000 = 85000 M unentgeltlich und deshalb gegenüber den Nacherben unwirksam. Denn das Wesen der entgeltlichen Verfügung oder des ihr zugrunde liegenden entgeltlichen Rechtsgeschäfts darf nicht ausschließlich in objektiven Begriffsmerkmalen gesucht werden. Ist es doch nur der subjektive Wille der Beteiligten, der die auf beiden Seiten in Betracht kommenden Leistungen zueinander in das sogenannte synallagmatische, in das Verhältnis von Leistung um einer anderen Leistung willen oder von Leistung und Gegenleistung zu setzen vermag. Wie hoch hierbei jeder Beteiligte die eigene Leistung und die seines Vertragsgegners einschätzt, steht im allgemeinen in seinem Ermessen. Keinesfalls wäre es gerechtfertigt, wegen eines etwaigen auffallenden Mißverhältnisses zwischen dem Werte der beiderseitigen Leistungen die Entgeltlichkeit des Geschäfts ganz verneinen oder das einheitliche Geschäft in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil zerlegen zu wollen. So ist auch bei der Anfechtung von Rechtshandlungen in- und außerhalb des Konkurses von jeher das entscheidende Gewicht darauf gelegt worden, ob das betreffende Geschäft nach der Absicht der Parteien ein entgeltliches oder unentgeltliches sein soll. Bei der Schenkung, einem Hauptfall der unentgeltlichen Verfügung, gehört das Einverständnis beider Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung sogar zum gesetzlichen Begriffsmerkmale (§ 516 BGB). Nun ist zwar zuzugeben, daß § 2113 Abs. 2 BGB. unter unentgeltlichen Verfügungen keineswegs bloß Schenkungen versteht. Auch die bei der Anfechtung von Rechtshandlungen geltenden Grundsätze lassen sich, weil auf Bekämpfung der sogenannten fraudulosen, auf Benachteiligung der Gläubiger gerichteten Bestrebungen abzielend, nicht ohne weiteres auf den Streitfall übertragen. Es

wäre deshalb ebenso falsch, den streitigen Schulderlaß schon deshalb als eine entgeltliche Verfügung anzusehen, weil er nach der Willensmeinung der Beteiligten die Abfindung des Klägers für die von ihm gegen den Nachlaß erhobenen Ansprüche bilden sollte und irgendeine Anfechtung wegen Willensmängeln, Zwang, Betrug, Irrtum und dergleichen nicht unternommen ist. Denn es würde unter Umständen zur schwersten Benachteiligung des Nacherben und damit zur Vereitelung des Gesetzeszwecks führen, wenn dem rein subjektiven, sei es auch gutgläubigen Ermessen des Vorerben anheimgestellt bliebe, über Angemessenheit des Wertverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zu befinden. Im Sinne des Gesetzes liegt deshalb, bei Beurteilung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer vom Vorerben getroffenen Verfügung für sich allein weder den objektiven noch den subjektiven Maßstab entscheiden zu lassen. Vielmehr geben die §§ 2120, 2130 BGB. an die Hand, hierfür den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung heranzuziehen und danach zu prüfen, ob und inwieweit sich ein guter Haushalter — der *vir bonus* oder *diligens paterfamilias* des römischen Rechts —, ein Vorerbe, der auf seine künftige Herausgabeverpflichtung gegenüber dem Nacherben gebührend Rücksicht nimmt, nach den ganzen Umständen des Falls zu einer Verfügung über Nachlaßgegenstände zugunsten eines Dritten bewogen finden durfte, der mit mehr oder weniger unbegründeten Ansprüchen gegen den Nachlaß an ihn herantrat. Daß auch der befreite Vorerbe sich diesen Maßstab gefallen lassen muß, ergibt § 2130 BGB., der § 2113 Abs. 2 nicht mitanzieht und dadurch zu erkennen gibt, daß unentgeltliche Verfügungen auch dem befreiten Vorerben nicht gestattet sind. Auch sonst ist dieser sich aus objektiven und subjektiven Merkmalen zusammensetzende Maßstab dem Rechte des BGB. nicht fremd, wie sich z. B. aus § 119 und ähnlichen Bestimmungen (§§ 1333, 2078, 2281) ergibt, wo neben der subjektiven Seite auch objektiv die „verständige Würdigung des Falles“ als maßgebend erklärt ist. Endlich steht § 2130 BGB. nicht entgegen, da es sich bei Beantwortung der hier entscheidenden Frage nicht um das Maß der vom Vorerben zu tragenden Verantwortung, sondern um die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer von ihm vorgenommenen Verfügung handelt. Im Streitfalle kommt hinzu, daß sich die beiden Verträge vom Jahre 1906 und 1907 als Vergleiche darstellen, deren Wesen darin besteht, den Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens zu beseitigen (§ 779 BGB.). Dabei bleibt naturgemäß für die Grenzen, die einem solchen Nachgeben verständigerweise zu ziehen sind, ein besonders großer Spielraum. Ebenso dürfen die unter den Beteiligten bestehenden, besonderen persönlichen Verhältnisse, das Familienband zwischen Mutter und Sohn, das Alter der Vorerbin und dergleichen nicht außer acht gelassen werden. Der Richter hat also unter Würdigung aller hierbei in Betracht kommenden Umstände das Maß der Leistung zu bestimmen, mit welcher sich die Vorerbin verständigerweise bereithalten lassen durfte, die zwar zum allergrößten Teile unbegründeten, aber doch gegen sie geltend gemachten Ansprüche des Klägers vergleichsweise abzufinden. Diese schwierige Aufgabe bleibt dem Richter auch in anderen Fällen nicht erspart, und das Gesetz hat ihm in § 286 ZPO. die hierfür unent-

behrliche Bewegungsfreiheit gewährt. Auch das Bedenken schlägt nicht durch, daß bei der Möglichkeit solcher richterlicher Nachprüfung der Vorerbe in seiner grundsätzlichen Verfügungsmacht als Herr des Nachlasses zu stark eingeengt und der mit ihm kontrahierende Dritte erheblich gefährdet werde. Denn das Gesetz selbst sieht vor, daß der Vorerbe zu gewissen Verwaltungsmaßregeln die Einwilligung des Nacherben einholen soll, die ihm der Nacherbe wiederum nicht verweigern darf (§ 2120 BGB.). Und auch der Dritte hat alle Veranlassung, auf Zuziehung des Nacherben zu dringen, wenn es sich, wie im Streitfalle, um sehr beträchtliche Ansprüche handelt und wenn zugleich die Entgeltlichkeit des zwischen ihm und dem Vorerben vorzunehmenden Geschäfts von vornherein äußerst zweifelhaft ist. Daß die Verfügung des Vorerben nicht in vollem Umfange, sondern nur insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde, ergibt § 2113 BGB. ohne weiteres. *Sch. c. A., II. v. 17. Febr. 13, 556/12 IV. — Berlin. [L.]*

**17.** § 2224 BGB. Passivlegitimation eines von mehreren Testamentvollstreckern gegenüber dem Anspruch aus § 2218 BGB.]

Im Testamente des am 31. August 1900 verstorbenen Kaufmanns E. in Hamm sind der Beklagte — ein Schwiegersohn des Erblassers — sowie ein weiterer Schwiegersohn, der Justizrat C., zu Testamentvollstreckern ernannt worden. Die Kläger sind die Kinder einer im Jahre 1904 verstorbenen Tochter des Erblassers; sie sind an Stelle ihrer Mutter Miterben des großväterlichen Nachlasses geworden. Eine Auseinandersetzung des Nachlasses hat noch nicht stattgefunden. Es ist Klage auf Grund § 2218 BGB. erhoben. Zur Frage der Passivlegitimation des Beklagten hat das RG. ausgeführt: Was den Anspruch aus §§ 2218, 666 BGB. anlangt, so wird die Passivlegitimation des Beklagten durch § 2224 nicht ausgeschlossen. Ob die Vorschrift des § 2224 eine notwendige Streitgenossenschaft unter den mehreren Testamentvollstreckern begründe, das hängt davon ab, welcher Art die den Testamentvollstreckern angefallene Handlung ist. Auskunftserteilung und Rechnungslegung sind nicht zu den Handlungen zu zählen, die rechtswirksam nur von allen Testamentvollstreckern gemeinschaftlich vorgenommen werden könnten. Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn, wie hier geltend gemacht wird, nur einer der Testamentvollstrecker sich gegenüber dem Verlangen des Erben nach Auskunft ablehnend verhält, der andere dagegen, soweit er nach seinem Wissen von der Sache dazu imstande war, dem Verlangen des Erben Genüge getan hat. Vgl. bezüglich der Frage des Offenbarungszeitpunktes Staudinger A 1 Abs. 2 zu § 2224 BGB. Die vom BG. angezogene Bemerkung bei Gaupp-Stein, 10. Aufl., A III 1 Abs. 4 zu § 62 ZPO., Text vor Fußnote 46, spricht nicht gegen das oben Gesagte; sie hat nach dem Zusammenhang den Anspruch auf eine Leistung im Auge, die der Natur der Sache nach nur von den Testamentvollstreckern gemeinschaftlich vorgenommen werden kann, nämlich Auseinandersetzung der Gemeinschaft. *S. c. R., II. v. 8. Febr. 13, 520/12 IV. — Düsseldorf. [L.]*

**18.** § 2239 BGB. Während der Errichtung eines Testaments müssen die mitwirkenden Personen zugegen sein;

die Niederschrift des Protokolls gehört nicht zur Errichtung des Testaments.]

Aus den Gründen: Es kommen nur noch die Angriffe des Klägers auf die Formgültigkeit des Testaments der Ophelia L. in Betracht. Es war geltend gemacht einmal, daß die Testamentzuegin, Ehefrau P., nicht während der ganzen Verhandlung zugegen gewesen sei, sondern sich für einige Zeit entfernt habe, um ein von dem Notar gewünschtes Petchaft zu holen, und ferner, daß die Erblasserin bei Übergabe der Schrift an den Notar eine mündliche Erklärung des Inhalts, daß die Schrift ihren letzten Willen enthalte, nicht abgegeben habe. In bezug auf den ersteren Punkt hatten der zweite Testamentzeuge Schm. und der Bureauvorsteher a. D. Sch. im Prozeß als Zeugen ausgesagt, daß die Frau P., während der Notar sich zwecks Testamentsaufnahme in der Wohnung der Erblasserin befunden habe, auf einige Augenblicke das Zimmer, in dem das Testament errichtet worden sei, verlassen habe. Dagegen hatte Frau P. selbst als Zeugin bekundet, daß sie während der ganzen Verhandlung ununterbrochen im Zimmer verblieben sei. Das BG. unterstellt die Richtigkeit der Aussagen der Zeugen Schm. und Sch. und würdigt sie dahin, daß gerade in demjenigen kurzen Zeitraum, in dem die Testamentzuegin P. sich in das Nebenzimmer begeben habe, eine „Verhandlung“, bei der ihre Anwesenheit nach § 2239 BGB. geboten gewesen wäre, gar nicht stattgefunden habe. Denn die Frau P. habe sich nach den Aussagen des Schm. und des Sch. vor der Übergabe des verschlossenen Testaments, während der Notar das Protokoll vorbereitet habe, auf einige Augenblicke entfernt. Die Testamenterrichtung sei also in diesem Zeitpunkte noch gar nicht begonnen gewesen. Aber auch wenn man von der gegenteiligen Annahme ausgehen wolle, so habe jedenfalls in demjenigen Augenblicke, in dem die Zeugin P. abwesend gewesen sei, eine Verhandlung nicht stattgefunden. Der Notar habe zum Verschlusse des Kuberts, in das er das Testament hineingesteckt habe, eines Petchafts bedurft. Da ein solches nicht sogleich zur Stelle gewesen sei, habe der Notar die Verhandlung unterbrochen. Während die Zeugin P. zum Zwecke der Beschaffung des Petchafts das Zimmer auf einige Augenblicke verlassen habe, habe sich der Notar lediglich mit der Vorbereitung des Protokolls beschäftigt. Erst nachdem ihm ein Petchaft gebracht worden sei, habe er in Anwesenheit der P. die Verhandlung wiederaufgenommen und sich nun erst, nachdem er das Kubert mit einem Siegel verschlossen gehabt habe, das (der Erblasserin ausgehändigte) verschlossene Kubert mit dem darin befindlichen Testament von der Erblasserin übergeben lassen. Die Aussage der Zeugin P. könne also völlig ausscheiden, so daß es auf die Frage ihrer Glaubwürdigkeit, die vom Kläger bemängelt war, gar nicht ankomme. Die Revision meint, die Annahme des BG., die Verhandlung sei bei der Entfernung der Zeugin P. noch nicht begonnen gewesen, sei ebenso rechtsirrig, wie die eventuelle Feststellung, daß sie unterbrochen worden sei. Denn die Niederschrift des Protokolls gehöre zum Testierakt und dem Testierakte müßten die Zeugen beiwohnen. Die Rüge geht fehl. Es ist anerkanntem Rechts, daß das über die Testamenterrichtung aufzunehmende Protokoll nicht in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben zu werden braucht, daß

dazu vielmehr auch eine vorher gefertigte Niederschrift benutzt werden kann. Erforderlich ist nur, daß die mitwirkenden Personen während der Errichtung des Testaments, d. h. hier bei der mündlichen Erklärung der Erblasserin, daß die übergebene Schrift ihren letzten Willen enthalte, sowie bei der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des über die Errichtung des Testaments aufgenommenen Protokollbeschlusses zugegen sind (Urteil des RG. vom 31. Mai 1905, IV 37/05, abgedruckt in GruchotsBeitr. 50, 115; RG. 63, 86; Urteil vom 13. April 1905, IV 579/04, abgedruckt in DZS. 05, 602). Es ist daher nicht rechtsirrig, wenn das BG. angenommen hat, daß zu der Zeit, zu welcher sich der Notar lediglich mit der Herstellung des Protokollbeschlusses befaßte, eine „Verhandlung“ im Sinne des § 2239 BGB. nicht stattfand. Andererseits fordert das BGB. keine Einheit des Errichtungsaktes in dem Sinne, daß die zur Errichtung gehörigen Vorgänge sich in ununterbrochener Aufeinanderfolge abspielen müssen. Insbesondere kann eine kurze, durch besondere Gründe veranlaßte Entfernung einer Testamentzuegin, wie sie hier nach der eventuellen Annahme des BG. erfolgt ist, das Testament nicht ungültig machen, wenn während der Entfernung ein Fortgang der eigentlichen Verhandlung nicht stattfindet (Prot. der 2. Komm. Bd. 5 S. 332; Urteil des RG. vom 9. März 1911, IV 238/10). H. c. R. u. Gen., II. v. 6. Febr. 13, 495/12 IV. — Berlin. [S.]

#### Handelsgesetzbuch.

**19.** Können Aufsichtsräte ihre statutenmäßige Vergütung auch nach der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft beanspruchen?]

Aus den Gründen: Es kann rechtlich kein Zweifel daran sein, daß auch im vorliegenden Falle das Amt der Kläger als Mitglieder des Aufsichtsrates nicht durch die Konkursöffnung endete. Der Beklagte macht einen weiteren Beendigungsgrund geltend, die Kündigung. Es kann dahingestellt bleiben, auf welchen Zeitpunkt die Kündigung vom 11. Juni 1909 zu beziehen gewesen wäre, wenn der Konkursverwalter als solcher und ohne Zustimmung der Generalversammlung ein Recht zu ihr gehabt hätte, denn ein derartiges Recht ist nicht anzuerkennen. Unterstellte man an sich auch das Dienstverhältnis des Aufsichtsrates, wie dies bezüglich desjenigen des Vorstandes vom RG. geschehen (vgl. Urteil vom 12. Mai 1909 I 357/08, Leipziger Zeitschrift 1909 S. 689), dem § 22 RD., obwohl die wesentliche Verschiedenheit der Aufgaben beider Organe mehrfach schon zu wesentlich abweichender Beurteilung ihrer Rechtsstellung geführt hat (vgl. RG. 68, 227), so wäre es trotzdem unmöglich, dem Konkursverwalter ein von der Zustimmung der Generalversammlung unabhängiges Recht zur Kündigung des Amtes des Aufsichtsrates zu gewähren, und zwar hauptsächlich aus den oben schon erörterten Gründen, aus denen die Stellung des Aufsichtsrates mit zwar beschränktem, aber doch selbständigem Arbeitsfelde, auch nach der Eröffnung des Konkurses erhalten bleibt. Sie kann der Konkursverwalter nicht eigenmächtig beseitigen, wie er auch einen neuen Aufsichtsrat nicht an die Stelle zu setzen vermöchte. Es kommt hierauf aber im vorliegenden Falle nicht weiter an, weil den Klägern auch bei Unwirksamkeit der Kündigung des Verwalters für die Zeit nach der Konkursöffnung ein Anspruch auf Vergütung nicht mehr zusteht. Die

Kläger behaupten das Gegenteil unter Berufung auf § 21 der Satzung. Nach § 21 sollte die Vergütung des Aufsichtsrates bestehen in einem an anderer Stelle näher festgesetzten Anteil am Reingewinn, mindestens aber, für alle Mitglieder zusammen, in einer „garantierten Jahresvergütung“ von 12 000 M. Schon hier ist die Mindestvergütung in Beziehung gebracht zum Reingewinn. An den Fall, daß der Konkurs eröffnet werden und damit jede Gewinnerzielung aufhören sollte, ist ersichtlich nicht gedacht; jedenfalls hat nach verständiger Auslegung für diesen Fall die Bestimmung keinen Anspruch mehr auf fortdauernde Geltung. Das würde Treu und Glauben verletzen. Die Kläger beachten nicht, daß die Satzung den Entgelt für die Tätigkeit des Aufsichtsrates naturgemäß nach dem Maße an Verantwortung bestimmt, das seinen Mitgliedern, insonderheit gemäß § 246 HGB., zufällt. Die dort dem Aufsichtsrate zugewiesenen Aufgaben sind aber mit der Konkursöffnung fast ausnahmslos fortgefallen. Die Geschäftsführung der Gesellschaft ist nicht mehr zu überwachen und von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft brauchen sich zu diesem Zwecke die Mitglieder des Aufsichtsrates regelmäßig nicht mehr zu unterrichten. Die Aufgabe, Bücher und Schriften zu prüfen, ist ebenso fortgefallen, wie die weitere, den Bestand der Gesellschaftskasse und die Bestände an Waren und Wertpapieren zu untersuchen. Jahresrechnungen, Bilanzen, Gewinnverteilungsvorschläge zu prüfen, sind die Aufsichtsratsmitglieder während des Konkurses nicht berufen. Der Konkursverwalter untersteht in der Verwaltung und Verfügung der Konkursmasse nicht den Anordnungen des Aufsichtsrates (vgl. Bauer, der Aufsichtsrat, 4. Aufl. S. 374), also hat der Aufsichtsrat auch nicht die mit Erteilung solcher Anordnungen verbundene Verantwortung. Berücksichtigt man, daß hiernach nur sehr wenige und mit nemnenswerter Verantwortlichkeit kaum verknüpfte Aufgaben für die Tätigkeit des Aufsichtsrates während des Konkursverfahrens noch verbleiben, so muß der Grundsatz aufgestellt werden, daß den Mitgliedern des Aufsichtsrates vom Augenblicke der Konkursöffnung an nicht nur die im Gesellschaftsvertrage festgesetzte Vergütung nicht mehr zusteht, sondern auch der Gedanke abzutreiben ist, es stünde ihnen noch ein Teil davon als angemessene Vergütung zu. Die Erwartung, der Aufsichtsrat werde die noch übrigbleibenden Dienste der Gesellschaft den Umständen nach nur gegen eine Vergütung leisten, ist nicht begründet, sondern die umgekehrte Annahme hat ihre Berechtigung. Das Interesse der Gläubiger steht allem voran. Der Konkursverwalter darf davon ausgehen, daß sich dem auch der Aufsichtsrat nicht verschließt und nicht gerade er in erster Linie der notleidenden Gesellschaft gegenüber Ansprüche gemäß § 59 Ziff. 2 KO. erhebt, deren Befriedigung zur Minderung der Masse beitragen würde. Wie sehr grundsätzlich dem Aufsichtsrat für die Dauer des Konkurses jeder Anspruch auf Vergütung ver sagt werden muß, beweist der vorliegende Fall noch besonders durch die Aufzählung der Dienste, die Kläger geleistet haben wollen, im landgerichtlichen Urteile. Danach haben sie an Stelle einer verlorengegangenen Aktie eine neue hergestellt. Einige Male haben sie Unterredungen mit einem Rechtsberater gehabt. Eine Reihe nicht nemnenswerter Bemühungen hat sich angeschlossen. Das sind alles Dinge, die, soweit sie überhaupt dem Interesse der Gesellschaft zu dienen bestimmt waren und nicht etwa dem persönlichen

Interesse der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder, zwar nicht, wie vom BG., mit der nicht haltbaren Unterscheidung erledigt werden können, der Aufsichtsrat sei nach Eröffnung des Konkurses nicht Organ der Aktiengesellschaft als Konkursmasse, sondern Organ der Aktiengesellschaft als Gemeinschuldnerin, weshalb nur von der Gesellschaft als Gemeinschuldnerin eine Vergütung gefordert werden könne, wohl aber durch ihre Bedeutungslosigkeit die Berechtigung des Sages beweisen, daß der Aufsichtsrat nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft Ansprüche auf Bezahlung für seine Tätigkeit überhaupt nicht mehr erheben kann. Wie das RG. schon mehrfach ausgesprochen hat, steht der Aufsichtsrat auch in anderen, verwandten Beziehungen anders da, als ein bloßer Angestellter der Gesellschaft. Seine Ansprüche stehen nicht unabänderlich fest. Wie die Generalversammlung die ihm zukommende satzungsgemäße Vergütung durch Änderung des Gesellschaftsvertrages mit einfacher Stimmenmehrheit herabsetzen kann, § 245 Abs. 2 HGB., wie sie weiter die Bestellung zum Mitgliede des Aufsichtsrates widerrufen kann, § 243 Abs. 4 daselbst, und zwar ohne daß dem Mitgliede, wie im Falle des § 231 dem Vorstande, ein Recht auf Vergütung verbliebe (RG. 68, 227), wie endlich im Falle der Fusion der Anspruch des Aufsichtsrates der übertragenden Gesellschaft ohne weiteres erlischt — Urteil des erkennenden Senats vom 3. Januar 1913, II 526/12 —, ebenso hat der Aufsichtsrat nach der ganzen Eigenart seines Amtes sich damit abzufinden, daß ihm nach Eröffnung des Konkurses für die Erledigung der wenigen ihm dann noch verbleibenden Aufgaben eine Vergütung nicht mehr gezahlt wird. R. u. Gen. c. L., U. v. 14. Febr. 13, 449/12 II. — Berlin. [S.]

#### Versicherungsrecht.

**20.** Der Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer aus einer Haftpflichtversicherung ist ein Befreiungsanspruch, der sich in einen Leistungsanspruch verwandeln kann und der Pfändung seitens des Verletzten unterliegt.]

Laut Police Nr. 30 778 vom 16. Mai 1899 versicherte die Beklagte vom folgenden Tage ab auf die Dauer von zehn Jahren die Firma J. H. gegen alle Verbindlichkeiten aus Haftpflicht, welche ihr in ihrer Eigenschaft als Besitzerin des Dampfers Zehdenik usw. bei Fahrten auf deutschen Binnenengewässern auf Grund der im Deutschen Reich bestehenden Gesetze über die Verletzung oder Tötung von Menschen auferlegt werden könnten. Der Kläger hat am 4. September 1904 als Passagier des genannten Dampfers einen Unfall erlitten, wegen dessen er den Reedereibesitzer Friedrich N. klagend in Anspruch genommen und im Betragsverfahren in allen drei Instanzen ein obliegendes Urteil erstritten hat. Friedrich N. war bereits am 23. August 1904 gestorben und von seiner Witwe Emilie geb. H. beerbt worden, welche das Geschäft ihres Ehemannes zunächst fortsetzte und zur Zeit der Anstellung des gedachten Schadenersatzprozesses als Firmeninhaberin im Handelsregister eingetragen war. Die Zwangsvollstreckung gegen die Witwe N., welche den Offenbarungseid leistete, verlief ergebnislos. Der Kläger hat nun wegen seiner Subskationsforderung den angeblichen Anspruch der Witwe N. gegen die Beklagte aus dem mit dieser auf Grund der Police Nr. 30 778 und des Nachtrags Nr. 3 vom 5. Oktober 1904 geschlossenen

Versicherungsvertrags pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Da die Beklagte die Befriedigung des Klägers ablehnte, hat er Klage erhoben. Der Revision der Beklagten war der Erfolg zu versagen. Unterstellt man, daß zur Zeit des klägerischen Unfalls, d. h. am 4. September 1904, der Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und der Witwe N. rechtswirksam fortbestand, so bestreitet die Revision mit Unrecht die rechtliche Möglichkeit der Pfändung des aus diesem Vertrage der letzteren gegen die erstere zustehenden Anspruchs durch den verletzten Kläger. Es ist zutreffend, daß der Anspruch der Witwe N. zunächst ein solcher auf Befreiung von ihrer Haftpflichtschuld ist. Wenn die Revision aber meint, daß dieser wegfällt, falls die Versicherungsnehmerin zahlungsunfähig wird und aus der Zwangsvollstreckung einen Schaden nicht mehr erwarten kann, so übersieht sie, daß die Haftpflichtschuld mit dem Tode des Unfalls des Klägers entstanden ist und seitdem in unverändertem Umfange das Vermögen der Witwe N. belastet, gleichviel ob die letztere sie aus ihm zu tilgen in der Lage ist oder nicht. Ebenso ist spätestens mit der Geltendmachung der klägerischen Haftpflichtforderung die Verbindlichkeit der Beklagten, die Witwe N. von ihrer Schuld zu befreien, zur Entstehung gelangt. Seitdem hat sich an ihr nichts geändert, nichts sie zum Erlöschen gebracht. Der ihr entsprechende Befreiungsanspruch der Witwe N. bildet nach wie vor einen Aktivposten ihres Vermögens. An sich ist es dem Versicherer überlassen, wie er seiner Befreiungspflicht, ob durch Zahlung an den Geschädigten oder auf andere Weise (Aufrechnung, Vergleich) nachkommt. Das hindert aber nicht, daß, auch abgesehen von dem Fall der Befriedigung des Verletzten, durch den Versicherungsnehmer dessen Befreiungsanspruch nach allgemeinen den Versicherungsvertrag beherrschenden Grundsätzen, insbesondere nach den von Treu und Glauben, sich unter bestimmten Voraussetzungen in einen Leistungsanspruch verwandelt. Das ist vom RG. z. B. für den Fall des Konkurses des Versicherungsnehmers ausgesprochen. Es ist dem Konkursverwalter die Befugnis zuerkannt, die ganze Versicherungssumme zu der Konkursmasse einzuziehen, auch wenn der Geschädigte als einfacher Konkursgläubiger nur die Konkursquote zu verlangen hat und erhält (RG. 71, 364 ff.; vgl. auch 55, 86 ff.), da sonst der Versicherer aus dem zufälligen Umstande der Zahlungsunfähigkeit des Versicherungsnehmers einen unverdienten und im objektiven Recht nicht begründeten Vorteil ziehen würde. Diese vom Gesetz unmöglich gewollte Folge würde aber auch eintreten, wenn man bei einer außerhalb des Konkurses festgestellten Unfähigkeit des Versicherungsnehmers, seine Gläubiger zu befriedigen, mit der Revision dessen Befreiungsanspruch in Wegfall brächte. Ein solches Ergebnis würde mit der Billigkeit und den Grundsätzen von Treu und Glauben in schroffem Widerspruch stehen, deshalb muß das Gesetz auch Mittel und Wege bieten, es zu vermeiden. Der Revision ist zuzugeben, daß der Versicherungsnehmer über seinen Anspruch an die Versicherungsgesellschaft durch Verzicht zu verfügen berechtigt ist und ihn so zum Erlöschen bringen kann. Solange er dies aber nicht tut, bleibt er Bestandteil seines Vermögens. Nach § 156 des hier noch nicht zur Anwendung kommenden Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 ist der Versicherer auf Verlangen des Versicherungsnehmers verpflichtet, die Zahlung an den Dritten

zu bewirken. Der Versicherungsnehmer kann danach den Befreiungsanspruch durch eine diesbezügliche Willenserklärung in einen Zahlungsanspruch verwandeln und nach ihr auf Zahlung an den Dritten klagen. Diese Umwandlung war aber auch vor Erlass des genannten Gesetzes jedenfalls dann möglich, wenn, wie hier, die Schuld des Versicherungsnehmers an den Verletzten rechtskräftig feststand. In diesem Falle konnte der Versicherungsnehmer aber auch, ohne dem Versicherer gegenüber eine Erklärung abzugeben, durch Abtretung seines Schadloshaltungsanspruchs an den Geschädigten die Umwandlung in einen Zahlungsanspruch bewirken. Eine Änderung des Leistungsinhalts im Sinne des § 399 BGB. nimmt er dadurch in diesem Stadium der Angelegenheit nicht mehr vor, da er dem Verletzten das ihm Gehührende zuwendet und die Versicherungsgesellschaft nicht mehr zu leisten hat, als wozu sie vertraglich verpflichtet ist. Den entgegengesetzten Ausführungen, welche die Revision unter Berufung auf einen Aufsatz von E. Helbig in Nr. 1 der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, Jahrg. 1913, gemacht hat, ist nicht beizupflichten. Sie würden auf eine Vereitelung des Versicherungszwecks durch eine durch nichts gerechtfertigte Bereicherung des Versicherers hinauslaufen. Der II. ZS. des RG. hat denn auch in einem Urteile vom 4. Juni 1912 den Anspruch des Grundstücksveräußerers gegen den Käufer aus einer im Kaufvertrage vereinbarten Schuldübernahme, durch welche der letztere sich verpflichtet hatte, eine auf dem Grundstück haftende Hypothek zu tilgen und den Verkäufer von seiner persönlichen Schuldverpflichtung hinsichtlich der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung zu befreien, für abtretbar und pfändbar erklärt, wenn der Zessionar oder Pfändungspfandgläubiger der vom Käufer zu befriedigende Hypothekengläubiger ist, da dieser ein eigenes Interesse daran hat, auf eine den Grundstückskäufer über den Kaufvertrag hinaus nicht belastende Weise befriedigt zu werden (ZW. 12, 857<sup>12</sup>). Diese Erwägung trifft auch auf den vorliegenden Fall zu. Der Haftpflichtberechtigte steht dem Versicherungsnehmer und der Versicherungsgesellschaft anders gegenüber, wie ein anderer beliebiger Gläubiger des ersteren. Wenn er, der zwar nicht in vertraglichen, aber doch in wirtschaftlichen Beziehungen zu dem Versicherer steht, den Anspruch des Versicherungsnehmers gegen diesen aus dem Versicherungsvertrage pfändet und sich überweisen läßt, so verletzt er die Interessen der übrigen Beteiligten nicht, sondern dient ihnen und zugleich den seinen und erreicht das, was der Vertrag wirtschaftlich bezweckte, nämlich Entschädigung für den Unfall und Schadloshaltung des Versicherungsnehmers. Hat der Versicherungsnehmer nach rechtskräftiger Feststellung seiner Haftpflichtschuld die rechtliche Macht, seinen Befreiungsanspruch durch eine Willenserklärung dem Versicherungsnehmer gegenüber in einen Zahlungsanspruch zu verwandeln, so geht diese als ein Teil der allgemeinen Gläubigerbefugnisse mit der überwiesenen Forderung auf den Haftpflichtberechtigten über. Deshalb und mangels jeder anderen Verwirklichungsmöglichkeit setzt sich der Befreiungsanspruch des Versicherungsnehmers, wie in der Hand des Konkursverwalters, so auch in der des Verletzten als Pfändungspfandgläubigers in einen Zahlungsanspruch um, wie es das RG. auch in seinem Urteile vom 5. Februar 1909 (RG. 70, 257 ff., insbesondere S. 263) bereits anerkannt hat.

Darau ist festzuhalten. Schw. U.-R.-G. c. W., U. v. 28. Jan. 13, 395/12 I. — Berlin. [C.]

Zivilprozessordnung.

21. § 217 ZPO. Gilt diese Vorschrift nur für Parteiladungen? Wesentlicher Mangel des Verfahrens durch Nichtgewährung erschöpfenden rechtlichen Gehörs.]

Das BG. hat das erste Urteil auf Grund des § 539 ZPO. aufgehoben und die Sache an die I. Instanz zurückverwiesen, weil das LG. den in der Verhandlung vom 26. Juni 1911 gestellten drei Vertagungsanträgen nicht stattgegeben habe. Der Beklagte hatte zunächst die Vertagung der Verhandlung um deswillen beantragt, weil er erst am 19. Juni zu der auf den 26. Juni 1911 anberaumten Verhandlung geladen, somit die im § 217 ZPO. vorgesehene Ladungsfrist nicht innegehalten worden sei. Diesen Antrag hat das LG. ohne Angabe von Gründen abgelehnt. Das BG. hat schon in dieser Ablehnung des Vertagungsantrags einen wesentlichen Mangel des Verfahrens im Sinne des § 539 ZPO. erblickt. Es ist zwar der Ansicht, daß die Vorschrift des § 217 ZPO. im vorliegenden Falle keine Anwendung finde, weil dieser sich nur auf Parteiladungen, nicht aber auf solche Ladungen beziehe, die durch das Gericht von Amts wegen erfolgen. Gleichwohl hält es die Ablehnung des Vertagungsantrags für ungerechtfertigt, da dem Beklagten mit Rücksicht auf den großen Umfang der dem Schlußtermin vom 26. Juni 1911 vorausgegangenen Beweisaufnahme und mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Sache für beide Teile eine angemessene Zeit hätte gelassen werden müssen, um das Beweisergebnis in Ruhe durcharbeiten und etwaige weitere Beweisangebote stellen zu können. Deshalb sei sein Vertagungsantrag sachlich gerechtfertigt gewesen, und dieser hätte dem ersten Richter Anlaß geben müssen, von Amts wegen zu prüfen, ob die Vertagung sonstwie im Interesse der Sache geboten war. Auch den zweiten in der Verhandlung vom 26. Juni 1911 seitens des Beklagten gestellten Vertagungsantrag sieht das BG. im Gegensatz zum ersten Richter für gerechtfertigt an. Diesen Antrag hatte der Beklagte gestellt, nachdem der Kläger aus einem in der Verhandlung überreichten umfangreichen Schriftsatz (von 27 Seiten) einen neuen Antrag verlesen hatte. Der erste Richter lehnte auch diesen Vertagungsantrag ohne eine Begründung ab. Das BG. hat diese Ablehnung mißbilligt, indem es mit eingehender Begründung darlegt, daß der neue Antrag teils weiter, teils enger als der ursprünglich gestellte Antrag war, und daß dem Beklagten nicht zugemutet werden konnte, zu diesem neuen Antrag sofort Stellung zu nehmen. Endlich hält das BG. auch die Ablehnung des dritten Vertagungsantrags, die der erste Richter mit der Begründung gerechtfertigt hat, die vom Kläger vorgetragene Tatsachen seien teils nicht neu, teils unerheblich, um deswillen für unzulässig, weil das Gericht ein abschließendes Urteil darüber, ob die neuen Behauptungen des Klägers unwesentlich waren, erst dann habe gewinnen können, wenn der Beklagte sich hierzu geäußert hätte. Das angefochtene Urteil erblickt demnach in dieser Ablehnung einen Verstoß gegen § 272 ZPO. und ist der Ansicht, daß die Ablehnung der drei Vertagungsanträge sowohl der angegebenen gesetzlichen Vorschrift, wie dem Geiste der ZPO. zuwiderlaufe. Im Ergebnis ist diesem vom BG. eingenommenen Standpunkt beizupflichten. Zunächst

erscheint es zweifelhaft, ob die Ansicht der Vorinstanz, der § 217 ZPO. finde nur dann Anwendung, wenn es sich um sogenannte Parteiladungen handle, gebilligt werden kann. Diese Vorschrift ist nach der in der Rechtslehre neuestens überwiegend vertretenen Ansicht auch dann anzuwenden, wenn, wie im vorliegenden Falle, gemäß § 370 Abs. 2 ZPO. nach Beendigung der Beweisaufnahme ein Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung von Amts wegen bestimmt und den Parteien bekanntgemacht wird. Für die Richtigkeit dieser Ansicht scheint auch der Zweck jener Vorschrift zu sprechen, die es den Parteien ermöglichen soll, sich auf jede neue mündliche Verhandlung durch Benehmen mit ihren Anwälten oder in sonstiger Weise genügend vorzubereiten, ein Zweck, der gerade dann besonders hervortritt, wenn nach dem Schlusse der Beweisaufnahme eine Fortsetzung der mündlichen Verhandlung stattfinden soll, die in den meisten Fällen eine Rücksprache der Partei mit ihrem Anwalt über das Ergebnis der Beweisaufnahme und das weiter einzuschlagende Verfahren erfordern wird. Endlich scheint auch die jetzige Struktur des Zivilprozesses darauf hinzuweisen, die Vorschrift des § 217 ZPO. nicht bloß auf die Parteiladungen zu beschränken. Denn die letzten Novellen zur ZPO. haben mehr und mehr zu einem Ersatz der Parteiladung durch den Amtsbetrieb geführt; dies zeigt sich für die hier interessierende Frage besonders deutlich in den neuen Vorschriften der §§ 520 Abs. 2 und 555 Abs. 2 ZPO., die bei dem Betrieb von Amts wegen dieselben Einlassungsfristen vorsehen, welche nach § 262 ZPO. beim Parteibetriebe vorgeschrieben sind. Nimmt man also im Gegensatz zur Vorinstanz an, daß bei der gemäß § 370 Abs. 2 ZPO. erfolgten Bekanntmachung des nach Schluß der Beweisaufnahme am 19. Juni 1911 auf den 26. Juni 1911 zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anberaumten Termins die einwöchige Ladungsfrist des § 217 ZPO. hätte gewahrt werden müssen, so würde schon aus diesem Grunde eine die Anwendung des § 539 ZPO. rechtfertigende Verletzung einer wesentlichen Vorschrift des Verfahrens vorliegen. Aber auch wenn man diese Frage dahingestellt sein läßt, muß in Übereinstimmung mit dem BG. in der Ablehnung der drei vom Beklagten gestellten Vertagungsanträge im vorliegenden Falle die Verletzung einer wesentlichen Vorschrift des Verfahrens erblickt werden, indem in dieser Ablehnung die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu finden ist. Zwar unterliegt es im allgemeinen sowohl nach § 228 ZPO. wie im Falle des § 272 ZPO. dem verständigen richterlichen Ermessen, ob dem von einer Partei gestellten Vertagungsantrage stattzugeben ist, wenn sie behauptet, auf neue Anträge oder auf neues Parteivorbringen des Gegners sich nicht sofort erklären zu können. Mit Recht hat deshalb auch das RG. angenommen, daß — abgesehen von dem besonders geregelten, hier nicht vorliegenden Falle des § 235 ZPO. — die Ablehnung eines Vertagungsantrags einer Anfechtung mittels einer Beschwerde an das höhere Gericht nicht unterliegt (vgl. RG. 23, 368; 62, 207). Gleichwohl aber kann in einer solchen Ablehnung eine Verletzung des die Zivilprozessordnung beherrschenden in den Vorschriften der §§ 136, 139, 141, 337 ZPO. zum Ausdruck gebrachten Grundsatzes der Gewährung erschöpfenden rechtlichen Gehörs dann erblickt werden, wenn die höhere Instanz nach der ganzen Sachlage

die Überzeugung gewinnt, die Vorinstanz habe von ihrem Ermessen einen sachwidrigen Gebrauch gemacht, und zwar dergestalt, daß der die Vertagung beantragenden Partei die Möglichkeit entzogen ist, sich auf das Vorbringen des Gegners erschöpfend erklären zu können. Daß dies hier der Fall, ergibt sich aus den oben mitgeteilten Darlegungen des BG., die erkennen lassen, daß dem Beklagten durch das Verfahren des LG. die Möglichkeit entzogen worden ist, sich sachgemäß und erschöpfend über das Ergebnis der Beweisaufnahme sowie über die neuen Anträge und das neue Vorbringen des Klägers erklären zu können. In einem derartigen Verfahren ist aber eine Verletzung des Grundsatzes der Gewährung erschöpfenden rechtlichen Gehörs beider Parteien zu erblicken. Es fehlte also dem Urteil des ersten Richters an der erforderlichen prozessordnungsmäßigen Sammlung des Streitstoffes, so daß das BG. von der ihm nach § 539 ZPO. zustehenden Befugnis, das Urteil der I. Instanz wegen eines wesentlichen Mangels des Verfahrens aufheben zu können, mit Recht Gebrauch gemacht hat. *G. c. R., U. v. 13. Febr. 13, 351/12 VI.* — Berlin. [L.]

**22.** § 398 ZPO. Wann steht „wiederholte Vernehmung“ eines Zeugen in Frage?]

Mit Recht beanstandet die Revision die Ablehnung der nochmaligen Vernehmung M.s über die von der Klägerin betreffs des Inhalts der Vereinbarung im zweiten Rechtszuge aufgestellte Behauptung. Handelte es sich dabei um eine „wiederholte Vernehmung“ im Sinne des § 398 ZPO., so würde die Vernehmung allerdings in das freie Ermessen des BG. gestellt gewesen sein. Eine „wiederholte Vernehmung“ in diesem Sinne ist aber nur eine nochmalige Vernehmung über denselben Beweisgegenstand (vgl. RG. Bd. 48 Nr. 89 auf S. 390). Dabei kommt es nur darauf an, ob der Zeuge über den Gegenstand, über den er von neuem vernommen werden soll, tatsächlich schon vernommen worden ist, nicht auch darauf, ob die Vernehmung darüber ausdrücklich angeordnet worden war. Eine Vernehmung über denselben Gegenstand ist indes nicht schon damit gegeben, daß sie sich auf denselben Vorgang bezieht; entscheidend ist vielmehr, ob sich der Zeuge gerade über die bestimmte Einzelheit, über die seine Vernehmung verlangt wird, bei der früheren Vernehmung bereits in bejahendem oder verneinendem Sinne geäußert hat (vgl. RG. in JW. 1899 S. 339/40 unter 13 und in ScuffArch. Bd. 55 Nr. 176 auf S. 356). Und dies trifft hier nicht zu. *F. c. Sch., U. v. 12. Febr. 13, 473/12 V.* — Berlin. [L.]

**23.** §§ 537, 268 ZPO. Eventualananspruch in der Berufungsinstanz. — Klageänderung.]

Mit Unrecht beanstandet die Revision die Entscheidung, die das BG. bezüglich des Eventualananspruches getroffen hat. Die Frage, ob, wenn die I. Instanz nur über den Hauptanspruch entschieden hat, das BG. über den Eventualananspruch entscheiden darf, wird mit Rücksicht auf § 537 ZPO. in Literatur und Rechtsprechung verschieden beantwortet. Vgl. Scuffert ZPO. § 537 Anm. 1 b und Gaupp-Stein ZPO. § 537 I 1 nebst Zitaten. Der II. Senat hat in dem Urteil vom 13. Oktober 1911 (RG. 77, 120) für einen Fall, in dem bei den Ansprüchen einander ausschließende tatsächliche Vorgänge zugrunde lagen, die Entscheidung über den Eventualananspruch im wesentlichen aus zwei Gründen dem BG. zugesprochen: einmal sei in der Zu-

erkennung des Hauptanspruches durch die I. Instanz zugleich die Aberkennung des Eventualananspruches gelegen; ferner gelte § 537 ZPO. nicht ohne Ausnahme und sei namentlich nicht auf Ansprüche anzuwenden, über die die I. Instanz nicht habe entscheiden können, wie z. B. neue Ansprüche im Sinne des § 529 ZPO., und dies gelte auch für Eventualanprüche, die durch Zuerkennung des Hauptanspruches für die I. Instanz erledigt waren. Dieser Entscheidung ist durchaus beizutreten. Ihre Gründe rechtfertigen auch die Anwendung auf den vorliegenden Fall: Wenn auch beide Ansprüche auf das gleiche Vertragsverhältnis zurückgehen, dessen rechtliche Beurteilung bestritten war, so schließen sie doch einander aus; die Zuerkennung des einen bedeutete zugleich die Aberkennung des anderen, und der Eventualananspruch, der das Nichtvorliegen eines Agenturverhältnisses voraussetzte, war für die I. Instanz erledigt, wenn diese auf Grund der Annahme eines Agenturverhältnisses eine Entscheidung über den Hauptanspruch traf. Das BG. hat sich daher mit Recht mit dem Eventualananspruch befaßt. Aber auch seine Annahme, daß in der Geltendmachung des Anspruches eine unzulässige Klageänderung liege, ist nicht zu beanstanden. Eine Änderung der Klage liegt immer dann vor, wenn der Klagegrund sich ändert (vgl. § 268 ZPO.), d. h. die Summe derjenigen Tatsachen, die geeignet und erforderlich sind, um den Anspruch des Klägers als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Dies trifft aber hier zu. Der Hauptanspruch ging auf Erfüllung des Vertrages und setzte zu seiner Rechtfertigung nichts weiter voraus als den Vertrag. Mit dem Eventualananspruch dagegen wird Schadenersatz wegen Verletzung des Vertrages verlangt; er bedarf daher zu seiner Begründung noch der Angabe derjenigen Tatsachen, in denen diese Verletzung gefunden werden, und aus denen sich der durch die Verletzung verursachte Schaden ergeben soll. Es handelt sich also nicht bloß um eine andere rechtliche Beurteilung, sondern auch um eine andere tatsächliche Begründung. Da die Beklagte der Änderung widersprochen hat und nach dem Ermessen des BG. eine wesentliche Erschwerung der Verteidigung vorliegen würde, so hat das BG. die Zulassung der Klageänderung mit Recht abgelehnt (§ 264 ZPO.). *G. c. G. H.-G., U. v. 4. Febr. 13, 329/12 III.* — Oldenburg. [S.]

**24.** § 549 ZPO. Reichsrecht ist nicht revisibel, wenn es vom BG. als Bestandteil des Landesrechts angewendet worden ist.]

Der VerN. hält den Steueranspruch des Beklagten für unbegründet, weil der an die beiden Kinder der Frau E. von deren Ehemann gezahlte Betrag nicht als Erwerb von Todes wegen im Sinne des § 2 des Hamburgischen Erbschaftssteuergesetzes vom 2. März 1903 anzusehen sei. Zu diesem Ergebnis gelangt er durch die Erwägung, daß das der Frau E. aus dem Nachlaß ihres Bruders zugefallene Kapital Gesamtgut der Gütergemeinschaft der E.schen Eheleute geworden und als solches in die fortgesetzte Gütergemeinschaft gefallen sei, daß daran auch nichts durch die letztwillige Verfügung der Frau E. geändert worden sei, weil diese im Hinblick auf § 1518 BGB. der Gültigkeit ermangele. Die Zahlung der den Kindern durch die nichtige Anordnung ausgesetzten Summe stelle daher lediglich einen Akt der Freigebigkeit dar. Die Revision wendet sich gegen die Annahme der Gesamtgutzugehörigkeit des Kapitals

und gegen die Auslegung des § 1518 BGB. Sie muß indessen daran scheitern, daß das Hamburgische Erbschaftssteuer-gesetz als nicht revidibles Landesrecht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen ist (§ 549 ZPO.). Es handelte sich um die Frage, ob ein steuerpflichtiger Erwerb von Todes wegen vorlag. Dies war nach § 2 des irrevidiblen Gesetzes zu prüfen, und wenn bei dieser Prüfung in Ermangelung besonderer Vorschriften das Reichsrecht herangezogen worden ist, so ist es nicht als Reichsrecht, sondern als Bestandteil des Landesrechts angewendet worden, das in den stillschweigend in Bezug genommenen Normen des Reichsrechts seine Ergänzung findet. Wären in einem solchen Falle diese Normen revidibel, so würde damit auch eine Nachprüfung ihres Zusammenhanges mit dem Landesrecht und ihrer Bedeutung für das Landesrecht und zufolge dessen mindestens mittelbar des Landesrechts selbst ermöglicht sein. Dies würde aber gegen den § 549 ZPO. verstoßen. Hat das Gericht auf dem Gebiete des Landessteuerrechts den für die Steuerpflicht wesentlichen Begriff des Erwerbs von Todes wegen verneint, so hat es in vollem Umfange das Landesrecht befolgt, auch soweit zur Erfassung des Sinnes der Begriffsbestimmung auf Reichsrecht zurückzugehen war. Die Rüge der Verletzung des Reichsrechts läuft somit auf eine unzulässige Bemängelung der die Auslegung des Landesrechts betreffenden Entscheidungsgründe hinaus. Das Revisionsgericht ist nicht in der Lage, entgegen dem VerN. einen Erwerb von Todes wegen zu bejahen, selbst wenn es die Ausführungen des VerN. über das ergänzende Reichsrecht nicht billigen sollte. Dieser Standpunkt ist vom erkennenden Senat in ständiger Rechtsprechung festgehalten worden (Urteil vom 7. Juni 1912 VII 77/12 bei Gruchot 56, 1062). Hamb. Fiskus c. W. u. Gen., U. v. 11. Febr. 13, 469/12 VII. — Hamburg. [S.]

**25.** Unrichtige Angabe der Parteivollen in der Revisions-schrift ist nur eine unschädliche falsa demonstratio.]

Gegen das am 24. Juli 1912 zugestellte Urteil ist durch einen am 24. August 1912 beim RG. eingegangenen Schriftsatz vom selben Tage Revision eingelegt worden. Dieser Schriftsatz bezeichnet den Kläger als Revisionskläger, die Beklagten als Revisionsbeklagte. Durch einen am 14. September 1912 beim RG. eingegangenen Schriftsatz vom selben Tage ist die Erklärung in dem Schriftsatze vom 24. Juli 1912 dahin berichtigt worden, daß die Revision namens der Beklagten eingelegt sein sollte. Auch wurde geltend gemacht, daß die am 24. Juli 1912 erfolgte Urteilszustellung nichtig sei, weil in der zugestellten Urteilsabschrift die Prozeßbevollmächtigten der Beklagten gleichzeitig als diejenigen des Klägers bezeichnet seien. Die Beklagten haben alsdann das Urteil vom 13. Juli 1912 nochmals am 20. September 1912 zustellen lassen und erneut unter richtiger Bezeichnung der Parteivollen die Revision am 23. September 1912 eingelegt. Die Revisionsbegründung ist am 8. Oktober 1912 beim RG. eingegangen. Die Zulässigkeit der Revision unterliegt keinem durchgreifenden Bedenken. Zwar ist der Auffassung der Revisionskläger, als ob die Zustellung vom 24. Juli 1912 um deswillen nichtig sei, weil die den Beklagten zugestellte Urteilsabschrift die Prozeßbevollmächtigten des Klägers unrichtig bezeichnet habe, nicht beizupflichten. Die von den Revisionsklägern für ihre Ansicht angezogene Entsch. in RG. 61, 395 spricht eher das Gegenteil aus, und alle anderen

in dem Schriftsatz vom 14. September 1912 erwähnten Urteile lassen sich für jene Ansicht gleichfalls nicht verwerten. Die Bezeichnung der Prozeßbevollmächtigten in den Urteilen ist zwar durch § 313 Nr. 1 ZPO. vorgeschrieben. Aber eine unrichtige Angabe in dieser Hinsicht ist unerheblich, dies schon um deswillen, weil jede Partei weiß, wie ihr Anwalt heißt und weil ihr auch der gegnerische Anwalt durch die gewechselten Schriftsätze dem Namen nach bekannt ist. Die Urteilszustellung vom 24. Juli 1912 muß deshalb als rechtsgültig erfolgt bezeichnet werden. Gleichwohl ist die am 24. August 1912 bewirkte Einlegung der Revision als namens der Beklagten rechtzeitig und ordnungsmäßig erfolgt zu erachten. Denn die unrichtige Angabe der Parteivollen in der Revisionschrift vom 24. August 1912 ist lediglich eine falsa demonstratio, die ohne weiteres als solche auch dem Gegner erkennbar war, da der Kläger genau wußte, daß er dem Justizrat B. keine Prozeßvollmacht zur Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein ihm im vollen Umfange günstiges Urteil erteilt hatte. Mit der Berichtigungserklärung vom 14. September 1912 ist der in der Revisionschrift enthaltene Fehler beseitigt worden und völlig klargestellt, daß in Wirklichkeit der Justizrat B. nur namens der Beklagten die Revision einlegen wollte und eingelegt hat, so daß also die Revisions-einlegung vom 24. August 1912 als rechtzeitig und ordnungsmäßig erfolgt anzusehen ist (vgl. auch JW. 99, 537<sup>20</sup>). Danach kommt es auf die zweite Zustellung des Urteils und die zweite Revisionseinlegung nicht weiter an. H. u. Gen. c. S., U. v. 13. Febr. 13, 454/12 VI. — Jena. [S.]

**26.** § 565 Abs. 2 ZPO. Für das BG. ist nur diejenige rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts maßgebend, die der Aufhebung zugrunde gelegt ist.]

Die Revision stellt in erster Reihe zur Erwägung, ob das BG. nicht an seine frühere, vom RG. nicht mitaufgehobene, Entscheidung gebunden gewesen sei. Dieses Bedenken ist unbegründet. Nach § 565 Abs. 2 ZPO. ist für die Entscheidung des BG. nur diejenige rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts maßgebend, welche der Aufhebung zugrunde gelegt ist. Die Erwägungen des früheren Revisionsurteils, die sich mit dem Geltungsgebiet der Abrede über die Gewährleistung befassen, stehen aber, wie die Revision selbst nicht zu verkennen scheint, zur Aufhebung in keiner Beziehung. Es ist ausdrücklich gesagt, der VerN. sei rechtlich nicht verhindert gewesen, die fragliche Abrede nur auf Trockenkanal und Kanalsen zu beziehen, auch wenn alle von der Klägerin übernommenen Leistungen ein einheitliches Werk gebildet hätten. Der VerN. war deshalb, wenn er auf Grund der neuen Verhandlung in diesem Punkte zu einer anderen Auffassung gelangte, nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, von seiner früheren Entscheidung abzuweichen, obwohl sie rechtlich vom Revisionsgericht nicht beanstandet worden war. Eine Verletzung materiellen Rechts kommt dabei nicht in Frage; ob sich die Nebenabrede auf alle oder nur auf einzelne Leistungen bezog, war lediglich Sache der Vertragsauslegung. v. R. c. M. & P., U. v. 11. Febr. 13, 425/12 VII. — Berlin. [S.]

**27.** §§ 794 Nr. 5, 726 ZPO. Für die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist der Inhalt der Urkunde maßgebend.]

Die Schwester des Beklagten Sch., Frau v. B., hatte in einem Prozesse gegen die Gewerkschaft Friedrichsglück eine

Sicherheit von 10 000 *M* bestellt. Den ihr auf Grund des Hinterlegungsscheins zustehenden Anspruch an die Kgl. Regierungshauptkasse zu Köln trat sie mit Einwilligung ihres Ehemannes durch notarielle Urkunde vom 3. August 1908, errichtet vor dem Notar K. in Bonn, gegen Zahlung von 6500 *M* an den Beklagten ab und verpflichtete sich weiter unter Zustimmung ihres Mannes, dem Beklagten, „entweder nach Beendigung des Prozesses gegen die Gewerkschaft Friedrichsglück wegen Herausgabe von Kuxen . . . oder nach Beendigung des in nächster Zeit anzustreitenden Prozesses gegen die Grube Wachtberg I, G. m. b. H. zu Frechen, auf Anerkennung und Auslieferung von 74 Geschäftsanteilscheinen, je nachdem welcher Prozeß am ersten erledigt wird, die Summe von 6000 *M* . . . ohne jede weitere Aufforderung zu zahlen“. Weiter gab der bei der Verhandlung anwesende Kläger die Erklärung ab: „Ich übernehme die Bürgschaft als selbstschuldnerischer Bürge, daß die obigen 10 000 *M* bei Beendigung des Prozesses . . . ausbezahlt werden und verbürge mich ferner als selbstschuldnerischer Bürge dafür, daß obige 6000 *M* an Herrn Sch. (Beklagten) bezahlt werden,“ auch unterwarfen sich die Vertragsschließenden der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde. Der Ehemann v. B. verklagte nunmehr die Braunkohlenwerke Wachtberg I und beantragte, festzustellen, daß er mit einem Geschäftsanteile von 74 000 *M* Gesellschafter der G. m. b. H. Wachtberg I zu Frechen sei, diese dementsprechend zu verurteilen, ihm die Ausübung seiner Gesellschafterrechte in dem durch das Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. festgelegten Umfange zu ermöglichen und ihm über die seit dem Jahre 1902 auf seinen Geschäftsanteil entfallenen Dividenden Rechenschaft zu legen. In II. Instanz erlangte er ein rechtskräftig gewordenes Urteil des OLG. zu Köln vom 21. Dezember 1909, durch das festgestellt wurde, v. B. sei mit einem Geschäftsanteile von 74 000 *M* Gesellschafter, auch wurde die damalige Beklagte verurteilt, ihm in Ansehung seines Geschäftsanteils die Ausübung seiner Verwaltungsrechte als Gesellschafter, namentlich die Ausübung des Stimmrechts, zu ermöglichen und ihm über die seit dem Jahre 1902 auf seinen Geschäftsanteil entfallenen Dividenden Rechenschaft zu legen. Nach Einsichtnahme dieses Urteils und der Bescheinigung der Gerichtsschreiberei des RG. vom 25. Februar 1910, daß innerhalb der Rechtsfrist eine Revisionschrift nicht eingereicht sei, erteilte der Notar am 23. August 1910 dem Beklagten eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde gegen den Bürgen, den jetzigen Kläger, bezüglich des Betrags von 6000 *M*. Mit der vorliegenden Klage beantragte der Kläger, diese Vollstreckungsklausel für unzulässig zu erklären, wurde aber vom LG. wie vom OLG. abgewiesen. Das RG. entsprach der Klage: Die Vollstreckungsklausel ergibt, daß der Notar der Ansicht war, durch das ihm vorgelegte Urteil des OLG. Köln vom 21. Dezember 1909 werde der im Texte der Urkunde vom 3. August 1908 vorgesehene Prozeß gegen die Grube Wachtberg I rechtskräftig entschieden, und daß er deswegen die Vollstreckungsklausel erteilte. Dagegen gelangt das BG. zu dem Ergebnis, die Urkunde verlange einen Prozeß auf Anerkennung des Geschäftsanteils und Auslieferung der 74 Anteilscheine, es hätte daher auch auf Auslieferung der Scheine geklagt werden müssen, was nicht geschehen sei. Obgleich sonach „nach dem strengen Wort-

laute“ des Vertrages die Erledigung des durchgeführten Prozesses die Fälligkeit der 6000 *M* nicht habe herbeiführen können, sei diese doch vorhanden, weil man als Wille der Vertragsschließenden ansehen müsse, daß das Geld nach Ablauf einer angemessenen Frist, innerhalb deren entweder der Prozeß gegen Wachtberg I oder der gegen die Gewerkschaft Friedrichsglück durchzuführen gewesen sei, fällig werden sollte. Mit der Beendigung des tatsächlich geführten Prozesses sei diese Frist verstrichen und daher die Vollstreckungsklausel zu Recht erteilt. Diese Ausführungen geben nach mehrfacher Richtung zu Bedenken Anlaß. In tatsächlicher Hinsicht und daher für die Revisionsinstanz bindend legt der Vorderrichter den Vertrag vom 3. August 1908 dahin aus, daß die 6000 *M* in jedem Falle an den Beklagten zu zahlen seien; ob die erwähnten Prozesse gewonnen oder verloren würden, sei gleich. Er führt dann aus, daß es sich hierbei nicht um eine Bedingung, sondern um eine Befristung handele, und nimmt unter Hinweis auf ein bei Gruchot 46, 367 ff. abgedrucktes Urteil des RG. an, daß an Stelle der ausdrücklich vereinbarten Befristung auch eine angemessene Frist treten könne. Ob der damals vom RG. entschiedene Fall mit dem jetzt vorliegenden gleichartig ist, was die Revision bezweifelt, mag dahingestellt bleiben, jedenfalls hat die Revision darin Recht, daß das BL. keine ausreichende Begründung für die Angemessenheit der Frist enthält. Um diese zu ermitteln, hätte auf den Unterschied zwischen dem angestreitenden und dem nach Ansicht des Vorderrichters anzustreitenden Prozeß eingegangen und geprüft werden müssen, inwiefern sich beide Prozesse unterscheiden. Es war die Bedeutung zu erörtern, die den Anteilscheinen einer Gesellschaft m. b. H. rechtlich zukommt und zu untersuchen, ob sich ein Rechtsstreit, in dem nicht nur über das Gesellschafterrecht des v. B., sondern auch über die Auslieferung der Anteilscheine, an denen Pfand- und Zurückbehaltungsrechte zu bestehen scheinen, Entscheidung getroffen werden soll, trotzdem in der gleichen Zeit wie der geführte Prozeß voraussichtlich hätte erledigen lassen. Aber auch hierauf braucht nicht eingegangen zu werden, weil die Ansicht des BG., es könne an Stelle der vereinbarten Befristung eine angemessene Frist gesetzt werden, selbst dann nicht zu billigen ist, wenn die Vertragsparteien die Fälligkeit der 6000 *M* auch nach Ablauf einer angemessenen Frist gewollt haben sollten. Hängt die Vollstreckbarkeit einer Urkunde inhaltlich von einer anderen Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung ab, so darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Gläubiger den ihm obliegenden Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden führt, § 726 ZPO. Im vorliegenden Falle ist die Fälligkeit der 6000 *M* von der Beendigung eines der beiden angeführten Prozesse abhängig gemacht worden. Der Beklagte als Gläubiger hatte mithin diesen Nachweis zu erbringen, und der Notar hat ihn durch das vorgelegte Urteil für geführt erachtet. Nach der für diese Instanz bindenden Feststellung des BG. irrte der Notar, und es steht fest, daß die Urkunde die Durchführung eines anderen Prozesses im Auge hatte. Hieraus folgt ohne weiteres, daß die Vollstreckungsklausel aus dem von dem Notar für zutreffend gehaltenen Grunde nicht erteilt werden durfte, der Kläger somit den ihm nach § 768 ZPO. obliegenden Beweis seinerseits

geführt hatte. Ob es nun zulässig ist, eine aus unzureichenden Gründen erteilte Vollstreckungsklausel mit einer neuen Begründung aufrechtzuerhalten, ist schon an sich zweifelhaft, geht aber keinesfalls dann an, wenn der Notar die Klausel aus dem neuen Grunde nicht hätte erteilen dürfen. Wie der Gläubiger dem Notar den Nachweis des Ablaufs einer angemessenen Frist durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden hätte erbringen können, ist nicht abzusehen. Es kann aber auch, abgesehen von der Beweisfrage, nicht zugegeben werden, daß der Notar die Vollstreckungsklausel nach Ablauf einer angemessenen Frist hätte erteilen dürfen. Wie auch der V. ZS. anerkennt, RG. 72, 23 ff., muß die Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit von dem Eintritt einer Tatsache durch das Urteil selbst festgestellt sein, die Tatsache muß sich aus ihm bzw. der vollstreckbaren Urkunde klar ergeben. Nur nach Maßgabe der Urkunde haben sich die Beteiligten der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, während Umstände, die die Parteien zwar gewollt, aber in der Urkunde nicht ausgedrückt haben, außer Betracht bleiben müssen. In der Urkunde ist nun, wie auch das BG. anerkennt, nur von der Erledigung der Prozesse die Rede, haben die Beteiligten auch die Fälligkeit der 6000 M nach angemessener Frist festsetzen wollen, so hat dieser Wille schriftlich keinen hinreichenden Ausdruck gefunden. Das Vollstreckungsverfahren fordert klare Verhältnisse, Umstände, die sich nicht deutlich aus der Niederschrift ergeben, können als Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit nicht in Frage kommen. Ob der Beklagte im Wege einer Klage nach § 731 ZPO. die Vollstreckungsklausel auf Grund der Behauptung, daß die 6000 M nach dem wahren Sinne des Vertrags vom 3. August 1908 auch nach Ablauf einer angemessenen Frist fällig seien und daß diese Frist abgelaufen sei, hätte erlangen können, bedarf jetzt keiner Entscheidung. Das angefochtene Urteil war sonach aufzuheben und, da der Rechtsstreit nach dem festgestellten Sachverhältnis zur Endentscheidung reif ist, gemäß § 565 ZPO. der Klage zu entsprechen. H. c. Sch., U. v. 10. Febr. 13, 502/12 VI. — Köln. [L.]

#### Reichsstempelgesetz.

**28.** Tarifnummer 8. Ein Hotel-Automobilomnibus fällt nicht unter die Befreiungsvorschrift Nr. 2; er dient nicht ausschließlich der gewerbsmäßigen Personenbeförderung.]

Nach der Tarifnummer 8 zu a RStempG. unterliegen der Stempelabgabe Erlaubnisarten für Kraftfahrzeuge zur Personenbeförderung auf öffentlichen Wegen und Plätzen. Nach der Befreiungsvorschrift unter Nr. 2 daselbst findet jedoch eine Befreiung von der Stempelabgabe statt „hinsichtlich solcher Kraftfahrzeuge, die ausschließlich der gewerbsmäßigen Personenbeförderung dienen.“ Die Annahme des VerN., der Hotelautomobilomnibus der Klägerin, der lediglich zur Beförderung der Hotelgäste und ihres Gepäcks gegen eine feste Gebühr vom Bahnhofe nach dem Hotel und umgekehrt verwendet wird, diene ausschließlich der Personenbeförderung, ist zu billigen. Dagegen kann seinen weiteren Entscheidungsgründe, das Kraftfahrzeug diene auch ausschließlich der gewerbsmäßigen Personenbeförderung, nicht beigetreten werden. Der gewerbsmäßigen Personenbeförderung, also dem Gewerbe der Personenbeförderung dient ein Fahrzeug nur dann, wenn seine Verwendung innerhalb eines selbständigen, der Personenbeförderung dienenden

Gewerbebetriebes, d. h. des Fuhrhaltereigengewerbes, als dessen Betätigung, erfolgt. Voraussetzung der Befreiung ist, daß die Verwendung des Kraftfahrzeuges innerhalb eines selbständig betriebenen, an sich der bundesstaatlichen Gewerbesteuer unterliegenden, auf Personenbeförderung gerichteten Gewerbebetriebes erfolgt. Es genügt nicht, daß im Streitfalle die Personenbeförderung gegen Entgelt, nämlich gegen eine feste Gebühr geschieht, und es macht auch keinen Unterschied, ob diese Gebühr nur die Selbstkosten des Betriebes des Kraftfahrzeuges deckt oder ob sie diese übersteigt oder hinter ihnen zurückbleibt. Die Personenbeförderung ist hier nicht der Selbstzweck der Verwendung des Kraftfahrzeuges in dem Sinne, daß sie zu einer selbständigen, dauernden Einnahmequelle dienen sollte, — was z. B. zutreffen würde, wenn die Klägerin neben dem Hotel-Betriebsgewerbe noch ein besonderes, dem Bedürfnis Dritter dienendes Lohnfuhrwerksgewerbe betriebe. Hier stellt vielmehr die Verwendung des Kraftfahrzeuges nur einen Teil des Betriebes des Hotelgewerbes dar, der steuerlich nicht anders in Betracht kommt als z. B. eine im Hotel für die Hotelgäste unterhaltene Restauration. Der Kraftwagen der Klägerin ist kein Lohnfuhrwerk, sondern ein Hotelwagen, der dem Hotelgewerbe und schon deshalb nicht ausschließlich dem Gewerbe der Personenbeförderung dient. Grh. Sächs. Staatsfiskus c. Palasthotel F., U. v. 21. Jan. 13, 452/12 VII. — Jena. [L.]

#### II. Preussisches Recht.

Gesetz vom 1. August 1909.

**29.** Verhältnis zu dem sog. Tumultgesetz vom 11. März 1850.]

Der Kläger behauptet, am 10. Oktober 1910 in Remscheid von einem der Polizeibeamten der beklagten Stadtgemeinde, die aus Anlaß von Straßenunruhen Gewalt gebrauchten, durch Säbelhiebe an der rechten Hand verletzt worden zu sein, ohne daß er, der Kläger, dies irgendwie verschuldet hätte. Er hat wegen des ihm durch diese Verletzung entstandenen Schadens die Stadtgemeinde auf Grund des Gesetzes vom 11. März 1850, betreffend die Verpflichtung der Gemeinden zum Ersatze des bei öffentlichen Aufläufen verursachten Schadens, auf Grund des Art. 1384 code civil und auf Grund des Gesetzes über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt vom 1. August 1909 in Anspruch genommen, ist aber vom LG. wie vom BG. mit seiner Klage abgewiesen. Das RG. hob auf. Die Revision ist begründet. Soweit der Klageanspruch auf die ersten beiden Gründe gestützt worden ist, ist er allerdings vom BG. mit zutreffender Begründung, nämlich wegen Ablaufs der im § 5 des Gesetzes vom 11. März 1850 bestimmten Fristen, und weil Art. 1384 code civil mit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 1. August 1909 aufgehoben ist, zurückgewiesen worden. Dagegen beruht die angefochtene Entscheidung, indem sie den Klageanspruch auch insoweit abweist, als er auf das Gesetz vom 1. August 1909 sich gründet, auf einer Verletzung dieses Gesetzes. Das BG. nimmt an, daß die Anwendung dieses Gesetzes zufolge der Bestimmung seines § 6 im vorliegenden Falle ausgeschlossen sei, weil die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches aus dem sog. Tumultgesetz vom 11. März 1850 in § 5 dieses Gesetzes an kurze präklusivische

Fristen gebunden ist. § 6 des Gesetzes vom 1. August 1909 bestimmt: „Soweit durch Reichsgesetze oder Landesgesetze für bestimmte Fälle eine Haftung des Staates oder der Kommunalverbände über den in jenen Gesetzen bestimmten Umfang hinaus ausgeschlossen ist, finden die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung.“ Der Paragraph betrifft also Gesetze, welche eine Haftung des Staates oder der Kommunalverbände für Verschulden von Beamten auch bei Ausübung der öffentlichen Gewalt zwar festsetzen, diese Haftung aber über einen bestimmten Umfang hinaus ausschließen. Das Gesetz vom 11. März 1850 aber hat eine Haftung der Gemeinden, die nach dem bürgerlichen Rechte nicht bestand, geschaffen, ohne diese Haftung ihrem Umfange nach irgendwie zu beschränken. § 5 dieses Gesetzes schließt nicht die Haftung aus, sondern schreibt nur bestimmte Fristen für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs vor. Die Auffassung des BG. gibt danach dem § 6 des Gesetzes vom 1. August 1909 eine Bedeutung, die über den aus den Worten des Gesetzes sich ergebenden Sinn weit hinausgeht. Zu einer solchen ausdehnenden Auslegung der Bestimmung des § 6 aber fehlt jede Veranlassung. Auch die Begründung des Gesetzentwurfs spricht entschieden gegen sie. Dort ist von einer Gesetzgebung die Rede, welche eine Haftung des Reichs, des Staates oder von Kommunalverbänden vorsieht, sie aber auf ein bestimmtes Maß beschränkt und eine weitergehende Haftung aus besonderen Gründen ausschließt. Die einzelnen derartigen Gesetze, welche als namentlich in Betracht kommend angeführt werden, bestimmen sämtlich ausdrücklich, daß ein Schadensersatzanspruch nicht über ein bestimmtes Maß hinaus oder unter gewissen Voraussetzungen überhaupt nicht erhoben werden könne; sie ziehen den Ansprüchen gegen Reich, Staat und Gemeinden eine sachliche Schranke; nirgends ist von einer bloßen Beschränkung der prozessualen Geltendmachung des Anspruchs die Rede. Der Vergleich, welchen das BG. zwischen der Bestimmung des § 5 des Gesetzes vom 11. März 1850 und den Bestimmungen der Unfallversicherungsgesetze zieht, in denen die strafgerichtliche Verurteilung wegen vorsätzlicher Schadensherbeiführung zur Voraussetzung eines Ersatzanspruchs gegen den Betriebsunternehmer usw. gemacht ist, geht fehl. Denn diese Bestimmungen schließen, wie auch in der Begründung zu § 6 des Entwurfs des Gesetzes vom 1. August 1909 erwähnt ist, den Schadensersatzanspruch gegen Staat und Gemeinden in ihrer Eigenschaft als Betriebsunternehmer gänzlich aus; nur physischen Personen gegenüber bedeuten sie lediglich eine Erschwerung der Geltendmachung des Anspruchs. Die in der Begründung zu § 6 genannten Gesetze haben ferner, so verschieden sie auch im übrigen sind, das gemein, daß nach ihnen ein Schadensersatzanspruch, der durch sie ausgeschlossen oder dem Umfange nach beschränkt wird, regelmäßig nur auf ein Verschulden, ausnahmsweise allerdings auch auf § 1 HaftpflichtG., gestützt werden könnte. Bei der durch das sog. Tumultgesetz geregelten Schadensersatzpflicht der Gemeinden kommt dagegen ein etwaiges Verschulden der Beamten der Gemeinden für die Begründung des Ersatzanspruchs überhaupt nicht in Betracht, wenn auch eine fahrlässige Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse durch die Sicherheitsbeamten die Ersatzpflicht nicht ausschließt, wie in dem Urteile RG. Bd. 67 S. 236 (239) ausgeführt ist. Daß aber gesetz-

liche Bestimmungen, welche das Verschulden eines staatlichen Organs überhaupt nicht zur Voraussetzung haben, von der Ausnahmebestimmung nicht getroffen werden, ist wenigstens für den, dem § 6 des Gesetzes vom 1. August 1909 entsprechenden, § 6 des Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. Mai 1910 in der Begründung zu § 5 des Entwurfs bestimmt ausgesprochen. V. c. Stadtgemeinde R., U. v. 14. Febr. 13, 378/12 III. — Düsseldorf. [L.]

**30.** Gemeingebrauch des Stromes zu Schiffahrtzwecken. Erziehung von Sonderrechten.]

Die Kläger haben für das ihnen durch die Enteignung entzogene Grundstück eine höhere Entschädigung aus dem Grunde beansprucht, weil mit dem Eigentum das wertsteigernde Recht verbunden gewesen sei, an dem die Spree berührenden Teile des Grundstücks Spreefähne anlegen und be- und entladen zu lassen. Daß ein solches Recht bestanden habe, ist aber vom BG., in dessen aufgehobenen Urteilen diese Frage noch nicht geprüft worden war, nunmehr verneint worden, und die hiergegen von der Revision erhobenen Angriffe gehen fehl. Auf öffentlichen Strömen ist die Schiffahrt, unter den vom Staate festgesetzten Bedingungen, einem jeden erlaubt. Nach diesem in § 47 II, 15 RN. ausgesprochenen und gemäß Art. 65 GGWB. (vgl. auch Art. 89 Nr. 1c BrUG.) in Geltung gebliebenen Grundsatz bildet die Schiffahrt auf der Spree nicht ein Recht des einzelnen, sondern den ihm, wie jedem anderen, erlaubten Gemeingebrauch des Stromes. Ließen die Kläger bei ihrem an die Spree grenzenden Grundstücke Schifffahrzeuge anlegen und laden oder löschen, so übten sie allerdings, insofern dabei das feste Land benutzt werden mußte, ein Recht, nämlich das Eigentum an ihrem Grundstück, aus. Stieß das Grundstück nicht unmittelbar an die Spree, war es vielmehr von ihr durch einen in fremdem Eigentum befindlichen Landstreifen getrennt, stand den Klägern aber an diesem eine entsprechende Grundgerechtigkeit zu, so übten sie durch Benutzung des Landstreifens zu dem gedachten Zwecke eben diese Grundgerechtigkeit, also ebenfalls ein Recht, aus. Insofern dagegen der Strom selbst dabei benutzt werden mußte, fand an ihm nichts anderes statt, als der jedermann freistehende Gemeingebrauch, der für den Stromanlieger nur noch eine besondere Gestalt annimmt und einen besonderen Vorteil bietet, insofern der Zusammenhang des Stroms mit dem Ufergrundstück es Personen und Sachen ermöglicht, vom Lande auf das Schiff und von diesem auf jenes zu gelangen. Für die Auffassung, daß es sich bei dem Anlegen von Schiffen an einem Ufergrundstücke nicht um den Gemeingebrauch des Stromes, sondern um ein besonderes Recht des Stromanliegers handle, glaubt die Revision eine Stütze in der Vorschrift des § 50 II, 15 RN. zu finden, wonach Fähren und Prahmen zum eigenen Gebrauche jeder Anwohner eines öffentlichen Flusses halten kann. Allein auch diese Vorschrift gibt für den Anwohner keineswegs ein besonderes Privatrecht, sondern nur die seinem örtlichen Verhältnisse zu dem Flusse entsprechende und ihm sich anpassende Gestaltung des Gemeingebrauchs. Fehl geht auch der Hinweis der Revision auf die ständige Rechtsprechung, wonach dem Hauseigentümer, der sich an einer öffentlichen städtischen Straße angebaut hat, ein grundgerechtigkeitsähnliches Recht an der Straße zusteht. Diese

Rechtspredung beruht auf der Annahme eines zwischen Stadtgemeinde und Straßenanlieger stillschweigend begründeten Vertragsverhältnisses, wovon in Fällen der vorliegenden Art nicht die Rede sein kann. Der durch das Gesetz allgemein gestattete Gebrauch des Stroms zu Schifffahrtzwecken ist aber kein schrankenloser, er unterliegt, wie § 47 a. a. D. ausdrücklich auspricht, den „vom Staate festgesetzten Bedingungen“, insbesondere also den Vorschriften der staatlichen Strombauverwaltung und der Strompolizei. Danach ist der Staat auch befugt, das Anlegen der Schiffe an gewissen Uferstrecken von besonderen Voraussetzungen abhängig zu machen oder auch, was die Revision mit Unrecht leugnet, ganz zu verbieten. Man braucht nur an den Fall zu denken, daß der Strom an einer Stelle durch gebirgiges Uferland so verengt ist, daß durch das Anlegen von Schiffen an einem der Ufer die Vorüberfahrt anderer Schiffe erschwert oder gefährdet würde; nach § 47 kann kein Zweifel bestehen, daß bei solcher Bewandnis die staatliche Behörde das Anlegen zu verbieten befugt und vielleicht sogar (§ 79 II, 15 MR.) verpflichtet wäre. Hier ergibt sich nun allerdings die Möglichkeit eines Sonderrechts des Stromanliegers. Diesem könnte nämlich auf Grund besonderen Rechtstitels ein von jenen „vom Staate festgesetzten Bedingungen“ unabhängiger Gebrauch des Stromes zustehen, der dann eben hierdurch über den jedermann erlaubten, aber jenen Bedingungen unterworfenen Gemeingebrauch hinausginge. Freilich würde der Berechtigte gegebenenfalls den höheren Gemeininteressen, die durch einen staatlichen Eingriff geschützt werden sollen, dennoch weichen müssen (§ 74 Einl. z. MR.); in diesem Falle würde er aber Entschädigung fordern können (§ 75 ebendas.). Und daß für ein Grundstück, mit dessen Eigentum ein Recht solcher Art verbunden ist, auch die Enteignungsentschädigung entsprechend höher bemessen werden müßte, versteht sich von selbst. Ein solches Sonderrecht könnte z. B. durch Privileg verliehen sein, wie das RG. gerade mit Bezug auf Schiffsanlegebefugnisse bereits durch das Urteil vom 29. Mai 1908 VII 312/07 anerkannt hat. Ein Privileg überhaupt und gar ein Privileg, das diese Willensrichtung des Verleihenden erkennen ließe, ist aber von den Klägern nicht behauptet worden. Für das von ihnen behauptete Recht haben sie als Erwerbssart vielmehr die Erfindung geltend gemacht. Die Möglichkeit der Erfindung ist nicht, wie an einer Stelle der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils anscheinend geschieht, schlechthin zu verneinen; sie besteht, insoweit es sich eben um ein über den Gemeingebrauch hinausgehendes Recht der angegebenen Art handelt, und ist in dieser Richtung durch das vorhin erwähnte Urteil des RG. anerkannt (vgl. auch das Urteil vom 7. Mai 1912 VII 18/12). Das BG. ist denn auch an einer anderen Stelle seiner Ausführungen von der Möglichkeit des Erfindungserwerbes ausgegangen, ist aber ohne Rechtsirrtum zur Verneinung solchen Rechtserwerbes gelangt. Zur Begründung der Erfindung hätten die Kläger ein über den bloßen Gemeingebrauch hinausgehendes tatsächliches Handeln dargetun müssen. Sie hätten also, wie das BG. zutreffend annimmt, beweisen müssen, was sie nicht einmal behauptet haben, daß auf ihren oder ihrer Eigentümvorgänger Widerspruch der Staat von unternommenen Eingriffen der gedachten Art Abstand genommen hat, und daß auf diese Weise dem Staate gegenüber der Besitz eines Unterfügungsrechts

(§ 86 I, 7 MR.) erworben und die Verjährungszeit hindurch behalten worden sei. Ob, neben Handlungen dem Staate gegenüber, auch ein tatsächliches Verhalten gegenüber anderen, den Gemeingebrauch an dem Strome übenden Personen, wodurch deren Gebrauch etwa eingeschränkt worden wäre, als Grundlage für die Erfindung eines Sonderrechts in Betracht kommen könnte, bedarf nicht der Erörterung, weil auch Handlungen solcher Art nicht behauptet sind. H. u. L. c. Stadtgem. B., U. v. 14. Febr. 13, 390/12 VII. — Berlin. [E.]

### Vom Obergerwaltungsgericht.<sup>1)</sup>

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Görres, Berlin.

Zum Polizeiverwaltungsgesetze vom 11. März 1850 (§§ 5, 6) hat sich das OVG. neuerdings in einer nach mehreren Seiten hin höchst beachtenswerten Entscheidung geäußert, deren wesentlicher Inhalt nachstehend wiedergegeben ist.

#### Kanalisation. Zwangsanschluß. Zulassung von Ausnahmen. Beschränkung des Kanalnetzes. Polizeiliches Motiv. Kommunalpolitische Rücksichten.

An und für sich bildet die rasche Entfernung der Schmutzstoffe, die in den von Menschen benutzten, namentlich in den bewohnten Gebäuden entstehen, aus dem Bereiche menschlicher Wohn- und Aufenthaltsräume ein hervorragend wirksames und sicheres Mittel zur Abwendung der mit dem Vorhandensein jener Schmutzstoffe verbundenen gesundheitlichen Gefahren; somit dient eine die umfassende planmäßige Durchführung dieser Entfernung für das bebauten Gebiet einer Gemeinde oder auch nur für einen Teil dieses Gebietes bezweckende und bewirkende öffentliche Einrichtung regelmäßig in sehr wirksamer Weise der Verstärkung und Sicherung des der Polizei anvertrauten Schutzes der menschlichen Gesundheit. Eine öffentliche Gemeindekanalisationsanstalt ist daher ihrem Wesen nach eine Anstalt zur Verfolgung wichtiger polizeilicher Zwecke. Ihre Zwecke können aber nur bei allgemeiner Durchführung voll erreicht werden. Eine polizeiliche Vorschrift, die den Anschluß an die öffentliche Kanalisation allgemein vorschreibt, verfolgt damit ihrem Inhalte nach einen polizeilichen Zweck. Hieran ändert selbstverständlich weder die vorgefehene Zulassung von Ausnahmen für besondere Fälle noch der Umstand etwas, daß das Kanalnetz noch nicht das ganze bebauten Stadtgebiet umfaßt. Mit dem Erlaß einer solchen Vorschrift sind die mit deren Befolgung verbundenen polizeilichen Wirkungen auch gewollt. Daraus folgt, daß es an dem erforderlichen polizeilichen Motive nicht fehlt, daß das Handeln der Polizei in der Tat ein polizeiliches, nicht ein außerhalb des Bereiches der polizeilichen Aufgaben sich bewegendes ist. Ob der Entschluß zu diesem Handeln von kommunalpolitischen Rücksichten und Absichten beeinflusst, ja selbst bestimmt worden ist, ändert hieran nichts, solange das Handeln selbst ein polizeiliches bleibt, nicht zum bloßen Scheine eines solchen wird, d. h. solange es objektiv vorhandene polizeiliche Ziele wirklich verfolgt.

1) Nachdruck nur mit genauer Quellenangabe gestattet.

### Willkür und Sittkane.

Von ihnen und darauf beruhender Rechtsungültigkeit einer polizeilichen Vorschrift wegen Fehlens des polizeilichen Motivs kann so lange nicht die Rede sein, als das Handeln der Polizei sich noch als wirkliche Bekämpfung einer vorhandenen Gefahr im polizeirechtlichen Sinne darstellt. Es genügt, daß die Erreichung des objektiv vorhandenen polizeilichen Zieles von der Polizei gewollt ist.

### Benutzung anderen Wassers statt des Wassers der öffentlichen Leitung.

Es ist ein selbstverständliches Recht des Klägers, statt des Wassers der öffentlichen Leitung anderes geeignetes Wasser zu benutzen. Eine Beschränkung dieses Rechts durch polizeiliche Vorschrift würde kaum zulässig, jedenfalls in hohem Grade ungewöhnlich und durch den polizeilichen Zweck einer öffentlichen Wasserversorgungsanstalt keineswegs geboten sein.

### Anwendung der Polizeiverordnung ohne Rücksicht auf die besondere Lage des einzelnen Falles.

Ist die Polizeiverordnung, sofern sie den Zwangsanschluß vorschreibt, für rechtsgültig zu erachten, so ist sie entsprechend ihrem Wesen als polizeiliches Gesetz einfach nach Maßgabe ihres Inhaltes anzuwenden, ohne daß es darauf ankommt, ob im einzelnen Falle durch dessen besondere Lage eine diesem Inhalte entsprechende Anordnung, d. h. die Forderung des Anschlusses, gerechtfertigt wird. Der Anwendung der Zwangsvorschrift steht also das behauptete Vorhandensein einer anderen einwandfreien Wasserversorgung nicht entgegen.

### Anschlußzwang an Wasserleitungen.

Es muß davon ausgegangen werden, daß Wasserleitungen, welche das bebauten Gebiet von Gemeinden einheitlich und planmäßig mit ausreichendem und gutem Wasser versorgen, ihrem Wesen nach in hohem Grade geeignet sind, der Erhöhung und Feuericherheit und der Verstärkung des Schutzes der menschlichen Gesundheit, also polizeilichen Zwecken zu dienen. Daß eine Anzahl von Grundstücken bereits eine gute Wasserversorgung besitzt, und daß andere Grundstücke durch die städtische Wasserleitung zunächst nicht versorgt werden, weil das Straßenrohrnetz sie nicht erreicht, hindert nicht, daß die öffentliche Wasserversorgungsanstalt für ihr Gebiet im ganzen den gedachten polizeilichen Zwecken in wirksamer Weise dient. Es bedeutet auch kein Aufgeben des polizeilichen Zweckes im ganzen, wenn seine Verfolgung im einzelnen vor tatsächlichen Hindernissen oder Schwierigkeiten, auch solchen wirtschaftlicher Natur, haltmacht. Denn das polizeiliche Handeln hat sich wie jedes andere vernünftige Handeln innerhalb der Grenzen verständlich ermessener praktischer Möglichkeit zu bewegen. Kann nicht festgestellt werden, daß es an objektiv erkennbaren polizeilichen Motiven für den Erlaß der streitigen Zwangsvorschrift gefehlt habe, so würde es demgegenüber auch nicht von durchgreifender Bedeutung sein, wenn festzustellen wäre, daß der Entschluß des Verwalters der Ortspolizei, der zugleich Mitglied und Vorsitzender des Magistrats ist, zum Erlasse jener Vorschrift von kommunalpolitischen Absichten beeinflusst und selbst bestimmt worden sei. Es würde dies namentlich dann nicht der Fall

sein, wenn solche kommunalpolitischen Absichten lediglich auf die Fürsorge für die wirtschaftlichen Grundlagen und damit für den praktischen Bestand einer öffentlichen Wasserversorgungsanstalt, also auf einen polizeilichen Endzweck gerichtet waren.

(Urt. v. 10. 12. 12 i. S. Bankier B. zu L. c. Reg.-Präs. zu Liegnitz. IX. Sen. IX A 102/11.)

## Literaturbesprechungen.

### Strafgesetzbuch.

#### Handausgaben, Lehr- und Hilfsbücher.<sup>1)</sup>

- Dr. Hermann Göbel, Landgerichtsdirektor in Berlin: **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz.** In kurzen Erläuterungen. Sammlung deutscher Reichs- und Landesgesetze mit Erläuterungen. Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1913. XII, 417 S. Geb. 4,00 M.
- Dr. Wilhelm v. Henle, Staatsrat, Ministerialdirektor in München, und Dr. Franz Schierlinger, Rat am Obersten Landesgericht in München: **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in seiner gegenwärtigen Gestalt einschließlich der Novelle vom 19. Juni 1912.** Handausgabe mit Erläuterungen aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts, sowie aus Gesetzgebung und Rechtspflege der größeren Bundesstaaten. Dritte, neu bearbeitete Auflage, herausgegeben von Dr. Franz Schierlinger. München, C. H. Beck, 1912. XV, 477 S. Geb. 4,00 M.
- Dr. Wilh. Heinr. Wiwand, Amtsgerichtsrat in Bonn: **Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.** Textausgabe in der jetzt geltenden Fassung mit Anmerkungen. Heymanns Taschen-gesetzsammlung, Bd. 14. Berlin, Carl Heymann, 1913. VIII, 427 S. Geb. 2,00 M.
- Dr. Friedrich Doerr, Staatsanwalt und Privatdozent in München: **Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.** In der Fassung der Novelle vom 19. Juni 1912 nebst Einführungsgesetz und ergänzenden Gesetzen. Textausgabe mit kurzen Anmerkungen und Sachregister. 2. ergänzte Auflage. Schweizers Textausgaben mit Anmerkungen. München und Berlin, J. Schweizer, 1912. XI, 204 S. Geb. 1,20 M.
- Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.** Dr. J. v. Staudingers Textausgabe mit Anmerkungen. Neubearbeitet von Hermann Schmitt, Oberstlandesgerichtsrat in München. Zehnte Auflage. Zweiter Abdruck unter Berücksichtigung der Novelle vom 19. Juni 1912. Deutsche Reichsgesetze, Textausgabe mit Anmerkungen. München, C. H. Beck, 1912. XII, 276 S. Geb. 1,20 M.
- Dr. Max Mandisch, Oberlandesgerichtsrat: **Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.** Textausgabe mit den bisherigen Abänderungen nebst Einführungsgesetz und ausführlichem Sachregister. Dritte Auflage. Juristische Handbibliothek, herausgegeben von Hallbauer und Schelscher, Bd. 17. VIII, 151 S. Geb. 1,40 M.
- Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Einführungsgesetz.** Mit Berücksichtigung der Novelle vom 19. Juni 1912. Textausgabe mit Einleitung, Kernworten, Anmerkungen und alphabetischem Sachregister. Vierte, vollständig neu bearbeitete und

<sup>1)</sup> Vgl. JW. 1912, S. 100 ff., 966, 1076.

- ergänzte Auflage. Deutsche Reichsgesetze in Einzelabdrucken, V, 3. Herausgeber: Dr. Karl Gareis, Geh. Justizrat und Professor in München. Gießen, Emil Roth, 1913. VIII, 102 S. 0,80, geb. 1,20 M.
- Dr. Karl Binding, Professor in Leipzig, und Dr. Joh. Nagler, Professor in Basel: **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.** Vom 26. Februar 1876. Neue Ausgabe. Mit seinen Abänderungen einschließlich des Gesetzes vom 19. Juni 1912. Ausgabe zum akademischen Gebrauche. Leipzig, Felix Meiner, 1912. VIII, 151 S. Geb. 1,20 M.
- A. Grosh, Erster Staatsanwalt: **Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, in der Fassung des Reichsgesetzes vom 19. Juni 1912.** Mit einem Anhang von wichtigen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung. Zum Gebrauch für Polizei-, Sicherheits- und Kriminalbeamte. Zweite erweiterte Auflage. München und Berlin, J. Schweitzer, 1912. VI, 243 S. Geb. 3,00 M.
- Dr. Carl Reichardt, Geh. Oberregierungsrat: **Kurzgefaßtes Lehrbuch des deutschen Strafrechts.** (RStGB. in der Fassung vom 19. Juni 1912). Karlsruhe, J. Lang, 1912. XV, 484 S. 7,50, geb. 9,00 M.
- Josef Kohler, Professor in Berlin: **Leitfaden des deutschen Strafrechts.** Leipzig, A. Deichert, 1912. IX, 171 S. 3,00, geb. 3,50 M.
- Dr. Ernst Belling, Professor in Tübingen: **Grundzüge des Strafrechts.** Vierte überarbeitete und erweiterte Auflage. Mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1912. VIII, 128 S. 3,50 M.
- Dr. August Finger, Professor in Halle a. S.: **Das Strafrecht mit Berücksichtigung des Vorentwurfes zu einem österreichischen Strafgesetzbuch.** Systematisch dargestellt. (Kompendien des österreichischen Rechts). Erster Band. Dritte umgearbeitete und erweiterte Auflage. Berlin, Carl Heymann, 1912. XIV, 890 S. 20,00 M.
- W. v. Rohland, Professor in Freiburg i. Br.: **Strafrechtsfälle.** Zum akademischen Gebrauch. Dritte, vermehrte Auflage. München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1912. XI, 183 S. 3,50 M.

Unter den überaus zahlreichen, in der vorstehenden Übersicht aufgeführten Handausgaben des Strafgesetzbuches befindet sich eine ganze Anzahl guter alter Bekannter, die zum Teil auf eine recht stattliche Auflagenzahl stolz sein können, und daneben eine kleinere Zahl solcher, die erst neuerdings auf dem Plane erschienen sind und die ihre Daseinsberechtigung erst noch zu erweisen haben werden. Zu diesen letzteren gehört die an erster Stelle aufgeführte Göbelsche Ausgabe, der es allem Anschein nach nicht schwer werden wird, einen sicheren Platz neben den alteingeführten Werken zu erobern. Eine langjährige Praxis im Gebiete der Strafrechtspflege hat den Verfasser in stand gesetzt, in den kurzgefaßten, aber inhaltsreichen Erläuterungen seiner Ausgabe das heranzuziehen und hervorzuheben, worauf es der Praxis in erster Linie ankommt. Dem Zwecke des Buches entspricht die sorgfältige Berücksichtigung und Verarbeitung der **Judikatur**; das Schrifttum ist natürlich auch zugrunde gelegt, doch hat der Verfasser mit Recht von Verweisungen auf die Literatur Abstand genommen. Daß die Ausstattung des Buches jeden ansprechen wird, hebt Göbel im Vorwort zutreffend hervor, und das Studium des Werkes zeigt, daß neben dieser äußeren Bedingung einer guten Aufnahme auch die inneren Bedingungen erfüllt sind.

Zu den alten Bekannten gehört die v. Henle-Schierlinger'sche Ausgabe, die in dritter Auflage vorliegt. Auch sie will, wie die Göbelsche, mit ihrem auf engem Raume übersichtlich zusammengestellten reichen Material der täglichen Rechtsanwendung dienen. Sie gibt den Stand der Rechtsprechung bis in das Jahr 1912 hinein und berücksichtigt, wie übrigens auch alle anderen hier aufgeführten Ausgaben, auch die neuesten durch die Novelle vom 19. Juni 1912 herbeigeführten Änderungen des Gesetzes. Einen im Text des § 248 a dieser Novelle hinsichtlich des Strafrahmens enthaltenen Druckfehler hat der Verlag durch Versendung eines Ersatzblattes korrigiert. Immerhin mahnt dieser seltene Fall zur Vorsicht, denn hier kann ein Druckfehler unmittelbar und mittelbar erhebliches Unheil anrichten.

Der bekannten Heymann'schen Taschenrechtsammlung gehört die von Winand besorgte Ausgabe an. Auch sie gibt eine recht eingehende Erläuterung des Gesetzes durch die Rechtsprechung, und zwar hat der Verfasser Wert darauf gelegt, die grundlegenden Stellen der zur Erläuterung herangezogenen Entscheidungen des Reichsgerichts möglichst in ihrem Wortlaut wiederzugeben.

Weniger ausführlich, als die bisher genannten kleinen Handkommentare, sind die Ausgaben von Doerr und von von Staudinger-Schmitt, deren letztere sich ja seit langem großer Beliebtheit erfreut. Sie ist in erster Linie für Anfänger bestimmt, weshalb sich ihre Anmerkungen, und ebenso die den einzelnen Abschnitten vorangeschickten Übersichten im wesentlichen darauf beschränken, den Zusammenhang der einzelnen Gesetzesstellen untereinander und mit anderen Strafgesetzen, sowie ihre Beziehungen zum Gerichtsverfassungsgesetz und zur Strafprozeßordnung darzulegen. Die Doerr'sche Ausgabe, die kurz vor der Novelle des Jahres 1912 zum ersten Male erschien, ist hauptsächlich als Handbuch des Praktikers im Termine gedacht. Sie bringt in ihren Fußnoten auch den Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen der Nebengesetze, der bei von Staudinger-Schmitt im Anhang abgedruckt ist.

Im wesentlichen auf die Wiedergabe des Textes endlich beschränken sich die Ausgaben von Mauckisch, Gareis und Binding-Nagler. Letztere ist zum akademischen Gebrauche bestimmt und schließt sich in ihrer Anlage der bekannten Sammlung der im gleichen Verlage erschienenen „Deutschen Staatsgrundgesetze“ an, indem sie besonderen Wert darauf legt, die Wandlungen kenntlich zu machen, die der Gesetzestext bis zur Gegenwart durchgemacht hat. Einem besonderen Zwecke endlich dient die kleine erläuterte Ausgabe von Grosh, die ausschließlich dem Verständnis und den Zwecken des Vollzugsbeamten gewidmet ist und sich offenbar schon in ihrer ersten Auflage wohl bewährt hat.

Von den vorliegenden systematischen Bearbeitungen des Strafrechts ist Reichardt's kurzgefaßtes Lehrbuch der bekannten Heilfron'schen Lehrbücher-Sammlung nachgebildet und wohl als Ergänzung dieser bisher auf Bürgerliches Recht und Zivilprozeß beschränkten Sammlung gedacht. Dementsprechend ist auch der Titelvermerk von der „kurzen Fassung“ cum grano salis zu verstehen, denn das Lehrbuch gibt eine immerhin recht eingehende Darstellung. Die Sprache des Werkes ist klar und die Anordnung des Stoffes übersichtlich. Das Lehrbuch berücksichtigt natürlich auch die im Werke befindliche Reform und behandelt insbesondere die Vorschläge des Vorentwurfes eingehend.

Mit Rücksicht auf diese Reform hat Kohler davon abgesehen, ein Lehrbuch des Strafrechts auszuarbeiten, und sich mit einem Leitfaden begnügt, der weiter ausgeführt werden soll, wenn das neue Strafgesetzbuch als vollendeter Bau dasteht. In diesem Leitfaden hat Kohler das wesentliche seiner strafrechtlichen Ideen niedergelegt, über die er folgendes ausführt: „Das alte Strafgesetzbuch entstand in einer Zeit juristischer Ode und Dürftigkeit und teilte den Charakter der Gesetze jener Zeit: die Gewalt Hegel'scher Ideen war verfloßen, der soziale Gedanke lag noch in seiner Kindheit, die

Bestrebungen der Strafreform waren auf einen toten Punkt gekommen, so daß untergeordnete Fragen, wie die Frage der Todesstrafe, zu Haupt- und Staatsaktionen aufgebaut wurden; und da es an einer lebendigen Auffassung des Strafrechts fehlte, so bannte man die richterliche Einsicht an das tote Wort des Gesetzes. Letzteres hat leider viel zu lange nachgehalten, und die Interpretation des Gesetzes blieb bis in die neuere Zeit das Alpha und das Omega der gerichtlichen Tätigkeit. Die sozialen Bestrebungen, die auf anderen Gebieten gerade in Deutschland wurzelten, mußten, was das Strafrecht betrifft, aus England und Amerika eingeführt werden, und erst in unseren Tagen sind jene Heilslehren des Jugendschutzes und der Fürsorge und der Gedanke der gesellschaftlichen Sicherung gegen die gewohnheitsmäßigen Verbrecher in Deutschland bodenständig geworden; das Bewußtsein, daß wir in unseren Kulturbestrebungen einem organisierten Feinde gegenüberstehen, den wir nicht nur mit den Mitteln des Strafrechts, sondern auch mit andern Waffen zu bekämpfen haben, ist erst jetzt in uns mächtig geworden. Das führt natürlich zu einer ganz anderen Auffassung des Strafrechts: das Strafrecht wird modern und muß modern sein. Aber gerade das moderne Strafrecht muß sich, der Hegelschen Lehre folgend, auf die Freiheit des Menschen stützen und den Menschen als ein willensfreies Wesen anerkennen, dem die Verantwortung für sein Tun obliegt. Dies ist die modernste Schule des Strafrechts, und von dieser geht auch der Leitfaden aus, den ich hiermit den Studierenden ebenso wie den Praktikern vorlege.“ Gemäß seinem Charakter als Leitfaden behandelt das Werk die einzelnen Probleme in prägnanten Sätzen, die zum Zwecke der Ermöglichung eingehenderen Studiums durch geeignete Verweise, Literaturangaben usw. ergänzt werden.

Beling bezeichnet seine Grundzüge des Strafrechts als „gedrucktes Kollegheft“, eine kurzgefaßte Darstellung, wie sie der Hörer für den Anfang braucht, „die in wenigen Strichen bei möglichst knapper Formulierung eine Skizze gibt und in den Kampf der wissenschaftlichen Meinungen einführt“.

Von Fingers umfassender Darstellung des österreichischen Strafrechts ist der erste Band in dritter ungearbeiteter Auflage erschienen; er umfaßt neben einer Einleitung den Allgemeinen Teil. Die neue Auflage berücksichtigt besonders die gesetzgeberischen Vorarbeiten für die kommende Reform des Strafrechts, namentlich den Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch, und ist deshalb gerade auch für den reichsdeutschen Juristen von besonderem Interesse.

Die in dritter Auflage vorliegende Sammlung v. Rohlands enthält gegen zweihundert meist der Praxis entnommene Strafrechtsfälle zu Studienzwecken. Dittenberger.

Dr. Walter Luetgebrune, Rechtsanwalt in Göttingen: **Der Affordvertrag zwischen Ziegeleibesitzer und Ziegelmeister.** Vortrag. Berlin 1912. 23 S. 1,20 M.

Der Vortrag Luetgebrunes wendet sich in erster Linie an die Interessenten des Ziegeleigewerbes, enthält aber auch einige allgemeiner interessierende Ausführungen, namentlich zur Frage der Grenzziehung zwischen Gruppenafford und Einzelafford. Dittenberger.

Franz Büdcker, Gerichtsvollzieherinspektor in Berlin: **Entscheidungen über Gerichtsvollzieherdienst.** Systematische Zusammenstellung wichtiger Entscheidungen, insbesondere des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte, mit ausführlichem Sachregister. Berlin, Reinhold Kühn, 1912. 773 S.

Die reichhaltige Entscheidungssammlung Büdckers ist in erster Linie für die Gerichtsvollzieher selbst bestimmt, ist aber in einzelnen ihrer Teile auch für Gerichte und Rechtsanwälte von Interesse, so namentlich in dem fast die Hälfte des Werkes umfassenden dritten Teile, welcher die Zwangsvollstreckung in das bewegliche

Vermögen behandelt. Der erste Teil beschäftigt sich mit dem Dienst der Gerichtsvollzieher im allgemeinen (Haftpflicht, Register- und Aktensführung usw.), der zweite mit der Zustellung im Parteibetriebe.

Dittenberger.

## Neue Bücher.

Mitgeteilt von Dr. Dittenberger.

### I. Selbständige Werke.

Noell, Otto: **Das Verhältnis zwischen Schenkungen und unentgeltlichen Zuwendungen, insbesondere im Sinne der Gläubigeranfechtung.** Berlin, Dr. Frensdorf, 1912. 82 S. Geb. 1,50 M.

Förster, A.: **Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich.** 3. Aufl. In vollständiger Neubearbeitung von R. Rann. (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen.) I. Bd., 5. Bief. (S. 705—1056). Berlin, C. Heymann, 1913. 8,00 M.

Otte, Fritz: **Die Fristsetzung im Urteil.** Berlin, Dr. Frensdorf, 1912. 36 S. 1,50 M.

Reinhard, Paul: **Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 nebst dem Einführungs-gesetz (Fassung vom 20. Mai 1898).** Handausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Register. 4. Aufl. Juristische Handbibliothek, herausgegeben von Hallbauer und Schelcher, neue Auflage, 250. Bd. Leipzig, Rößberg, 1913. IX, 481 S. Geb. 7,50 M.

Zirkel: **Konkursrecht.** In seinen Grundzügen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung. Neuß, L. Neuß, 1913. 108 S. 1,60 M.

Daude, P.: **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.** Mit den Entscheidungen des Reichsgerichts. 12. Aufl. Berlin, H. W. Müller, 1913. VII, 528 S. Geb. 4,00 M.

Mantel, G. A.: **Die Ergebnisse des bedingten Straferlasses in Deutschland, Belgien, Frankreich und der Schweiz.** Der bedingte Straferlaß im Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 44. Aarau, Sauerländer u. Co., 1912. VII, 115 S. 2,00 M.

Rabben, Heinrich: **Das kriminelle Strafrecht im Altien-gesetz nach deutschem Reichsrecht.** Berlin, Dr. Frensdorf, 1912. 167 S. 3,00 M.

Engeler, Erich: **Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung im Reichsstrafprozeß.** Berlin, Dr. Frensdorf, 1912. 92 S. Geb. 3,00 M.

Seelig, Ludwig: **Reichstheatergesetz.** Ein Beitrag zu der sozialen Frage des Theaters. Gesetzentwurf der Regierung und Gegenentwurf. Herausgegeben von der Genossenschaft deutscher Bühnengehöriger in Berlin. Mannheim, J. Benschheimer, 1913. 93 S. 0,50 M.

Rosenthal, Max: **Reichsstempelgesetz (Effekten-, Kupon-, Salon-, Scheid-, Grundstücksübertragungs- und Fahrkartens-tempel) vom 15. Juli 1909.** Erläutert durch die Rechtsprechung. 2. Aufl. Nebst den Grundsätzen zur Auslegung des Reichsstempelgesetzes und den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats und einzelner Bundesstaaten. Juristische Handbibliothek, herausgegeben von Hallbauer und Schelcher, neue Aufl., 216. Bd. Leipzig, Rößberg, 1913. XII, 356 S. Geb. 6,00 M.

Meynen, G. D.: **Die Erbschaftsteuer im internationalen Rechte.** Berlin, Dr. Frensdorf, 1912. 53 S. Geb. 1,50 M.

### II. Aus den Zeitschriften.

**Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft.** 46. Jahrg., Nr. 3.

Gerling: **Systeme und Technik der kommunalen Schulbücher.**

Gampke: **Das Sachverständigen-Institut und die Schiedsgerichts-**

- ordnung der hamburgischen Gewerbekammer. **Nebel:** Der völkerrechtliche Inhalt der Handelsverträge des Deutschen Reichs (Fortf.). **Schulke:** Der Weltkampf Englands mit Frankreich (Schluß). **Kreuzkam:** Das deutsch-kanadische Zollverhältnis.
- Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungsfragen.** VI. Band, Heft 3. **Morgenstierne:** Die staatliche Gemeinschaft als Organismus (Fortf.). **Binder:** Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts (Schluß). **Del Vecchio:** Der Fortschritt im Recht. **Kohler:** Heraklit und Vedantalehre. **Steinmetz:** Die Stellung der Soziographie in der Reihe der Geisteswissenschaften. **Jastrow:** Was ist Arbeiterschutz? (Schluß). **v. Overbeck:** Der neue deutsch-schweizerische Niederlassungsvertrag. **Bridel:** Der beste gesetzliche Güterstand.
- Badische Notarszeitschrift.** 11. Jahrg., Nr. 1. **Müller:** Die sogenannte Sammelvormundschaft.
- Bank-Archiv.** XII. Jahrg., Nr. 13. **Bellardi:** Zur Veröffentlichung schwebender Engagements in den Bilanzen und Geschäftsberichten der Aktiengesellschaften. **Merckens:** Sicherstellung des Bankkredits durch Teilschuldverschreibungen.
- Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre.** IX. Jahrg., Nr. 1. **Morgenstierne:** Die Befugnis des norwegischen höchsten Gerichts, Gesetzesbestimmungen als verfassungswidrig außer Kraft zu setzen. **Müller:** Der Schutz der Vertragsverbindlichkeit in der Verfassung der amerikanischen Union (Fortf.). **Schulke:** Der britische Imperialismus.
- Das Recht.** XVII. Jahrg., Nr. 7. **Wagner v. Jauregg:** Über krankhafte Ererbhandlungen. **Mittelfein:** Die Gefährdung des Rechts des Hypothekengläubigers am Mietzins durch dessen Abtretung und Pfändung. **du Chesne:** Ersuchen nach § 39 GBD. bei Personenidentität des ersuchenden und ersuchten Richters.
- Deutsche Juristen-Zeitung.** XVIII. Jahrg., Nr. 8. **Struk:** Der Wehrbeitrag. **Ebermayer:** Die Beschlüsse der Strafrechtskommission. XIV. **v. Camyc:** Die neue preussische Hinterlegungsordnung. **Schellhas:** Eine neue juristische Disziplin. **Ghsac:** Der „Buckelhop“.
- Deutsche Richterzeitung.** V. Jahrg., Nr. 8. **Mendelssohn-Bartholdy:** Reform des Zivilprozesswesens. **Zeiler:** Einiges über die Kosten der Rechtspflege. **Glauf:** Die Rechtsauskunft auf dem Lande. **Finhold:** Über unser GerichtsvoUzieherwesen.
- Deutsche Wirtschafts-Zeitung.** IX. Jahrg., Nr. 8. **Zur neuen Reichs-Finanzreform.** **Fäger:** Die Vermehrung des Reichskriegsschatzes. **Chamberlin:** Das Reichs-Petroleummonopol in amerikanischer Beleuchtung. **Fleischfresser:** Die Kommentierung gewerblicher Tarifverträge.
- Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung.** Bd. 42, Heft 1—3. **Gaenel:** Die Angestelltenversicherung. **Fritzsche:** Vertauschung ländlicher Grundstücke nach sächsischem Rechte.
- Gesetz und Recht.** 14. Jahrg., Heft 13. **Schaper:** Der neue Entwurf eines preussischen Wohnungsgesetzes. **Delius:** Die wichtigsten Vorschriften des Fischereirechts.
- Gewerbe- und Kaufmannsgericht.** 18. Jahrg., Nr. 7. **Berker:** Über Klassenjustiz.
- Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.** 18. Jahrg., Nr. 3. **Schanze:** Erwerbung (Eigenart und Neuheit). **Häfner:** Kann der Patentsucher freiwillig, d. h. ohne Aufforderung des Patentamts, die angemeldete Erfindung vor der Bekanntmachung der Anmeldung mit der Maßgabe teilen, daß der abgetrennten der ursprüngliche Anmeldungstag verbleibt? **Lutter:** Die Abzweigung von Bestandteilen einer Patentanmeldung. **Herzfeld:** Das Warenzeichen des Kleinen Mannes. **Hartmann:** Rechtsungültigkeit einer Ausführungsverordnung betreffend Ausverkäufe.
- Juristische Monatschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.** 16. Jahrg., Nr. 1, 2. **Mielke:** Wiedereinziehung überzahlter Auslagen (§ 79 DGB., § 112 PrGBG.) auf Erinnerung der Staatskasse.
- Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.** VII. Jahrg., Nr. 4. **Jäger:** Sondervollstreckung im Auslande während des Inlandskonkurses. **Neuburger:** Ist mit der Einziehung (Amortisation) von Aktien, die aus dem nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Reingewinn erfolgt, eine Herabsetzung des Grundkapitals gegeben? Bedeutung des § 227 Abs. 2 HGB. **Kirchmann:** Die Inhaberklausel in den Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften (§ 17). [Fortf.]
- Markenschutz und Wettbewerb.** XII. Jahrg., Nr. 7. **Cantor:** Esposizione di diritto comparato sui marchi nel sistema italiano e nel sistema tedesco. **Kathenan:** Markenrechtliches für Apotheker. **Finger:** Ausverkauf und Sonderangebot. **Gafner:** Wertzeichenschutz für Arzneimittel. **Willemsen:** Die Bedeutung des Wortes „Selbstkostenpreis“. **Recken:** Wer ist berechtigt, die in den sog. Gutscheinen versprochene Leistung zu fordern?
- Mitteilungen vom Verband deutscher Patentanwälte.** 13. Jahrg., Nr. 3. **Stark:** Patentanspruch und Prozeßgericht insbesondere bei Kombinationspatenten. **Stort:** Beiträge zu den Fragen der Patentauslegung. **Specht:** Täuschungsgefahr bei Benutzung von Warenbezeichnungen durch Dritte mit Genehmigung des Berechtigten. **Wiegand:** Patentamt und Formalvorschriften.
- Recht und Wirtschaft.** 2. Jahrg., Nr. 4. **v. Mangoldt:** Die Wohnungsgesetzfrage im Reich und in Preußen. **Schulke:** Arbeitsstarifvertrag und Großindustrie. **Gfller:** Kinoszenur und Kinoszession. **Blüher:** Reform des öffentlichen Wesens. III. Reform der Gesetzgebung. **Lobe:** Revision und Reichsgericht im Strafverfahren. **Müller:** Die gesetzliche Regelung des Postcheck- und Überweisungsverkehrs (Schluß). **Ketter:** Kant und der juristische Kulturkampf.
- Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.** 78. Jahrg., Nr. 7. **Kreß:** Über Verwertung des Pfändungspfandes zur Unzeit. **Gastlein:** Sind unberbaute Baumaterialien Zubehör des Baugrundstücks?
- Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtume Braunschweig.** LX. Jahrg., Nr. 3, 4. **Fröhlich:** Der gesetzliche Schutz der Waldflora mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Herzogtume Braunschweig (Fortf.).
- Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.** 9. Jahrg., Nr. 7. **Duquesne:** Die Einrichtung des Rechtsstudiums an den französischen Universitäten. **Meyer:** Die Weiterentwicklung der Strafrechtsreform (Schluß). **Langheinrich:** Das Ortskirchenvermögen und seine Verwaltung (Fortf.).
- Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung.** Jahrg. 13, Heft 18, 19. **Levis:** Welches Prüfungsrecht hat der Vormundschaftsrichter bei der Bestellung eines Pflegers (§ 1909 BGB.)? **Gehn:** Formelle und materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. **du Chesne:** Zur Umschreibung der Vormerkung.

**ist ein richterlicher Eid auch dann aufzuerlegen, wenn er voraussichtlich ohne Einfluß auf die Urzeugung des Gerichts ist?** Wenn die Voraussetzungen des § 475 BPD. im übrigen vorliegen, so kann und soll das Gericht auf

einen Eid erkennen, ohne Rücksicht darauf, ob es annimmt, die Leistung des Eides werde auf seine Überzeugung keinen Einfluß haben. Dieser Satz wird von Laubhardt in *J.B.* 1913, 11 aufgestellt, und auf S. 10—12 begründet. Nur sagt er „muß“, während man bei Berücksichtigung des Gesetzeswortes und des Begriffs des richterlichen Ermessens sagen muß: „kann und soll“, soweit nicht besondere Lagen des konkreten Falls abweichende Ausübung des richterlichen Ermessens erheischen.

Rechtssprechung, Literatur und die gedruckten Motive stehen Laubhardt entgegen, der Wortlaut und der Zweck des Gesetzes stehen ihm zur Seite. Der Gesetzeszweck ist aus der Norm selbst und aus der Logik Laubhardt'scher Ausführungen erkennbar. Und Laubhardt's Ergebnis ist insbesondere gerecht in dem Sinne, daß es zu gleicher Behandlung sachlich gleicher Fälle führt (S. 11 unten, 12 oben).

De lege lata bleibt es das Wesentliche, daß § 475 für den Fall des Vorliegens seiner negativen Voraussetzung (Ergebnis der Verhandlungen usw. zur Überzeugungsbildung nicht ausreichend) eine von Bedingungen nicht weiter abhängende Norm ausdrückt, insbesondere nicht zur Bedingung macht, daß der Eid nur auferlegt werden könne, wenn das Gericht zu der Ansicht gelange, daß es durch Leistung des Eides zu voller Überzeugung der Wahrheit der Angabe gelangen werde und durch Weigerung zur gegenteiligen.

Es gibt zahllose Fälle, in denen das Gericht solche künftige Überzeugung nur für eine von beiden Alternativen oder für keine von beiden bedingt hat oder für die Zukunft voraussieht, dennoch aber präsumtiv der Wahrheit näherkommt durch Erlass eines bedingten Urteils, als durch Abweisung. Das hat der Gesetzgeber erkannt und dementsprechend hat er das Gesetz gefaßt.

Und er hat auch die Überzeugungsseite mit Recht für nicht erheblich erachtet, obgleich sie in wahrlich seltenen Fällen geeignet sind, eine wesentliche Bestärkung unzureichender richterlicher Überzeugung zu bilden.

Das Gesetz erachtet sie mit Recht nicht als ein Nichts, wenngleich sie gegenüber Wahrheitseiden ein sehr erhebliches Minus sind. Es sagt sich mit Recht, daß volle richterliche Überzeugung die beste Garantie für gute Rechtssprechung ist, die Beweislast aber eine ultima ratio, ein aus allgemeinen Wahrscheinlichkeitserfahrungen und Erwägungen erwachsenes schroffes Institut ist, der äußerste Nothelfer, demgegenüber die Beachtung konkreter dem Richter einleuchtender Wahrscheinlichkeit mindestens dann den Vorzug verdient, wenn eibliche Bekräftigung hinzutritt. Mag sie bisweilen wenig und nicht genug zur Bildung des richterlichen Glaubens an die Gewißheit des bisher Wahrscheinlichen bedeuten, sie bedeutet wenigstens eine gewisse Verstärkung der Wahrscheinlichkeit, und das hat dem Gesetze mit Recht genügt, um für den Fall der Beeidigung des schon vorher Wahrscheinlichen das noch nicht ganz Gewisse lieber als gewiß zu fingieren, als es nach der harten Regel der Beweislast unerwiesen zu nennen.

Die Überzeugung des Gerichts ist in der Tat nicht Selbstzweck (S. 11. a. a. O.). Aber in 2 wesentlichen Punkten muß ich Laubhardt widersprechen. Es ist ein Widerspruch, daß er den geltenden Rechtszustand, dem er mit Recht den Vorzug der Gerechtigkeit nachsagt, weil er bei richtiger Gesetzesauslegung vor innerlich nicht begründeter Verschiedenheit der Entscheidung wesensgleicher Fälle schützt, die Zahl der nach dem materiellen Recht und der materiellen Wahrheit unberechtigten Abweisungen mindert, gerade in diesem Kernpunkte als höchst unbefriedigend und abänderungsbedürftig bezeichnet. Wie man sich auch de lege feranda zu den Fragen des richterlichen Eides und der Parteivernehmung stellen will, man wird nicht gerade den von Laubhardt selbst richtig erkannten Vorzug des geltenden Rechts beseitigen dürfen, das Wahrscheinlichkeit plus Eid zugunsten von solchen Behauptungen entscheiden läßt, deren Wahrheit sich voll nicht hat ermitteln lassen.

Ein Urteil, welches diesem mit Laubhardt als segensreich anzusehenden Rechtszustande Rechnung trägt, spricht zwar nicht eine richterliche volle Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsache aus; denn solche Überzeugung hat sich in jenen Fällen eben ja nicht gewinnen lassen. Aber es ist ein gutes Urteil trotzdem, weil es größere Wahrscheinlichkeit materieller Richtigkeit für sich hat, als wenn es die wahrscheinlich gemachte Behauptung als unbewiesen hätte behandeln müssen. Der richterliche Eid ist ein unentbehrliches, bei richtigem Gebrauche ein gutes Hilfsmittel der Rechtssprechung. Richterliche Überzeugung wird und kann unmöglich in allen Fällen die Grundlage der Entscheidungen sein. Dem Gesetze sind Präklusionen und Fiktionen unentbehrlich. Und zu den Fiktionen gehört die „Fiktion der Wahrheit einer wahrscheinlich gewordenen nicht voll bewiesenen Behauptung für den Fall ihrer vom Gerichte gestatteten Beeidigung,“ eine Fiktion, die der Fiktion der Unwahrheit eben wegen der Wahrscheinlichkeit vorzuziehen ist und unentbehrlich bleibt, weil in den in Rede stehenden Fällen eben volle richterliche Überzeugung unerreicht ist, die Überzeugung des Gerichts weder die Wahrheit noch die Unwahrheit der Behauptung umfaßt.

Das Schroffere, die Nichtbeachtung der unerwiesenen, aber wahrscheinlichen Behauptung auf Grund der starren Beweislastregeln, wäre ein Mangel, den das geltende Recht nicht hat.

Wird Parteivernehmung eingeführt, so ergibt sich daraus nicht ohne weiteres eine andere Konsequenz. Auch nach Parteivernehmung bleibt, wie heute in Ehesachen nach Parteivernehmung der Zweifel „unerwiesen?“ oder „genug für ein bedingtes Urteil?“ immer dann zur Entscheidung, wenn einige Wahrscheinlichkeit vorliegt, volle Überzeugung aber fehlt.

Unsere Streitfrage bleibt also auch dann auf der Tagesordnung.

Ein zweites Bedenken gegen Laubhardt betrifft seine Note 2. Sie nimmt einen Mißstand als vorhanden an, der bei richtiger Anwendung des § 469 *BP.O.* (vgl. § 477) nicht besteht.

Dr. Carl Siehr, Königsberg i. Pr.

### Der eigene Hausschlüssel nach bürgerlichem Rechte.

Hier soll nicht etwa eine familienrechtliche Erörterung stattfinden über die Frage, ob der Ehemann berechtigt ist, einen Hausschlüssel für sich zu führen und davon Gebrauch zu machen oder ob vielmehr der Ehefrau ein Unterlassungsanspruch zusteht, sondern die Betrachtung soll sich auf das Recht der Raum- insbesondere der Wohnungsmiete richten und zwar speziell auf den Fall, daß der Mieter sich außer dem vom Vermieter empfangenen Hausschlüssel noch ein oder mehrere Exemplare auf eigene Rechnung hat anfertigen lassen. Hier erhebt sich bei Beendigung des Mietverhältnisses die Frage, ob er verpflichtet ist, auch den oder die Hausschlüssel dem Vermieter auszuhandigen, die sein Eigentum sind. Die Frage ist, soweit ich sehe, in der Rechtssprechung noch nicht, in der Literatur dagegen schon mehrfach berührt worden, jedoch überall nur in aller Kürze.

Planck zu *BGB.* § 556 Nr. 1b Abs. 2 beschränkt sich auf die Bemerkung: „Mit der Sache selbst hat der Mieter selbstverständlich auch das Zubehör zu übergeben, namentlich bei einer Wohnung die Schlüssel und zwar nicht nur die vom Vermieter übergebenen, sondern auch die von ihm selbst beschafften.“

Mittelstein, *Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches*, 2. Aufl. 1909 S. 280 Nr. 1 Anm. 2 meint: „Hatte der Mieter sich einen Hausschlüssel machen lassen, so kann der Vermieter nicht verlangen, daß der Mieter den Schlüssel herausgibt, sondern nur, daß der Mieter ihn unbrauchbar macht. Tut der Mieter das nicht, so kann der Vermieter auf Kosten des Mieters das Schloß ändern lassen.“ Ebenso Riendorff, *Mietrecht* (9) 1912 S. 246.

Strauß, *Die Miete nach dem BGB.* 1908 S. 128 § 30 wiederholt den Satz Planck's mit der Begründung: „denn es kann dem

Vermieter nicht zugemutet werden, die Schlüssel jemand zu überlassen, dem ein Recht an den Mieträumen nicht mehr zusteht."

Josef in der D.Z. 7, 552 teilt Mittelsteins Meinung und begründet sie mit der Erwägung, daß nach Beendigung des Mietverhältnisses der Mieter nicht mehr befugt sei, den Schlüssel zu besitzen und zu gebrauchen zufolge stillschweigender Vereinbarung.

Man sieht, mit der Begründung für und wider hat man sich keine große Mühe gegeben, wofür man sie sich nicht ganz erspart hat. Und doch ist das Problem des Nachdenkens wert; denn wenn es auch noch nicht praktisch geworden ist, so kann es dies doch leicht jeden Tag werden.

Die Freirechtslehre wird vielleicht rasch dadurch helfen, daß sie den neuen Rechtsatz einführt, der Mieter müsse den Schlüssel hergeben, etwa mit der Einschränkung: „gegen Ersatz seiner Aufwendungen“; so verlange es die verständige Würdigung der Interesselage. Aber soweit sind wir noch nicht, daß die Schaffung neuer Rechtsätze mit Rücksicht auf die subjektive Würdigung der Interesselage durch den Richter Anerkennung gefunden hätte. Noch immer erheischt die richterliche Entscheidung eine aus dem vorhandenen Rechte geschöpfte Begründung.

Für den Satz, daß der Mieter den in seinem Eigentum stehenden Haus Schlüssel zurückzugeben habe, läßt sich eine solche nicht finden. Es soll nicht geleugnet werden, daß im ersten Moment ein unbestimmtes Empfinden jenen Satz als allein billig und dem praktischen Bedürfnis entsprechend erscheinen lassen könnte. Allein bei kühler Erwägung wird dieses Empfinden seine Bedeutung verlieren. In den weitaus meisten Fällen ist bei der Miete der Vermieter der wirtschaftlich Stärkere. Wie die Mietvertragsformulare der Hausbesitzervereine zeigen, sind die Wohnungsbauvermieter in der Diktierung lästiger Mietbedingungen nicht verlegen. Ist dem Vermieter daran gelegen, gegebenenfalls den Haus Schlüssel seines Mieters ausgehändigt zu bekommen, so nehme er eine dahingehende Klausel in den Mietvertrag auf. Unterläßt er dies, so versteht sich die Klausel nicht von selbst. Will man dies Recht des Vermieters auf Übertragung des Eigentums am Schlüssel des Mieters oder auf Unbrauchbarmachung dennoch behaupten, so muß man es auf Rechtsätze stützen können.

Es ließe sich daran denken, daß ein Gewohnheitsrechtsatz des erwähnten Inhalts sich gebildet habe. Allein, unbeschadet der Möglichkeit, daß ein solcher einmal noch nachgewiesen wird, zurzeit wird niemand behaupten wollen, daß er nachgewiesen sei. Zu einem Gewohnheitsrecht gehören gleichförmige Übungssätze, die nicht durch Akte entgegengesetzter Übung unterbrochen wurden. Hierüber fehlt zurzeit alles Material, da ja die Rechtsprechung, wie gesagt, gar keine Ausbeute ergibt.

Man könnte in zweiter Linie eine Verkehrssitte (Usance) annehmen wollen, wonach jeder Mieter zur Ablieferung seiner eigenen Schlüssel verpflichtet sein soll, so daß jeder Mietvertrag nach BGB. § 157 in diesem Sinne auszuliegen wäre. Aber auch das geht nicht an. Denn es fehlt an dem auszuliegenden Objekte, wenn der Vertrag lediglich Mietsache, Mietzins und Mietzeit eindeutig festsetzt, und es fehlt vor allem der Nachweis der Existenz einer bezüglichen Verkehrssitte. Diese wäre gerade thema probandum. Auch die stillschweigende Vereinbarung Josefs (a. a. O.) ist die pure Willkür.

So bleibt nichts übrig, als daß man sich an das Gesetz hält: BGB. § 556. Danach beschränkt sich die Rückgabepflicht des Mieters nach Beendigung der Miete darauf, die gemietete Sache zurückzugeben. Daß der vom Mieter selbst angeschaffte Schlüssel ein Bestandteil der gemieteten Sache sei, wird niemand behaupten wollen; auch handelt es sich um eine Rückgabepflicht des Mieters, d. h. nur was er bei Beginn der Miete erhalten hat, muß er wieder zurückgeben. Was die Gegner ihm zumuten, ist aber Herausgabe seines Eigentums oder wenigstens seines Besitzes an einer Sache, die er vom Vermieter nicht erhalten hat, oder aber Zerstörung seiner Sache.

Soweit kann auch der dehnbare § 242 BGB. nicht führen, wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Denn das kann niemals heißen, der Schuldner sei verpflichtet, einen Gegenstand zu leisten, der nicht zu „der Leistung“ gehört, d. h. den er zu leisten eben nicht schuldig ist.

Aber, ruft man geängstigt für den bedrohten Vermieter: Es kann doch nicht angehen, einem gewissen Mieter die Möglichkeit zu lassen, daß er wider den Willen des Vermieters noch jederzeit dessen befriedete Räume betrete, der Vermieter hat das Recht, gegen solche Gefährdung geschützt zu sein!

Gemach, das ist er ja! Wollte sich der gewesene Mieter bekommen lassen, solches zu unternehmen, würde er sich der Strafe des

Hausfriedensbruchs aussetzen. Aber seinen Schlüssel braucht er sich nicht nehmen zu lassen, wenn es ihm Freude macht, ihn unter Glas und Rahmen in seiner Stube aufzuhängen, so wenig wie einen Dietrich, den er sich hat anfertigen lassen.

Wenn aber Josef a. a. O. S. 653 zur Begründung seiner Meinung anführt, daß der Vermieter eine weitere Einwirkung auf die Mietsache durch den gewesenen Mieter nicht zu dulden braucht, so schiebt dieses Argument ganz neben das Ziel. Denn eine derartige Duldpflicht behauptet niemand. Daraus aber, daß er die Einwirkung nicht zu dulden braucht, folgt doch noch lange nicht, daß er Befreiung der Möglichkeit einer solchen Einwirkung verlangen könne.

Professor Dr. Hellmann, München.

### Der Verkehr mit Geschäftsanteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. (Zu der Entscheidung des RG. vom 27. September 1912, vgl. JW. 1912, 1109.)

I. Die Abtretung von Geschäftsanteilen einer Gesellschaft m. b. H. ist gemäß § 15 des Gesetzes vom 20. April 1892 in der Fassung vom 10. Mai 1897 an besondere Schwierigkeiten geknüpft, sie ist ähnlich erschwert wie die Übereignung von Grundstücken. Ebenso wie dort ist auch hier schon die Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, an gerichtliche oder notarielle Form gebunden — eine Form, der hier auch die Realisierung des Vertrags, die endgültige Abtretung unterliegt. Ebenso wie gemäß § 313 Satz 2 BGB. der Formfehler des obligatorischen Vertrags durch Auflassung und Eintragung geheilt wird, wird hier der Formfehler bei Abschluß des Abtretungsverpflichtungsvertrags durch formgerechte Abtretung geheilt.

II. Der Zweck der Bestimmung des § 15 ist klar: Die erschwerte Form soll hindern, daß die Anteilsrechte der Gesellschafter zu einem Gegenstande des Handelsverkehrs werden (Parifus-Grüger, Festsatzgabe § 15 Anm. 5). Wenn wir nach den Gründen forschen, so liegen diese auf der Hand. Das Gesetz über die Gesellschaft m. b. H. gestattet Sacheinlagen. Durch unrichtige Wertangaben der Sacheinlagen kann zwischen Nominalwert des Geschäftsanteils und wirklichem Wert leicht ein Mißverhältnis hergestellt werden. Dieser und andere Umstände bedingen, daß die Gesellschaft m. b. H. mehr der individualistischen Gesellschaftsform zuzurechnen muß, wenn Schäden Dritter vermieden werden sollen. Hinzu kommt, daß der Minimalwert eines Geschäftsanteils der Gesellschaft m. b. H. nur 500 M beträgt und daher die Gefahr der Schädigung gerade kleiner Leute besteht. Der Gegensatz zwischen der Art der Veräußerung von Geschäftsanteilen der Gesellschaft m. b. H. und von Aktien ist daher wohl begründet, begründet insbesondere auch durch die Erfahrung, daß gerade die Möglichkeit der Sacheinlagen Schwindelgründungen, durch die vor allem kleine Leute getrafft wurden, begünstigte.

III. Es besteht daher durchaus kein praktisches Bedürfnis, den Handel mit Anteilen der Gesellschaft m. b. H. zu erleichtern. Tatsächlich tut dies eine Entscheidung des RG. vom 27. September 1912. (JW. 1912, 1109<sup>b</sup>.)

Wenn wir diesen Fall seiner konkreten Eigenschaften entkleiden, ergibt sich:

A erwirbt in der Form des § 15 als Kommissionär des B Geschäftsanteile einer Gesellschaft m. b. H.; anstatt dem B diese Anteile herauszugeben, überträgt A nur das Verfügungsrecht über die Geschäftsanteile formlos auf B, behält aber mit Einwilligung des B die Geschäftsanteile; B und seine Rechtsnachfolger handeln beliebig ohne jeden Formzwang mit dem Verfügungsrecht über die in der Hand des A bleibenden Anteile.

Diese offensibare Umgehung des § 15 hat das RG. gebilligt, meines Erachtens mit Unrecht.

Die oben erwähnten Bedenken gegen die Zulassung der Geschäftsanteile der Gesellschaft m. b. H. zum freien Handelsverkehr ohne Formzwang bestehen; unter diesen Umständen wird es nötig sein, bei der Auslegung der jeweils auf vorstehende Weise zustande gekommenen Verträge nicht an der buchstäblichen Bezeichnung des Geschäftes zu haften, vielmehr den wirklichen Willen zu erforschen: Ist aber der wirkliche Wille auf tatsächliche Abtretung der Geschäftsanteile und auf Umgehung des § 15 gerichtet, dann wird auch die dort vorgeschriebene Form zu wahren sein.

Das Novum der Reichsgerichtsentcheidung kommt dadurch nicht zum vollen Ausdruck, daß sich das RG. auf ähnliche Entscheidungen (RG. 53, 268 z. B.), die über § 313 BGB. ergangen sind, stützt. Indes liegen jene Fälle doch anders:

Dort (Bd. 53) wird die formlose Abtretbarkeit der gemäß § 313 BGB. erworbenen Rechte zugelassen, hier die formlose Abtretbarkeit eines erst von einem Dritten formgerecht erworbenen Rechtes; dort ist der Zweck des Vertrags Erfüllung der Obligation; hier ist der

abgeschlossene Vertrag Selbstzweck. Dort ist der wirtschaftliche Erfolg der einmalige formlose Erwerb der Rechte aus dem Vorvertrag, hier ist der wirtschaftliche Erfolg die Mobilisierung der Geschäftsanteile der Gesellschaft m. b. H., die auf diese Weise freie Handelsware ähnlich wie Aktien werden — ein Erfolg, der dem § 15 zuwiderläuft. —

Um nun andererseits das wirtschaftliche Leben nicht durch unnötige Formen zu beschweren, wird die Entscheidung in der Praxis darauf abzustellen sein, ob der Abtretende in der Form des § 15 erworben hat oder nicht: Ist ersteres der Fall, dann ist nicht erwiesen, daß das Rechtsgeschäft die Umgehung des § 15 bezweckt; hat aber bereits der Abtretende ein solches Verfügungsrecht formlos erlangt, so ist zum mindesten der Anfang eines Beweises dahin gegeben, daß eine Umgehung des § 15 Zweck der Übung ist. Für letzteren Fall muß Nichtigkeit des Vertrages eintreten, wenn anders die Rechtsprechung nicht zum Vorteil von Gesetzesumgehung werden soll, die durch die wirtschaftliche Lage allgemein nicht erfordert wird.

Dr. jur. Friß Blum, Frankenthal (Pfalz).

**Kalenderreklame.**<sup>1)</sup> Die Firma „Deutsches Handelskontor Adolf Pager“ in München, welche „Meißlers Agenten-Kalender“ (W.G.-K.) vertreibt, wendet sich mit einem Schreiben an Rechtsanwältinnen, in dem u. a. folgendes gesagt wird. Als unerlässliche Bedingung für den Ausbau und die Steigerung des Gebrauchswerts des Kalenders erachten wir „die bereits im vorigen Jahre getroffene Anordnung, an jedem der im W.G.-K. verzeichneten Orte einen Rechtsanwalt zu benennen, den unsere Abonnenten als erfahrenen Vertrauensanwalt mit der Erledigung ihrer Rechtsstreitigkeiten, wie sie sich im Handelsverkehr im allgemeinen und im besonderen zwischen Kaufleuten im Sinne des Handelsgesetzbuches ergeben, betrauen können. Diese getroffene Einrichtung hat sich vorzüglich bewährt. Da zur Aufnahme in unseren W.G.-K. selbstredend die Zustimmung der sehr verehrlichen Herren Anwälte erforderlich ist, beehren wir uns hiermit ergebenst anzufordern, ob wir für Ihren Platz und Bezirk Sie als Vertrauensanwalt aufführen dürfen. Wir sehen Ihrer hochwertigen Genehmigung um so sicherer entgegen, als nach unserem Dafürhalten die Aufnahme der wertvollen Anwaltsadressen auch nicht im geringsten mit der Standesehre kollidiert. . . . Der Kalender ist in vielen tausend Exemplaren über ganz Europa verbreitet und hat sich namentlich in Deutschland in jedem größeren Kontor eingebürgert. Wir gestatten uns darauf hinzuweisen, daß erfahrungsgemäß die Kaufmannschaft mit Vorliebe die im W.G.-K. aufgeführten Rechtsanwaltsadressen bevorzugt. Die Aufnahme Ihrer wertvollen Adresse geschieht völlig kostenlos. . . . Wir bitten um Ihren gefl. Bescheid innerhalb 14 Tagen. Sollten wir bis dahin noch ohne Nachricht sein, sehen wir uns gezwungen, uns an eine andere Adresse zu wenden.“ In dem dem Schreiben beigelegten Postkartenformular — welches „der Einfachheit halber“ zur „Bestellung“ (!) benutzt werden soll — ist mit dem schamhaften Vermerk „Nicht Gewünschtes bitte zu durchstreichen“ vorgegedruckt: „In Akzeptierung Ihrer Offerte beantrage und bewillige ich andurch die Aufnahme meiner Anwalts- und Notarsadresse . . . mit der Maßgabe, daß die Aufnahme vollkommen gratis erfolgt. . . . 1 Exemplar des W.G.-K. erbitte nach Erscheinen zum Preise von 4,50 M.“ — Es wäre interessant, zu erfahren, ob auch bei Durchstreichung dieser Bestellung die Aufnahme der Adresse in den Kalender erfolgt? D.

### Ortliche Anwaltsvereinigungen.

**Berliner Anwaltverein.** Der Berliner Anwaltverein hielt am 17. April im Anwaltshaus eine zahlreich besuchte Versammlung ab. Der Vorsitzende, Justizrat Goldmann, gedachte mit ehrendem Nachruf des verstorbenen Mitgliedes Justizrat Ludwig Flatau. Zum Vortrag gelangte das Thema: „Kino-ästhetische und kino-rechtliche Fragen“. Über letztere sprach der Schriftsteller Julius Bab. Er reihte die Kinematographie in die nachahmenden Künste ein und legte dar, daß sie nicht zur Malerei und nicht zur Dichtkunst, aber zum Theater gehöre, und daß ihre Verwendung auf der Zauberbühne, dem Wundertheater berechtigt sei und eine Zukunft habe. Kino-

rechtliche Fragen behandelte Rechtsanwalt Professor Dr. Osterrieth, indem er sich über das Kino-Urheberrecht verbreitete. Geschützt ist der Film als Werk der Photographie, ferner der für die Aufnahme erfundene Vorgang, seit er sich als kinographisches oder pantominisches Werk darstellt, endlich jeder erfundene Vorgang, der schriftlich festgelegt ist. Die „Regie-Schöpfungen“ sind heute, soweit sie nicht durch Schriftwerke zu identifizieren sind, noch schutzlos. Gegen die Benutzung durch das Kino sind Schriftwerke und deren Unterarten gesetzlich geschützt. — Beide Vorträge, die in je etwa einstündiger Dauer ihr Thema behandelten, wurden mit lebhaftem Beifall aufgenommen.

**Leipziger Anwaltverein.** Im Leipziger Anwaltverein sprach am 16. April d. J. Rechtsanwalt Dr. Wünschmann-Leipzig über „Das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag“. Die Ausführungen des Vortragenden, der die wichtigsten Grundzüge dieser neueren Privatrechtskodifikation besprach, begegneten dem lebhaften Interesse der gutbesuchten Versammlung. — Zu Beginn der Sitzung teilte der Vorsitzende, Justizrat Barth, mit, daß der aus den Neuwahlen der letzten Sitzung hervorgegangene Vorstand sich wie folgt konstituiert hat: Justizrat Barth, Vorsitzender; Dr. Sieck, stellvertretender Vorsitzender; Dr. Kallir, Schriftführer; Justizrat Dr. Diezsch, Kassierer. Außerdem berichtete der Vorsitzende über eine mit dem Herrn Justizminister gehaltene Rücksprache in Sachen der Kammerteilung und über die Gründe, die den Minister zu seiner ablehnenden Entschließung bestimmt haben. (Vgl. hierzu S. 456.) D.

### Grundlegende Entscheidungen.

**Entsch. Nr. 2** begründet unter ausführlicher Darlegung der bisherigen Rechtsprechung eine Abweichung von derselben, indem als Regel anerkannt wird, daß in allen Fällen der Gesamtvertretung der eine Vertreter dem andern Einwilligung oder Zustimmung zur selbständigen Geschäftsvornahme erteilen kann.

In **Entsch. Nr. 6** wird dem § 326 BGB. die Antwendbarkeit auf zur Ausführung gebrachte, wenn auch nur aus zwei Personen bestehende Gesellschaften versagt.

Die „Entrichtung“ der Vertragsstrafe im Sinne des § 343 BGB. erfordert eine Leistung des Schuldners in Anerkennung der Verpflichtung. Daß der Gläubiger auf Grund der vertraglichen Festsetzung erklärt, die Anzahlung als Strafe behalten zu wollen, läßt die Strafe noch nicht als „entrichtet“ erscheinen (**Entsch. Nr. 7**).

Verweigert das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft des gesetzlichen Vertreters, das seitens des anderen Vertragsteiles schon ganz oder teilweise erfüllt war, so liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung des Vertretenen durch die Leistung des Vertragsgegners nur insoweit vor, als diese Leistung oder ein Ersatz dafür in das Vermögen des Vertretenen gelangt ist (**Entsch. Nr. 10**).

Bei Entscheidung der Frage, ob der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilte Ehegatte dem Urteile ein Jahr lang in bösllicher Absicht nicht Folge geleistet hat (§ 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB.), sind Tatsachen nicht zu berücksichtigen, die den bösen Glauben des zur Eheherstellung Verurteilten ausgeschlossen hätten, wenn er sie gekannt hätte, die ihm aber tatsächlich innerhalb der Jahresfrist nicht bekannt geworden sind (**Entsch. Nr. 15**).

Bei Beurteilung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer vom Vorerben getroffenen Verfügung ist zu prüfen, ob und inwieweit ein Vorerbe, der auf seine künftige Herausgabepflicht gegenüber den Nacherben gebührend Rücksicht nimmt, sich nach den ganzen Umständen des Falles zu einer Verfügung über Nachlassgegenstände zugunsten Dritter bewegen finden durfte, die mit mehr oder weniger begründeten Ansprüchen gegen den Nachlass an ihn herantraten (**Entsch. Nr. 16**). R.

<sup>1)</sup> Siehe auch *JW.* 1911, 672, 736; 1912, 888; 1913, 62, 398.