

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

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

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

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

Vereinsnachrichten.

XXI. Deutscher Anwaltstag.

Der XXI. Deutsche Anwaltstag wird auf den
12. und 13. September 1913

nach Breslau, Versammlungslokal Breslauer Konzert-
haus, Gartenstraße 39/41, einberufen mit folgender
Tagesordnung.

Freitag, den 12. September, vormittags 9 Uhr:

1. Mitteilungen des Vorstandes.
Bericht des Geschäftsleiters.
2. Reform der Rechtsanwaltsordnung: Freizügig-
keit, Lokalisierung, Aenderung des § 5 Ziffer 5
der Rechtsanwaltsordnung, Ehrengerichtswesen
(Strafensystem, Ehrengerichtshof).

Gutachter: Rechtsanwalt Dr. Viktor Berger-
Leipzig; Rechtsanwalt Dr. Finger-Bremen.

Berichterstatter: Rechtsanwalt Dr. Max Fried-
länder-München; Justizrat Dr. Garnier-Cassel.

Sonnabend, den 13. September, vormittags 9 Uhr:

1. Neuwahl von sechs Vorstandsmitgliedern.

Es scheiden aus die Herren:

Rechtsanwalt Dr. Martin Drucker-Leipzig, Rechts-
anwalt Dr. Max Hachenburg-Mannheim, Justiz-
rat Rose-Harburg (Elbe), Rechtsanwalt Conrad
Haußmann-Stuttgart, Geheimer Justizrat Max
Jacobsohn-Berlin, Rechtsanwalt Dr. Geiers-
hüfer-Nürnberg.

2. Die Ermittlung der Wahrheit im Zivil-
prozesse.

Gutachter: Justizrat E. Koffka-Berlin.

Berichterstatter: Justizrat Dr. Heilberg-Breslau;
Rechtsanwalt Dr. Mittelstaedt-Leipzig.

Leipzig, den 20. Mai 1913.

Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins.

Dr. Haber,

Geheimer Justizrat, Vorsitzender.

Am Donnerstag, den 11. September, wird ein Empfangs-
abend, am Nachmittage des zweiten Verhandlungstages, Som-

abend, den 13. September, wird ein Festmahl die Teilnehmer des
Anwaltstages und ihre Damen vereinigen. Es wird ferner Ge-
legenheit zum Besuche der Jahrhundertausstellung und der damit
verbundenen Veranstaltungen geboten werden; für die Damen
werden besondere Führungen und Besichtigungen veranstaltet
werden. Gemeinsame Ausflüge, über die Näheres noch mit-
geteilt werden wird, werden den Anwaltstag beschließen.

Vorsitzender des für den Anwaltstag gebildeten Breslauer
Ortsausschusses ist Geheimer Justizrat Feige, Breslau, Ohlauer-
straße 87, stellvertretender Vorsitzender Justizrat Dr. Heilberg,
Breslau, Nicolai Stadtgaten 26.

Hilfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammern zu Koftok und Hamm haben
der Kasse abermals Beihilfen von 500 M und 2000 M
gewährt. Den Kammern und ihren Vorständen ist für die
reichen Beihilfen der herzlichste Dank ausgesprochen worden.

Aus Anlaß des Ablebens des Herrn Geheimen Justiz-
rats Otto Jüdel in Hannover hat dessen Gemahlin der
Kasse den Betrag von 500 M gespendet, wofür der gütigen
Geberin herzlichst gedankt worden ist.

Zur Wahrung der Form eines formbedürftigen
Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme durch mehrere
Gesamtvertreter.

Von Reichsgerichtsrat August Fuchs, Leipzig.

Das in JB. 1913, 482 f. abgedruckte Urteil des II. Zivil-
senats des RG. vom 14. Februar 1913, II 378/12, beschäftigt
sich mit der Frage, ob da, wo durch Gesetz oder Rechtsgeschäft
bestimmt ist, daß mehrere Vertreter nur zusammen zur Ver-
tretung berechtigt sind, bei formbedürftigen Rechtsgeschäften im
Falle der Beobachtung der Form durch einen von ihnen die
Formvorschrift als erfüllt gilt.

Nachdem zunächst gesagt ist, die ältere Rechtsübung sei über den Satz enig gewesen, daß die Zustimmung des einen Gesamtvertreters zu der Erklärung des nach außen hin tätig gewordenen anderen Gesamtvertreters kein innerer Vorgang unter den Vertretern bleiben dürfe, sondern gegenüber dem Dritten zu äußern sei, wird dargelegt, daß dieser Standpunkt auch unter der Herrschaft der Vorschriften des BGB. festgehalten worden sei. Es wird weiter ausgeführt, es sei nicht nötig gewesen, die Erklärung des „zustimmenden“ Gesamtvertreters als Zustimmung zum fremden Rechtsgeschäft aufzufassen. Sodann wird gesagt: „Der Gedanke der Gesamtvertretung schien es im Gegenteil zu erfordern, 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 Vertrags hinzukommen mußte, war keine Genehmigung im Rechtsinne, sondern eine ergänzende Resterklärung und mußte, wie der bisher geäußerte Teil, an den Vertragsgegner gerichtet werden.“ Weiter wird ausgeführt, es habe sich indessen in der Rechtsanwendung gezeigt, daß die Konstruktion der Teilerklärung gegenüber den Bedürfnissen des Verkehrs nicht durchgeführt werden könne. Eine abweichende Stellungnahme sei schon mit Bezug auf den Formzwang bei formbedürftigen Rechtsgeschäften geboten gewesen. Denn müßte die Zustimmungserklärung des bisher untätig gebliebenen Gesamtvertreters wirklich als Teil des Geschäfts betrachtet werden, so wäre sie nicht minder wie die Erklärung des anderen Vertreters an die durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form gebunden. Dem stehe aber die natürliche Anschauung entgegen, wonach eine Formvorschrift, sofern nicht ausdrücklich die Beobachtung durch jeden Gesamtvertreter angeordnet sei, bei Beobachtung durch einen von ihnen als erfüllt gelte. Davan habe das RG. auch unter dem Rechte des BGB. festgehalten. Es werden dann zwei Urteile des I. Zivilsenats angeführt, und hierauf wird fortgefahren: „Ebenso erkannte der III. Zivilsenat erst kürzlich, die Unterzeichnung eines auf mehrere Jahre geschlossenen Grundstücksmietvertrags 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).“

Hier liegt ein Mißverständnis des Urteils des III. Senats vom 6. Dezember 1912 vor. Der III. Senat wollte in diesem Urteile nicht aussprechen und hat in ihm nicht ausgesprochen, daß die Unterzeichnung eines auf mehrere Jahre geschlossenen Grundstücksmietvertrags durch einen der mehreren gesamtberechtigten Vertreter der Vorschrift des § 566 BGB. genüge, und daß alles übrige Sache der formfreien Zustimmung sei. Das Urteil hat vielmehr einen Fall im Auge, in welchem der gesamtberechtigte Vertreter nicht als solcher handeln wollte und gehandelt hat, sondern den Willen hatte, ohne späteren Zutritt des Willens des anderen gesamtberechtigten Vertreters endgültig abzuschließen. Dieser Wille kann sich darauf gründen und hat sich in vorliegendem Falle darauf gegründet, daß der handelnde gesamtberechtigte Vertreter glaubte, von dem

Vertretenen ermächtigt zu sein, solche Geschäfte allein abzuschließen; er handelte dann seiner Meinung nach als Bevollmächtigter.

Daß das Urteil so zu verstehen ist, ergibt sich aus folgenden Sätzen seiner Begründung:

„Das Vorstandsmitglied M. der beklagten Genossenschaft hat den schriftlichen Mietvertrag . . . allein abgeschlossen und unter der Firma der Beklagten unterzeichnet, ohne dabei zu erklären, daß es als Vorstandsmitglied, also in einer Eigenschaft aufträte, in der ihm nur zusammen mit einem anderen Vorstandsmitgliede die Befugnis zur wirksamen Vertretung der Beklagten zustand. Nach der Behauptung des Klägers . . . war dem Vorstandsmitgliede M. seitens der Beklagten allgemein und besonders für den vorliegenden Fall die Vollmacht erteilt worden, allein Mietverträge abzuschließen.

Ist diese . . . Behauptung richtig, so ist der Mietvertrag in einer für beide Teile bindenden Weise zustande gekommen . . .

Ist die Behauptung aber nicht richtig, hat also M. ohne Vertretungsmacht gehandelt, so findet die Vorschrift des § 177 BGB. Anwendung. Es fragt sich dann, ob der Mietvertrag seitens des Vertretenen, also der Beklagten, genehmigt worden ist. Diese Genehmigung würde der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form, also der Schriftlichkeit, nicht bedürftig haben (§ 182 Abs. 2 BGB.).“

Der III. Zivilsenat hat also in dem Urteile vom 6. Dezember 1912 nicht ausgesprochen, daß dann, wenn einer der mehreren Gesamtvertreter bei der Vornahme eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts als Gesamtvertreter unter Beobachtung der vorgeschriebenen Form gehandelt hat, die Form gewahrt sei und das Handeln des andern Gesamtvertreters der Form nicht bedürfe, sondern er hat für einen Fall, in welchem der eine der mehreren Gesamtvertreter unter Absehen von seiner Eigenschaft als Gesamtvertreter für den Vertretenen gehandelt hat, ausgesprochen, es bedürfe, wenn die von dem Handelnden behauptete Vollmacht des Vertretenen nicht vorgelegen habe, die zur Wirksamkeit des Handelns für und gegen den Vertretenen erforderliche Genehmigung des letzteren (§ 177 BGB.) nicht der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form (§ 182 Abs. 2 BGB.).

Zuwendung von Forderungen an Dritte durch Versprechensanweisung und deren Anfechtbarkeit.

Ein Beitrag zum 1500 Mark-Vertrag.

Von Rechtsanwält Dr. Arthur Herzfeld, Berlin.

Die Vereinbarung des Schuldners, der Anspruch auf Zahlung des 1500 M. übersteigenden Betrages seines Gehaltes solle seiner Ehefrau zustehen, gehört der Summe von Tatbeständen an, die sich unter den Sammelbegriff „Zuwendung der Forderung an einen Dritten“ fassen lassen.

I.

Das moderne Recht stellt dem Leistenden mehrere Rechtsformen zur Verfügung, um die Gegenleistung in das Vermögen eines Dritten gelangen zu lassen, sie dem Dritten zuzuwenden. Der Leistende kann diese Zuwendung bewirken nach Abschluß

des gegenseitigen Vertrages über Leistung und Gegenleistung und auch bereits bei Abschluß. Nur zur späteren Zuwendung geeignet ist die Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung. Die Rechtsformen der gleichzeitigen Zuwendung sind die Anweisung und das Versprechen auf Leistung an einen Dritten.

Zur Klarstellung wendet man zweckmäßig die römischen Rechtsbegriffe *Causa* und *Res* an. *Causa* als Grundgeschäft, Vermögensverschiebungsgeschäft, Umsatzgeschäft; *Res* als Geschäftseffekt, Interesse.

Auch das römische Recht weist mehrere Formen auf, um den Geschäftseffekt, die Gegenleistung einem Dritten zuzuwenden. Es muß herangezogen werden, weil sich aus ihm Material für die Streitfrage ergibt.

Alle diese Rechtsbeziehungen, die die Zuwendung des Anspruchs an einen Dritten betreffen, sind dreieckige Verhältnisse. Zu unterscheiden ist die Beziehung zwischen den Vertragskontrahenten, das Deckungsverhältnis, die Beziehung zwischen dem Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger, das Valutaverhältnis, und die Beziehung zwischen dem Zuwendungsempfänger und dem anderen Kontrahenten, dem, der die Gegenleistung hingibt, das Zahlungsverhältnis.

Das Versprechen auf Leistung an einen Dritten gleicht der römischen *Procuratio*, nur mit dem Unterschiede, daß bei der *Procuratio* der Dritte niemals einen selbständigen Anspruch erwarb. Der Anweisung entspricht der *Jussus* (vgl. *Salpius*, *Novation* und *Delegation*, ferner *Wendt*, *Allgemeines Anweisungsrecht*).

Der *Procurator* wird allein aus dem Grundgeschäft, der *Causa*, berechtigt und verpflichtet. *Lex* 67 D. 3, 3 *Lex* 49 § 2 D. 41, 2. Dagegen nimmt er kraft seines Amtes die *Valuta*, die *Res*, als Vertreter des Geschäftsherrn in Empfang, und zwar kann er gar nicht anders, *Lex* 13 D. 39, 5. Es sei denn, daß er ausdrücklich erklärte, er wolle die *Res* für sich haben; dann tritt er als *Procurator in rem suam* auf. Dieser *Procurator* war sozusagen der geborene Schieber. Denn seine Beziehung zum Geschäftsherrn, die ein Herrschaftsverhältnis darstellte, galt nicht als *Causa*. Der *Dominus* als Zuwendungsempfänger konnte mit der Anfechtungsklage nicht in Anspruch genommen werden. *Lex* 25 § 3 D. 42, 8.

Es ist zwischen der Stellung des *Procurators* und dem bürgerlich-rechtlichen Verträge zugunsten eines Dritten deshalb nur eine gewisse Rechtsähnlichkeit vorhanden. Beim bürgerlich-rechtlichen Verträge ist anstatt des Herrschaftsverhältnisses zwischen Zuwendenden und Zuwendungsempfänger stets eine *Causa*, ein Grundgeschäft vorhanden, mag es nun die *causa solvendi* oder *donandi* oder eine andere sein.

Dagegen besteht vollständige Rechtsgleichheit zwischen dem *Jussus* und der Anweisung. Die Anweisung ist im bürgerlichen Rechte nur teilweise geregelt; nämlich die Zahlungsanweisung, nicht die Versprechensanweisung; nur der *jussus solvendi*, nicht der *jussus promittendi*.

Die Anweisung bedarf als Zuwendungsgeschäft einer eingehenden Besprechung, da sie hier vornehmlich in Betracht kommt. Dem kommt zustatten, daß das römische Recht die anzuwendenden Sätze beim *Jussus* entwickelt hat. Bei der Anweisung ist die Terminologie Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis herkömmlich. Der Assignant hat eine Forderung irgendwelcher

Art gegen den Assignaten. Er weist diesen an, diese Forderung entweder an den Assignatar zu zahlen oder sie dem Assignatar zu versprechen.

Der Angewiesene kann nun gegen den Anweisungsempfänger den Bereicherungsanspruch erheben, wenn das Deckungsverhältnis mangelhaft war und außerdem das Valutaverhältnis eine mangelhafte oder minderwertige *Causa* hatte. Um es weniger abstrakt wiederzugeben, wenn der Assignat sich dem Anweisungsempfänger gegenüber verpflichtet hatte, trotzdem er dem Anweisenden nichts schuldig war, und wenn außerdem zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger kein anerkanntes Schuldverhältnis, keine *causa solvendi* bestand, sondern nur ein minderwertiges Schuldverhältnis. So die *donandi causa*, die *dotis constituendae causa*, oder wie man noch hinzufügen kann, die *fraudationis causa*.

Die in Betracht kommenden Stellen werden wörtlich zitiert, weil sie auf das Verhältnis des Anfechtungsklägers zum Anfechtungsgegner mindestens mittelbar anwendbar sind:

Cum vero ego pecuniam donaturus te, qui mihi tantundem donare volebas, jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est. Aliud juris erit, si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, jussu tuo sponderim ei cui donare volebas: exceptione enim doli mali tueri me potero et praeterea incerti conditione stipulatorem compellam, ut mihi acceptum faciat stipulationem.

Item si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promissero, petentem doli mali exceptione summovebo et amplius incerti agendo cum stipulatore consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem. L. 2—4 D. 39, 5.

Danach kann der, der die Nichtschuld zahlen wollte, von dem Versprechensempfänger Befreiung verlangen oder Rückgewähr, wenn die Zuwendung an den Versprechensempfänger im Valutaverhältnis eine Schenkung darstellt. Dasselbe gilt, wenn der Grund zu der Zuwendung ein Mitgiftversprechen war. Doch findet sich auch hier bereits im römischen Recht teilweise eine andere Behandlung, weil auch schon nach römischem Rechte in Übereinstimmung mit der neuesten Reichsgerichtsjudikatur die Mitgift als Gegenleistung für die Heirat galt. *Lex* 9 § 1 D. 12, 4. Ganz allgemein kann der Zahler einer Nichtschuld dann nicht kondizieren, wenn das Valutaverhältnis aus einer vollwertigen *Causa*, einer *causa solvendi*, bestand, *Lex* 66 D. 46, 3.

Diese Grundsätze für das Zahlungsverhältnis, das Verhältnis des Assignaten zum Assignatar, sind entsprechend anzuwenden auf die Beziehung des Anfechtungsklägers zum Anweisungsempfänger als Anfechtungsgegner. Wie bei dem Zahlungsverhältnis das rechtliche Band zwischen Assignaten und Assignatar hergestellt wird durch die Kondiktionsnormen, so wird es für den Anfechtungskläger geschaffen durch das Anfechtungsrecht. Die so gebildeten rechtlichen Verknüpfungen sind ihrem Wesen nach gleichartig. Auch der Anfechtungsanspruch ist mindestens seiner Wirkung nach nichts weiter wie ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in den verschiedenen Variationen der §§ 818, 819 BGB. (§ 7 AnfG.)

II.

Die Formen des Versprechens der Leistung an einen Dritten und der Versprechensanweisung eignen sich gleichmäßig zur Zuwendung der Forderung an eine außerhalb des Vertragsneuzustehende Person im ursprünglichen Vertrage selbst. Da das rechtliche Ergebnis für den 1500 Mark-Vertrag dasselbe sein würde, einerlei, welche von beiden Formen man darin sieht, bedarf es an sich kaum der Untersuchung, welche Rechtsform vorliegt. Der Zuwendungsempfänger steht allerdings sogar günstiger, wenn man in dem Vertrage die Vollziehung einer Versprechensanweisung sieht. Diese Konstruktion entspricht auch mehr dem bürgerlichen Recht.

Beim Vertrage zugunsten Dritter unterstellt das Gesetz einen Tatbestand, bei dem ein Leistungsversprechen des Schuldners an den Dritten selbst fehlt. Der unmittelbare Anspruch des Dritten ergibt sich vielmehr lediglich aus dem Vertrage zwischen Gläubiger und Schuldner. Der Dritte hat nur ein abgeleitetes Recht; der Versprechende kann gegenüber Dritten alle Einwendungen aus dem Grundvertrage erheben. Daß die Zuweisung eines Gehaltsteils an die Ehefrau mit der Wirkung eines selbständigen Anspruchs der Ehefrau in Widerspruch zu den Bestimmungen der §§ 328 f. BGB. steht, ergibt der § 329, der gerade für den Fall des Versprechens zur Befriedigung eines Gläubigers die Entstehung eines unmittelbaren Rechts des Dritten im Zweifel ausschließt.

Ein Leistungsversprechen des Schuldners an einen Dritten steht im Gegensatz zu dem Versprechen der Leistung an den Zweiten für den Dritten. Würde man unrichtig ein Versprechen der Leistung an die Ehefrau unterstellen, so wäre auch hier zu prüfen, welche Bedeutung die Valutabeziehung, das Verhältnis des Gläubigers zu dem Versprechensempfänger hat (vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an einen Dritten, S. 373). Es kommen inoweit dieselben Rechtsätze wie bei der Versprechensanweisung zur Anwendung.

Der 1500 Mark-Vertrag stellt einen Fall der Versprechensanweisung dar. Auf Anweisung der andern Vertragspartei verspricht der Prinzipal das Gehalt an die Ehefrau zu zahlen. Das Schema lautet:

Ich verspreche dir Dienste, wenn du mir 1500 und meiner, mitanweisenden, Frau 5000 *M.* versprichst.

Antwort: Ich verspreche dir 1500, deiner Frau 5000 *M.*

Dieses Schema enthält zwar nicht das Wort Anweisung. Der Gebrauch dieses Wortes ist aber nicht sakrosankt. Inhaltlich wird die Anweisung mit zum Teil des Angebots gemacht. Der wirkliche Sinn ergibt sich, wenn man einfügt: „Und meiner Anweisung gemäß, meiner Frau 5000 versprichst“ (vgl. auch Lex 2 D. 49, 5: Cum vero ego Titio pecuniam donaturus te). Indem der Prinzipal der Frau das Versprechen gibt, vollzieht er die Anweisung.

Solche Versprechensanweisungen kommen auch heute häufig vor. Vollziehung einer Versprechensanweisung ist auch das Wechselakzept und das Anweisungsakzept, § 784 BGB. Wenigstens mit dieser Bestimmung regelt das bürgerliche Recht neben der Zahlungsanweisung auch die Versprechensanweisung. Aber auch sonstige Fälle gehören dem alltäglichen Leben an. Einen solchen Fall hat das RG. in der im Recht 1906

Nr. 1531 wiedergegebenen Entscheidung beurteilt. Hier handelt es sich um einen alltäglichen Tatbestand der Hypothekenschiebung. Der Forderungsgläubiger weist den Schuldner an, und zwar unmittelbar beim Abschlusse des Darlehensvertrages, die Hypothek nicht für ihn, sondern für einen Dritten zu bestellen. Hier gibt das RG. der Anfechtung statt: „Wenn auch die Hypothek niemals zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört hat. Entscheidend ist, daß die Abtretung der Hypothek auf die Anweisung des Gemeinschuldners und unter Verminderung seines Vermögens in einem Wert von einem gleichen Betrage erfolgt ist, und daß der Gemeinschuldner auf diese Weise bewirkt hat, daß zur Benachteiligung seiner Gläubiger ein Wert aus seinem Vermögen beseitigt ist, der, wenn auch in anderer Gestalt, in das Vermögen des Beklagten gelangte.“

Aber auch sonst lassen sich mannigfache Fälle denken, wie der Gläubiger bei der Entstehung des Schuldverhältnisses den Schuldner anweist, einem Dritten zu promittieren. Überall handelt es sich um die Rechtsfigur, die das bürgerliche Recht als Ermächtigung, das römische Recht als *jussus* bezeichnet. Der Zahlungsempfänger ist ermächtigt, die Obligation dadurch zur Lösung zu bringen, daß er den geschuldeten Betrag für sich in Empfang nimmt. Der Versprechensempfänger ist ermächtigt, das Versprechen des Schuldners dadurch zur Vollziehung zu bringen, daß er es für sich entgegennimmt. Beide sind Stellvertreter in bezug auf das Kausalgeschäft; selbstberechtigt bezüglich des Rechtseffektes; Stellvertreter in *causa*, selbstberechtigt in *re*, Lex 64 D. 46, 3: Cum jussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor.

Die Ehefrau des Angestellten nimmt das Versprechen des Prinzipals auf Zahlung des Gehalts zur Vollziehung der Versprechensanweisung zu eigenem Rechte an. So gelangen wir zur Anwendung aus den oben zitierten Lex 2 § 2 D. 39, 5 und Lex 2 § 4 D. 39, 5.

Für die Frage, ob ein Anfechtungsanspruch besteht, kommt es auf das Valutaverhältnis zwischen dem Anweisenden und Versprechensempfänger an.

Dem die *Causa* dieser Valutabeziehung kann ebenso mannigfaltig sein wie bei allen andern Vermögensverschiebungen. Es kann die *causa obligandi*, die *causa solvendi*, die *causa dotis constituendae* und die bloße *fraudationis causa* sein.

Der Schuldner kann das Gehalt an einen Dritten versprechen lassen zur Zahlung einer eigenen Schuld, oder damit sich der Dritte selbst verpflichte, oder um dem Dritten zu schenken, um eine Mitgift zuzuwenden, schließlich lediglich zum Zwecke, um die Gläubiger zu benachteiligen. Ob diese Versprechensanweisung und ihre Vollziehung anfechtbar ist, richtet sich nur nach dem Grundgeschäft. Ist sie zu Zahlungszwecken erfolgt, so wird sie unanfechtbar sein, ebenso wenn sie zu Obligierungszwecken als sogenanntes reines Erfüllungsgeschäft erfolgt ist. Anfechtbar ist sie hingegen stets, wenn sie lediglich *fraudationis causa* erfolgt ist.

Einer eingehenden Besprechung bedürfen hingegen noch die andern Geschäftszwecke, der Schenkungszweck, der Ausstattungszweck und der Unterhaltszweck. Bereits das römische Recht erkannte die *causae*, wie sich aus den zitierten Pandektenstellen ergibt, nicht als einander gleichwertig an. Vollwertig sind nur

die wirtschaftlichen Rechtsgeschäfte, die auf Leistung und Gegenleistung beruhenden Umsatzgeschäfte; minderwertig die andern. Auf demselben Standpunkt steht auch das heutige Recht.

Wenn man die Rechtsprechung des RG. über Zahlungs- und Erfüllungsgeschäft heranzieht, so ergibt sich, daß nur diese Zwecke vollwertig sind.

Erwähnt ist bereits die eigentümliche Übereinstimmung der Reichsgerichtsjudikatur bezüglich des Mitgiftsversprechens (RG. in JW. 02, 418; 04, 405) mit der Digestenstelle, Lex 9 § 1 D. 21, 4.

Danach hat auch bei uns der Ausstattungszeitpunkt den Charakter einer vollwertigen *Causa* gewonnen. Er gehört zu den Umsatzgeschäften. Minderwertige Zwecke sind hingegen auch nach heutigem Recht der Schenkungszweck und der Unterhaltszweck.

Bezüglich des Schenkungszwecks ergibt es sich unmittelbar aus § 32 RD. und aus § 3 Ziff. 3 und 4 AG.

Minderwertig ist aber auch der Unterhaltszweck. Das Wertverhältnis des Unterhaltszweckes zu den Umsatzgeschäften ist in der Konkursordnung ausdrücklich geregelt (§ 3 Abs. 2 RD.), das gleiche Wertverhältnis ergibt sich aus § 1603 BGB. Danach ist der unterhaltspflichtig nicht, der bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, den Unterhalt zu gewähren. Der Unterhaltszweck steht danach dem wirtschaftlichen Geschäftszweck im Range nach. Die Unterhaltspflicht ist eine Pflicht nur vom Nettovermögen. Aus § 1603 ergibt sich des weiteren, daß die Verträge auf Zahlung eines Gehaltsanteils an die Ehefrau nicht zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht abgeschlossen werden; deducto onere ist der Angestellte, dessen Gehalt die Beschlagnahme droht, über den unpfändbaren Teil des Gehalts hinaus überhaupt nicht unterhaltspflichtig.

Aber auch wenn man sich zu dieser Frage anders stellen wollte, jedenfalls ist der Unterhaltszweck nach geltendem Rechte ein minderwertiger Geschäftszweck. Er kann nicht mit Erfolg gegenüber dem Anfechtungsansprüche geltend gemacht werden, weder im Konkurse noch außerhalb.

Dieses Resultat ergibt sich klar, wenn man an Stelle des Anfechtungsanspruchs wiederum den Anspruch des Versprechenden aus der ungerechtfertigten Bereicherung setzt. Wer auf eine Nichtschuld einem Unterhaltsberechtigten promittiert hat, kann das Versprechen kondizieren. Denn der Unterhaltsanspruch würde sonst nicht vom Nettovermögen des Verpflichteten, sondern aus seinen Schulden getilgt werden, ebenso wie die gleichstehende Schenkung. Dasselbe gilt für den Bereicherungsanspruch aus dem Anfechtungsgesetze. Die Anfechtung zielt, wie die Bereicherung auf Rückgewähr, im speziellen Falle auf Rückgewähr des Versprechens zum Vermögen des Schuldners, auf *stipulationem acceptum facere*.

III.

Zu seiner Rechtsprechung zum 1500 Mark-Vertrag (vgl. zuletzt JW. 1913, 198) prüft das RG. nur den speziellen Tatbestand des Gehaltsvertrages. Auf die allgemeine Frage, inwieweit die Zuwendung der Forderung an einen Dritten anfechtbar ist, geht es nicht ein.

Es untersucht das Verhältnis des Anfechtungsanspruchs zur Valutabeziehung überhaupt nicht.

Das RG. geht von dem unrichtigen Vorderfasse aus, daß der Gehaltsanspruch, soweit er der Ehefrau zusteht, niemals im Vermögen des Schuldners gewesen sei.

Diese Meinung ist deshalb verfehlt, weil die Ehefrau kraft Ermächtigung des Mannes als dessen Vertreterin in der Annahme des Leistungsversprechens handelt.

Von seinem jetzigen Standpunkt aus muß das Reichsgericht die Anfechtungsfrage auch abweisen, wenn das Valutaverhältnis in einem Schenkungs- und reinen Benachteiligungszweck besteht. So gerät es in Widerspruch zu seiner richtigen Entscheidung im Recht 1906 Nr. 1531.

Die andern Gründe des RG. wenden sich lediglich gegen die Meinungen, diese Gehaltsverträge seien Scheinverträge und verstießen gegen die guten Sitten. Scheinverträge sind die Verträge nicht. Sie verfolgen einen realen Zweck, und zwar ist dieser Zweck, da eine minderwertige *Causa*, wie der Unterhaltszweck, keine Berücksichtigung finden kann, der Benachteiligungszweck.

Ob die Verträge gegen die guten Sitten verstoßen, darüber zu rechten, ist müßig. Die guten Sitten sind ein zu allgemeiner Notbehelf. Verfehlt ist freilich auch so weit die Begründung des RG., falsch insbesondere der Satz, der als Wappenspruch jedes Manifestanten dienen könnte:

„daß die Gläubiger eines Schuldners keinen in der Rechtsordnung anerkannten Rechtsanspruch darauf haben, daß dieser seine Arbeitskraft zu ihren Gunsten derart verwertet, daß sie zum Zwecke ihrer Befriedigung für die Gegenleistung an seine Arbeit sich halten könnten.“

Daran ist nur so viel richtig, daß für Arbeitscheue, von einem bestimmten Einzelfall abgesehen, keine Strafe besteht. Was aber jemand durch Arbeit an Werten schafft, unterliegt bis auf die gesetzlichen Beschränkungen dem Zugriffe der Gläubiger.

Eine Verfügung über den Arbeitswert, die Gegenleistung, die den Zugriff vereitelt, ist anfechtbar.

Nur von einem Gesichtspunkte aus ließe sich die Rechtsprechung des RG. verstehen, wenn man im Gegensatz zu dem gesetzlich geordneten Wertverhältnisse des Unterhaltszwecks zu den wirtschaftlichen Geschäftszwecken den Unterhaltszweck zu einer gleichberechtigten *Causa* machen würde. Dann würde in jedem Einzelfalle zu prüfen sein, wie weit die gesetzliche Unterhaltspflicht des Angestellten reicht.

Darauf will das RG. anscheinend hinaus, wenn es mit abwegiger Begründung am Schlusse seiner letzten Entscheidung, JW. 1913, 199 schreibt: „Gegen die guten Sitten aber verstößt eine solche Vereinbarung dann nicht, wenn der Gesamtbetrag der gewährten Vergütung nicht das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalte des Dienstverpflichteten und seiner Familie bei einer bescheidenen, dem Stande des Dienstverpflichteten entsprechenden Lebensführung erforderlich ist.“

Aber auch eine derartige Urteilsfällung würde nicht rechtsanwendend, sondern rechtschöpferisch sein, und das RG. hat keine prätorische Gewalt.

Lebendig als Nummerung mag noch angeführt werden: Die Konstruktionsversuche der meisten Gegner der Reichsgerichtsrechtsprechung weisen eine merkwürdige Ähnlichkeit auf mit der

bekanntem Theorie des Celsus in Lex §§ 11, 12 D. 24, 1. Die Gegner der Reichsgerichtsrechtsprechung deduzieren: der Gehaltsanspruch müsse erst in das Vermögen des Schuldners hineingelangen, um von diesem an die Ehefrau zu kommen. Genau so deduziert Celsus und auch zum gleichen Zwecke. Auch nach Celsus vollzieht sich bei der Leistung auf Anweisung der Übergang der Leistung stufenweise. Die Leistung springt nämlich auf den Assignanten und dann auf den Assignatar. Bei der Geschwindigkeit, mit der die Stufen sich folgen, scheint eine Stufe zu verschwinden:

nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari.

Celsus wollte damit erreichen, daß der Schuldner, der auf Anweisung des Ehemannes an die Frau zu Schenkungszwecken zahlte, nicht die Richtigkeit der donatio inter virum et uxorem geltend machen könne. Zu diesem Zwecke nahm er an, daß die Leistung zunächst in das Vermögen des Mannes und von dort aus in das Vermögen der Frau gelange. Ebenso nehmen die Verfechter der Anfechtbarkeit des Gehaltsvertrages an, das Gehaltsversprechen käme vom Manne auf die Frau. Auch das römische Recht hat diesen Konstruktionsversuch mit Hilfe des Stellvertretergedankens überwunden.

Die Parallele zeigt aber, daß gleiche Bedürfnisse gleiche Theorien erwecken, und eine falsche Theorie ist stets noch besser wie eine schlechte Entscheidung.

Zur Frage der Kündigung von Kartellverträgen.

Von Landgerichtsrat Gerstlauer, Augsburg.

In Nr. 8 S. 402, 1913, dieser Zeitschrift hat Herr Justizrat Pinner in Berlin einen interessanten Fall aus dem Kartellrecht behandelt, dessen juristische Lösung eine große wirtschaftliche Tragweite hat. Es handelt sich um die Frage, wann ein Kartell auf bestimmte Zeit eingegangen ist. Justizrat Pinner hat sie im entgegengesetzten Sinne beantwortet als Klarenaar in der Leipz. Z. 1911, 918. Mir will scheinen, als ob Klarenaars Rechtsauffassung den Vorzug verdiente und will versuchen, meine Ansicht etwas näher zu begründen und zwar eingeschränkt auf den Hauptfall, daß das Kartell eine Gesellschaft im Sinne des BGB. bildet.

Der Fall, den Pinner und Klarenaar anführen, liegt so:

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

Ein anderer Fall, der mir vorgelegen hat, ist der: Der Vertrag dauert bis zum 1. April 1914. Er gilt jeweils auf weitere drei Jahre verlängert, soweit er nicht unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Monaten von einem Gesellschafter gekündigt wird. Unter den übrigen Gesellschaftern wird aber der Vertrag fortgesetzt.

Es wird sich im Laufe der Erörterungen zeigen, daß in diesen Bestimmungen zwei ganz verschiedene Dinge miteinander vermengt sind.

Um nun zu entscheiden, ob eine Bindung auf bestimmte Zeit vorliegt, ist vor allem festzustellen, was unter der Stelle des hier vor allem in Betracht kommenden § 723 BGB.: „Ist eine Gesellschaft nicht auf bestimmte Zeit eingegangen“ und: „Ist eine Zeitdauer bestimmt“ zu verstehen ist.

Eine Zeit ist bestimmt, wenn ihre Länge genau feststeht. Diese Feststellung kann nur dann getroffen werden, wenn die Messung mit dem Zeitmaße möglich ist, also wenn Anfangs- und Endpunkt unverrückt feststeht. Dann erst kann ihr genaues Maß mit Jahr, Monat und Tag angegeben werden. Dann ist die Zeit bestimmt. Eine Längenausdehnung, die wohl einen Anfangspunkt aber keinen Endpunkt hat, kann nicht gemessen und daher ihre Länge nicht bestimmt werden.

Bei einer Zeitspanne, deren Endpunkt in der Zukunft liegt, kann der Eintritt des Endpunktes von einer Bedingung, von dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses, wie z. B. der Kündigung, abhängig sein. In diesem Falle ist der Anfangspunkt gewiß, der Endpunkt ist aber nur dann gewiß, wenn das Ereignis eintritt; tritt es nicht ein, dann ist auch der Eintritt des Endpunktes ungewiß; die Zeitlänge ist nicht bestimmbar. Sie ist es erst, wenn die Bedingung, das Ereignis, eingetreten ist, also nicht von Anfang an. Im Falle des § 723 BGB. muß aber, wie Sinn und Wortlaut sagen, schon bei Eingehung der Gesellschaft feststehen, ob ihre Dauer bestimmt ist oder nicht, es muß also, wenn ihre Zeitdauer bestimmt sein soll, feststehen, zu welcher Zeit das Ende eintritt und daß es zu dieser Zeit eintritt. Kann die Bestimmung erst später, in der Zukunft erst getroffen werden, so war bei Eingehung der Gesellschaft ihre Zeitdauer unbestimmt.

Allein mit diesem Ergebnis ist die Lösung der gestellten Frage noch nicht gegeben. Sie hängt davon ab, wie der Ausdruck Gesellschaft in § 723 BGB. zu verstehen ist.

Unter Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB. begreift man im allgemeinen die erfolgte Vereinigung mehrerer Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der Form der Gemeinschaft zur gesamten Hand. Unter Gesellschaft versteht man also die Gesamtheit der Gesellschaftsmitglieder mit Einfluß der Gesamtheit ihrer Rechtsbeziehungen nach innen, untereinander, und nach außen, mit Dritten, also den Gesellschaftskörper als Rechtsgebilde.

Unter Gesellschaft versteht man aber auch das Verhältnis des einzelnen Gesellschafters zur Gesellschaft, zum Gesellschaftskörper, also die Gliedschaft, wie ich es hier der Kürze und Deutlichkeit wegen nennen möchte. Beide sind scharf voneinander zu scheiden. Die Dauer des Gesellschaftskörpers kann zeitlich bestimmt oder unbestimmt sein und ebenso die Dauer der Gliedschaft. Das Verhältnis zwischen beiden ist der Zeitdauer nach nur in der Weise bestimmt, daß die Gliedschaft den Gesellschaftskörper nicht überdauern kann. Die Dauer der Gliedschaft ist also letzten Endes stets von der Dauer des Gesellschaftskörpers abhängig. Bei der Frage aber, ob die Dauer des Gesellschaftskörpers von der Dauer der Gliedschaft abhängt, sind zwei Gesellschaftsformen wohl auseinanderzuhalten. Bei der einen Gesellschaftsform hat das Ausscheiden eines Gesellschafters stets die Beendigung, die Auflösung zur Folge. In diesem Falle hängt also auch die Dauer des Gesellschaftskörpers von der Dauer der Gliedschaft ab. Die andere Gesellschafts-

form, die des § 736 BGB., aber endet nicht mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters, sie wird als die ursprüngliche Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern, unter Umständen mit neu eingetretenen fortgesetzt. Diese Gesellschaftsform besitzt eine größere Geschlossenheit und Selbständigkeit und nähert sich schon mehr einer juristischen Person; ihre Dauer ist von der Dauer der Gliedschaften, solange noch deren zwei vorhanden sind, nicht abhängig. Infolgedessen kann die Dauer des Gesellschaftskörpers gegenüber der Dauer der Gliedschaft ganz verschieden bestimmt sein; es kann die Dauer des Gesellschaftskörpers unbestimmt, aber die der Gliedschaft zeitlich begrenzt sein. Auch die mehreren Gliedschaften selbst können der Dauer nach ganz verschieden gestaltet sein.

In den oben erwähnten Fällen regelt die im Gesellschaftsvertrage getroffene Zeitbestimmung tatsächlich nur die Dauer der Gliedschaft. Das zeigt sich am besten an dem zweiten Fall. Dieser weist die Gesellschaftsform des § 736 BGB. auf, und diese Form werden wohl die meisten Kartellvereinigungen tragen, soweit sie eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts darstellen. In dem zweiten Falle ist nur für die Dauer der Gliedschaft eine Regelung getroffen. Will ein Gesellschafter ausscheiden, so muß er spätestens zwei Monate vor dem 1. April 1914 kündigen. Erst mit der Kündigung wird seine Gliedschaft zeitlich begrenzt, erst mit der Kündigung setzt er ihr den Endpunkt; diesen aber kann er nicht anders setzen als auf den 1. April 1914. Kündigt er nicht, so ist es nicht an dem, daß nun seine Gliedschaft am 1. April 1917 erlischt. Wann sie erlischt, ist ganz ungewiß; Gewißheit tritt erst dann ein, wenn eine rechtzeitige Kündigung erfolgt ist. Daraus ergibt sich, daß in dem eben behandelten Fall die Gliedschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen ist. Es ergibt sich aber auch, daß die Dauer der Gliedschaft gar keinen Einfluß auf die Dauer des Gesellschaftskörpers hat. Mögen von 30 Gesellschaftern 28 kündigen, so setzen die übrigen zwei die Gesellschaft fort, solange es ihnen beliebt. Sie können neue Gesellschafter aufnehmen, Austritt und Eintritt kann wechseln, es können sogar Gesellschafter auf genau bestimmte Zeit eintreten; allein alles das berührt nicht die Dauer des Gesellschaftskörpers; dieser dauert, solange er selber will. Seine Zeitdauer ist unbestimmt.

Ganz genau so verhält sich die Sache in dem Pinner'schen Falle, wenn er die Gesellschaftsform des § 736 BGB. hat. Hat er die andere Form, so hat die rechtzeitige Kündigung eines Gesellschafters allerdings das Ende des Gesellschaftskörpers, des Kartells zur Folge. Das Ende kann eintreten am 1. Januar 1920, 1925, 1930 usw., aber nur an einem dieser Tage. Daß es eintritt, ist aber von vornherein nicht gewiß, und daher weiß man im voraus auch nicht, ob es an einem dieser Tage eintritt; es hängt davon ab, ob ein Gesellschafter kündigt oder nicht. Es ist also ganz ungewiß, wann das Ende eintritt, und damit ist die Gesellschaft auch im Pinner'schen Falle auf unbestimmte Zeit eingegangen.

In beiden Fällen regelt also die in den Verträgen getroffene Zeitbestimmung nicht die Zeitdauer des Gesellschaftskörpers, sondern nur die Zeitdauer der Gliedschaft, aber auch nur in dem Sinne, daß er die Zeitdauer der Gliedschaft unbestimmt läßt. Aber die Zeitdauer des Gesellschaftskörpers ist in Wirklichkeit gar nichts gesagt, sie ist also ebenfalls nicht bestimmt.

Die Fälle liegen genau so wie in einem Dienst- oder Mietvertrag, für den kein Endtermin vorgesehen ist, der aber, wenn er gekündigt wird, nur auf einen bestimmten Zeitpunkt gekündigt werden kann. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß es in den streitigen Kartellverträgen heißt, daß sie bis zum 1. April 1914 und 1. Januar 1920 dauern. Diese Grenze ist nur scheinbar, in Wirklichkeit ist, wie gezeigt, keine vorhanden. Sie wird erst gezogen, wenn rechtzeitig gekündigt wird.

Mag also der Ausdruck Gesellschaft in § 723 a. a. D. im Sinne von Gesellschaftskörper gemeint sein, was wohl im Zusammenhang mit den übrigen Paragraphen des Abschnittes, in denen er auch gebraucht wird, das Richtige sein wird, oder im Sinne von Gliedschaft, auf jeden Fall ist die Zeitdauer unbestimmt.

Es liegt auf der Hand, daß die für die Dauer der Gliedschaft getroffenen Bestimmungen, daß nur auf den 1. April 1914, 1917 usw. und 1. Januar 1920, 1925 usw. gekündigt werden kann, das Recht der sofortigen Kündigung erheblich einschränken. Sie sind also nach § 723 Abs. II a. a. D. nichtig. Bei der Wichtigkeit, die diese Teilbestimmung für Kartellverträge hat, darf ohne weiteres angenommen werden, daß ihre Nichtigkeit die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nach sich zieht.

Es ist nicht zu leugnen, daß dieses Ergebnis, wirtschaftlich betrachtet, nicht recht befriedigt. Allein juristisch wird man, ohne den Gesetzesbestimmungen Zwang anzutun, wohl kaum zu einem anderen gelangen können. Denn die Bestimmung des § 723 BGB. ist sehr klar und entschieden gehalten. Man darf aber ohne weiteres zugeben, daß sie unseren heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen und insbesondere einem gesunden Kartellgedanken nicht gerecht wird; sie kann sogar für die Entwicklung des Kartellrechts ein arger Hemmschuh werden. Doch, wie dem auch sein mag, für die Praxis wird es vor allem darauf ankommen, wie sich das RG. zu der Frage stellt.

In dem zweiten der oben erwähnten Fälle hat das OLG. Augsburg im Gegensatz zum Landgericht im Sinne Flecktheims und Pinner's entschieden. Gegen die Entscheidung ist Revision zum RG. eingelegt. Dessen Spruch wird also nicht mehr lange auf sich warten lassen.

Die behördliche Mitwirkung bei der Gehlichkeits- erklärung und der Annahme an Kindes Statt im deutschen internationalen Privatrecht.

Von Dr. Leo Sternberg, Rechtsanwalt am Kammergericht.

Obwohl gerade die Gehlichkeitserklärung und die Annahme an Kindes Statt in der Literatur des deutschen internationalen Privatrechts eine besonders eingehende Erörterung erfahren haben,¹⁾ bestehen doch über die Notwendigkeit und die Art der behördlichen Mitwirkung bei diesen Akten im Falle der Be-

¹⁾ Vgl. außer den Erörterungen in den bekannten Kommentaren zum BGB. und den systematischen Darstellungen des deutschen internationalen Privatrechts: Ritter, Gehlichkeitserklärung und Adoption im deutschen internationalen Privatrecht in der Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht, Bd. 14 S. 434 ff.

teilung von Ausländern zahlreiche Zweifel. Insbesondere ist auf folgende Fragen noch keine grundsätzliche Antwort gefunden worden: I. In welchen Fällen ist zur Wirksamkeit einer Ehelichkeitserklärung oder einer Annahme an Kindes Statt in Deutschland eine behördliche Mitwirkung notwendig? II. Ist, falls nach dem deutschen internationalen Privatrecht eine behördliche Mitwirkung notwendig ist, die Mitwirkung einer deutschen oder die einer fremden Behörde erforderlich und ausreichend? Aufgabe dieses Aufsatzes soll es sein, eine Antwort auf die beiden erwähnten Fragen zu suchen.

I. Nach dem BGB. kommen bei der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindes Statt folgende Akte behördlicher Mitwirkung in Betracht: die Verfügung der Staatsgewalt, durch welche die Ehelichkeitserklärung erteilt wird (§§ 1723, 1736), die Bestätigung des Adoptionsvertrags (§§ 1741, 1754), die Befreiung vom Altershindernis (§§ 1744, 1745), die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1726, 1727, 1728, 1750, 1751). Alle diese Akte bilden ein materielles Erfordernis für den Eintritt der beabsichtigten Änderung der familienrechtlichen Stellung des zu legitimierenden oder zu adoptierenden Kindes. Die früher mehrfach in der Literatur vertretene Ansicht, daß die gesetzliche Bestimmung, die eine gerichtliche Bestätigung des Annahmevertrags vorschreibt, nur die Form der Annahme betreffe, ist mit der herrschenden Meinung abzulehnen.²⁾ Aus dieser Bedeutung der nach BGB. erforderlichen behördlichen Mitwirkung ergibt sich, daß der im Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. ausgesprochene Grundsatz „locus regit actum“ auf die behördliche Mitwirkung bei der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindes Statt nicht angewendet werden kann, da die behördliche Mitwirkung bei diesen Akten, welcher Art sie auch sein mag, nicht die Erfüllung einer für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form bedeutet, sondern ein materielles Erfordernis der beabsichtigten Rechtsänderung bildet.³⁾ Die Frage, ob eine behördliche Mitwirkung notwendig ist, kann daher nicht nach dem Rechte des Ortes beurteilt werden, an dem das betreffende Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Diese Frage ist vielmehr in jedem einzelnen Falle für jeden der in Betracht

²⁾ Die gerichtliche Bestätigung eines Annahmevertrags ist ebenso wenig eine Form des Annahmevertrags wie die zum Zwecke der Herbeiführung einer rechtlichen Änderung im Liegenschaftsrechte bewirkte Eintragung in das Grundbuch eine Form der mit der Eintragung im Zusammenhang stehenden Einigung ist. Ebenso wie Einigung und Eintragung materielle Erfordernisse der Rechtsänderung im Gebiete des Liegenschaftsrechts sind, sind Abschluß eines Annahmevertrags und dessen gerichtliche Bestätigung materielle Erfordernisse der Annahme an Kindes Statt und der damit verbundenen Änderung der familienrechtlichen Stellung des Kindes.

³⁾ Zu weit geht Niemeyer (das internationale Privatrecht des BGB. S. 159), wenn er die Geltung des Art. 11 Abs. 1 Satz 2 auch für die privaten Willenserklärungen (Antrag auf Einwilligung bei der Ehelichkeitserklärung, Annahmevertrag und Einwilligung bei der Annahme an Kindes Statt) ausschließt und somit im Falle einer nach deutschem Rechte zu beurteilenden Ehelichkeitserklärung oder Annahme an Kindes Statt für diese Erklärungen die Beachtung der im BGB. enthaltenen Formvorschriften verlangt, auch wenn die *lex loci* sich mit formlosen Erklärungen begnügt. Gegen Niemeyer vgl. Staudinger Ann. 5 B, Habicht-Greif, Ann. II 2 b, Planck Ann. 4, Niedner Ann. 4 c zu Art. 22 EGBGB.

kommenden Akte der behördlichen Mitwirkung besonders zu prüfen und verschieden zu beurteilen, je nachdem ob nur der Vater (oder der Annehmende) oder nur das zu legitimierende (oder das zu adoptierende) Kind oder keiner der beiden Teile die Reichsangehörigkeit besitzt.

1. Besitzt nur der Vater oder der Annehmende die Reichsangehörigkeit, so bestimmt sich gemäß Art. 22 Abs. 1 EGBGB. die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt nach den deutschen Gesetzen. Daraus folgt, daß die Ehelichkeitserklärung durch eine Verfügung der Staatsgewalt (§ 1723) die Annahme an Kindes Statt durch einen Vertrag erfolgt, der der gerichtlichen Bestätigung bedarf (§§ 1741, 1744). Weiter ergibt sich aus der Anwendung der deutschen Gesetze, daß der Annehmende der Befreiung bedarf, wenn er nicht das 50. Lebensjahr vollendet hat und mindestens 18 Jahre älter ist als das Kind, oder wenn auch nur eine dieser beiden Voraussetzungen fehlt (§§ 1744, 1745).

Die Frage, inwieweit nach deutschem internationalen Privatrecht im Falle der Reichsangehörigkeit des Vaters oder des Annehmenden eine behördliche Mitwirkung notwendig ist, läßt sich demnach ohne Schwierigkeit beantworten, soweit die Erteilung der Ehelichkeitserklärung, die gerichtliche Bestätigung des Annahmevertrags und die Befreiung von dem Altershindernis in Betracht kommt. Dagegen bestehen über die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erhebliche Zweifel.

Bestritten ist zunächst schon, nach welchem Rechte zu beurteilen ist, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung des Kindes und seiner Verwandten notwendig ist. Es bestehen nämlich Zweifel darüber, ob die Vorschrift des Art. 22 Abs. 2 EGBGB. auf den hier zur Erörterung stehenden Fall, daß der Vater oder der Annehmende die Reichsangehörigkeit besitzt, während das Kind einem fremden Staate angehört, entsprechend anzuwenden ist.⁴⁾ Art. 22 Abs. 2 trifft seinem Wortlaute nach nur den umgekehrten Fall, daß der Vater oder der Annehmende einem fremden Staate angehört, während das Kind die Reichsangehörigkeit besitzt, und bestimmt für diesen Fall, daß die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt unwirksam ist, wenn die nach den deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnisse steht, nicht erfolgt ist. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf den hier zur Erörterung stehenden Fall würde dazu führen, daß deutsche Gerichte eine Ehelichkeitserklärung oder eine Annahme an Kindesstatt auch dann als unwirksam ansehen müßten, wenn zwar die nach dem Heimatsrechte des Vaters oder des Annehmenden — dem deutschen Rechte — erforderlichen Einwilligungen des Kindes und seiner Verwandten erklärt worden sind, aber die etwa weitergehenden Vorschriften des Heimatsrechts des Kindes über die Notwendigkeit der Einwilligung des Kindes oder seiner Verwandten nicht erfüllt sind. Gehört z. B. das zu adoptierende Kind, das zur Zeit der Ehelichkeitserklärung noch nicht das 14., wohl aber das 12. Lebensjahr vollendet hat, dem Staate Newyork an, dessen Gesetz entgegen der Vorschrift des § 1750 Abs. 1 BGB. die Einwilligung des Kindes für erforderlich

⁴⁾ Vgl. Staudinger Ann. II 7 b zu Art. 22 EGBGB. und die dort angeführten Schriftsteller.

erklärt, sobald das Kind das 12. Lebensjahr vollendet hat, so würde, sofern die entsprechende Anwendung des Art. 22 Abs. 2 EGBGB. anzunehmen ist, der Annahmevertrag nicht bestätigt werden können, wenn nicht das Kind, sondern nur dessen gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Einwilligung zur Annahme erteilt hat.

Die Ansicht, welche die Anwendung des Art. 22 Abs. 2 nicht auf deutsche Kinder beschränken will, sondern für die Einwilligung des Kindes und seiner Verwandten allgemein das Heimatsrecht des Kindes für maßgebend erklärt, ist abzulehnen. Daß diese Ansicht dem Willen des Gesetzes nicht entspricht, geht deutlich aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Art. 22 hervor. Im Entwurf I § 14 war bestimmt, daß „die Legitimation (und entsprechend auch die Annahme an Kindes Statt) beurteilt wird in Ansehung des Vaters nach den Gesetzen des Staates, welchem der Vater, in Ansehung des Kindes nach den Gesetzen des Staates, welchem das Kind zur Zeit der Legitimation angehört“. In den §§ 2253, 2254 der II. Kommission findet sich diese Vorschrift in folgender Fassung wieder: „Die Legitimation eines unehelichen Kindes wird nach den Gesetzen des Staates beurteilt, welchem der Vater zur Zeit der Legitimation angehört. Das Erfordernis der Einwilligung des Kindes oder der Einwilligung Dritter, zu denen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnisse steht, bestimmt sich nach den Gesetzen des Staates, welchem das Kind zur Zeit der Legitimation angehört.“ Entsprechendes sollte nach den Beschlüssen der II. Kommission für die Annahme an Kindesstatt gelten. Die Vorschriften des I. Entwurfes und der II. Kommission enthalten demnach sogenannte vollkommene Kollisionsnormen, mit anderen Worten, sie bestimmten nicht nur den Geltungsbereich der deutschen Gesetze, sondern gaben auch an, welche fremden Gesetze Anwendung finden sollen in Fällen, in denen die Anwendung der deutschen Gesetze ausgeschlossen ist. Diese vollkommene Kollisionsnormen sind im Bundesrat in einseitige Kollisionsnormen umgewandelt worden, da Art. 22 EGBGB. nur bestimmt, unter welchen Umständen die deutschen Gesetze anzuwenden sind, während er darüber schweigt, welche Gesetze sonst anzuwenden sind.

Zugegeben muß nun allerdings werden, daß trotz dieser Umwandlung der vollkommene in einseitige Kollisionsnormen aus Art. 22 Abs. 1 EGBGB. der Grundsatz zu entnehmen ist, daß sich die Ehelichkeitserklärung an Kindes Statt immer nach dem Heimatsrechte des Vaters oder des Annehmenden bestimmt, gleichgültig, welchem Staate dieser angehört.⁵⁾ Die Vertreter der gegnerischen Ansicht, die, was dem Abs. 1 Art. 22 recht ist, dem Abs. 2 als billig zuerkennen wollen, übersehen aber, daß die Verhältnisse nicht gleich liegen, da hinsichtlich der in Abs. 2

Art. 22 enthaltenen Vorschrift der Bundesrat sich nicht damit begnügt hat, aus einer vollkommenen eine einseitige Kollisionsnorm zu machen, sondern auch in anderer Beziehung Änderungen vorgenommen hat. Hätte der Bundesrat nichts anderes tun wollen, als § 2253 der II. Kommission in eine einseitige Kollisionsnorm umwandeln, so hätte er die Fassung des Satz 2 § 2253 dahin geändert, daß das Erfordernis der Einwilligung des Kindes oder der Dritten, zu denen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnisse steht, sich, wenn das Kind die Reichsangehörigkeit besitzt, nach den deutschen Gesetzen bestimmen soll. Wie lautet nun aber Abs. 2 Art. 22? Dort ist nichts darüber gesagt, nach welchem Rechte sich im Falle der Reichsangehörigkeit des Kindes die Einwilligung des Kindes und der Personen richten soll, zu denen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnisse steht; es ist vielmehr nur angeordnet, daß im Falle der Reichsangehörigkeit des Kindes, welches Recht im übrigen auch immer Anwendung finden mag, zur Wirksamkeit der Ehelichkeitserklärung oder der Annahme an Kindes Statt in Deutschland unbedingt notwendig ist, daß die nach deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes und seiner Verwandten erfolgt ist. Behält man dies im Auge, so kommt man zu dem Schlusse, daß durch die Bestimmung des Art. 22 Abs. 2 an dem aus Abs. 1 Art. 22 zu entnehmenden Grundsatz, daß für die Ehelichkeitserklärung und die Annahme an Kindes Statt das Heimatsrecht des Vaters oder des Annehmenden maßgebend ist, nichts geändert, sondern nur für deutsche Kinder ein besonderer Schutz geschaffen werden darf. Da die verschiedene Beurteilung der in Abs. 1 und Abs. 2 Art. 22 enthaltenen Vorschriften demnach auf guten Gründen beruht, so muß es als ungerechtfertigt zurückgewiesen werden, wenn Ritter a. a. O. S. 453 behauptet, daß eine solche verschiedene Auslegung der beiden in Frage stehenden Vorschriften „sich mit den Gesetzen der logischen Interpretation in Widerspruch setze, indem sie die einseitige Kollisionsnorm des ersten Absatzes im Wege der Analogie zur vollkommenen erweiteren, aber der einseitigen Kollisionsnorm des 2. Absatzes die entsprechende Erweiterungsfähigkeit abspreche“.

Ist die Vorschrift des Abs. 2 Art. 22 demnach einer Verallgemeinerung nicht fähig, so gilt für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung des Kindes und seiner Verwandten notwendig ist, der aus Abs. 1 Art. 22 zu entnehmende Grundsatz, daß nicht das Heimatsrecht des Kindes, sondern das des Vaters oder des Annehmenden maßgebend ist. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß das Heimatsrecht des Vaters oder des Annehmenden — im vorliegenden Falle das deutsche Recht — hinsichtlich der bezeichneten Frage auf ein anderes Recht verweist.

Soweit die Einwilligung der Eltern oder, falls das Kind unehelich ist, der Mutter des zu legitimierenden oder des zu adoptierenden Kindes in Frage kommt, ist dies durch die Art. 19, 20 EGBGB. geschehen. Die Frage, ob eine Einwilligung der Eltern oder der unehelichen Mutter⁶⁾ des Kindes erforderlich ist, betrifft das Rechtsverhältnis zwischen dem Kinde

⁵⁾ So auch Niemeyer a. a. O. S. 158, Pland Ann. 5, Staudinger Ann. II 1, Habicht-Greif Ann. III zu Art. 22 EGBGB., Entscheidung des RG. vom 28. Mai 1901 in DLZ. 3, 85. — Von einer Begründung dieser allgemein anerkannten Ansicht und überhaupt von einem Eingehen auf die verschiedenen Theorien darüber, wie die Lücken in den Bestimmungen des EGBGB. über das internationale Privatrecht auszufüllen sind, soll abgesehen werden, weil dies über den Rahmen dieses Aufsatzes hinausgehen würde, und eine Stellungnahme zu den erwähnten Theorien für die Beantwortung der hier zur Erörterung stehenden Fragen nicht notwendig ist.

⁶⁾ In den folgenden Ausführungen wird die Mutter eines unehelichen Kindes der Kürze halber als „uneheliche Mutter“ bezeichnet.

und seinen Eltern oder seiner unehelichen Mutter, das in entsprechender Anwendung der Art. 19, 20 nach den Gesetzen des Staates zu beurteilen ist, dem die Eltern oder die Mutter angehören. Es könnte nun hiergegen vielleicht der Einwand erhoben werden, daß durch die Art. 19, 20 nur diejenigen, das Rechtsverhältnis der Eltern oder der unehelichen Mutter zu ihrem Kinde betreffenden Fragen dem Heimatsrechte der Eltern oder der Mutter unterstellt worden seien, welche im BGB. an der Stelle behandelt sind, die der Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen den Eltern oder der unehelichen Mutter und dem Kinde im besonderen gewidmet ist, während für die übrigen Fragen, die sich aus diesem Rechtsverhältnis ergeben, eine allgemeine Kollisionsnorm im EGBGB. nicht gegeben sei. Würde man dieser Ansicht folgen, so würde man wohl die das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind berührenden Fragen, die sich bei der Ehelichkeitserklärung und der Annahme an Kindes Statt ergeben, nach dem aus Art. 22 Abs. 1 zu entnehmenden Grundsatz dem Heimatsrechte des Vaters oder des Annehmenden unterstellen müssen. Diese Ansicht ist aber abzulehnen; denn, wenn die einseitigen Kollisionsnormen der Art. 19, 20 — wie allgemein anerkannt wird — dahin zu erweitern sind, daß für das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern oder der unehelichen Mutter und ihrem Kinde immer das Heimatsrecht der Eltern oder der Mutter maßgebend ist, so kann unmöglich aus dem Umstande, daß im BGB. nicht alle das genannte Rechtsverhältnis betreffenden Fragen an einer Stelle behandelt sind, die Folgerung gezogen werden, daß der aus den Art. 19, 20 zu entnehmende Grundsatz für einzelne dieser Fragen keine Geltung haben soll. Vielmehr muß man annehmen, daß alle Fragen, die das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind betreffen, immer nach dem Heimatsrechte der Eltern oder, falls es sich um ein uneheliches Kind handelt, der Mutter zu beurteilen sind, gleichgültig an welcher Stelle des im einzelnen Falle in Betracht kommenden Gesetzes sie ihre Regelung gefunden haben. Nach dem Heimatsrechte der Eltern oder der Mutter ist demnach auch die Frage zu beurteilen, ob die Eltern oder die uneheliche Mutter ihre Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung oder zur Annahme an Kindes Statt zu geben haben, und ob und in welcher Weise das Vormundschaftsgericht dabei zur Mitwirkung berufen ist, insbesondere auch, ob das Vormundschaftsgericht unter gewissen Voraussetzungen die Einwilligung der Eltern oder der Mutter ersetzen kann (vgl. z. B. § 1727 BGB.).

Ebenso wie durch die Vorschriften der Art. 19, 20 hinsichtlich der Einwilligung der Eltern oder der unehelichen Mutter auf das Heimatsrecht der Eltern oder der Mutter verwiesen ist, ist durch die Vorschrift des Art. 7 EGBGB. hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten auf das Heimatsrecht jedes einzelnen der Beteiligten verwiesen.⁷⁾ Daß der aus Art. 7

⁷⁾ Um Mißverständnisse zu vermeiden, sei bemerkt, daß die Vorschrift, daß eine bestimmte Erklärung persönlich abgegeben werden muß, also weder eine gesetzliche noch eine gewillkürte Vertretung zulässig ist, nichts mit der Frage der Geschäftsfähigkeit zu tun hat. Daraus folgt, daß, wenn die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt nach deutschem Rechte zu beurteilen ist, die Vorschriften des § 1728 oder der §§ 1748 Abs. 2, 1750 Abs. 1 auch dann gelten müssen, wenn nach dem Heimatsrechte der im einzelnen Falle die Erklärung abgebenden Person bei Abgabe der in Betracht kommenden

Abs. 1 zu entnehmende Grundsatz der Geltung des Heimatsrechts auch für familienrechtliche Geschäfte gilt, ist durch die Vorschrift des Abs. 3 Art. 7 zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, da dort bestimmt ist, daß, soweit familienrechtliche Geschäfte in Betracht kommen, die Geschäftsfähigkeit ausnahmslos nach dem Heimatsrechte des Beteiligten zu beurteilen ist.

Zweifelhaft ist, nach welchem Rechte bei mangelnder Geschäftsfähigkeit die Frage zu beantworten ist, in welcher Weise die Willensergänzung stattzufinden hat. Dreierlei Rechte können hierfür in Betracht kommen: in erster Reihe das Heimatsrecht desjenigen, welcher das Rechtsgeschäft vornimmt, in zweiter Reihe das Recht, welches für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis, also für die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt, maßgebend ist und in dritter Reihe das Recht des Staates, dem der Inhaber der elterlichen Gewalt angehört, oder, falls die geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person nicht unter elterlicher Gewalt steht, des Staates, von dessen Behörde eine Vormundschaft über die geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person geführt wird.

Unbedingt abzulehnen ist die Anwendung des an dritter Stelle erwähnten Rechtes, weil es ein verschiedenes Recht sein würde, je nachdem, ob die geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person unter elterlicher Gewalt steht oder nicht. Zwar könnte man sich für die Anwendbarkeit des Rechtes desjenigen Staates, von dessen Behörde eine Vormundschaft über den Beteiligten geführt wird, mit einem gewissen Scheine von Recht auf den im internationalen Privatrechte geltenden Grundsatz stützen, daß für die Führung der Vormundschaft und mithin auch für die Frage, ob zur Willensergänzung des Bevormundeten eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts notwendig ist, nicht das Heimatsrecht des Bevormundeten, sondern das Recht des Staates maßgebend ist, dessen Behörde die Vormundschaft führt;⁸⁾ — einen Grundsatz, der auch in der Haager Konvention vom 12. Juni 1902 zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige zum Ausdruck gekommen ist, da in Art. 3 dieser Konvention bestimmt ist, daß für die Anordnung und die Führung der Vormundschaft über einen Minderjährigen, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Auslande hat, das Gesetz des Aufenthaltsorts maßgebend ist, sofern nicht im Heimatsstaate eine Vormundschaft angeordnet ist, oder der von dem Heimatsstaate ermächtigte diplomatische oder konsularische Vertreter die Fürsorge übernommen hat. Auf diesem Grundsatz beruhen auch die Vorschriften des Art. 23 EGBGB. und des § 97 Abs. 2 ZGB., die eine Vormundschaftsgerichtliche Tätigkeit deutscher Gerichte in Ansehung von Ausländern vorsehen, wie auch die Vorschrift des § 47 ZGB., die eine

Willenserklärung eine Vertretung gestattet ist. Eine Ausnahme muß allerdings gemacht werden für die Einwilligung der Mutter bei der Ehelichkeitserklärung (§§ 1726 Abs. 1 Satz 1, 1728) sowie für die Einwilligung der Eltern oder der unehelichen Mutter bei der Annahme an Kindes Statt (§ 1747); denn, ebenso wie die Frage, ob überhaupt eine solche Einwilligung notwendig ist, richtet sich natürlich auch die Frage, ob die Einwilligung persönlich erklärt werden muß oder ob eine Vertretung zulässig ist, nach dem Heimatsrechte der Eltern oder der unehelichen Mutter.

⁸⁾ Vgl. Staudinger Ann. 2 am Ende zu Art. 23 EGBGB.

über einen Deutschen im Auslande geführte Vormundschaft anerkennt. Man muß aber annehmen, daß das Recht des Staates, von dem die Vormundschaft über einen nicht dem gleichen Staate angehörenden Minderjährigen geführt wird, nur für solche Angelegenheiten maßgebend ist, die dem eigentlichen Vormundschaftsrecht angehören; nicht dagegen auch für Angelegenheiten der hier in Betracht kommenden Art, die außerhalb des Gebiets des eigentlichen Vormundschaftsrechts liegen, zumal sie für die öffentlich-rechtliche Stellung des Kindes von der erheblichsten Bedeutung sind.⁹⁾

Weiterhin ist abzulehnen die Anwendung des Rechtes, das für die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt maßgebend ist. Daß das Recht, welches für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend ist, für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit der an dem Rechtsgeschäfte beteiligten Personen grundsätzlich ohne Bedeutung ist, geht deutlich aus der im Art. 7 Abs. 3 GGWB. enthaltenen Vorschrift hervor. Dort ist bestimmt, daß ein Ausländer für ein Rechtsgeschäft, das er im Inlande vornimmt, insoweit als geschäftsfähig gilt, als er nach den deutschen Gesetzen geschäftsfähig sein würde. Dabei ist aber nicht Voraussetzung, daß das Rechtsverhältnis, das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildet, den deutschen Gesetzen unterworfen ist;¹⁰⁾ und es ist unerheblich, welche Anforderungen bezüglich der Geschäftsfähigkeit dasjenige fremde Recht stellt, welches für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend ist.

Danach bleibt nichts anderes übrig, als in erweiterter Anwendung des Art. 7 die Willensergänzung bei mangelnder Geschäftsfähigkeit nach dem Heimatsrechte des betreffenden Beteiligten zu beurteilen.¹¹⁾ Danach ist das Heimatsrecht jedes einzelnen der Beteiligten dafür maßgebend, unter welchen Voraussetzungen er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Zu unterscheiden von der Frage, unter welchen Voraussetzungen zur Willensergänzung eines Beteiligten eine Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters erforderlich ist, ist die andere Frage, wem im einzelnen Falle die gesetzliche Vertretung zukommt. Die letztere Frage ist nicht immer nach dem Heimatsrechte desjenigen zu beurteilen, dessen Willen wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit einer Ergänzung bedarf. Vielmehr wird immer zunächst zu prüfen sein, ob das Recht zur Vertretung dieser Person nach dem Heimatsrechte ihrer Eltern einem Elternteil oder, wenn es sich um ein uneheliches Kind handelt, nach dem Heimatsrechte

der Mutter dieser zusteht; denn die Frage, ob ein Elternteil oder die uneheliche Mutter das Recht zur Vertretung des Kindes hat, betrifft das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern oder der unehelichen Mutter und dem Kinde und ist deshalb nach dem Heimatsrechte der zuletzt genannten Personen zu beurteilen. Steht nach dem Heimatsrechte dieser Personen ihnen eine Vertretung nicht zu, oder ist der Beteiligte, dessen Willen einer Ergänzung bedarf, elternlos, so ist die Frage, wer zur Vertretung berechtigt ist, nach dem Rechte zu beurteilen, das für die Frage der Willensergänzung bei mangelnder Geschäftsfähigkeit maßgebend ist, also nach dem Heimatsrechte des geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Beteiligten.

Ob zur Willensergänzung eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts notwendig ist, ist, wenn die Vertretung einem Elternteile oder der unehelichen Mutter zusteht, nach dem Heimatsrechte dieser Personen, andernfalls nach dem Heimatsrechte des geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Beteiligten zu beurteilen; denn im ersteren Falle bedeutet die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts eine Beschränkung des aus der elterlichen Gewalt sich ergebenden Rechtes zur Vertretung des Kindes, hängt also mit dem Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kind zusammen, während im zweiten Falle lediglich die Ersetzung der mangelnden Geschäftsfähigkeit durch das Eingreifen einer staatlichen Behörde in Frage steht.

Eine andere Ansicht über die Frage, nach welchem Gesetze sich die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bestimmt, ist in den Prot. 6, 65 vertreten. Dort ist aus der zutreffenden Ansicht, daß für die Willensergänzung des zu legitimierenden oder des zu adoptierenden Kindes grundsätzlich das Heimatsrecht des Kindes maßgebend sei, die Folgerung gezogen, daß auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach dem Heimatsrechte des Kindes zu beurteilen sei.¹²⁾ Mit Recht hat das RG. in der bei Johow Bd. 39 A S. 189 ff. abgedruckten Entscheidung darauf hingewiesen, daß der Satz: „das Gesetz, welches für die Geschäftsfähigkeit maßgebend sei, entscheide auch im Punkte der Willensergänzung“ in dieser Allgemeinheit nicht als zutreffend anzuerkennen sei. In Übereinstimmung mit den obigen Ausführungen hat das RG. unterschieden, ob es sich bei der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts um eine Frage der Geschäftsfähigkeit oder um eine Frage des Eltern- und Kindesverhältnisses handelt, und im ersten Falle das Heimatsrecht des Kindes, im zweiten Falle das Heimatsrecht der Eltern für anwendbar erklärt. Nicht beipflichtet kann aber der weiteren Ausführung des RG. in der angeführten Entscheidung werden, daß es sich bei der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bei der Ehelichkeitserklärung oder Annahme an Kindes Statt im Falle mangelnder Geschäftsfähigkeit des Kindes niemals um eine Frage des Eltern- und Kindesverhältnisses handele, die dem Heimatsrechte der Eltern unterworfen sei, sondern mit Rücksicht darauf, daß der eigene Willensentschluß des Kindes im Vordergrund stehe, ausschließlich

⁹⁾ Vgl. Habicht-Greif Anm. IV zu Art. 23 GGWB.

¹⁰⁾ Ein in der II. Kommission gestellter Antrag, der dies zur Voraussetzung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts machen wollte, ist abgelehnt worden. Vgl. Prot. 6, 29.

¹¹⁾ So auch Staudinger, Anm. B zu Art. 7 GGWB.: „Die Vorschrift des Abs. 1 (Art. 7) gilt sowohl für die Voraussetzungen als auch für die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit und auch für die Folgen dieser Zustände, als auch für die Voraussetzungen und Folgen der Geschäftsunfähigkeit. Für Deutschland kommen hauptsächlich §§ 104 bis 115 in Betracht“. Ferner Prot. 6, 65, wo ausgeführt wird, daß das Gesetz, welches für die Geschäftsfähigkeit maßgebend sei, auch im Punkte der Willensergänzung entscheide. Anderer Ansicht Habicht-Greif S. 56 unter g, wo diejenigen Gesetze für anwendbar erklärt werden, welche im einzelnen Falle für die Ehelichkeitserklärung oder den Annahmevertrag gelten.

¹²⁾ Nach Habicht-Greif S. 56 unter g soll das Recht desjenigen Staates entscheiden, von dessen Behörde die Vormundschaft geführt wird, während Ritter a. a. O. S. 464 das Recht desjenigen Staates für anwendbar hält, welchem der Einwilligungsberechtigte angehört.

um eine nach dem Heimatsrechte des Kindes zu beurteilenden Frage der Geschäftsfähigkeit; vielmehr ist anzunehmen, daß es sich um eine Frage des Eltern- und Kindesverhältnisses zwar dann nicht handelt, wenn das Recht zur Vertretung des Kindes einer anderen Person als einem Elternteile (etwa einem Vormunde) zusteht, wohl aber dann, wenn das Recht zur Vertretung einem Elternteile zusteht, da in diesem Falle in der Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eine Beschränkung des aus der elterlichen Gewalt sich ergebenden Rechtes zur Vertretung des Kindes liegt.

Das Ergebnis unserer Untersuchung über die Notwendigkeit einer behördlichen Mitwirkung bei einer Ehelichkeitserklärung oder einer Annahme an Kindes Statt, bei der ein deutscher Vater oder Annehmender und ein fremdes Kind beteiligt sind, können wir nach den obigen Ausführungen dahin zusammenfassen: Notwendig ist zur Ehelichkeitserklärung die Verfügung der Staatsgewalt, zur Annahme an Kindes Statt die gerichtliche Bestätigung des Annahmevertrags und zur Beseitigung des Altershindernisses aus § 1744 die Bewilligung der Befreiung. Ob zum Zwecke der Willensergänzung eines Beteiligten eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts notwendig ist, richtet sich, wenn die gesetzliche Vertretung des betreffenden Beteiligten einem Elternteile zusteht, nach dem Heimatsrechte des Elternteils, andernfalls nach dem Heimatsrechte des betreffenden Beteiligten. Die Frage, ob die Einwilligung der Eltern oder der unehelichen Mutter des zu legitimierenden oder zu adoptierenden Kindes durch eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden kann, richtet sich immer nach dem Heimatsrechte der Eltern oder der unehelichen Mutter.

2. Die in den obigen Ausführungen gewonnenen Grundsätze sind entsprechend anzuwenden, wenn nur das zu legitimierende oder zu adoptierende Kind, oder wenn keiner der beiden Teile die Reichsangehörigkeit besitzt. Insbesondere gilt in diesen Fällen für die Frage der Willensergänzung im Falle mangelnder Geschäftsfähigkeit eines der Beteiligten und der Notwendigkeit der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts genau das gleiche, was darüber oben unter 1. ausgeführt worden ist.

Die Frage, ob zur Ehelichkeitserklärung eine Verfügung der Staatsgewalt, zur Annahme an Kindes Statt eine gerichtliche Bestätigung des Annahmevertrages, und unter den Voraussetzungen des § 1745 die Bewilligung einer Befreiung notwendig ist, ist nach den Gesetzen des Heimatsstaates des Vaters zu beurteilen. Daraus ergibt sich, daß ein deutsches Gericht, bei dem ein Antrag auf Bestätigung eines von einem Ausländer mit einem deutschen oder einem ausländischen Kinde abgeschlossenen Annahmevertrags gestellt wird, zunächst prüfen muß, ob das für die Annahme maßgebende fremde Recht eine solche Bestätigung erfordert. Kommt es zu einer verneinenden Beantwortung dieser Frage, so ist der Antrag auf jeden Fall abzulehnen.¹³⁾ Ob andernfalls — wenn nach dem maßgebenden

fremden Rechte eine Bestätigung notwendig ist — die Bestätigung eines deutschen Gerichts ausreicht, wird unten unter 3 zu erörtern sein.

Auch für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Einwilligung des Kindes erforderlich ist, und ob das Kind persönlich mitwirken muß oder vertreten werden kann, ist das Heimatsrecht des Vaters oder des Annehmenden maßgebend. Besonders gilt jedoch nach Art. 22 Abs. 2 EGBGB. für die Adoption eines deutschen Kindes durch einen Ausländer.

Die Bedeutung des Art. 22 Abs. 2 liegt darin,¹⁴⁾ daß er zu den Erfordernissen, die das für die Ehelichkeitserklärung oder Annahme an Kindes Statt maßgebende Recht aufstellt, noch das besondere Erfordernis hinzufügt, daß die deutschen Vorschriften über die Einwilligung des Kindes oder seiner Verwandten beachtet sein müssen, wenn die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt in Deutschland wirksam sein soll. Daß lediglich darin die Bedeutung der im Art. 22 Abs. 2 enthaltenen Vorschrift liegt, wird meistens übersehen, da die Vorschrift des Art. 22 Abs. 2 von der herrschenden Meinung dahin ausgelegt wird, daß die Frage, ob die Einwilligung des Kindes und seiner Verwandten notwendig ist, sich nicht nach dem für die Ehelichkeitserklärung oder Annahme an Kindes Statt maßgebenden Heimatsrechte des Vaters oder des Annehmenden, sondern nach deutschem Recht richten soll.¹⁵⁾ Aus dieser verschiedenen Auffassung der im Art. 22 Abs. 2 enthaltenen Vorschrift ergeben sich erhebliche praktische Konsequenzen. Die gegnerische Auffassung wird eine unter Beachtung des § 1726 erfolgte Ehelichkeitserklärung nach deutschem Rechte für wirksam halten, auch wenn die strengeren Erfordernisse, die das für die Ehelichkeitserklärung maßgebende fremde Recht etwa für die Einwilligung des Kindes aufstellt, nicht erfüllt sind. Nach der hier vertretenen Auffassung würde dagegen eine solche Ehelichkeitserklärung nicht nur nach dem betreffenden fremden Rechte, sondern auch nach deutschem Rechte nichtig sein, da durch die Vorschrift des Art. 22 Abs. 2 der Grundsatz, daß das Heimatsrecht des Vaters oder des Annehmenden für die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt maßgebend ist, nicht außer Kraft gesetzt wird.

¹⁴⁾ Über die Form der nach Art. 22 Abs. 2 erforderlichen Einwilligungen ist nichts Besonderes bestimmt. Es gilt also die allgemeine Bestimmung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB., daß die Form sich entweder nach der „lex loci“ oder dem für die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt maßgebenden Gesetzen richtet. Adoptiert ein Amerikaner ein deutsches Kind und werden die hierzu nach Art. 22 Abs. 2 erforderlichen Erklärungen in Deutschland abgegeben, so sind diese Erklärungen gültig, wenn die Formvorschriften des deutschen oder des maßgebenden amerikanischen Gesetzes beobachtet sind. Demgegenüber wird von Planck Ann. 6 b zu Art. 22 EGBGB. verlangt, daß die Formvorschriften des BGB. beachtet werden, während die Anwendbarkeit des amerikanischen Rechtes in Ansehung der Formvorschriften ausgeschlossen wird. Diese Ansicht ist aber irrig; sie übersieht, daß die Ehelichkeitserklärung und die Annahme an Kindes Statt trotz der Vorschrift des Art. 22 Abs. 2 doch im ganzen dem Heimatsrechte des Vaters oder des Annehmenden untersteht, und daß somit auch für die Form der nach Art. 22 Abs. 2 erforderlichen Erklärungen in erster Reihe das Heimatsrecht des Vaters oder des Annehmenden maßgebend ist.

¹⁵⁾ Vgl. Planck, Ann. 6 zu Art. 22 EGBGB.

¹³⁾ Dies muß ganz besonders betont werden, da eine andere Praxis bei einzelnen preussischen Amtsgerichten besteht. Geht ein Antrag auf Bestätigung eines Annahmevertrages ein, so wird in der Regel nur geprüft, ob nach dem Heimatsrechte des Annehmenden die Erfordernisse für die Annahme erfüllt sind. Ist dies der Fall, so wird die Annahme in der Regel bestätigt, auch wenn das maßgebende fremde Recht eine solche Bestätigung nicht vorschreibt.

Zu beachten ist auch, daß, wenn im Art. 22 Abs. 2 bestimmt ist, daß die nach deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes oder seiner Verwandten vorhanden sein muß, unter den deutschen Gesetzen immer auch die Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechts verstanden sind. Daraus ergibt sich, daß, wenn die Eltern oder die uneheliche Mutter des zu adoptierenden oder des zu legitimierenden Kindes einem fremden Staate angehören, die Notwendigkeit der Einwilligung der Eltern oder der unehelichen Mutter nicht nach dem BGB., sondern in entsprechender Anwendung der in den Art. 19, 20 EGBGB. enthaltenen Vorschriften nach dem Heimatsrechte der Eltern oder der unehelichen Mutter zu beurteilen ist. Auch dies wird meistens übersehen, und es wird angenommen, daß, auch wenn die Eltern oder die uneheliche Mutter des zu adoptierenden oder des zu legitimierenden Kindes nicht die Reichszugehörigkeit besitzen, doch für die Einwilligung dieser Personen immer die Vorschriften des BGB. maßgebend sind.

II. Wir kommen nun zu der zweiten Frage, ob, wenn eine behördliche Mitwirkung notwendig ist, die Mitwirkung einer deutschen Behörde erforderlich und ausreichend ist. Zunächst muß hier einer in Dorners Kommentar zum FGG. (1899) S. 311 vertretenen Ansicht entgegengetreten werden, die einen Unterschied macht, je nachdem ob die Genehmigung der Ehelichkeitserklärung oder der Annahme an Kindes Statt durch die Behörde nach freiem Ermessen oder nur beim Fehlen eines gesetzlichen Erfordernisses verweigert werden kann. Im ersten Falle soll nach Dorner die Genehmigung ausschließlich dem Heimatsstaate des Vaters oder des Annehmenden zustehen; im zweiten Falle soll sie auch von der Behörde eines anderen Staates erteilt werden können. Zu diesem Ergebnisse kommt Dorner auf Grund der Annahme, daß die Genehmigung, wenn sie beim Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse erteilt werden müsse, nur eine Form sei und deshalb nach Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB. der „lex loci“ unterliege.¹⁶⁾ Daß diese Annahme unzutreffend ist, ist bereits oben dargelegt worden; mithin muß die grundsätzliche Beantwortung der hier erörterten Fragen, wie sie von Dorner versucht wird, weil von unrichtigen Voraussetzungen ausgehend, abgelehnt werden.

Ebenso wie bei der Erörterung der Frage, ob nach deutschem internationalen Privatrecht überhaupt eine behördliche Mitwirkung notwendig ist, zwischen der Ehelichkeitserklärung, der Bestätigung eines Annahmevertrags und der Befreiung von dem Altershindernis einerseits und der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung andererseits unterschieden worden ist, muß

¹⁶⁾ Dorner beruft sich für seine Ansicht auf v. Bar „Lehrbuch des internationalen Privatrechts“ S. 88 und „Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts“ S. 549. v. Bar führt aber an den von Dorner bezeichneten Stellen nur aus, daß für eine Genehmigung, die unter Umständen verweigert werden könne, der Grundsatz „locus regit actum“ jedenfalls nicht gelte. Dagegen spricht er nicht aus, daß dieser Grundsatz auf eine Genehmigung, die beim Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse erteilt werden müsse, anzuwenden sei in dem Sinne, daß diese Genehmigung ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Beteiligten von der Behörde des Staates erteilt werden könne, in dessen Bereich die für die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt erforderlichen Erklärungen abgegeben würden.

dies auch bei der Erörterung der Frage geschehen, ob die Mitwirkung einer deutschen oder einer fremden Behörde erforderlich und ausreichend ist.

1. Für die drei an erster Stelle genannten Akte der behördlichen Mitwirkung ist der Grundsatz aufzustellen, daß das für die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt maßgebende Recht, also das Heimatsrecht des Vaters oder des Annehmenden, darüber zu bestimmen hat, ob es die Mitwirkung einer Behörde des Heimatsstaates für notwendig hält oder sich mit der Mitwirkung der entsprechenden Behörde eines fremden Staates begnügt. Wenn in den maßgebenden Gesetzen nicht zweifelsfrei Abweichendes bestimmt ist, wird anzunehmen sein, daß die Zuständigkeit einer nicht dem Heimatsstaate des Vaters oder des Annehmenden angehörenden Behörde für diese Akte nicht anerkannt wird. Dies ergibt sich, soweit die Verfügung der Staatsgewalt bei der Ehelichkeitserklärung und die Befreiung vom Altershindernisse bei der Annahme an Kindes Statt in Betracht kommt, ohne weiteres aus der Natur dieser Akte als Gnadenakte. Soweit die gerichtliche Bestätigung des Annahmevertrags in Frage steht, ergibt es sich aus der Erwägung, daß ein Staat, der die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts wegen der sich daraus ergebenden wichtigen Folgen, insbesondere auch für das öffentliche Recht, von der Prüfung einer Behörde darüber abhängig macht, ob alle gesetzlichen Erfordernisse des betreffenden Rechtsgeschäfts vorliegen, in erster Reihe dabei an seine eigenen Behörden denkt und jedenfalls freie Hand haben muß, ob er diese Prüfung nur einer einheimischen Behörde anvertrauen oder auch der Behörde eines fremden Staates überlassen will.

Welche Stellung nimmt nun für den Fall, daß der Vater oder der Annehmende ein Deutscher ist, also das deutsche Recht für die Ehelichkeitserklärung oder die Annahme an Kindes Statt gilt, das deutsche Recht in dieser Frage ein? — Für die Erteilung der Ehelichkeitserklärung und die Bewilligung der Befreiung von dem Altershindernisse des § 1744 ist durch die §§ 1723 Abs. 2 und 3, 1745 Abs. 2 und 3 die ausschließliche Zuständigkeit der deutschen Behörden außer Zweifel gestellt. Dagegen könnte die Vorschrift des § 66 Abs. 1 FGG. zu Zweifeln darüber Anlaß geben, ob nicht die Bestätigung eines Annahmevertrags durch ein fremdes Gericht zulässig sei. Im § 66 Abs. 1 ist nämlich die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts für den Fall vorgesehen, daß ein im Inlande wohnhafter Ausländer einen Annahmevertrag abschließt. Kann man daraus folgern, daß das deutsche Recht im umgekehrten Falle, daß ein Deutscher im Auslande ein Kind annimmt, die Bestätigung des Annahmevertrags durch eine ausländische Behörde als ausreichend ansieht? Diese Frage ist zu verneinen; sie könnte nur bejaht werden, wenn das Gesetz sie selbst ausdrücklich im bejahenden Sinne beantworten würde. Das tut das Gesetz aber nicht, sondern trifft im Gegenteil in Abs. 2 des § 66 FGG. darüber Bestimmung, welches deutsche Gericht für die Bestätigung eines von einem deutschen Annehmenden im Auslande abgeschlossenen Annahmevertrags zuständig ist.

Zimmerhin wird durch die Vorschrift des § 66 Abs. 1 FGG. die oben vertretene Ansicht bestätigt, daß nach der Anschauung des deutschen internationalen Privatrechts das Heimatsrecht des Annehmenden dafür maßgebend ist, ob die Bestätigung des

Annahmevertrags nur durch eine einheimische Behörde oder auch durch die Behörde eines fremden Staates erfolgen kann, da die bezeichnete Vorschrift einem Ausländer, dessen Heimatsrecht die Bestätigung durch ein deutsches Gericht für ausreichend hält, ein Gericht für die Bestätigung zur Verfügung stellt.

2. Für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gilt der Satz, daß sie grundsätzlich von der Behörde desjenigen Staates zu erteilen ist, dessen Recht nach den obigen Ausführungen für ihre Notwendigkeit maßgebend ist. Jedoch kann das Recht, das die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vorschreibt, zugleich auch bestimmen, daß die Genehmigung der Behörde eines fremden Staates ausreicht, etwa des Staates, in dessen Bereiche sich derjenige Beteiligte aufhält, in dessen Interesse das Vormundschaftsgericht mitzuwirken hat.

Daß insbesondere das deutsche Recht die Anerkennung einer über einen Deutschen im Auslande geführten Vormundschaft nicht ausschließt, geht aus der Vorschrift des § 47 FGG. hervor, die bestimmt, daß die Anordnung einer Vormundschaft im Inlande unterbleiben kann, wenn über einen Deutschen die im BGB. erforderliche Vormundschaft im Auslande angeordnet ist, und daß ein inländisches Vormundschaftsgericht die Vormundschaft über einen Deutschen unter gewissen Voraussetzungen an einen fremden Staat abgeben kann. Unrichtig wäre aber, aus den angeführten Vorschriften des § 47 FGG. etwa den Schluß zu ziehen, daß nach deutschem Rechte eine über einen Deutschen im Auslande geführte Vormundschaft unbedingt anerkannt werden muß; vielmehr ist aus den genannten Vorschriften zu entnehmen, daß eine im Auslande über einen Deutschen geführte Vormundschaft in Deutschland nur dann anzuerkennen ist, wenn die fremde Behörde die Vormundschaft im Einverständnis oder doch wenigstens nicht im Widerspruche mit der zuständigen deutschen Behörde führt.¹⁷⁾

Wird über einen bei einer Eheleichkeitserklärung oder einer Annahme an Kindes Statt beteiligten Deutschen eine Vormundschaft im Auslande geführt, so wird man demnach, wenn eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Eheleichkeitserklärung oder Annahme an Kindes Statt notwendig ist, guttun, bei dem nach § 36 Abs. 2 FGG. zuständigen Vormundschaftsgericht die Anordnung einer Vormundschaft im Inlande zu beantragen. Lehnt das inländische Gericht sodann die Annahme der Vormundschaft unter Berufung auf § 47 Abs. 1 FGG. ab, so steht fest, daß sie mit der Führung der Vormundschaft durch die fremde Behörde einverstanden ist, woraus folgt, daß die durch das fremde Vormundschaftsgericht erteilte Genehmigung in Deutschland anerkannt werden muß.

III. Für die Praxis ergibt sich aus der Untersuchung über die an die Spitze dieses Aufsatzes gestellten Fragen die Notwendigkeit, in jedem Falle der Beteiligung eines Ausländers bei einer Eheleichkeitserklärung oder einer Annahme an Kindes Statt die in Betracht kommenden fremden Gesetze einem genaueren Studium zu unterziehen. Dieses Studium darf sich nicht auf das Heimatsrecht des Vaters oder des Annehmenden oder des zu legitimierenden oder zu adoptierenden Kindes beschränken,

sondern muß sich auch auf das Heimatsrecht der Eltern oder der unehelichen Mutter des Kindes (und unter Umständen auch der übrigen Beteiligten) erstrecken; denn nach diesem Rechte entscheiden sich, wie oben dargestellt worden ist, alle Fragen, die das Rechtsverhältnis des Kindes zu seinen Eltern oder seiner unehelichen Mutter betreffen. Insbesondere ist dieses Recht maßgebend für die Frage der Vertretung des Kindes durch seine Eltern oder seine uneheliche Mutter.

Weiterhin ergibt sich aus unserer Untersuchung, daß es nicht genügt, ein Gutachten über die materiellen Vorschriften des betreffenden fremden Rechtes einzufordern, die das Institut der Eheleichkeitserklärung oder der Annahme an Kindes Statt und das Rechtsverhältnis zwischen Eltern oder unehelicher Mutter und Kind regeln; es ist vielmehr notwendig, bei Einholung eines Gutachtens die Fragen, auf die es nach den obigen Ausführungen ankommt, genau zu präzisieren. Denn es ist denkbar, daß ebenso wie im deutschen Rechte auch in fremden Rechtsordnungen außerhalb der oben erwähnten materiellen Vorschriften Bestimmungen vorhanden sind, die einen Schluß darauf gestatten, ob die im einzelnen Falle maßgebende Rechtsordnung unbedingt die Mitwirkung einer eigenen Behörde verlangt, oder die Mitwirkung einer deutschen Behörde für ausreichend hält.

Vollstreckungsarten bei Leihmöbeln.

Von Landgerichtsrat Dr. Fromherz, Karlsruhe.

Verkäufe unter Eigentumsvorbehalt, insbesondere bei Abzahlungsgeäften, und Möbelleihverträge, gewöhnlich verbunden mit Sicherungsübereignungen, begegnen uns im neuzeitlichen Geschäftsleben mit steigender Häufigkeit. Die Frage nach dem richtigen und zweckmäßigen Wege der Vollstreckung in die daraus sich ergebenden Vermögensrechte des Schuldners beansprucht daher unvermindertes Interesse.¹⁾

Entgegen Kaufmann (GruchotsBeitr. 53, 325 und SächsArch. 1909, 326) und Flatau, S. 135, ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen (RG. 22, 270; 26, 104; 40, 290; 60, 72), daß das ohne Abfindung des Veräußerers erwirkte Sachpfandrecht unwirksam ist. Freilich besteht das Pfandrecht äußerlich und formell und die Unwirksamkeit muß, nötigenfalls durch Widerspruchsklage des dritten Eigentümers, geltend gemacht werden. Entgegen Immertwahr, DZ. 1905, 597, ist mit Flechtheim, RheinArch. 104 S. 276, 280, vgl. Kaufmann, SächsArch. S. 326/7, der Weg nicht für gangbar zu erachten, daß sich der Gläubiger gegen die Restzahlung von dem Abzahlungsverkäufer das Eigentum an der Sache übertragen läßt. Damit würde nicht nur der Veräußerer, solange der Erwerber ihm gegenüber seinen Verpflichtungen nachgekommen ist (§ 1 AbzG. vom 16. Mai 1894), in grober Weise gegen seine Vertragspflicht gegenüber dem

¹⁷⁾ So auch Staudinger Ann. 2, Habicht-Greif Ann. III 2 zu Art. 23 EGBGB.

¹⁾ Wegen der Literatur vgl. meine Beiträge in 33P. 38, 49; 39 S. 400, 469; DZ. 1908, 1398; BadApr. 1910, 65 und neuerdings Dr. Kaufmann, SächsArch. 1909, 326; Franke, 33P. 40, 461; Wilhelm Schmitz, Die Zwangsvollstreckung in Leihmöbel, Diss. Heidelberg 1911; Dr. G. Kühn, Die Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungsverkäufers und des Möbelleihers, 1913; JW. 1913, 191; Blach, JW. 1913, 80.

besitzenden Abzahlungskäufer oder Möbelleiher verstoßen, sondern es könnte auch, selbst wenn die Übergabe an den Gläubiger durch Abtretung des Herausgabeanspruchs im Sinne des § 931 BGB. ersetzt würde, der Gläubiger das Eigentum mangels guten Glaubens nicht erwerben; denn es könnte ihm nach Sachlage nicht verborgen bleiben, daß der Abzahlungsverkäufer durch die Eigentumsübertragung eine Verfügung trifft, zu der er nicht berechtigt ist (§§ 161, 934 BGB.). Er müßte sich selbst von dem Schuldner durch die Restzahlung abfinden lassen und wäre dann nicht sicher, ob nach Übergang des Eigentums auf den Schuldner die erforderliche nochmalige Sachpfändung noch zur rechten Zeit käme.

L

Die schrittweise Entwicklung der versuchten und vorgeschlagenen Vollstreckungswege ist folgende:

1. Sachpfändung trotz Eigentums des Dritten. So LG. Berlin vom 11. April 1904, RGBl. 13, 56 u. a. Die Folge ist der begründete Widerspruch des Dritten, der auch zur Annahme der Restzahlung nicht verpflichtet ist. Im Einklang damit steht die Ablehnung der Pfändung der Antwortschaft auf künftigen Eigentumserwerb, weil kein pfändbares Recht im Sinne des § 857 ZPO. vorhanden sei, oder weil der Anspruch keinen selbständigen Vermögenswert darstelle, oder weil seine Wertverwertung durch Versteigerung unzweckmäßig sei oder keinen Erfolg verspreche; so AG. Zwickau, angeführt bei Kaufmann, SächsArch. 1909, 328, und die formularmäßige Ablehnung derartiger Anträge durch das AG. Berlin-Mitte laut Schmitz, S. 20. Aber alle Versuche, bei bloßer Sachpfändung den Abzahlungsverkäufer oder Möbelleiher zur Annahme der Restzahlung für verpflichtet zu erklären, gehen fehl. Daß der Verkäufer mit der Ablehnung der Restzahlung nicht gegen Treu und Glauben handelt, wie Flechtheim, RheinArch. 104, 280, meint, ist bereits wiederholt dargelegt worden. Aber auch der Widerspruch des Schuldners gegen die Zahlung des Gläubigers ist weder als Verstoß gegen die guten Sitten (§§ 138, 826 oder 242!) noch als Rechtsmißbrauch (§ 226 BGB.) noch aus irgendeinem anderen Grunde nichtig oder „unbeachtlich“ oder anfechtbar, wie auch Schmitz, S. 22 ff., neuerdings wieder mit eingehender und zutreffender Begründung dargelegt hat. Die neueren Untersuchungen kommen denn auch wie die zuletzt bekannt gewordenen Entscheidungen überwiegend zu dem Ergebnis, daß der Weg der einfachen Sachpfändung nur dann zum Ziele führt, wenn der Verkäufer die Restzahlung annimmt. Die vom LG. Berlin bestätigte Praxis des AG. Berlin-Mitte, die das RG. wiederholt mißbilligt hat, ist als verfehlt erkannt (vgl. Rspr. 20, 349; RG. vom 24. Sept. 1910; Rspr. 23, 219; OLG. Kiel vom 9. Febr. 1912; SchHoltzAnz. 1912, 106; Warn. 339). Der von Flatau, S. 102, empfohlene Weg, das Antwortschaftsrecht als „bedingtes Eigentum“ gemäß § 808 ZPO. pfänden zu lassen, ist, wie im Anschluß an meine Darlegung ZPP. 39, 400 auch Kuhnt, S. 14, ausführlich, nicht als zulässig zu erachten, weil es ein „bedingtes Eigentum“ als absolutes dingliches Recht nicht gibt, das von einer Bedingung abhängige Eigentum vielmehr bei schwebender Bedingung eben noch fremdes Eigentum ist, ein wirksames Pfandrecht an Sachen, die nicht dem Schuldner gehören, aber nicht begründet werden kann.

2. Pfändung der Antwortschaft auf das Eigentumsrecht gemäß § 857 ZPO. Sie ist notwendig, um das Recht des Schuldners, der Zahlung an den Verkäufer zu widersprechen, auszuräumen (§§ 829, 836 ZPO.) und die Ablehnung der Restzahlung durch den Verkäufer unschädlich zu machen (§ 162 BGB.). So entgegen Flechtheim, S. 280, im Anschluß an ZPP. 38, 49; 39, 469; Kaufmann, S. 330. Dabei ist jedoch zu beachten, daß das BGB. besondere Antwortschaftsrechte nicht kennt. Es handelt sich um einen wissenschaftlichen Ausdruck für die Rechtstellung des unter einer Bedingung Berechtigten, §§ 160 ff. Seinen Inhalt erhält das sogenannte Antwortschaftsrecht (Erwerbsberechtigung) stets durch das einschlägige Schuldverhältnis, welches das bedingte Recht oder den bedingten Anspruch begründet. Hier handelt es sich in der Regel um einen Kaufvertrag. Die Ansprüche des Käufers aus dem Kaufvertrag, welche in § 433 BGB. zusammenfassend als Anspruch auf Übergabe und Verschaffung des Eigentums bezeichnet werden, sind es, die bei hinzukommender Bedingung das sogenannte Antwortschaftsrecht einschließen und ausmachen (RG. 64 S. 204, 334). Es sind mithin die Ansprüche aus dem betreffenden Schuldverhältnisse, z. B. dem Kaufvertrag, zu pfänden. Die Pfändung der besonderen „Antwortschaft“, sofern darunter etwas anderes verstanden wird, entspricht nicht dem Gesetze. Behufs Austräumung des Widerspruchsrechtes des Schuldners gegen die Zahlung des Vollstreckungsgläubigers mußte man somit zu der Anspruchspfändung greifen.

Schritt der Vollstreckungsgläubiger auf Grund der Pfändung und Übertreibung des Anspruchs des Schuldners zu der Restzahlung an den Verkäufer, so lief er Gefahr, sich mit anderen Gläubigern, die nur ein Sachpfandrecht erwirkt hatten, oder einem etwaigen Vermieter in den Erlös teilen zu müssen; denn ihre Pfandrechte wurden mit dem Eigentumserwerb des Schuldners gleichzeitig wirksam, RG. 60, 72. Schmitz will das vermeiden durch die Versteigerung der Antwortschaft selbst oder ihre Übertreibung an den Gläubiger zum Taxwert. Damit würde der Erwerber in die Lage versetzt, durch die Restzahlung die Sache selbst zu erwerben. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens an sich unterliegt keinen Bedenken. So wurde an die vom LG. Zwickau am 22. Dezember 1906 verfügte Anspruchspfändung die Versteigerung des Anspruchs selbst geknüpft, vgl. Kaufmann, SächsArch. 1909, 328/9. Die Folge dieses Verfahrens ist aber gewöhnlich, daß sich wegen der Schwierigkeit und Unsicherheit der Rechtslage für den Anspruch kein Bieter findet. Das Geschäftsleben scheut solche verwickelten Rechtsverhältnisse. In dem Zwickauer Fall ergab sich das unerfreuliche Ende, daß der auf Erwerb des Flügels gerichtete Anspruch, welcher einen Wert in Höhe der geleisteten Anzahlung von 1000 M hatte, um 10 M zugeschlagen wurde, und zwar dem betreibenden Gläubiger.

3. Pfändung der Antwortschaft nach § 857 ZPO. behufs Versteigerung dieses Anspruchs, jedoch mit der Anordnung des Vollstreckungsgerichts, daß der Gerichtsvollzieher die Sache dem Schuldner wegnehme. Dadurch soll die der Versteigerung der Antwortschaft folgende Eigentumsübertragung auf den Ersteher, insbesondere den Gläubiger selbst, nach § 929 BGB. gewährleistet und die Versteigerung des Anspruchs selbst erleichtert werden. So Kaufmann S. 335. Nach Kuhnt S. 43 soll

die Vollziehung der Anordnung, daß der Schuldner die Sache dem Gerichtsvollzieher herauszugeben habe, von der Zahlung oder dem Angebot des Restkaufpreises abhängig gemacht werden. Mit dieser Zahlung oder dem erfolglosen Angebot (§ 162 Abs. 1 BGB.) wäre jedoch der Eigentumsübergang auf den Schuldner bewirkt, mithin der Anspruch auf Überweisung erloschen und eine Versteigerung oder Verwertung dieses Anspruchs oder der Anwartschaft ausgeschlossen.

Schmiz will dem vorbeugen, indem er nicht den Vollstreckungsgläubiger selbst die Restzahlung an den Veräußerer bewirken, sondern den gepfändeten Anspruch oder die Anwartschaft durch das Gericht versteigern oder dem Vollstreckungsgläubiger zum Taxwert zuschlagen läßt und es damit dem Erwerber des Anspruchs überläßt, die Restzahlung vorzunehmen und damit selbst die Sache zu erwerben. Denselben Weg empfiehlt Kuhnt, hält ihn jedoch nur in denjenigen Fällen für zulässig, daß eine bedingte Übereignung oder eine bedingte Rückübereignung nicht stattgefunden hat, weil sonst ein pfändbarer bedingter Anspruch auf Verschaffung des Eigentums nicht mehr bestehe. Da bei Abzahlungsgeschäften regelmäßig eine sofortige bedingte Übereignung, bei Möbelleihverträgen ausnahmsweise eine bedingte Rückübereignung stattfindet, während umgekehrt hier regelmäßig, dort ausnahmsweise eine bedingte Verpflichtung zur Übereignung übernommen werde, sei der Weg der Anspruchspfändung bei Möbelleihverträgen regelmäßig, bei Abzahlungsgeschäften aber nur ausnahmsweise gegeben. Von derartig schwierigen Untersuchungen kann es aber die Praxis nicht abhängig machen, welcher Weg zu wählen ist. Der Vorschlag ist schon deshalb von zweifelhaftem Wert, weil die Meinung, daß nach § 455 BGB. im Zweifel eine bedingte Übereignung anzunehmen sei, nicht unbestritten ist, jedenfalls aber nach der Rechtsprechung des RG. (Bd. 64 S. 204, 334) einer Anspruchspfändung nicht im Wege steht. Meist sind auch die einschlägigen Verträge einer verschiedenen Auslegung durch die Vollstreckungs- oder Beschwerdegerichte zugänglich. So bestimmt der hier oft benutzte „Allgemeine Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt für die Mitglieder des Verbands der Möbelbranche Süddeutschlands“ in § 1: „Unterzeichneter kauft von der Firma N. N. folgende Gegenstände.“ Der § 2 enthält den Eigentumsvorbehalt. Wegen der Übergabe oder Übereignung enthält das Formular ausdrücklich überhaupt nichts, spricht dagegen in § 4 von der Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs und die Benützung im Falle des Rücktritts.

Die Unterscheidung, welche Kuhnt macht, indem er eine Anspruchspfändung zulassen oder versagen will, je nachdem ob noch eine Verpflichtung zur Übereignung (Eigentumsverschaffung) besteht oder nicht — dies, wenn das Eigentum bereits bedingt übertragen ist —, erweist sich aber auch als unnötig. Es muß in beiden Fällen für zulässig erachtet werden, schlechthin die Ansprüche des Schuldners aus dem Vertragsverhältnis zu dem Abzahlungsverkäufer oder Möbelverleiher, die „Vertragsrechte“ — so RG. vom 24. September 1910, Nr. 23, 220 — oder das „Erwerbserrecht“ — so OLG. Kiel vom 9. Februar 1912, SchlHofstAnz. 1912, 106; Wam. 339 — gemäß § 857 ZPO. zu pfänden. Auch bei bereits erfolgter bedingter Übereignung ist es das noch bestehende obligatorische Band (vgl. RG. 64, 204), welches die „Anwartschaft“ oder das sogenannte bedingte

Eigentum des Schuldners ausmacht und ihm die Ansprüche nach §§ 160 ff., auch die Befugnis nach § 267 Abs. 2 BGB. verleiht; er hat vor eingetretener Bedingung noch kein absolutes Recht, kein bedingtes Eigentumsrecht in diesem Sinne. Die erwähnte Entscheidung des I. Zivilsenats des RG. steht keineswegs im Widerspruch mit § 455 BGB., wie Flechtheim S. 278 meint, und die Begründung, mit welcher der VII. Zivilsenat desselben Gerichtshofs (64, 334) zu dem gleichen Ergebnis gelangt, nämlich, daß der Verkäufer bei Eigentumsvorbehalt vor Eintritt der Bedingung nicht völlig erfüllt habe, steht auch durchaus im Einklang mit der ersten Entscheidung. Es handelt sich also stets um ein anderes Vermögensrecht im Sinne von § 857 Abs. 1 ZPO., und zwar um einen Anspruch, bei welchem ein Drittschuldner vorhanden ist.

Der Weg der Versteigerung der „Anwartschaft“ oder des Anspruchs auf Erwerb gegen Restzahlung ist aber für die Praxis unter allen Umständen deshalb nicht brauchbar, weil in der Regel darauf niemand bieten wird. Nur ausnahmsweise wird der Gläubiger oder ein dritter Steigerer ein Interesse daran haben, die mit der Abfindungspflicht belastete Sache selbst zu erwerben. Es bleibt immer eine Unsicherheit und Unklarheit in der Rechtsstellung des Bieters, die auf das Gebot ungünstig einwirken muß. Das zeigt der Fall der Versteigerung der Anwartschaft auf den Flügel, der trotz der erfolgten Anzahlungen in Höhe von 1000 M um 10 M losgeschlagen werden mußte. Der Gläubiger erstrebt in erster Reihe Befriedigung in Geld aus dem Erlös der Vollstreckung.

4. Um die bei Ziff. 1 bis 3 entstehenden Schwierigkeiten zu vermeiden, ist die Zwangsvollstreckung in das (andere) Vermögensrecht nach § 857 ZPO., d. h. in die Ansprüche des Schuldners aus seinem Rechtsverhältnisse zu dem Veräußerer (Abzahlungsverkäufer oder Möbelverleiher) nötig, und zwar eine solche Vollstreckung, welche in die unmittelbare Verwertung der Sache selbst übergeht. Schmiz S. 47 glaubt diesen Weg einfach damit abtun zu können, daß, da nicht die Sachen gepfändet seien, sondern die Anwartschaft, natürlich (sic!) nicht die Sachen, wie bei direkter Anwendung des § 847 Abs. 2 ZPO., versteigert würden, sondern die Anwartschaft, und zwar, als unter § 828 ZPO. fallend, durch das Gericht. Eine Vollstreckung und Verwertung des Vermögensrechts, welche mit der, meist allein ein günstiges Versteigerungsergebnis versprechenden Versteigerung der Sache endet, ist aber sehr wohl möglich. Das Vollstreckungsgericht muß nur von dem ihm in § 857 ZPO. gegebenen weiten Spielraum, vermöge dessen es das Verfahren dem zu verwertenden Vermögensgegenstand anzupassen berechtigt ist, den geeigneten Gebrauch machen.

Das geschieht durch die Anordnung des Vollstreckungsgerichts,

„daß der Schuldner die Pfändung der Sache durch den von dem Gläubiger unter Aushändigung des Betrags mit der Zahlung des Kaufpreisrestes an den Verkäufer unwiderruflich beauftragten Gerichtsvollzieher zu dulden habe.“

Das ist eine entsprechende Anwendung der dem § 857 ZPO. vorangehenden Bestimmungen, und zwar eine solche entsprechende Anwendung, welche dem Vollstreckungsgegenstand, einem „Anspruch, welcher eine bewegliche körperliche Sache

betrifft," § 847 ZPO., und seiner Eigentümlichkeit gerecht wird, daß er im Laufe der Vollstreckung durch die erzwungene Abfindung des Dritten von dem Anspruch oder der Anwartschaft übergeht in das Eigentum an der Sache selbst. Die entsprechende Anwendung des § 847 ZPO. liegt nahe und ist praktischer als die Versteigerung des Anspruchs mit andersartiger Verwertung nach § 844. Die Bedenken Kuhnts, daß eine solche Anordnung der Wegnahme oder der Zulassung der Pfändung gegen den Schuldner nicht zulässig sei, sind unbegründet. Freilich greift § 847 ZPO. unmittelbar nur Platz, wenn die Sachen, auf deren Herausgabe der Schuldner einen Anspruch hat, sich im Besitze des Drittschuldners befinden; richtig ist es auch, daß die Anordnung nach § 847 keinen vollstreckbaren Titel gegen den Drittschuldner bildet.

Aber gegen den Schuldner ist ja der vollstreckbare Titel gegeben. Bei ihm darf der Gerichtsvollzieher pfänden, ihm darf der Gerichtsvollzieher die Sache wegnehmen, und er muß es nach § 808 Abs. 2, wenn die Belassung bei dem Schuldner die Befriedigung des Gläubigers gefährdet, ohne daß er noch besonders hierzu vom Vollstreckungsgericht angewiesen oder ermächtigt wird. Die Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts ist, von der Anspruchspfändung und -überweisung abgesehen, nach meinem Vorschlag nur erforderlich, soweit das Verhältnis des Schuldners zu dem Drittschuldner in Betracht kommt, d. h. um die Befugnis des Gläubigers herzustellen, seinerseits, ohne Widerspruch oder Ablehnung fürchten zu müssen, an Stelle des Schuldners an den Drittschuldner zu bezahlen und dadurch das Eigentum des Drittschuldners auszuräumen, dasjenige des Schuldners zu begründen, und außerdem, um durch die Ermächtigung des Gerichtsvollziehers zur Pfändung oder Wegnahme der Sachen die Vollstreckung in die Sachspfändung überzuleiten. Soweit es sich darum handelt, den Besitz des Schuldners zu brechen, insbesondere die Herausgabe der Sache an den Gerichtsvollzieher oder die Pfändung gegen den Schuldner zu bewirken, geschieht dies auf Grund des bestehenden Titels gegen den Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung. Es geschieht das gerade so wie im Falle des § 836 ZPO. in Ansehung der über die Forderung vorhandenen Urkunden durch die Anordnung des Vollstreckungsgerichts, daß der Schuldner die Pfändung oder Wegnahme der Sache durch den von dem Gläubiger unter Aushändigung des Betrags mit der Zahlung des Restkaufpreises an den Veräußerer beauftragten Gerichtsvollzieher zu dulden habe.

Dieser Weg, der unter Billigung meines Vorschlags auf Beschwerde des Vollstreckungsgläubigers in der Entscheidung vom 24. Juni 1909 vom LG. Bremen, ZBP. 39, 528 und auch sonst — z. B. Blach, ZW. 1913, 81 — mit Erfolg beschritten wurde, ist nichts anderes als eine Vollstreckungsmaßregel in entsprechender Anwendung der §§ 847, 836 Abs. 3 ZPO. Er entspricht der Eigentümlichkeit des vorliegenden Vermögensrechts und ist nach § 857 Abs. 1 ZPO. zulässig. Nur auf diese Weise wird einerseits das Widerspruchsrecht des Schuldners (§ 267 Abs. 2 BGB.) gegen die Zahlung der Restschuld ausgeschaltet, andererseits aber die zur Erzielung einer möglichst günstigen wirtschaftlichen Verwertung des Pfandgegenstandes notwendige schließliche Versteigerung der Sache selbst herbeigeführt, und zwar mittels eines der Einheitlichkeit des Vollstreckungsgegenstandes entsprechenden einheit-

lichen Vollstreckungsverfahrens, welches das Dazwischenkommen anderer Gläubiger vermeidet, denen der betreibende Gläubiger durch die Restzahlung „die Kastanien aus dem Feuer zu holen“ (Flechtheim S. 281) Gefahr liefe. Wie ich schon früher — ZBP. 38, 64, ähnlich Schmitz S. 46 — hervorgehoben habe, ist es auch die Pflicht des Vollstreckungsgerichts, gemäß § 857 Abs. 1 ZPO. auf Antrag des Gläubigers diejenige Anordnung zu treffen, welche der Eigentümlichkeit des Vollstreckungsgegenstandes und zugleich dem berechtigten Bestreben nach einer möglichst ergiebigen und lediglich dem betreibenden Gläubiger zugute kommenden Verwertung angepaßt und auch im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zulässig ist.

II. Von diesem Standpunkt erledigen sich unschwer auch folgende damit zusammenhängende Fragen:

1. Was den Rang mehrerer Pfandgläubiger betrifft, so wird er nicht dadurch beeinflusst, daß einer von ihnen der Veräußerer selbst ist. Ein Pfandrecht an der Sache hat er nicht, solange er Eigentümer ist, und das vorbehaltene Eigentum gibt ihm kein Vorrecht an dem gepfändeten Anspruch auf den Erwerb. Wie Kaufmann S. 334 ausführt, kauft der Gläubiger, der lediglich den Anspruch pfänden läßt und dann die Restzahlung bewirkt, Gefahr, ein Vermieterpfandrecht oder andere Sachpfandrechte zur gleichzeitigen Entstehung (RG. 60, 72) zu bringen. Nach Kuhnt S. 59 ff. soll sogar der Gläubiger, der ohne Anspruchspfändung zuerst die Sache pfänden ließe, dem Gläubiger, der nachher den Anspruch und die Sache pfändet, vorgehen. Gemäß § 854 Abs. 2 ist bei mehreren Anspruchspfändungen für den Rang der schließlich erworbenen Pfandrechte allerdings die Reihenfolge der Anspruchspfändungen für maßgebend zu erachten. Eine andere Verteilung als nach der Reihenfolge der Anspruchspfändungen könnte im Falle des § 854 z. B. von demjenigen Anspruchspfändungsgläubiger verlangt werden, dem wegen eines ihm auch gegen den Drittschuldner zustehenden Anspruchs etwa nach § 563 BGB. oder gemäß § 49 Ziff. 2, 3 RD., § 443 HGB. überdies ein Pfandrecht an der Sache zustünde. In Ermangelung von solchen Besonderheiten gilt jedoch die Reihenfolge der Anspruchspfändungen. Das trifft auch bei der hier fraglichen entsprechenden Anwendung der §§ 847, 854 ZPO. zu. Wird die Anspruchspfändung mit der Anordnung des Vollstreckungsgerichts verbunden, daß der Gerichtsvollzieher die Sache pfände oder in Besitz nehme, so steht eine spätere Pfändung oder Inbesitznahme für einen anderen Gläubiger, mag sie ihrerseits auf Grund einer Anspruchspfändung erfolgen oder ohne solche bewirkt werden, der früheren Pfändung nach. Aber auch die Frage, wie es mit einer vor der Anspruchspfändung durch einen anderen Gläubiger bewirkten Sachspfändung zu halten ist, oder, was zu gelten hat, wenn die Sachen vor der Anspruchspfändung in eine Mietwohnung eingebracht sind oder als Zubehör für ein mit Hypotheken belastetes Grundstück in Betracht kommen (§ 1120 BGB. a. E.), muß ich wiederholt zugunsten desjenigen Gläubigers beantworten, der die erste, von einer Sachspfändung gefolgte Anspruchspfändung erwirkt, ZBP. 38, 65, wenn nur angesichts der dem Gläubiger drohenden Gefahr die Pfändung nach § 808 ZPO. ordnungsgemäß durch Wegnahme der Sachen erfolgt. Das entspricht durchaus der Ermägung, daß der Vollstreckungsgläubiger die Pfändung des Erwerbsrechts

des Schuldners nur für die eigene Befriedigung, nicht zugunsten eines dritten Gläubigers erwirkt, der bisher ein wirksames Sachpfandrecht nicht hatte, und daß nur der Gläubiger, der den Schuldneranspruch hat pfänden und sich überweisen lassen, die rechtliche Möglichkeit hat, die Übertragung des Sacheigentums auf den Schuldner herbeizuführen. Erforderlich ist nur, daß der Gläubiger von dieser Möglichkeit auch in einer Weise Gebrauch macht, die ihm den Vorrang sichert und nicht unnötigerweise die gleichzeitige Entstehung von Pfandrechten dritter Gläubiger herbeiführt. Ob dem Pfandgläubiger damit gedient ist, daß er sich gegen die Restzahlung das Widerspruchsrecht des Veräußerers gegen andere Sachpfandrechte abtreten läßt, möchte ich bezweifeln. Denn das Widerspruchsrecht hört mit dem Eigentum des Veräußerers auf, und im gleichen Zeitpunkte würden die dinglichen Rechte eines anderen Pfandungsgläubigers, eines Vermieters oder Hypothekengläubigers erstarben. Ich habe aber schon in *JZP.* 38, 66 darauf hingewiesen, daß der Pfandungsgläubiger sein Vorrecht auch wegen der Restzahlung gegenüber dem Vermieter — und das gleiche gilt in Ansehung von Zubehör von dem Hypothekengläubiger oder von dem Rechte desjenigen, der ohne Anspruchspfändung vorher die Sache hat pfänden lassen — dadurch wahren kann, daß er die Herausgabe der Sache — durch den Schuldner, nicht an den Gläubiger — erwirkt. Daß damit nichts anderes gemeint war, als die erörterte Anordnung des Vollstreckungsgerichts, daß der Gerichtsvollzieher die Sache dem Schuldner wegnehme, ergibt sich aus dem Zusammenhang; denn ich habe so wenig wie Blach, *JW.* 1913, 81, verkannt, daß die Anspruchspfändung und auch das Pfandungspfandrecht an der Sache dem Gläubiger noch kein Recht gibt, die Herausgabe an sich selbst zu verlangen.

Mit Unrecht wird dem von Ruhnt, *JW.* 13, 191, entgegengehalten, der Gläubiger könne bei bedingter Abereignung einer Konkurrenz mit dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters oder dem Widerspruchsrecht — richtig dem Pfandrecht — des Hypothekengläubigers nicht ausweichen. Wenn er ausführt, das Gesetz wolle mit der Vorschrift in § 808 Abs. 2 *ZPD.* nicht ein von ihm anderen Gläubigern gewährtes Befriedigungsrecht ausschalten, und es verstehe unter Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers eine durch Tatsachen, nicht eine infolge von Rechtsvorschriften eintretende Gefährdung, so wird dabei übersehen, daß an den nicht im Eigentum des Schuldners stehenden Sachen richtiger Ansicht nach der Vermieter — § 559 *BGB.*, *RG.* 60, 70 — noch ebensowenig wie der Hypothekengläubiger — § 1120 a. *E.* *BGB.* — oder derjenige, der eine Sachpfändung erwirkt hat, ein wirksames Pfandrecht, ein Befriedigungsrecht hat und daß es auch in allen diesen Fällen Tatsachen sind, welche die Befriedigung des Gläubigers gefährden, nämlich die Tatsache, daß die Sachen sich in einer Mietwohnung oder auf einem Pachtgrundstück befinden, daß sie dem wirtschaftlichen Zweck, z. B. des Hauses zu dienen bestimmt sind und in einem entsprechenden räumlichen Verhältnisse zu dieser Hauptsache stehen und daß sie auf Veranlassung eines anderen Gläubigers, wenn auch in noch nicht rechtswirksamer Weise, in Pfandbesitz genommen sind. Freilich tritt diese Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers nicht allein durch diese Tatsachen, sondern zugleich infolge von

Rechtsvorschriften ein, welche an jene Tatsachen die Rechtsfolge der gleichzeitigen Entstehung jener anderen Pfandrechte knüpfen. Aber auch, wenn z. B. die Sache durch Verfügung des Schuldners zugunsten eines gutgläubigen Dritten, welcher sie übergeben erhält, verbracht wird, tritt die Gefährdung des Pfandgläubigers nicht allein durch die Tatsache der Besitzentziehung, sondern auch durch die Wirkung einer Rechtsvorschrift, hier des § 936 *BGB.* ein. Es ist also die Unterscheidung, wonach in den zuerst genannten Fällen die Gefährdung eine nicht durch Tatsachen, sondern infolge von Rechtsvorschriften eintretende Gefährdung sei, nicht zutreffend, weil sie die auch hier vorausgesetzten und kraft der Rechtsvorschrift mit der Rechtswirkung begleiteten juristischen Tatsachen übersieht, und es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Arten der Gefährdung nicht gleichermaßen im Sinne des § 808 Abs. 2 *ZPD.* als Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers sollen in Betracht kommen können.

Die Anordnung des Vollstreckungsgerichts, daß der Gerichtsvollzieher die Sache dem Schuldner zum Zwecke der Pfändung wegnehme, entspricht mithin durchaus der Vorschrift des § 808 Abs. 2 *ZPD.* Mag auch eine spätere Sachpfändung durch einen anderen Gläubiger, der keine Anspruchspfändung erwirkt, nur im Wege der Anschlusspfändung nach § 826 *ZPD.* zulässig sein, so ist doch das Vollstreckungsgericht, dem der Gläubiger die Unwirksamkeit der ersten Pfändung dartut, indem er nachweist, daß die Sache dem Schuldner nicht gehört, für befugt zu erachten, auch den unwirksamen Pfandbesitz des erstpfindenden Gerichtsvollziehers durch die Anordnung zu brechen, daß der von dem Gläubiger beauftragte Gerichtsvollzieher die Sache dem Schuldner zum Zwecke der Pfändung wegnehme; denn es handelt sich nicht um einen wegen entgegenstehenden materiellen Rechts nur dem Schuldner gegenüber fehlerhaften Besitz, wie in dem Falle *RG.* 34, 425, sondern um einen Pfandbesitz, der kraft Prozeßrechts (§§ 803, 804 *ZPD.*) unwirksam und deshalb für das Vollstreckungsgericht unbeachtlich ist. Das Vollstreckungsgericht, bei welchem der Gläubiger die Anspruchspfändung erwirkt, wird nicht abwarten brauchen oder dürfen, bis der Gläubiger den Nachweis dieser Unwirksamkeit gerade durch eine Feststellungsklage erbringt. Der Gläubiger hat mithin in allen drei genannten Fällen allerdings die Möglichkeit, durch die in Verbindung mit der Anspruchspfändung und Überweisung zu erwirkende Anordnung des Vollstreckungsgerichts der gleichzeitigen Entstehung der bezeichneten anderen Pfandrechte vorzubeugen.

2. Da es sich bei dem hier für richtig erachteten Vorgehen nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich um eine einheitliche, auf Wertverwertung und Entziehung der Sache abzielende Vollstreckung handelt, kann die Anwendbarkeit der Kompetenzvorschriften, §§ 811, 812 *ZPD.*, zugunsten des Schuldners nicht wohl bezweifelt werden. Auch bei der Versteigerung des Anspruchs auf den Eigentumserwerb oder seinem Zuschlag zum Tagwert soll ja (nach Ruhnt und Schmitz) der Erwerber in die Lage versetzt werden, die Sache zu erwerben und dem Schuldner zu entziehen. Gerade der anerkannte rein possessoriische Charakter der Kompetenzvorschriften spricht für ihre Anwendbarkeit bei beiden Arten des Vorgehens. Die Auffassung, daß § 811 *ZPD.* nicht anwendbar sei, weil — zunächst — nur in

den Anspruch, nicht in die Sache vollstreckt werde, kommt auf eine Umgehung jener Vorschrift, auf ein juristisches Kunststück heraus, das der wirtschaftlichen Bedeutung der Vollstreckung ohne Grund nicht Rechnung tragen zu müssen glaubt.

3. Nach Kaufmann, SächsArch. 1909, 33, und Ruhnt S. 67 gehört die Restzahlung nicht zu den Kosten der Vollstreckung, weil die Lage des Schuldners, gegen welchen die Restkaufpreisforderung, um die es sich wirtschaftlich handle, ohne vollstreckbaren Titel plötzlich vollstreckbar würde, ganz erheblich verschlechtert würde, und, weil die Aufwendung nicht gemacht werde, um überhaupt eine Vollstreckung aus dem Titel zu ermöglichen, wie die Kosten der Ausfertigung des Urteils, der Zustellung oder der Hinterlegung der erforderlichen Sicherheit, sondern nur, um einen bestimmten Gegenstand der Vollstreckung zugänglich zu machen. Nach Kaufmann muß der Gläubiger, um die Abfindung und ihren Wert nicht einzubüßen, die Anwartschaft selbst zur Versteigerung bringen und selbst ersteigern, um dann mit der Restzahlung sich selbst zum Sacheigentümer zu machen. Dessen bedarf es aber nicht. Bei dem vorgeschlagenen Weg der einheitlichen Vollstreckung in den Vermögensgegenstand derart, daß das Verfahren mit der Anspruchspfändung beginnt und mit der Sachversteigerung endet, erscheint die Anspruchspfändung nicht mehr als die bloße Vorbereitung für eine spätere Sachspfändung, wie das gegen die dem praktischen Leben entsprechende und im Ergebnis durchaus richtige Ansicht Flechttheims S. 281/3 geltend gemacht wurde, vielmehr die Aufwendung für die Restzahlung als ein Teil der notwendigen Kosten dieser einheitlichen Zwangsvollstreckung, wenn es auch, entgegen dieser nunmehr herrschenden Meinung, noch von Stein ZPD. (10) § 788 Anm. 21 bekämpft wird. Daß der Schuldner sich hier plötzlich einem vollstreckbaren Titel für die Restforderung gegenüber sieht, hat ebensowenig etwas Auffälliges wie in dem Fall, daß er dem Gläubiger auch die anderen Kosten des Gerichtsvollziehers zahlen muß — desselben Gerichtsvollziehers, der die Zahlung an den Veräußerer leistet —, der seinerseits bisher an den Schuldner gar keine, an den auftraggebenden Gläubiger nur eine nicht vollstreckbare Forderung hatte.

III. Bei dem häufigen Bedürfnis nach derartigen Vollstreckungen im heutigen Geschäftsleben wäre es freilich zweckmäßig, ihnen den Weg durch eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift zu ebnen. Ruhnt, S. 48, will dem § 268 BGB. folgenden Abs. 2 einfügen:

Steht dem Schuldner ein Anspruch auf Übereignung einer Sache zu, oder ist die Übereignung bereits unter einer Bedingung erfolgt, so ist der Gläubiger befugt, den Eigentümer zu befriedigen.

Dabei entstände jedoch die Frage, ob denn die Voraussetzung dieses Ablösungsrechts wäre, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, und das Bedenken, daß § 268 sonst das Ablösungsrecht nur gegenüber einem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger gewährt. Da es sich um die Gewährung einer Befugnis zugunsten des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers handelt, gehört die Regelung meines Erachtens in das Prozeßrecht. Indem ich aber zugebe, daß der Vorschlag Ruhnts in deutlicher Weise sowohl die Fälle des Kaufs (Abzahlungsgeschäfte) als diejenigen der Sicherungs-

übereignungen deckt, möchte ich meinen in ZPD. 39, 471 im Anschluß an Liebrecht gemachten Vorschlag die Fassung geben, daß in § 857 ZPD. zwischen Abs. 1 und Abs. 2 einzufügen ist: Steht dem Schuldner ein Anspruch auf Übereignung einer Sache zu, oder ist die Übereignung bereits unter einer Bedingung erfolgt, so ist auf Antrag anzuordnen, daß der Schuldner die Pfändung der Sache durch den von dem Gläubiger unter Aushändigung des Betrags mit der Befriedigung des Veräußerers beauftragten Gerichtsvollzieher zu dulden habe.

Nochmal die Kostenerstattungsspflicht der unterlegenen Partei.

Von A. Zeiler, I. Staatsanwalt in Zweibrücken.

Ich bin in meinen Ausführungen in der ZW. 1912, 900 flg. von dem Sage ausgegangen, daß der Teil, der im Rechtsstreit unterliegt, die Kosten des Streites zu tragen hat. Ich habe das als einen für unser Rechtsgefühl selbstverständlichen Satz hingestellt. Inzwischen bin ich darüber belehrt worden, daß nichts so selbstverständlich ist, als daß man nicht auch der gegenteiligen Meinung sein könnte. Zwar nimmt jetzt auch Otto (DRZ. 1913, 235) an, daß man in Deutschland „bei keiner Prozeßform dahin gelangen wird, unter Nachahmung ausländischer Gesetze der obsiegenden Partei grundsätzlich auch nur einen kleinen Teil der Prozeßkosten aufzuerlegen“. Aber um so kräftiger bekämpft Noest (ZW. 1913, 12 flg.) den deutschen Grundsatz, und auch Bovenstiepen (DRZ. 1913, 203) hält mir vor, mein Beweismittel für die Notwendigkeit einer ausnahmslosen Durchführung jenes Grundsatzes sei nichts als eine *petitio principii*.

Letzteres ist nun zwar nicht ganz richtig; immerhin habe ich dem Sage, da er, wie gesagt, meinem Rechtsgefühl selbstverständlich schien, keine eingehendere Begründung beigegeben. Aber die Angriffe, die er nun erfahren hat, sind so schwer, daß es geboten ist, das Unterlassene nachzuholen; und wenn auch Bovenstiepen in der Kostenfrage trotz seines grundsätzlich abweichenden Ausgangspunktes zu einem Ergebnisse kommt, das von dem meinigen recht wenig abweicht, so fordern doch Noests Ausführungen eine Erwiderung heraus.

Noest bezeichnet es geradezu als ein großes Unrecht, jenes Recht der obsiegenden Partei, alle ihr erwachsenen Kosten ersetzt zu bekommen, und meint, die Früchte des Rechtsstreits, „das obsiegliche Urteil und die Erlangung eines Zwangsrechts gegenüber dem Gegner, seien ein wirtschaftliches Gut, das bezahlt werden solle wie jedes andere; der Ersatz der dafür aufgewendeten Kosten könne nach Billigkeit nur von demjenigen verlangt werden, der das Recht des Gegners im vollen Bewußtsein des eigenen Unrechts beeinträchtigt habe“. Sehen wir zu, ob diese Auffassung haltbar ist.

Zunächst ganz allgemein. Mag man in der Rechtsordnung auch vorwiegend eine „Friedensordnung“ erkennen, Tatsache bleibt doch, daß der einzelne Rechtsstreit eben ein Streit ist, ein Kampf um das Recht. Damit bietet sich von selbst die Vergleichung mit dem Kriege. Aber sofort auch springt ein großer Gegensatz in die Augen. Im Kriege hat

noch nie das gute Recht über Sieg und Niederlage entschieden, sondern die Macht, die Gewandtheit, die Ausnutzung politischer Gunst. Und für die Tragung der Kriegskosten gilt rauh und kalt der Satz *vae victis!* Für die Höhe der Kriegskosten entscheidet, ob der Sieger guten Grund hat, sich weise Mäßigung aufzuerlegen. Ganz anders im Rechtsstreit. Hier hat nicht der Gewaltigere, der Klügere, der Besserbewaffnete gesiegt, sondern das Recht, und das Urteil stellt auf Grund des geordneten Verfahrens fest, daß der eine Teil recht hat und der andere unrecht. Es wäre ja nun denkbar, daß der Staat seinen Bürgern die Rechtshilfe und selbst einen Rechtsbeistand unentgeltlich gewährte; aber da er es nicht tut, die Parteien also selbst die Kosten zu tragen haben, so ist es ohne weiteres das natürliche, daß die Kosten nicht der trägt, der gesiegt hat, weil er im Rechte war, sondern der andere, der unterlegen ist, weil er unrecht hatte. Freilich ist ein obsiegliches Urteil und die Erlangung eines Zwangsrechts ein „wirtschaftliches Gut“, ein Gut, das nur durch einen Rechtsstreit, also nicht ohne Kosten zu erlangen war. Aber daraus folgt noch nicht, daß diese Kosten nun auch an dem hängen bleiben müßten, der das wirtschaftliche Gut erlangt hat. Es wäre ihm wahrlich lieber gewesen, er hätte des wirtschaftlichen Gutes nicht bedurft; und er hätte es entbehren können, hätte ihn nicht der andere Teil in die Notwendigkeit versetzt, sich jenes Gut zu erstreiten. Nehmen wir einmal an, der Landwirt A. verkauft an M. und an B. je einen Teil seiner Weizenernte und liefert an beide. M. nimmt die Ware an und zahlt ohne Anstand. B. aber bringt eine Mängelrüge oder verweigert sonst Abnahme und Zahlung; A. muß den Kaufpreis einlagen. Die Einrede des B. wird vom Gericht (in einer, vielleicht auch in zwei und drei Instanzen, als hinfällig erkannt und dem A. die Forderung zugesprochen. Nun erst bekommt er sein Geld, und vielleicht auch jetzt erst, nachdem er in der Vollstreckungsinstanz einen Interventionsprozeß hatte führen müssen. Wer trägt die Kosten des Rechtsstreits zwischen A. und B.? Ich meine die dem A. erwachsenen Auslagen; denn das wenigstens wird nicht angetastet, daß B. seine eigenen Kosten zu tragen hat. Der Anspruch des A. besteht, das stellt das rechtskräftige Urteil unumstößlich fest, und er bestand schon, als die Klage erhoben werden mußte. Kann nun im Ernste jemand das als „ein großes Unrecht“ empfinden, daß B. die Kosten zu erstatten hat, die dem A. dadurch erwachsen sind, daß er sich durch die feststehendermaßen unbegründete Zahlungsweigerung des B. das wirtschaftliche Gut des obsieglichen Urteils und die Erlangung eines Zwangsrechts — hat erstreiten müssen? Und soll es billig sein, daß im wirtschaftlichen Ergebnis derselbe Kaufpreis, der von M. alsbald und bei Heller und Pfennig eingegangen ist, bei dem Geschäfte mit B. um ein gut Teil gekürzt oder auch ganz aufgezehrt wird? Ich kann mir nicht denken, daß Noest zu dieser unmöglichen Auffassung gekommen wäre, hätte er nicht in der Richtung auf sein Ziel einer schrankenlosen Gebührenvereinbarungsfreiheit des Anwalts in dem Grundsatz des deutschen Rechts den Stein des Anstoßes erblickt. Freilich mildert er die größte Härte, die seine Auffassung brächte: zur Kostenerstattung verpflichtet soll der Unterliegende immerhin dann sein, wenn er den anderen Teil „im vollen Bewußtsein des eigenen Unrechts beeinträchtigt habe“. Die Milde ist dankenswert, aber in Wirklichkeit von recht bescheidenem Werte.

Gewiß gibt es schikanöse Parteien, zumal Beklagte, die im vollen Bewußtsein ihres Unrechts dem Kläger die Rechtsverfolgung erschweren. Aber die Prozesse dieser Art stehen, wie gerade Rechtsanwälte mehrfach, und sicher mit Recht betont haben, stark in der Minderzahl, und meist glaubt jeder Teil das Recht auf seiner Seite. Und wenn wirklich der eine Teil sich seines Unrechts voll bewußt ist — wie schwer ist's, in seiner Seele zu lesen und ihm das Bewußtsein seines Unrechts nachzuweisen! Nein, es geht wirklich nicht, den billigen Ersatzanspruch des obsiegenden Teiles so zu beschränken, und es gar darauf ankommen zu lassen, ob dem Richter jener böse Wille zureichend erkennbar werde.

Noests Angriff wird nicht erfreulicher durch den Hinweis, daß es die böse Streitucht des Deutschen dämpfen könnte, wenn er wüßte, daß er auch im Falle des Sieges nicht die ganzen Kosten ersetzt bekomme. Die Rechtspflege, meint Noest, werde wenig Abbruch leiden, wenn die Rechtsuchenden, „die nur auf Kosten ihres Gegners prozessieren wollten“, ihr ferne blieben. Was soll das heißen? Das klingt ja fast, als wäre das Prozessieren eine Art Volksvergügen, das „man auf Kosten des Gegners triebe“. Zwar wär's kein Unglück, wenn wir in Deutschland weniger Prozesse hätten, und eine Minderung ihrer Zahl brächte an sich der Rechtspflege keinen Abbruch. Aber gilt es denn gleich, auf welchem Wege jene Minderung erreicht wird, und gehört nicht zu einer gesunden, hochstehenden Rechtspflege auch ein starkes Rechtsgefühl und das sichere Bewußtsein, daß das Unrecht — auch das nur objektive Unrecht — sich nicht herausnehmen darf, gegen das Recht sich zu stellen und den Berechtigten zu zwingen, daß er auf seine Kosten sich sein Recht erst erkämpfen muß? Freuen wollen wir Männer des Rechts uns dieses gesunden und starken Rechtsgefühls und es hegen als ein kostbares Gut. Von allen Mitteln also, die es gibt, die Prozessucht einzudämmen, ist es das verwerflichste und muß es darum das letzte bleiben, das Noest uns vorschlägt. Nicht vermeiden wollen wir es dem Volke, sein Recht zu suchen und sich des Unrechts zu erwehren; arbeitet es doch durch seinen Streit um das Recht tatkräftig mit an dem Ausbau und der Erhaltung der Rechtsordnung selbst!

Ob nicht der Grundsatz des deutschen Rechts gewisse Einschränkungen erleiden kann und soll, um Uebelstände abzuwenden, die seine strenge und folgerichtige Durchführung mit sich bringt, ist eine Frage für sich. Ich habe die Frage anderwärts besprochen und brauche darum hier nur kurz darauf einzugehen.

Es ist eine wohlberechtigte Forderung, daß der Gläubiger in der Regel die Kosten der Schuldbetreibung selbst soll tragen müssen, wenn nach Lage der Sache ein billigerer Weg, wenn insbesondere die Betreibung ohne die Hilfe eines Rechtsbeistandes leicht möglich war; so daß also die Kosten des Anwalts in der Regel nur dann erstattungsfähig sind, wenn es zum wirklichen Streite, zum Verhandeln vor Gericht gekommen ist; dann aber gleichgültig, ob die Zuziehung des Anwalts durch den Anwaltszwang geboten war oder der Partei freigestanden hatte. Will man es denn dem Beleidigten zumuten, daß er, um sich durch Privatklage Sühne zu suchen, selbst und ohne Rechtsbeistand vor Gericht verhandle und sich den gerade im Privatklagverfahren so häufigen Argerlichkeiten, Anfechtungen und Verunglimpfungen aussetze — selbst zu verhandeln viel

leicht sogar dann, wenn der Gegner mit einem Anwalt erscheint? Zu der erlittenen Kränkung hin also den Anwalt, den auch er sich nimmt, aus der eigenen Tasche zu bezahlen? Das wäre empörend — auch wenn's unsere Bettern überm Kanal nicht besser haben. Oder im bürgerlichen Rechtsstreit: der eine Teil klagt durch einen Anwalt vor dem Amtsgericht; was ist natürlicher, als daß sich auch der Beklagte eines Anwalts bedient? Soll er dann, wenn die Klage abgewiesen ist, die Kosten der Abwehr selber tragen, da doch der Kläger selbst durch die Zuziehung eines Anwalts bekundet hatte, wie wichtig die Sache ihm war? Die Unbilligkeit, die hierin läge, wäre nicht erträglicher dadurch, daß der Richter von Fall zu Fall zu entscheiden hätte, ob die Zuziehung des Anwalts zur zweckentsprechenden Verfolgung oder Verteidigung des Rechtes geboten war. Freilich würde eine sachgemäße Beurteilung den Richter dazu führen, dabei auch den besonderen Standpunkt der Partei zu würdigen, die den Anwalt zugezogen hat. Aber wir stehen bekanntlich mitten in dem lebhaften Streite um „Gläubigernot“ und „Schuldnernot“: dort der Kampf gegen „den böswilligen Schuldner“ und Stärkung der Rechte und Machtmittel des Gläubigers, hier eine billige Abwägung der gesellschaftlichen und geschäftlichen Verhältnisse und selbst die Regung des mitleidigen Herzens, das für „den bedrängten, verfolgten Schuldner“ schlägt. Jedenfalls darf die Partei, wenn es die Frage gilt, ob ihr der Gegner die aufgewandten Kosten zu erstatten habe, nicht der Gefahr ausgesetzt werden, daß sich der Richter aus seiner abstumpfenden Gewöhnung an Rechtshandel heraus nicht in die subjektive Lage der Partei zu versetzen wisse und ihre Unerfahrenheit und Angstlichkeit, ihre Scheu vor Gericht zu treten übersehe, die ihr die Zuziehung des Anwalts auch dann geboten machen, wo der gerichtsgewohnte Mann sich sein Recht selbst hätte suchen können.

Wir wollen uns nicht auf die tiefere Rechtskulturstufe früherer Zeiten und fremder Staaten zurückdrängen lassen und darum zähe festhalten an dem Grundsatz, daß der unterliegende Teil dem Sieger seine Kosten zu erstatten hat und daß dazu die Kosten der Zuziehung eines Rechtsbeistandes auch dann gehören, wenn sie durch den Anwaltszwang nicht geboten war.

Zur Praxis des Erbscheinverfahrens.

Von Rechtsanwält Dr. Arthur Kallmann, Berlin.

Zu den Ausführungen des Amtsrichters Dr. Nadler, JW. 1913, 414, sei folgendes bemerkt: Die Ansicht, es bedürfe beim gemeinschaftlichen Erbschein nach § 2357 BGB. der Erstreckung der eidesstattlichen Versicherung auf die Angabe der Erbteile, kann nicht als richtig gelten. Das ergibt schon der bloße Wortlaut des Gesetzes. Nach § 2356 sind für die Erteilung des Erbscheins zugunsten des einzelnen (Allein- oder Mit-) Erben die Tatsachen, aus denen das Gericht auf Grund des von ihm anzuwendenden Gesetzes das Erbrecht des Antragstellers folgern soll, soweit sie nicht offenkundig sind, durch Urkunden oder eidesstattliche Versicherung nachzuweisen. Soll ein gemeinschaftlicher Erbschein erteilt werden, so ist eine einzige Tatsache mehr nachzuweisen, nämlich nach § 2357 Abs. 3 Satz 1 die Annahme der Erbschaft durch die übrigen

Erben. Denn wenn § 2357 Abs. 2 die Angabe der Erben verlangt, so ist das kein neues Erfordernis, da auch bei dem Einzelerbschein die Angabe sämtlicher Erben nötig ist (§ 2354 Ziff. 3: Angabe der vorhandenen Personen, durch die der Erbteil gemindert wird¹⁾), und wenn dort die Angabe der Erbteile verlangt wird, so wird nicht Angabe einer Tatsache verlangt, sondern einer aus Tatsachen zu ziehenden rechtlichen Schlußfolgerung. Wenn nun Absatz 3 Satz 2 bestimmt, daß § 2356 auch für die sich auf die übrigen Erben beziehenden Angaben gelte, so wird damit das Erfordernis des Tatsachennachweises aufgestellt 1. für die in § 2356 erwähnten, sowohl beim Einzelerbschein wie beim gemeinschaftlichen Erbschein nötigen Angaben, 2. für die in Satz 1 desselben Absatzes verlangte Angabe der Erbschaftsannahme durch die übrigen Erben. Hätte sich Satz 2 auch auf Absatz 2 erstrecken sollen, so hätte er einen neuen Absatz bilden oder mit der Vorschrift des Absatz 2 vereinigt sein müssen. Nadler stützt sich auch nur auf eine, von Staudingers Kommentar allerdings ohne Kritik übernommene Entscheidung des Feriensenats des Kammergerichts vom Jahre 1901. Er erwähnt nicht die Entscheidungen des Kammergerichts vom 30. Mai 1907 (RGZ. 34 A 116) und 6. April 1908 (OLGRspr. 18, 368), die übereinstimmend aussprechen: „die gerichtliche oder notarielle Form ist nur hinsichtlich der im § 2356 Abs. 2 erforderlichen eidesstattlichen Versicherung, nicht auch für den Antrag auf Erteilung des Erbscheins vorgeschrieben. Die Angabe der Erbteile in Bruchteilen kann daher durch privatschriftliche Eingabe der Antragsteller erfolgen.“ So verfährt denn auch nach meiner Beobachtung gerade das Amtsgericht Berlin-Mitte. Zutreffend setzt auch Jastrow, Formularbuch 1910 S. 347, die Angabe der Erbteile außerhalb der eidesstattlichen Versicherung.

Hierfür sprechen innere, namentlich Zweckmäßigkeitsgründe. Das Gesetz legt dem Antragsteller die Angabe der Erbteile auf, statt dem Nachlaßgericht die Ermittlung anheimzugeben, weil dieses nur einen Erbschein erteilen soll, der dem Verlangen des Erben entspricht, obwohl es sich hier, wie gesagt, nicht um Tatsachen handelt, deren Beweis notwendig ist, sondern um die Anwendung des Gesetzes auf bereits bewiesene Tatsachen. Sind die erbrechtlichen Verhältnisse verwickelt, so läuft leicht ein Irrtum in der Berechnung der Erbquoten unter. Wie sollte das Gesetz den Erben zumuten, selbst wenn es nicht ungewandte Menschen sind, juristisch-rechnerische Überlegungen an Eides Statt

¹⁾ Die Fassung des § 2354 Ziff. 3 ist offenbar mißglückt. Es müßte heißen: „ob und welche Personen vorhanden sind, durch die sein Erbteil gemindert wird, oder vorhanden sind oder waren, durch die er von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde“. Der einfache Fall, daß A, B, C Erben zu je $\frac{1}{3}$ sind und A allein Erteilung eines Erbscheins über seinen Erbanteil beantragt, findet in der Fassung des Gesetzes sprachlich keine Erleichterung; denn der Erbteil des A wird gemindert; man kann nicht sagen, daß er gemindert werden würde. Während § 2354 Abs. 2 nur den Fall behandelt, daß die — noch vorhandenen oder vorhanden gewesen — Personen, durch die der Antragsteller ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde, weggefallen sind, z. B. durch Erbschaftsübergang, trifft Ziff. 3 beide Fälle: den, daß die den Erbteil mindernden Personen vorhanden und auch nicht weggefallen sind, und den, daß sie vorhanden oder nicht vorhanden, aber weggefallen sind.

als richtig zu versichern, mag auch die dafür vorgesehene Formel wenig streng gefaßt sein! Kam ein Irrtum vor, so bedarf es nicht einer neuen notariellen Urkunde; es genügt vielmehr, daß der Antragsteller (nicht der Notar als solcher; er bedürfte besonderer Vollmacht) privatschriftlich einen berechtigten Antrag stellt.

Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch und die gemeingefährlichen Psychopathen.

Von Regierungsrat Dr. Edgar Crafemann, Hamburg.

Daß für diejenigen Elemente, welche auf Grund ihrer psychopathischen Veranlagung chronisch mit den Strafgesetzen in Konflikt kommen, die aber weder verurteilt werden, weil sie für ihre Handlungen nicht verantwortlich sind, noch den Irrenanstalten überwiesen werden können, weil sie nicht genügend geisteskrank sind, besondere Anstalten, „Verwahrungs-“ oder „Heil- und Pflege-“ Anstalten erforderlich sind, darüber ist sich Theorie und Praxis heute klar. Der Vorentwurf scheint dem zu folgen, indem das Gericht nach § 65, wenn es die öffentliche Sicherheit erfordert, ihre Verwahrung in einer öffentlichen Heil- und Pflegeanstalt anordnen kann.

Fraglich ist aber, ob diese Bestimmung allein die so dringend von der Allgemeinheit geforderte Sicherheit vor den Handlungen jener gemeingefährlichen Elemente gewährleisten kann.

Zunächst muß auffallen, daß die Einweisung in die Anstalt erfolgt, und nicht die Überweisung an die der Anstalt vorgesetzte Behörde.

Als solche würde regelmäßig die Behörde in Frage kommen müssen, welcher auch die Krankenhäuser und Irrenanstalten unterstehen, denn die Verwahrungsanstalt ist ihrer Natur nach eine Ergänzung, ein Annexum dieser Anstalten.

Es wäre sicherlich zweckmäßiger gewesen, wenn der Vorentwurf als Wortlaut gewählt hätte, etwa „Überweisung zur staatlich überwachten Verwahrung“ oder ähnliches.

Man könnte sich aber darüber hinweghelfen, indem man „Anstalt“ extensiv als „Anstaltsbehörde“ interpretiert, analog der Interpretation des geltenden § 56 StGB., welcher mit „Anstalt“ die betreffende Verwaltungsbehörde meint, was auch in dem dem § 56 StGB. entsprechenden § 69 des Vorentwurfs zum Ausdruck kommt, welcher nicht mehr die Einweisung in eine „Anstalt“, sondern die „Überweisung zur staatlich überwachten Erziehung“ vorschreibt.¹⁾

Bedenklicher ist, daß für die Unterbringung des Psychopathen die Landespolizeibehörde zu sorgen hat, daß sie auch die Dauer der Verwahrung und über die Entlassung bestimmen soll.

Diese nur sehr künstlich zu konstruierende Zuständigkeit der Polizeibehörde kann nur als eine wenig zweckdienliche Ausrede betrachtet werden, als ein Neutrum für ein Ding, das man nicht definieren kann.

Will man denn, obwohl die „Strafe“ ausscheidet, den „Strafvollzug“ bestehen lassen?

1) Bedauerlicherweise endet der § 69 mit den Worten: „doch kann das Gericht die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt vorschreiben“; es bedeutet dies einen Rückschritt und schwer verständlichen Eingriff des Strafrichters in die Sachkunde der zuständigen Erziehungsbehörde.

Besser hätte man die Unterbringung und Entlassung analog dem § 56 StGB. der der Verwahrungsanstalt vorgesetzten Behörde übertragen und sich auf die Unterstützung durch die Polizeibehörde beschränkt.

Die Anstaltsbehörde als sachverständige Behörde ist allein in der Lage, die große Verantwortung der Entlassungen zu übersehen und im Einzelfalle zu beurteilen.

Dies wird um so augenfälliger, wenn man erwägt, daß die Aufgaben solcher Behörde mit der Entlassung nicht endigen dürfen. Mit einer einfachen Einweisung und Entlassung, d. h. mit vorübergehender Anstaltsbehandlung der Psychopathen ist der Menschheit nur wenig geholfen.

Kann es unmöglich die Aufgabe des Staates sein, jene Elemente dauernd zu internieren, muß also mit Entlassungen gerechnet werden, so wird man sich klar werden müssen, daß eben die größte Schwierigkeit beginnt, wenn die Internierung aufhört, wenn es gilt, zu erproben, ob sich die betreffenden Personen in Freiheit für den wirklichen Kampf im Leben brauchbar erweisen.

Hat man bei den Minderjährigen die Erfahrung gemacht, daß man mit Anstaltsbehandlung allein, nicht viel erreicht, so soll man diese Erfahrungen bei den Volljährigen verwerten.

Es muß also als eine Hauptaufgabe jener Behörde betrachtet werden, die ihr überwiesenen Psychopathen auch nach der Entlassung, außerhalb der Anstalt, zu leiten und zu regieren, und zu versuchen, ihnen unter ihrer zu organisierenden Schutzaufsicht und Gewalt einen Arbeitsaufenthalt außerhalb der Anstalt an vorgeschriebener Stelle zu ermöglichen.

Um dies zu erreichen, muß also ein in der Behörde verkörperter übergeordneter Wille in Verbindung mit einer Schutzaufsicht hinzutreten, welcher die Internierung überdauert, welcher aber in der Lage ist, die Heil- und Pflege- bzw. Verwahrungsanstalten wiederzuverwenden, wenn Internierung wieder erforderlich wird, also eine Art Zwangsfürsorge.

Die Konstruktion dieses übergeordneten Willens, dieser Zwangsfürsorge ist es, die Juristen und Psychiatern das Kopferbrechen bereitet und als unlösbares Problem erscheint.

Betrachtet man aber die Individualität der gemeingefährlichen Psychopathen näher, so muß man doch erkennen, daß es sich nicht um Verbrecher im landläufigen Sinne handelt, solchenfalls müßte Verurteilung erfolgen, sondern um bedauerenswerte Individuen mit geistigen Defekten, die in ihrer Handlungsfähigkeit erheblich beschränkt sind, mit einem Wort um Unmündige.

Solche Unmündige bedürfen aber eines Gewalthabers, eines Vormundes.

Liegt es nun aber auf der Hand, daß eine Einzelperson nicht imstande ist, jene gefährlichen Elemente auf ihren Lebenswegen zu beherrschen, wohl aber die den Verwahrungsanstalten vorgesetzten sachverständigen Behörden, mit organisierter Schutzaufsicht, so erscheint es nur schlüssig, eine vormundschaftliche Macht mit jenen Behörden zu verbinden, und damit eine General- oder Berufsvormundschaft auf öffentlicher Grundlage über jene Elemente ins Leben zu rufen.

Die Frage der Entmündigung selbst, ihre Notwendigkeit, die einschlägigen Reichsgerichtsentscheidungen, die Berufsvormundschaft, die praktische Handhabung usw. habe ich in

einem Vortrage vor der forensisch-psychologischen Gesellschaft in Hamburg, welcher für die Fachkreise in der Zeitschrift für das Armenwesen, 14. Jahrg. Heft 3, März 1913, und für die Öffentlichkeit im „Vortrupp“, 2. Jahrg. Nr. 8, abgedruckt ist, erörtert, möchte auf ihn verweisen, nur folgendes hinzufügen.

Mag die Entmündigung jener Elemente noch heute ein Gegenstand divergierender Anschauungen sein, hat man den Willen, der Notlage der Menschheit abzuweichen, so wird man sich zu diesem Wege bekehren müssen, entweder durch extensive Interpretation des § 6 BGB. im Anschluß an die bisherigen Reichsgerichtsentscheidungen oder, wenn durchaus erforderlich, durch eine ergänzende Gesetzgebung und Erweiterung des § 6.

Wenige Worte noch über die Schutzaufsicht.

Die öffentliche Berufsvormundschaft ist eine behördliche Organisation, ein System, in das die Schutzaufsicht einzukleiden wäre. Obligatorisch ist bereits die Aufsicht der Gemeindevaisensräte, welche über die Entmündigten zu wachen haben, die in allen Bundesstaaten kraft Reichsgesetz bestehen bzw. bestehen müßten. Diese Gemeindevaisensräte, Hand in Hand gehend mit Behörden, Vereinen und Einzelpersonen müßten das ganze Reichsgebiet mit einem Netz von Aufsichtsorganen überziehen und über die bevormundeten Psychopathen wachen und von den geringsten Veränderungen den berufsvormundschaftlichen Behörden Kenntnis geben, damit diese bei Gefahr im Verzuge unverzüglich eingreifen können.

Auf solche Weise würde analog der Zwangserziehung Minderjähriger eine durchgreifende Zwangsbehandlung und Zwangsfürsorge der volljährigen gemeingefährlichen Psychopathen geschaffen werden, welche geeignet wäre, Schutz des Individuums selbst in seinem eigenen Interesse, Schutz der Allgemeinheit vor seinen gemeingefährlichen Handlungen zu erreichen.

Numerus clausus.

I.

Von Justizrat Werner, Magdeburg.

Die Zahl der Anwälte betrug am 1. Januar 1903 7262. In den Jahren 1905, 1907, 1909, 1910 und 1911 (die Berichte betreffen nicht immer genau das Kalenderjahr) ist die Zahl gestiegen auf 7863, 8638, 9607, 10752, 11446. Der Zugang betrug nach Abzug der Löschungen 1910: 687 und 1911: 778 Anwälte. Für 1912 liegen die Zahlen noch nicht vor. Der Zuwachs wird wohl so groß sein wie im Jahre 1911, so daß die Zahl der Anwälte jetzt zirka 12200 beträgt, somit in den letzten 10 Jahren um fast 5000 gestiegen ist. Die Gefahr, daß die Zahl bis 1925 auf 18- bis 20000 wächst, ist nahe liegend. Das Einkommen vieler Anwälte ist jetzt ein bescheidenes. Der starke Zufluß in den nächsten Jahren wird dieses Einkommen mindern. Die Gesetzgebung der letzten Jahre war den Anwälten ungünstig. Eine Reihe von Strafkammersachen sind an die Schöffengerichte verwiesen, von dem Jünserkollegium an den Einzelrichter. Dadurch ist der Bedarf an Richtern erheblich gemindert und der Zudrang zur Anwaltschaft vergrößert. Aber dies aber ist die Verteidigerfähigkeit beschränkt, da die Bevölkerung in Schöffensachen viel seltener als in Strafkammersachen den Anwalt zuzieht. Im Zivilprozeß hat die Kompetenz-

erhöhung und der Ausbau des Mahnverfahrens ebenfalls den Bedarf an Richtern gemindert, und die Einnahmen der Anwälte sind herabgegangen, weil für viele Angelegenheiten der Anwaltszwang gefallen ist. Eine Notlage des Anwaltstandes ist an vielen Orten eingetreten. An anderen steht sie bevor.

Die Freunde des numerus clausus beruhigten sich deshalb bei der Würzburger Abstimmung nicht, sondern suchten nach Abhilfe. Ich fürchte jedoch, daß der numerus clausus und die Höchstzahl die Notlage nicht beseitigen werden.

Die Freunde und wohl auch die Gegner des numerus clausus sind sich darüber einig, daß dieser die wirtschaftliche Lage der Anwälte heben und ihr Einkommen steigern wird. Diese Annahme ist nicht einwandfrei. Die entscheidende Frage ist: Wird die Pforte zur Anwaltschaft durch den numerus clausus sofort geschlossen für alle diejenigen, welche noch nicht zugelassen sind, oder bleibt die Pforte offen für alle, die mit dem juristischen Studium begonnen haben. Das letztere wird meines Erachtens der Fall sein. Hat z. B. der Amtsgerichtssekretär mühsam gespart, um seinen Sohn acht Jahre zu erhalten und ihm dadurch den Zugang zur Anwaltschaft zu ermöglichen, so ist es nicht billig, zwei Jahre nach Beginn des Studiums durch ein neues Gesetz den jungen Juristen auf Jahre hinaus von der Anwaltschaft fernzuhalten. Er kann sein Studium nicht aufgeben, ohne Jahre seines Lebens zu verlieren, auf der anderen Seite besitzt der Vater meist nicht die Mittel, um seinen Sohn 5 oder 6 Jahre länger als vorausgesehen durchzuhalten. Aber die Reichsregierung ist auch, abgesehen hiervon, schwerlich imstande, einen numerus clausus mit sofortiger Wirksamkeit zu bewilligen. Wenn mehrere tausend Assessoren, welche normalerweise zur Anwaltschaft übergegangen wären, von dieser ferngehalten werden, so muß das die Anstellung der Richter und Staatsanwälte um eine Reihe von Jahren, mindestens um vier bis fünf Jahre verzögern, und die Assessoren, welche jetzt schon sechs bis sieben Jahre warten müssen, werden dann erst in zehn bis zwölf Jahren angestellt werden. Die Justizverwaltung weiß heute schon nicht wohin mit der Überfülle an Assessoren. In Preußen hält man die weniger tüchtigen von der Richterlaufbahn fern, die Justizverwaltung trifft bei der Überfülle eine Auswahl. Vielfach werden auch die jungen Assessoren, weil man sie nicht beschäftigen kann, angeregt, sich in wirtschaftlichen Betrieben weiter fortzubilden. Die Anwälte sind heute das Stiefkind der Justizverwaltung. Daß letztere ihrem Stiefkind zuliebe das rechte geliebte Kind (Richter und Staatsanwälte) schwer benachteiligen werde, um den Anwaltstand und das Einkommen des einzelnen Anwalts zu heben, ist meines Erachtens ausgeschlossen.

Es bleiben uns also die jungen Juristen auf acht Jahre hinaus (drei Jahre Universität, vier Jahre Vorbereitungsdienst, ein Jahr Examen). Erst dann hört der Zustrom auf. Hinzu kommt:

Eine Reihe von jungen Juristen, welche dem Anwaltstande ferngeblieben wären, werden durch den numerus clausus diesem zugetrieben. Gewiß werden die Zustände in den nächsten Jahren sich verschlimmern. Aber der junge Jurist, welcher in den Anwaltstand eintritt, wird folgendermaßen rechnen: In den ersten Jahren werde sein Einkommen gering sein. Da aber der numerus clausus allen Zugang fernhält, seien die

Gefahren der freien Advokatur beseitigt, die Tätigkeit des Anwalts werde bequem und einträglich werden. Infolge des verstärkten Zugangs wird nach Ablauf von Jahren die Zahl der Anwälte wohl so groß sein, als das bei natürlicher Entwicklung nach 13 Jahren sonst der Fall gewesen wäre. Diese anormale Entwicklung wird das Einkommen der Anwälte gegenüber normaler Entwicklung mindern und zwar nach meiner Schätzung mindestens um 5 Prozent des Bruttoeinkommens. Rechnet man das Durchschnitts-Bruttoeinkommen eines Anwalts auf 10 000 *M.*, so ergibt das für jeden Anwalt einen Verlust von 500 *M.* jährlich, auf 13 Jahre einen Verlust von 6500 *M.* und bei 12 000 Anwälten einen Verlust von 78 000 000 *M.* Bei einem Bruttoeinkommen von 10 000 *M.* beträgt das Nettoeinkommen zirka 6000 *M.* Die Unkosten betragen mindestens 40 Prozent. Das Durchschnitts-Nettoeinkommen der Anwälte würde also von 6000 *M.* auf 5500 *M.* herabgleiten und die Freunde des numerus clausus, welche die soziale Lage des Anwaltsstandes heben wollen, würden für die ersten 13 Jahre genau das Gegenteil erreichen. Einen wirklichen Vorteil könnte der numerus clausus erst, wenn nach 13 Jahren die Anwaltzahl sich erheblich vermindert, also etwa nach 15, vielleicht nach 20 Jahren, uns bringen. Die Frage ist nun, liegt es nicht doch im Interesse des Standes, heute ein allerdings schweres Opfer zu bringen, um in Zukunft den Anwaltstand auf eine gesunde Grundlage zu stellen, soll nicht die gegenwärtige Generation darben, um der zukünftigen bessere Zeiten zu verschaffen. Die Frage wäre sicherlich zu bejahen, wenn mit einiger Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden könnte, daß die freie Advokatur nach 15 oder 20 Jahren tatsächlich die Mißstände herbeiführen würde, welche von vielen Seiten befürchtet werden. Aber eine Entwicklung läßt sich auf 15 oder 20 Jahre hinaus nicht voraussehen. Der Zustrom zur Anwaltschaft erfolgt in der Hauptsache aus den Städten und aus den Kreisen der wohlhabenderen Bevölkerung. In diesen Kreisen hat nach 1870 eine sehr starke Bevölkerungszunahme stattgefunden. In den letzten Jahren ist aber in allen Kreisen, namentlich aber in diesen Kreisen die Zahl der Geburten erheblich zurückgegangen. In Frankfurt a. M. betrug die Zahl der Geburten auf je 1000 Einwohner im Jahre 1898 noch 30,06. Wie sich in der Zeit von 1904—1912 die Bevölkerung in Frankfurt a. M. entwickelt hat, das zeigt folgende Tabelle:

Jahr	1904	1905	1907	1909	1911	1912
Mittlere Bevölkerung ...	320000	330000	352000	366700	418000	429100
Lebendgeborene das ist auf je 1000 Einw. . .	9146	9134	9526	9247	9209	8984
Sterbefälle ... das sind auf 1000 Einw. . .	28,6	27,7	27,1	25,2	22,0	20,9
Geburtenüberschuß	5052	5286	5086	5075	5275	5137
das sind auf 1000 Einw. . .	15,7	16,0	14,5	13,8	12,6	12,0
das sind auf 1000 Einw. . .	4121	3848	4440	4172	3934	3847
das sind auf 1000 Einw. . .	13,2	11,7	12,6	11,4	9,4	8,6

Die Zahl der Geburten in Frankfurt a. M. ist also beinahe so klein, wie in Frankreich, wo sie 1910 noch 19,7 auf

1000 Einwohner betrug, während im Jahre 1910 die Zahl der Geburten im Deutschen Reich noch 30,7, in Preußen 30,6, und in den 24 deutschen Großstädten 27,7, in Frankfurt a. M. noch 27,3 betrug.

Die erhebliche und andauernde Verminderung der Geburten läßt es ungewiß erscheinen, ob derjenige Zustrom zu den gelehrten Berufen, der bisher stattgehabt hat, noch anhalten wird. Es ist jedenfalls verfehlt, angesichts dieses Rückganges mit Sicherheit heute vorauszusagen zu wollen, daß die freie Advokatur eine fortlaufende Steigerung der Zahl der Anwälte bedeutet. Es ist auch hier dafür gesorgt, daß die Bäume nicht in den Himmel wachsen.

Für die Frage, wie groß die Zahl der Anwälte 1925 sein werde, ist aber auch folgendes wesentlich:

Die Anwälte erreichen vielfach ein recht hohes Alter und sind gewohnt, in den Seelen zu sterben, bis zum letzten Tage sich ihrer Berufstätigkeit zu widmen. Das ist einmal zurückzuführen auf die Liebe des einzelnen Anwalts zu seinem Beruf, eigentümlicherweise auch darauf, daß der Anwaltberuf zu den anstrengendsten und aufreibendsten Berufen gehört. Infolgedessen halten sich körperlich schwächere Juristen von diesem Beruf möglichst fern und das erklärt, daß das Durchschnittsalter, welches Anwälte erreichen, ein recht hohes ist. Die jungen Juristen, welche auf Grund der 1879 eingeführten freien Advokatur mit dem Studium begonnen haben, sind frühestens im Jahre 1885 zur Anwaltschaft zugelassen in einem Alter von 30 Jahren. Sie haben heute ein Alter von etwa 60 Jahren und werden in größerer Zahl erst, wenn sie das 70. Lebensjahr erreicht haben, also etwa im Jahre 1925, ausscheiden. Das wird bestätigt durch eine Berechnung, welche ich bei den Anwälten eines größeren Landgerichts mit 58 Anwälten (nicht mitgezählt ist hierbei ein Anwalt, der bei einer Versicherungsgesellschaft als Syndikus tätig und der bei Gericht nie auftritt, auch keinerlei Schriftsätze einreicht) aufgestellt habe. Es waren hiernach vorhanden:

I. Klasse: Anwälte über 70 Jahr, also geb. vor dem 1. 1. 1843	II. Klasse: Anwälte im Alter von 60—70 Jahren, geb. in der Zeit vom 1. 1. 1843 bis 31. 12. 1852	III. Klasse: Anwälte im Alter von 50—60 Jahren, geb. in der Zeit vom 1. 1. 1853 bis 31. 12. 1862	IV. Klasse: Anwälte im Alter von 40—50 Jahren, geb. in der Zeit vom 1. 1. 1863 bis 31. 12. 1872	V. Klasse: Anwälte jünger als 40 Jahre, also geb. nach dem 1. 1. 1873
1 Anwalt, 78 Jahre, nicht voll arbeitsfähig	2 Anwälte, beide geboren im Jahre 1852	18 Anwälte	17 Anwälte	20 Anwälte

Ausgeschieden sind an diesem Landgericht in der Zeit von 1895 bis 1903 13 Anwälte, und zwar 10 Anwälte durch Tod, 2 Anwälte, weil sie sich zur Ruhe gesetzt, 1 Anwalt (zugelassen vor 1879) infolge Ausschließung.

Diese Tatsache zeigt, daß die Überfüllung nicht allein beruht auf starkem Zugang, sondern auch darauf, daß die natürliche Zahl der Löschungen noch nicht eingetreten ist. Wie die dargelegten Zahlen ergeben, sind an dem Landgericht jährlich etwa 2 Anwälte zugelassen worden. Wären in derselben Zeit jährlich 2 Anwälte ausgeschieden, so würde in

18 Jahren eine Abwanderung nicht von 13, sondern von 36 Anwälten eingetreten sein, und die Verhältnisse an dem Landgericht würden sich dadurch wesentlich anders gestaltet haben als bisher. Während jetzt offenbar eine starke Überfüllung vorhanden ist und eine ganze Reihe von jungen, fleißigen Anwälten (die übrigens bei vorliegender Berechnung nicht mitgezählt sind) den Ort haben verlassen müssen, weil sie keine genügende Beschäftigung fanden, würde, wenn 23 Anwälte weniger vorhanden wären, ein befriedigender Zustand, vielleicht sogar eine günstige Lage des Anwaltsstandes vorhanden sein.

Gewiß sind diese Berechnungen eines einzelnen Landgerichts nicht unbedingt maßgebend, zumal an dem betreffenden Landgerichtsorte weder die Industrie, noch die Bevölkerungszunahme in den letzten 15 Jahren eine ungewöhnlich starke gewesen ist. Aber der große Zustrom der Anwälte ist erfolgt nach den Orten, in denen die Bevölkerung in den letzten Jahren stark gewachsen und in denen auch die Industrie sich außerordentlich gehoben hat. Hier liegen die Verhältnisse aber noch wesentlich ungünstiger insofern, als die Zahl der jungen Anwälte gegenüber den älteren eine viel größere ist als in dem vorherbezeichneten Orte, und an diesem anderen Orte ist noch viel weniger ein Ausgleich gegenüber den Zulassungen durch Lösungen erfolgt. Während an dem gedachten Orte ungefähr nach zehn Jahren damit zu rechnen ist, daß regelmäßig zwei Anwälte ausscheiden, wird an den Orten, in denen die Zahl der jungen Anwälte überwiegt, die Zahl der Lösungen voraussichtlich erst viel später so groß sein als die Zahl der Zulassungen. Welche Bedeutung die geringe Zahl der Lösungen hat, ergeben die Jahresberichte der Anwaltskammern, wie sie für 1912 in der Juristischen Wochenschrift dargelegt sind. In Berlin sind bei 1513 Anwälten nur 13 infolge Todes und 21 aus sonstigen Gründen (abgesehen von dem Übertritt in den Staatsdienst und Übersiedlung in einen anderen Bezirk) ausgeschieden. Insgesamt sind also nur endgültig ausgeschieden 34 Anwälte. Bei gleicher Zahl der Lösungen würden fast fünfzig Jahre notwendig sein, bevor die jetzige Generation ausstirbt. In Braunschweig sind bei 91 Anwälten nur 2 Anwälte infolge Todes ausgeschieden; es hat sich aber keiner zur Ruhe gesetzt. In Marienwerder ist bei 184 Anwälten nur 1 Anwalt verstorben, während sich kein Anwalt zur Ruhe gesetzt hat. In Jena sind bei 206 Anwälten nur 3 Anwälte, vermutlich weil sie sich zur Ruhe gesetzt haben, ausgeschieden. In Karlsruhe bei 401 Anwälten nur 6 Anwälte. Überall ist ein Auscheiden vorhanden, das auf die Dauer viel zu gering ist, und der Prozentsatz der Lösungen wird nach etwa zehn Jahren erheblich steigen.

Unter solchen Umständen ist auch nicht mit der geringsten Sicherheit vorauszu sehen, ob dann vom Jahre 1925 an die Zahl der Anwälte wachsen oder herabgehen wird. Die Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß bei der Abnahme des Geburtenüberschusses und bei den schlechten Aussichten, welche die Anwaltschaft mit sich bringt, die Zahl der Zulassungen sich vermindern wird. Kommt dann noch die erheblich steigende Zahl der Lösungen hinzu, so ist die Möglichkeit, daß ohne Einschreiten der Gesetzgebung gesunde Verhältnisse sich entwickeln werden, keineswegs abzuleugnen.

Bei dieser Sachlage erscheint es nicht gerechtfertigt, durch den numerus clausus die natürliche Entwicklung zu verhindern, diesen mit Rücksicht auf eine Fernwirkung von etwa 15 Jahren einzuführen, der gegenwärtigen Generation im Interesse der Zukunft schwere Opfer aufzuerlegen. Diese Opfer fallen um so mehr in die Waagschale, als an sich gerade die nächsten zehn Jahre für die Anwaltschaft voraussichtlich überaus unerfreulich sein werden, und in solcher Zeit künstlich das Anwaltseinkommen zu verringern, ist mehr als bedenklich.

Aber weiter. Wer steht uns dafür, daß der numerus clausus, den die Regierung uns dereinst gibt, wirklich ein besseres Einkommen verschafft? Ich habe bereits früher, Juristische Wochenschrift 1911 S. 684, ein Durchschnittseinkommen für den Anwalt von 15 000 *M* gefordert, aber damals berechnet, daß, selbst wenn man das Einkommen der Anwälte, soweit es 30 000 *M* übersteigt, nicht berücksichtigt, die Rechnung sich folgendermaßen stellen werde:

1. 3 Anwälte haben ein Einkommen von je 30 000 <i>M</i> =	90 000 <i>M</i> ,
2. 3 Anwälte haben je ein Einkommen von 25 000 <i>M</i> =	75 000 „,
3. 4 Anwälte haben je ein Einkommen von 20 000 <i>M</i> =	80 000 „,
4. 10 Anwälte je 15 000 <i>M</i> =	150 000 „,
	insgesamt . . . 395 000 <i>M</i> .

Es bleiben also für 10 Anwälte 55 000 *M* und damit für jeden ein Durchschnittseinkommen von 5500 *M*.

Die Gewißheit, daß der numerus clausus jedem Anwalt ein befriedigendes Einkommen verschafft, ist bei 15 000 *M* Durchschnittseinkommen keineswegs gegeben. Aber es ist bei den heutigen Anschauungen nicht einmal daran zu denken, daß ein numerus clausus mit 15 000 *M* Durchschnittseinkommen bewilligt wird.

Die Bewegung zugunsten des numerus clausus, welche von dem Kollegen Soldan neu entfacht ist, ist trotz der Abstimmung auf dem Würzburger Anwaltstag nicht zur Ruhe gekommen. Schon in Würzburg ist wohl die größere Zahl der Anwälte erschienen mit dem Entschluß, für den numerus clausus zu stimmen, und nur unter der Wucht der dort dargelegten Tatsachen hat die Anwaltschaft noch einmal den numerus clausus verworfen. Die Wahrscheinlichkeit, daß ein neuer Anwaltstag das Votum des Würzburger Anwaltstages stürzen werde, ist keineswegs fernliegend. Die Reichsregierung wird schwerlich Bedenken tragen, einem Wunsche der Anwaltschaft stattzugeben. Aber ob die Erfüllung dieses Wunsches dann in unserem Sinne und zur Befriedigung der Freunde des numerus clausus erfolgt, das ist mehr als zweifelhaft. Warnend sei hierbei auf eine gleiche Bestrebung hingewiesen. Die Kalibergwerksinteressenten haben ihrerseits eine Beschränkung des Kalibergbaues gefordert. Ihrem Wunsche ist die Gesetzgebung nachgekommen, zuerst durch die lex Camp, sodann durch das erste Kaligesez. Ein zweites Kaligesez steht bevor. Aber so, wie die Kaliinteressenten das Gesez sich seiner Zeit gewünscht haben, ist es nicht geworden. Die Reichsregierung hat das erste Kaligesez benutzt, um eine erhebliche Abgabe auf das Kali zu legen, und im zweiten Kaligesez ist eine Erhöhung dieser Abgabe vorgesehen. Die Zahl

der neuen Bergwerke ist aber nicht, wie beabsichtigt, durch diese Gesetzgebung vermindert, sondern umgekehrt, die Tatsache steht fest, daß gerade die Kaligesetzgebung die Entwicklung neuer Schächte gefördert hat. Die Kaliinteressenten, welche früher nach Staatshilfe gerufen haben, wären vielfach froh, wenn ihnen diese Hilfe nie zuteil geworden wäre.

Ich fürchte, die Freunde des *numerus clausus* werden, wenn sie ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Folgen, ohne einen klaren Gesetzentwurf in der Weise, wie bisher, für die beschränkte Anwaltschaft eintreten, den Erfolg für sich haben. Aber ob der Gesetzentwurf und namentlich das Gesetz ihren Wünschen entsprechen wird, das ist mehr als zweifelhaft. Ich fürchte, daß die Anwaltschaft, wenn erst der Gesetzentwurf eingebracht ist, zusammentreten und ausrufen wird: Diese Vorschläge der Reichsregierung haben für uns keinen Wert. Vielleicht daß die Anwaltschaft dann in letzter Stunde noch verhindert, daß der Gesetzentwurf Gesetz werde. Aber der Erfolg eines solchen Gesetzentwurfs wird immer sein, daß zahllose Assessoren sofort zur Anwaltschaft übergehen werden. Dieser starke Zuwachs wird uns bleiben, auch wenn das Gesetz dann zu Fall kommt.

Das alles mögen die Freunde des *numerus clausus* bedenken, wenn sie, wie es bisher geschehen, nicht als nüchterne Rechner versucht haben, die freie Advokatur zu beseitigen.

Die Bewegung für oder wider den *numerus clausus* muß zu Ende kommen. Solange diese Bewegung fort dauert, wird es immer eine Reihe von Assessoren geben, die von dem Gedanken beeinflusst werden, daß, wenn eine Überfüllung eintritt, die Klinker der Gesetzgebung doch eingreifen und den notleidenden Anwälten helfen werde. Eine Bewegung mit dieser Wirkung ist für uns Anwälte unerfreulich und sicherlich nicht beabsichtigt. Freunde und Gegner des *numerus clausus* müssen, sei es nun auf einem neuen Anwaltstage, sei es in privater Aussprache der Wortführer, zusammentreten und versuchen, endgültig zu dem *numerus clausus* Stellung zu nehmen. Fällt die Waagschale zugunsten des *numerus clausus*, dann muß mit Entschiedenheit darauf gedrängt werden, ihn so schnell als möglich zur Durchführung zu bringen. Fällt aber die Waagschale zu seinen Ungunsten, so dürfte es sich auch empfehlen, wenn die Freunde des *numerus clausus* wenigstens bis zum Jahre 1925 ihren Gegnern Frieden geben und die Anwaltszeitschriften bis dahin ihre Spalten für die Erörterungen schließen.

II.

Von Justizrat Dr. Koesl, Solingen.

Der Herausgeber der Wochenschrift hat mich ersucht, zu den obigen Ausführungen des Herrn Kollegen Werner Stellung zu nehmen. Mit dem Grundgedanken von Werner gehe ich völlig einig: Zulassungsbeschränkungen, von denen die befreit sein sollen, die gegenwärtig im Vorbereitungsdienste stehen, vielleicht sogar die, die gegenwärtig Jura studieren, haben für uns gar keinen, auch nicht den allergeringsten Wert. Wer solche Zulassungsbeschränkungen anstrebt, gleicht meines Erachtens dem Mann, der dafür sorgen will, daß die Sonne zur rechten Zeit untergeht. Denn ob wir Zulassungsbeschränkungen mit Wirksam-

keit nach acht Jahren erlangen oder ob wir sie nicht erlangen, das ist ganz gleichgültig. In beiden Fällen wird der Zubrang nach acht Jahren aufhören; niemand wird dann mehr Lust haben, sich der verelendeten Advokatur zuzuwenden. Die Advokatur wird ganz von selbst ihre Anziehungskraft auf neue Bewerber mehr und mehr einbüßen, je mehr ihr Ansehen sinkt und je weniger sie ihren Mitgliedern ein auskömmliches Dasein verspricht. Die Frage ist aber gerade die: Sollen wir es dahin kommen lassen? Sollen wir resigniert abwarten, bis es soweit ist, daß der Anwalt vom Gericht über die Achsel angesehen wird, und die Klientel guten Grund hat, ihm die Einziehung der Streitsumme nicht anzuvertrauen? Daß dies eintreten wird, wenn nach zehn Jahren unsere Zahl auf 18 000 angewachsen ist, ist gar keine Frage. Daran wird keine noch so strenge Siebung im Examen etwas ändern können, noch eine Erhöhung der Gebühren, die naturgemäß eine Verminderung der Prozesse zur Folge hat.

Darin aber bin ich entgegengesetzter Meinung als Werner: Spricht die Anwaltschaft sich für Zulassungsbeschränkungen mit sofortiger Wirksamkeit aus, so wird sie solche erreichen. Werner bezweifelt dies aus zwei Gründen: ein sofortiger Toreßschluß wäre eine Härte für die, die im Vorbereitungsdienste stehen; und die Justizverwaltung würde auch ihrerseits die Überzahl der Assessoren scheuen, für die sie keine Verwendung hätte.

a) Wird die Zulassung mit sofortiger Wirkung beschränkt, so wird dem juristischen Nachwuchs zugemutet, seine Zulassung als Anwalt nicht eher zu erwarten als seine Anstellung im Richteramt. Unbequem mag das manchem sein, der ins Blaue hinein Jura studiert hat, und nun die Anwaltschaft als Notanker ergreifen möchte, weil es mit der Anstellung im Staatsdienste gar solange dauert. Eine ungerechtfertigte Härte ist es nicht. Die jungen Leute, die sich leichtfertigerweise einem notorisch überfüllten Berufe zugewendet haben, können sich auf kein erworbenes oder angeborenes Recht berufen, in einen Stand einzubringen, der keinen weiteren Zubrang verträgt, ohne in seinen Lebensbedingungen erschüttert zu werden. Zulassungsbeschränkungen sind schon 1885 und 1894 vom preussischen Justizministerium angeregt. Wer nach diesen Vorgängen Jura studiert hat, der kann nicht in Anspruch nehmen, daß er mit Sicherheit darauf rechnen durfte, sofort nach der großen Staatsprüfung Anwalt zu werden. Ubrigens handelt es sich um unversehrte junge Leute, denen keineswegs jeder Erwerb abgeschnitten ist. Das von mir vorgeschlagene Höchstziffernsystem überläßt es zudem der Justizverwaltung, solche Gerichtsstitze, an denen sich kein Anwalt niederläßt, kommissorisch zu besetzen. — Nun aber die Rehrseite! Niemand wird von den Zulassungsbeschränkungen größeren Vorteil haben als gerade diese jungen Leute, sofern sie sich der Anwaltschaft zuwenden. Wir älteren Anwälte haben geringen Nutzen von Zulassungsbeschränkungen; ehe sie, auch bei sofortigem Toreßschluß, ihre volle Wirksamkeit erreicht haben, sind wir aus der Praxis ausgeschieden. Gerade diese jungen Leute aber werden, wenn sie auch einige Jahre später in die Anwaltschaft eintreten, dafür eine angesehene und wirtschaftlich gesicherte Stellung erhalten, während sie bei Fortdauer des heutigen Zustandes zwar die Anwaltschaft sofort ergreifen könnten, damit aber in einen Stand einträten, dessen Ansehen von Jahr zu Jahr sinkt, und

der schließlich deshalb aufhört weiter überlaufen zu werden, weil er keinen Schutz gegen die schlimmsten Nahrung Sorgen gewährt. Ich meine, mit der Entbehrung weniger Jahre erkaufen sich gerade diese jungen Leute die Früchte unserer Bestrebungen, die wir selbst nicht mehr ernten werden.

b) Während der Rechtspflege eine Überfülle von Anwälten verderblich ist, kann der Justizverwaltung eine Überfülle von Assessoren höchstens unbequem sein. Eine Hinausschiebung der Wartezeit für die künftigen Richter wird dadurch nicht herbeigeführt, daß etwa die gleiche Wartezeit auch von den künftigen Rechtsanwältinnen erfordert wird. Daß unmöglich alle Assessoren im Justizdienst beschäftigt werden können, erkennt die Justizverwaltung schon heute, ebenso aber auch, daß das gar nicht einmal zweckmäßig wäre; sie weist schon heute die Assessoren an, sich im praktischen Rechtsleben umzusehen. Eine solche praktische Vorbereitungszeit wird dem künftigen Anwalt noch bessere Dienste tun als dem künftigen Richter.

Ob in fernerer Zukunft einmal der Zubrang zum juristischen Studium abnehmen wird, weil die Zahl der Geburten zurückgeht, und ob wegen der Langlebigkeit der Anwälte die Zahl der Lösungen heute noch nicht den normalen Stand erreicht hat, später sich also vermehren wird, das sind meines Erachtens für uns Heutigen müßige Fragen. Der heutige Zubrang zur Anwaltschaft wird sicher abnehmen, entweder weil die inzwischen eingeführten Zulassungsbeschränkungen abschrecken oder weil ihre Nichteingührung den Anwaltstand inzwischen gründlich entwertet hat. Sorgen wir nur dafür, daß nicht die letztere Alternative eintritt!

Vom Reichsgericht. *)

Berichtet von den Rechtsanwältinnen beim Reichsgericht
Justizrat Dr. Bitter, Justizrat Dr. Kaiser und
Justizrat Dr. Schall.

I. Reichsrecht.

Bürgerliches Gesetzbuch.

1. §§ 31, 89, 254 BGB. Haftung der Stadtgemeinde für betrügerische Vermögensbeschädigungen seitens des Bürgermeisters. Mitwirkendes eigenes Verschulden des Beschädigten.]

Die Beklagte errichtete im Jahre 1893 als städtische Anstalt eine „Sparkasse der Stadt St.“, die nach der Satzung von einem Kuratorium, bestehend aus dem Bürgermeister, einem stellvertretenden Vorsitzenden und drei Beisitzern, verwaltet wurde. Die Beklagte hatte bis zum Jahre 1906 für ihre Sparkasse von der Klägerin Darlehen von stets wenigen tausend Mark zu den bankmäßigen Zinsen aufgenommen. Die Klägerin hat behauptet, daß auch weiterhin eine Geschäftsverbindung zwischen ihr und der Beklagten bestanden und sie dieser für Rechnung ihrer Sparkasse auf deren Ersuchen eine Reihe größerer Darlehen gewährt und deren Beträge der Beklagten durch die Post übermittelt habe; alle diese Sendungen seien dem Bürgermeister oder anderen empfangsberechtigten städtischen Beamten ausgehändigt worden. Unter Abzug der geleisteten Zahlungen stelle sich die Gesamtschuld der Beklagten an die Klägerin nach dem Abschlusse vom 5. April 1911 auf 128 352,55 M. Auf

Grund des zwischen den Parteien geschlossenen Kreditvertrages, auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung, die durch den Empfang der Summen gegeben sei, und endlich auf Grund unerlaubter Handlung, die ihr gegenüber begangen worden sei, wenn der Bürgermeister der Beklagten, X., die der Stadt zugesandten Darlehensbeträge dieser nicht abgeliefert, sondern unterschlagen habe, hat die Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung von 128 352,55 M. nebst 5 Prozent Zinsen seit dem 5. April 1911 Klage erhoben. Das LG. hat diesem Klageantrage entsprochen, das BG. die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß Zinsen der Urteils-summe nur vom 22. April 1911 ab und nur zu 4 Prozent zu zahlen seien. Gegen das Urteil des BG. hat die Beklagte Revision eingelegt. Die Revision hatte Erfolg aus folgenden Gründen: Die Gerichte beider Vorinstanzen lehnen den Anspruch aus dem Darlehensvertrage ab, da ein solcher nicht gültig zustande gekommen und die Urkunden, die dessen Abschluß beweisen sollen, bis auf die Unterschrift des Bürgermeisters X. gefälscht seien, dieser allein aber Darlehensverträge für die Stadt nicht habe abschließen können. Das LG. erachtet dagegen den Anspruch der Klägerin aus dem rechtlichen Gesichtspunkte der Bereicherung sowie der unerlaubten Handlung des Bürgermeisters, der die für die Stadt von der Klägerin eingegangenen Gelder unterschlagen habe, das BG. nur aus dem letzteren Gesichtspunkte, für begründet. Die §§ 31, 89 BGB., erwägt das BG., machen eine Körperschaft für den Schaden verantwortlich, den ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Körperschaft einem Dritten zufügt, sofern die Schadenszufügung nicht in Ausübung der öffentlichen Gewalt, sondern privatrechtlicher Verrichtungen erfolgt sei. Das letztere treffe hier zu; denn der Betrieb einer städtischen Sparkasse, möge diese auch ein gemeinnütziges Unternehmen sein, liege doch rein auf dem Gebiete des Privatrechts. Der Bürgermeister einer preussischen Stadt sei ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Stadt; durch ihn handle sie. Im gegebenen Falle habe X. freilich als Vorsitzender des Kuratoriums der Sparkasse gehandelt; allein diese sei keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern eine unselbständige städtische Anstalt; das Sparkassenkuratorium eine Deputation im Sinne des § 59 StädteD. Die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung des Bürgermeisters sei die Unterschlagung der Gelbbeträge, die die Klägerin an die Sparkasse gesandt habe. Es handle sich im ganzen um 22 Geldsendungen; daß sie tatsächlich an die Adresse der Beklagten oder der Sparkasse abgeschickt wurden, sowie daß sie an X. ausgehändigt worden seien, sei erwiesen. Des weiteren stehe fest, daß der Bürgermeister X. diese Gelbbeträge, welche er für die Sparkasse in Empfang genommen, nicht an die Kasse der Stadt abgeführt, wie es seine Amtspflicht gewesen sei, sondern sich rechtswidrig zugeeignet habe. Diese Amtspflicht habe er verletzt. Die Unterschlagungen habe er in Ausübung der ihm zustehenden Verrichtungen vorgenommen. Als höchster städtischer Beamter und als Vorsitzender des Sparkassenkuratoriums sei er befugt gewesen, Sendungen für die Stadt in Empfang zu nehmen und darüber zu quittieren; daher falle auch die Unterschlagung der Sendungen in den ihm zugewiesenen Geschäftsbereich, um so mehr, als er die Stadt nach außen zu vertreten und auch die Leitung der Sparkasse in seiner Hand hatte. Daran ändere es

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

nichts, daß nach § 2 Abs. 5 des Sparkassenstatuts Urkunden für die Sparkasse nur verbindlich seien, wenn sie vom Vorsitzenden oder dessen Stellvertreter und von mindestens noch zwei Mitgliedern des Kuratoriums unterschrieben sowie mit dem Siegel der Sparkasse versehen seien, und daß nach Art. I des III. Nachtrags zum Statut über alle an die Sparkasse geleisteten Zahlungen einschließlich der Postsendungen der Kontrolleur in Gemeinschaft mit dem Rendanten zu quittieren hatte. Da die Sparkasse eine städtische Anstalt sei, seien für sie in erster Linie die gesetzliche Bestimmungen der Städteordnung maßgebend; Bestimmungen des Statuts hätten nach außen hin nur Gültigkeit, soweit sie mit dieser in Einklang ständen. Die gesetzliche Befugnis des Bürgermeisters, nach § 56 Nr. 8 StädteO. Urkunden für die Stadt auszustellen, könne durch Statuten nicht außer Kraft gesetzt werden; diese könnten nur noch anderen Personen neben den gesetzlich zuständigen Magistratspersonen die gleiche Befugnis einräumen. Ob K. bei Vornahme seiner Handlungen die Absicht der Vertretung hatte, sei gleichgültig. Ein Schaden sei der Klägerin entstanden, da sie auf die 22 Geldsendungen nur teilweise den Betrag zurückgezahlt erhalten habe. Diesen Schaden habe der Bürgermeister durch seine Verfehlungen verursacht. Die Einwendung der Beklagten, daß § 31 BGB. nicht anwendbar sei, weil K. nicht allein, sondern nur zusammen mit anderen Mitgliedern des Magistrats oder des Kuratoriums für die Stadt habe handeln können, sei hinfällig. K. sei nach der Städteordnung berechtigt gewesen, allein Gelder für die Stadt in Empfang zu nehmen und darüber zu quittieren, und § 31 treffe ausdrücklich auch den Fall, daß nur ein Mitglied des Vorstandes einer Körperschaft die schädigende Handlung begehe. Der Einwand eines mitwirkenden Verschuldens der Klägerin sei nicht begründet. Der Beklagte finde dieses zunächst darin, daß sie, ohne jemals Deckung zu verlangen, der Beklagten einen so hohen Kredit eingeräumt habe. Es sei aber gar nicht üblich, von juristischen Personen des öffentlichen Rechts Deckung zu verlangen, da solche als unbedingt sicher anzusehen seien. Dazu komme, daß die Klägerin schon vor dem hier streitigen Verkehr mit der Beklagten in Geschäftsverbindung gestanden und diese immer ihre glatte Erledigung gefunden habe. Seien auch die früheren Darlehen stets in kurzer Zeit zurückgezahlt worden, so habe doch für die Klägerin keine Veranlassung vorgelegen, mißtrauisch zu werden, zumal die Zinsen regelmäßig entrichtet und auch mehrfach Rückzahlungen geleistet worden seien. Die Klägerin habe ferner nicht nötig gehabt, Erwägungen darüber anzustellen, wozu die Sparkasse das viele Geld brauche und wie sie die hohen Bankzinsen von 6½ bis 8½ Prozent aufbringen könne. Endlich sei es auch kein Verschulden der Klägerin, daß sie sich mit den Empfangsbefehingen des K. begnügte, obgleich nach dem Statut der Sparkasse der Rendant und der Kontrolleur hätten quittieren müssen, da ja der Bürgermeister selbst zur Quittungsleistung ebenfalls berechtigt war, sowie daß die Klägerin nicht Gelegenheit genommen habe, mit Mitgliedern des Kuratoriums über die Höhe des Kredits und die Aufbringung der Zinsen zu sprechen, und daß die Zusendung des — verfälschten — Rückzahlungsbeschlusses im Mai 1909 sie nicht hinsichtlich der trotzdem geforderten neuen großen Beträge stutzig gemacht habe. Der von der Beklagten erbotene Beweis über eine Äußerung

des Direktors H. der klagenden Bank, daß ihm die Sache schon seit Jahren verdächtig vorgekommen sei, erscheine nicht geeignet, ein Selbstverschulden der Klägerin darzutun, da aus einer solchen allgemeinen Äußerung nichts zu entnehmen sei. Demgemäß erscheine der Anspruch der Klägerin aus §§ 31, 89 BGB. in voller Höhe begründet. Die Klägerin könne die Beträge der Sendungen, die Postunkosten sowie auch die berechneten Zinsen ersetzt verlangen, die richtig berechnet seien und die die Klägerin bei anderweiter Verwendung der Gelder ebenfalls vereinnahmt haben würde. Die laufenden Zinsen seit der Klagezustellung könne die Klägerin jedoch nur zu 4 Prozent beanspruchen. Die Revision führt aus: Das angefochtene Urteil wende zu Unrecht die §§ 31, 89 BGB. an. Wenn K. die eingegangenen Gelder für die Beklagte in Empfang genommen, dann habe er eine Unterschlagung nicht gegenüber der Klägerin, sondern gegenüber der Beklagten, die die Eigentümerin der Gelder geworden sei, begangen. Gewiß habe die Klägerin das Geld nicht zurückgehalten. Das sei aber nicht Folge der Unterschlagung, sondern bedingt dadurch, daß sie einen vertragsmäßigen Rückzahlungsanspruch gegen die Stadt nicht erworben habe und der Nachlaß des K. wohl unermöglicht sei. K. habe gegen die Klägerin einen Betrug verübt, indem er sie zur Hergabe der Gelder durch die Täuschung veranlaßte, die Stadtgemeinde verlange sie als Darlehen. Dieser Betrug sei aber nicht in der Verrichtung des Bürgermeisteramtes begangen. Jedenfalls rechtlich zweifelhaft sei, ob die Befugnis des Bürgermeisters, Geld für die Stadt in Empfang zu nehmen und darüber zu quittieren, nicht durch das Sparkassenstatut im Bereiche der Sparkassengeschäfte mobilisiert sei, das nicht nur den inneren Geschäftsbetrieb ergebe, sondern auch den Verkehr Dritter mit der Kasse und im Interesse der Sicherheit der Kasse errichtet sei. Rechtsirrig sei die Ablehnung eines eigenen Verschuldens der Klägerin. Eine Sparkasse könne regelmäßig solche Kreditaufnahmen nicht machen, die sie wegen der hohen Zinsen ruinieren mußten. Nur vorübergehend könne sie, wenn ihrbarer Kassenbestand dem Geldbedarf nicht entspreche, veranlaßt sein, auf kurze Fristen Darlehen bei einer Bank aufzunehmen. Die hohen Summen, die die Sparkasse schuldig blieb, hätten der Klägerin auffallen müssen. Wenn sie sich dabei beruhigt habe, daß die Stadt ihr auskommen müsse, habe sie fahrlässig gehandelt. Der Revision war mit Rücksicht auf den von der Beklagten erhobenen, vom BG. zurückgewiesenen Einwand des mitwirkenden eigenen Verschuldens der Klägerin an der Verursachung des ihr erwachsenen Schadens stattzugeben. Dem BG. ist in der Annahme beizustimmen, daß die beklagte Stadtgemeinde der Klägerin für den ihr durch den Bürgermeister der Beklagten K. in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen als verfassungsmäßig berufener Vertreter der beklagten Stadtgemeinde zugefügten Schaden haftbar ist. In der Begründung seiner Annahme geht freilich das BG. fehl. Eine Haftung der vertretenen Körperschaft für Handlungen ihrer Vertreter ergibt sich noch nicht allein aus den §§ 30, 31, 89 BGB.; immer muß ein zum Schadenserfaß verpflichtender Tatbestand, sei dieser eine Vertragsverletzung oder eine unerlaubte Handlung des Vertreters, hinzukommen, soll eine Haftung der vertretenen Körperschaft begründet werden. Das BG. hat einen bestimmten Tatbestand einer unerlaubten Handlung, die der Bürgermeister

X. der Klägerin gegenüber begangen hätte, nicht festgestellt. Es erblickt nach dem Zusammenhange seiner Ausführungen die die Klägerin schädigende unerlaubte Handlung in der von dem Bürgermeister X. verübten Unterschlagung an den von der Klägerin der Stadtgemeinde übersandten, von dem Bürgermeister nach § 56 Nr. 8 PrStädteD. vom 30. Mai 1853 unter Quittungsleistung in Empfang genommenen Geldern. Es folgt hierbei anscheinend der Entscheidung in RG. 44, 303. Dabei ist jedoch übersehen, daß es sich dort nicht um den Schadensersatzanspruch gegen die Stadtgemeinde aus der unerlaubten Handlung des Bürgermeisters handelte, sondern um den Bereicherungsanspruch gegen die Gemeinde, weil das ihr zugesandte Geld durch die Empfangnahme seitens des zuständigen Bürgermeisters in ihr Vermögen ohne Grund übergegangen sei. Das RG. führte aus, daß die beklagte Stadtgemeinde sich dem Ansprüche auf Herausgabe der übersandten Gelder aus dem Rechtsgrunde der Bereicherung nicht unter Berufung auf § 266 I, 13 PrAllN. habe entziehen können, weil das Verschulden ihres Vertreters kein Zufall im Sinne dieser Bestimmung sei. Diese Ausführung ist für den gegenwärtigen Rechtsstreit nicht verwertbar. Bei der Unterschlagung der für die Stadtgemeinde von ihm in Empfang genommenen Gelder hat der Bürgermeister zwar als ungetreuer Beamter, aber nicht als Vertreter der Gemeinde gehandelt. Der Bürgermeister X. handelte als Vertreter der Stadtgemeinde nach außen, indem er mit der Klägerin wegen der angeblich der Stadtgemeinde zu gewährenden Darlehen verhandelte; er handelte in dieser Eigenschaft auch, indem er dem Postamt gegenüber die mit der Post eingegangenen Gelder für die Stadtgemeinde in Empfang nahm und darüber quittierte; die Unterschlagungen aber beging er im inneren Verhältnis zur Stadtgemeinde und dieser gegenüber; es war das Eigentum der Stadtgemeinde, das er sich aneignete; er kann damit nicht als ihr Vertreter nach außen gehandelt haben. Dagegen hat der Bürgermeister X. in seiner Eigenschaft als verfassungsmäßig berufener Vertreter der beklagten Stadtgemeinde das Vermögen der Klägerin dadurch vorsätzlich beschädigt, daß er unter den betrügerischen Vorspiegelungen, die Stadtgemeinde habe die Aufnahme von Darlehen beschlossen, und unter Zuhilfenahme der Fälschung von Beschlüssen des Magistrats sowie des Kuratoriums der städtischen Sparkasse von St. von Saldoanerkennnissen und Kontokorrentabschlüssen nebst den Unterschriften der für die Unterzeichnung zuständigen Magistratspersonen, von denen überall nur seine eigene Unterschrift echt war, die Klägerin, die annahm, daß die beklagte Stadtgemeinde nach der Vorschrift des Gesetzes bei der Eingehung der Darlehensverbindlichkeit vertreten und die Vertragsverbindlichkeit gültig eingegangen sei, zu der Übersendung aller der Geldbeträge an die beklagte Stadtgemeinde veranlaßte, die er nach außen als deren Vertreter in Empfang nahm, während er nach dem von ihm bereits mit dem Darlehnsansuchen gefaßten einheitlichen verbrecherischen Entschlusse handelte, diese Gelder nicht der beklagten Stadtgemeinde zuzuführen, sondern sich zuzueignen. Die Klägerin würde die Geldbeträge nicht aus ihrem Vermögen weggegeben haben, wenn sie den wahren Sachverhalt gekannt hätte. Sie ist geschädigt worden, weil sie den aus der vermeintlichen Darlehns hingabe nach ihrer auf Grund der betrügerischen Täuschung angenommenen Auffassung erworbenen

Anspruch auf Verzinsung und Rückzahlung des Darlehen nicht erworben hat und selbst der Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte auf Rückgewähr der ohne Rechtsgrund empfangenen Gelder ihr verlorengegangen ist, weil die Gelder in Wahrheit der Sparkasse oder der Stadtkasse der Beklagten gar nicht einverleibt worden sind (§ 818 Abs. 3 BGB.). Diese im einheitlichen Zusammentreffen mit schweren Urkundenfälschungen (§§ 267, 268 StGB.) gegenüber der Klägerin verübten betrügerischen Handlungen (§ 263 StGB.) sind hiernach die unerlaubten Handlungen (§ 823 Abs. 2 BGB.), durch welche der Bürgermeister X. in dem ihm verfassungsmäßig obliegenden geschäftlichen Verkehr namens der Stadtgemeinde nach außen die Klägerin in ihrem Vermögen beschädigt hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob strafrechtlich neben diesen Betrugs handlungen, bei denen mit der betrügerischen Absicht von vorn herein die Absicht der rechtswidrigen Zueignung der von der Klägerin zu übersendenden Gelder verbunden war, ein selbständiger Tatbestand der Unterschlagung an den eingegangenen Geldern überhaupt vereinbar ist (vgl. RGSt. 15, 426; Dlzhausen, Kommentar zum StGB. A. 56 zu § 263); im gegebenen Falle mag diese Annahme im Sinne eines einheitlichen Zusammentreffens (§ 73 StGB.) möglich sein, da die erfolgreiche Verübung des Betruges nur durch das Zwischenglied des Besitz- und Eigentumsverlustes für die Stadtgemeinde möglich war. Mit der Schädigung der Klägerin hat dieser Tatbestand unmittelbar nichts zu tun. Zutreffend hat das BG. ausgeführt, daß gegen das Vorhandensein des Tatbestandes des § 31 BGB. — im Zusammenhang mit dem Tatbestande einer zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung — nicht geltend gemacht werden könne, daß der Bürgermeister nicht durch die Vertretungsbefugnis zu den festgestellten unerlaubten Handlungen ermächtigt war. Würde das der Inhalt des § 31 sein, so wäre er zwecklos und ohne Inhalt; denn zur Begehung unerlaubter Handlungen ermächtigt gültigerweise eine Vertretungsbefugnis niemals. Aber auch das ändert nichts an dem Tatbestande des § 31 BGB., daß der Bürgermeister X. allein zur Vertretung der Stadtgemeinde bei Eingehung sie verpflichtender Rechtsgeschäfte, im gegebenen Falle zur Aufnahme von Darlehen für die Stadtgemeinde, nach Maßgabe des § 56 Nr. 8 PrStädteD. nicht ermächtigt war, und daß seine unerlaubte Handlung, der gegen die Klägerin verübte Betrug, gerade darin bestand, daß er durch Fälschungen der Klägerin die Zustimmung der Vertreter vorspiegelte, mit denen er nur gemeinsam in verpflichtenden Rechtsgeschäften die beklagte Stadtgemeinde zu vertreten befugt war. Es genügt, daß ihm die Mitwirkung bei deren Abschlusse zustand. Die Bestimmung des § 31 BGB. macht die Körperschaft für die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung auch nur eines Mitgliedes des Vorstandes oder Magistrats oder einer sonstigen Gesamtvertretung haftbar. Voraussetzung ist allerdings, daß der Vertreter in Ausführung der ihm für die Körperschaft nach deren Verfassung zustehenden Verrichtungen die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung begangen hat. Der Begriff der Verrichtung in § 31 BGB. umfaßt aber nicht nur die rechtsgeschäftliche Vertretung, sondern auch Tätigkeiten ohne rechtsgeschäftlichen Inhalt. Die Verrichtungen eines Bürgermeisters insbesondere erstrecken sich nach der angezogenen Bestimmung

der PrStädteD. auf die Vorbereitungen und Vorverhandlungen der Verträge, auf den Schriftwechsel für die Gemeinde, also auf den Geschäftsverkehr nach außen überhaupt, während ihm bei dem Abschlusse verpflichtender Rechtsgeschäfte die Mitwirkung in der Weise zusteht, daß die Unterschrift eines anderen Magistratsmitgliedes hinzukommen muß. Bei den Verhandlungen mit der Klägerin, zu denen er als Bürgermeister ermächtigt war, hat der Bürgermeister K. die betrügerischen Täuschungen verübt, in denen er der Klägerin vorspiegelte, daß die Stadt Bankdarlehen bei ihr aufzunehmen beschloßen habe und zu deren Verzinsung und Rückzahlung sich verpflichte. Damit ist der Tatbestand der §§ 31, 89 in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB. und § 263 StGB. erfüllt (vgl. RG. 57, 93; 74 S. 250, 257; Urt. VI ZS. vom 10. April 1911 in BayNotZ. 1911 S. 283; Urt. III ZS. vom 2. Januar 1912, III 92/11). Die Haftung der beklagten Stadtgemeinde für die von dem Bürgermeister K. gegenüber der Klägerin begangenen betrügerischen Vermögensbeschädigungen ist somit nach Maßgabe der §§ 31, 89 in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB. und § 263 StGB. als begründet anzusehen. Damit ist die Grundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch gegeben. Nicht zu billigen waren dagegen die Erwägungen, mit denen das BG. ein mitwirkendes eigenes Verschulden der Klägerin an dem Schaden verneint und auch den nach dieser Richtung von der Beklagten gestellten Beweisanspruch: daß das Vorstandsmitglied der Klägerin, Direktor H. in Nordhausen, schon seit Jahren Verdacht hinsichtlich der großen Geldentnahmen der Beklagten gehegt, diesen auch ausgesprochen und dem Vorstände der Klägerin vorgetragen, dieser sich aber darüber hinweggesetzt habe, da der Klägerin die Sparkasse „lang genug“ sei, abgelehnt hat. Hat die Beklagte für das schuldhafte Handeln ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter nach §§ 31, 89 in Verbindung mit der die Schadensersatzpflicht bestimmenden Gesetzesnorm bei Beschädigungen Dritter einzustehen, so hat auch die klagende Körperschaft für das bei der Entstehung oder Nichtabwendung (§ 254 Abs. 1 und 2 BGB.) von ihren satzungsmäßig berufenen Vertretern oder einem von ihnen zur Last fallenden Verschulden aufzukommen. Diese Annahme widerspricht nicht den in RG. 77, 211; 79, 312 (ebenso JW. 11, 979¹¹; 12, 138¹²) aufgestellten Grundsätzen über die Haftung für Handlungen Dritter bei der Feststellung des eigenen mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten, wird vielmehr von ihnen gefordert, da der Grundgedanke des § 254 Abs. 2 Schlusssatz nach jenen Entscheidungen dahin geht, daß der Beschädigte für seine Hilfspersonen und Vertreter in derselben Weise einzustehen habe wie der Schädiger. Auch der von der Klägerin und Revisionsbeklagten gegenüber dem Einwande des eigenen Verschuldens der Klägerin vorgebrachte Anstand, daß gegenüber vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen ein mitwirkendes Fahrlässigkeitsverschulden des Beschädigten nicht in Betracht zu ziehen sei, ist nicht zutreffend. Ein Rechtsatz dieses Inhalts besteht nach dem BGB. nicht. Regelmäßig wird freilich das eigene und fahrlässige Verschulden des Verletzten gegenüber der vorsätzlichen Handlung des Schädigers nicht in Rechnung zu ziehen sein (RG. 69, 277; 78, 389; JW. 08, 9¹⁰; Warnerher Rechtspr. d. RG. 1908 Nr. 446, 1911 Nr. 64). Von dieser Regel werden einmal die Fälle des § 254 Abs. 2 eine Ausnahme machen, bei denen

es sich nicht um ein mitwirkendes Verschulden bei der Verursachung des Schadens, sondern um dessen Abwendung oder Minderung handelt (vgl. RGKomm. § 826 Anm. 7), ferner aber auch gerade die Fälle, in denen die Haftung für Handlungen Dritter in Frage kommt, wie bei der Haftung der Körperschaften für Handlungen ihrer Vertreter. Es kann nun nicht anerkannt werden, daß die Klägerin sich eigener Sorgfalt und der Bedenken, ob es denn möglich oder wahrscheinlich sei, daß ein Gemeinwesen wie das der beklagten Stadtgemeinde, derartige Summen, wie sie hier in Frage stehen, auf Bankkredit gegen hohe Bankzinsen, nicht nur vereinzelt und vorübergehend, sondern auf längere Dauer, bei der Verwaltung der städtischen Sparkasse oder auch zu anderen städtischen Zwecken in Anspruch nehmen werde, deshalb entschlagen durste, weil die beklagte Stadtgemeinde als öffentlich-rechtliche Körperschaft unantastbar sicher sei. Die Beklagte hat ausdrücklich behauptet und unter Beweis gestellt, daß dem Direktor H. der Filiale der Klägerin in N., bei der K. jene Darlehnskredite nach außen scheinbar für die beklagte Stadtgemeinde nachsuchte, nach des genannten Direktors eigenen Äußerungen „die Sache längst verdächtig vorgekommen“ sei, daß der Genannte darüber auch dem Vorstände der Klägerin in M. Vortrag gehalten, die Klägerin aber sich über jenen Verdacht hinweggesetzt habe, weil ihr die Sparkasse „lang genug“ sei. Das BG. hat diesen Beweisanspruch abgelehnt, weil der danach etwa festzustellende allgemeine Verdacht noch nicht dahin geedeutet werden könnte, daß er sich gerade auf Unterschleife und Unredlichkeiten des Bürgermeisters K. beziehen müsse, nur dann aber sei er erheblich. Dem kann nicht beigegeben werden. Es ist selbstverständlich, daß die Vertreter der Klägerin eine genaue Einsicht in die Vorgänge, die sich in der Stadtverwaltung der Beklagten abspielten, nicht haben konnten, und daß der Verdacht hinsichtlich des Geschäftsverkehrs, den K. anscheinend für diese mit der Klägerin eingeleitet hatte und weiter führte, nur ein mehr oder weniger allgemeiner sein konnte. Es muß aber für die Annahme eines eigenen Verschuldens der Klägerin genügen, daß ihrem Vertreter ernstliche Bedenken aufstiegen oder auch nur aufsteigen mußten, ob bei einer ordnungsmäßigen Verwaltung der beklagten Stadtgemeinde und ihrer Sparkasse ohne die Wahrscheinlichkeit unredlicher Handlungen seitens irgendeines der städtischen Beamten, der nicht gerade der Bürgermeister sein mußte — es konnte ebensowohl an die Möglichkeit betrügerischer Fälschungen der Unterschrift des Bürgermeisters selbst gedacht werden —, die von der Beklagten nach dem äußeren Anschein eingegangenen Darlehnsengeschäfte vernünftigerweise eingegangen werden konnten. Die Klägerin war in der Lage und bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet, einem solchen Verdachte nachzugehen und bei vertrauenswürdigen Personen geeignete Nachforschungen über den Verbrauch der Gelder in der Stadtverwaltung anzustellen. Wenn sie statt dessen über solche Verdachtsmomente hinwegging, weil sie voraussichtlich keinen Schaden erleiden würde, da ja die Beklagte als öffentlich-rechtliche Körperschaft, die nicht Konkurs anmelden könne, ihr für alles aufkommen werde und müsse, wie dies in der behaupteten Stellungnahme des Vorstandes der Klägerin gegenüber den von H. ihm vorgetragenen Verdachtsmomenten ausgedrückt liegt, so muß in solcher Handlungsweise ein grober

Verstoß gegen Treu und Glauben im Verkehr erblickt werden, den die Beklagte der Klägerin mit Recht als eigenes Verschulden anrechnet. Es ist weiter nicht zutreffend, daß für die Annahme eines mitwirkenden Verschuldens der Klägerin die örtliche Nähe und die dadurch bedingte Kenntnis der allgemeinen Wirtschaftsverhältnisse der Stadt St. gleichgültig sei; diese erleichterte gerade der Klägerin — im Gegensatz zu der Preussischen Zentral-Genossenschaftskasse — ganz wesentlich ein vorsichtiges Nachforschen nach den Vorgängen in der Gemeindeverwaltung der Beklagten oder nach etwaigen städtischen Unternehmungen, die jenen Darlehnsverkehr hätten möglich erscheinen lassen können. Wenn das BG. meint, daß ein Kaufmann mit Äußerungen, die als ein verstecktes Mißtrauen gegenüber einem Kunden aufgefaßt werden könnten, besonders auf der Hut sein müsse, so mag dies bis zu einem gewissen Grade zugegeben werden. Bei einer ihm aufstoßenden ernstlichen Gefährdung der eigenen Interessen wird aber kein Kaufmann durch dieses Bedenken von vertraulichen Erkundigungen sich abhalten lassen. Das Bedenken trifft aber am wenigsten zu, wo es sich nicht um eine Privatperson handelt, deren Handlungen, Zwecke und Pläne sich der Öffentlichkeit entziehen, sondern um eine öffentliche Körperschaft, die ihre Handlungen nach dem von ihr zu wahrenden öffentlichen Interesse des Gemeinwesens einrichtet und einrichten muß, und deren Maßnahmen daher mehr oder weniger auch der öffentlichen Besprechung und der öffentlichen Kontrolle unterliegen. Die Frage des mitwirkenden eigenen Verschuldens der Klägerin nach § 254 BGB. bedarf daher einer erneuten Prüfung, nachdem der von der Beklagten angebotene Beweis darüber, daß Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit des Geschäftsverkehrs mit der Beklagten den Vertretern der Klägerin aufgestoßen sind, und wie sie sich diesen gegenüber verhalten haben, erhoben worden sein wird. Stadtgemeinde St. c. A.-G. M. B., U. v. 6. März 13, 440/12 VI. — Raumburg. [B.]

2. §§ 133, 157, 554 BGB. Entrichtung eines Teiles des Mietzinses. Liegt in der vorbehaltlosen Annahme einer Teilzahlung seitens des Vermieters ein Verzicht auf das ihm bei unpünktlicher Mietzahlung zustehende Kündigungsrecht?]

Aus den Gründen: 1. Das BG. nimmt deshalb, weil im § 554 BGB. die Nichtzahlung eines Teiles des Mietzinses ausdrücklich erwähnt, in dem Mietvertrage der Parteien aber nur von dem Ausfall „einer Mietrate“ die Rede ist, an, daß absichtlich das Ausbleiben eines Teilbetrags fortgelassen sei und daß nach dem Willen der Parteien nur der Verzug mit einer ganzen Rate ein Kündigungsrecht des Klägers begründen sollte. Es ist nicht ersichtlich, ob für das BG. irgendein Anhalt dafür vorgelegen hat, daß die Parteien mit der Bestimmung des § 6 auch insofern eine Abweichung von der dispositiven Vorschrift des § 554 BGB. treffen wollten, als es sich um den Unterschied zwischen dem Mietzins und einem Teile des Mietzinses handelt. Aus dem festgestellten Tatbestand ergibt sich ein solcher Anhalt nicht. Der vom BG. gezogene Schluß auf den Willen der Parteien ist keineswegs zwingend. Ebenso begründet wäre die Annahme gewesen, daß die Parteien durch die Bestimmung des § 6 des Vertrags den § 554 BGB. nur insofern abändern wollten, als nicht erst das Rückständigbleiben von Mietzins für zwei aufeinander-

folgende Termine, sondern bereits das Rückständigbleiben von Mietzins für einen Termin das fristlose Kündigungsrecht des Vermieters begründen sollte. Bei dieser Annahme bietet die Vorschrift des § 554 BGB. einen Anhalt für die Auslegung einer das Kündigungsrecht an die Nichtzahlung einer Mietzinsrate knüpfenden Vertragsbestimmung und rechtfertigt die Auffassung, das Kündigungsrecht solle dem Vermieter auch dann zustehen, wenn der Mieter nur einen Teil des schuldigen Mietzinses bezahlt habe. Abgesehen hiervon verstößt die Auslegung des BG. aber auch gegen gesetzliche Auslegungsregeln, nämlich gegen die §§ 133, 157 BGB. Wenn das BG. mit Rücksicht darauf, daß in dem Vertrage nur von dem Ausfall einer Mietrate die Rede ist, darunter nur die Nichtzahlung der vollen Mietrate versteht, so haftet es an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks, ohne den wahren Willen der Parteien zu erforschen. Es berücksichtigt nicht den wirtschaftlichen Zweck, den die Parteien mit der Bestimmung verfolgen. Dieser wirtschaftliche Zweck ist aber für die Auslegung besonders wichtig. Schon die Motive (Bd. II S. 417) zu § 528 Abs. 2 des Entwurfs I BGB. (jetzt § 554 Abs. 1 BGB.) sagen: „Nach dem Preussischen RR. I, 21 § 298, dem sächsischen BGB. § 1220, dem hessischen Entwurf Art. 184 Abs. 2 Nr. 2, dem bayerischen Entwurf Art. 441 Nr. 3 und dem Dresdener Entwurf Art. 572 Abs. 3 berechtigt nur der Rückstand zweier aufeinanderfolgender Termine den Vermieter zum Rücktritte. Der Entwurf hat sich den letzteren Gesetzgebungswerken angeschlossen, doch darf zur Erreichung des Zweckes des Gesetzes zwischen dem Rückstande des ganzen Zinses und dem eines Teils desselben nicht unterschieden werden.“ Der Zweck des Gesetzes und entsprechend auch der Zweck der Ausbedingung des fristlosen Kündigungsrechts im Mietvertrage für den Fall der Nichtzahlung des Mietzinses ist aber der Schutz des Vermieters. Dieser hat ein erhebliches Interesse an der pünktlichen Zahlung des Mietzinses schon deshalb, weil er diesen zur Bezahlung von Hypothekenzinsen, Abgaben und sonstigen Ausgaben braucht, durch deren Nichtzahlung ihm die erheblichsten Nachteile entstehen können. Diesem Interesse des Vermieters ist aber nur dann gebient, wenn der Mieter den vollen Mietzins rechtzeitig zahlt oder doch nur mit einem ganz unerheblichen Teil im Rückstande bleibt. Nach der Auslegung des BG. wäre aber schon die Zahlung eines auch noch so geringfügigen Teils des Mietzinses geeignet, dem Vermieter das Recht der einseitigen Aufhebung des Vertrags zu nehmen. Diese Erwägung hält das BG. nicht für durchschlagend mit Rücksicht darauf, daß das Interesse des Vermieters deshalb genügend gesichert sei, weil er die Annahme von Teilzahlungen ablehnen könne. Diese Ausführung des BG. zeigt, daß es nicht erkannt hat, worauf es ankommt. Es steht doch in Frage, ob der Wille der Vertragsparteien dahin ging, das Recht des Vermieters zur einseitigen Vertragsaufhebung auch dann fortzudauern zu lassen, wenn ihm Teilzahlungen gemacht worden sind, die er nicht anzunehmen brauchte. Will man diesen Willen erforschen, so kann man dabei nicht die Erwägung verwerten, daß der Vermieter zur Annahme von Teilzahlungen ja gar nicht verpflichtet und deshalb sein Interesse durch die Möglichkeit der Zurückweisung von Teilzahlungen genügend gewahrt sei. Übrigens

kann die Annahme von Teilzahlungen für beide Vertragsparteien von erheblichem Interesse sein. Schließlich begründet das BG. seine Auslegung damit, die Bestimmung des § 6, die für den Mieter eine erhebliche Verschlechterung seiner Rechtslage gegenüber der gesetzlichen Regelung enthalte, sei nicht ausdehnend, sondern einschränkend auszulegen. Dazu ist zunächst zu bemerken, daß die in Rede stehende Bestimmung, im Sinne des BG. ausgelegt, keineswegs eine erhebliche Verschlechterung der Rechtslage des Mieters gegenüber der gesetzlichen Regelung bedeutet. Verschlechtert wird seine Rechtslage allerdings insofern, als es sich nicht um den Rückstand mit zwei Mietraten, sondern nur um den Rückstand mit einer Mietrate zu handeln braucht. Erheblich verbessert wird sie aber gegenüber der gesetzlichen Regelung insofern, als nach letzterer die Zahlung nur eines Teils der Mietrate den Mieter vor dem Rechte des Vermieters zur einseitigen Vertragsaufhebung nicht schützt, während er nach der im Sinne des BG. aufgefaßten Vertragsbestimmung durch Zahlung eines noch so kleinen Teils der Mietzinsrate geschützt wäre. Es ist aber auch nicht richtig, daß derartige Verwirkungsklauseln einschränkend auszulegen seien. Sie sind zugunsten des Verpflichteten auszulegen, aber nur, wie dies ja in jedem Falle der Auslegung gilt, im Zweifel. Ergeben aber die Worte in Verbindung mit den begleitenden Umständen, insbesondere dem Zwecke des Vertrags, einen sicheren Sinn, so ist ihnen nicht entgegen diesem Sinne eine andere engere Bedeutung zu geben, als sie hiernach haben. Zu erwägen ist hierbei auch, daß der Vermieter sich durch eine derartige Vertragsbestimmung weitergehende Rechte beilegen will, als er nach dem Gesetze hat. Nach vernünftiger, dem wirtschaftlichen Zwecke der Vertragsbestimmung entsprechender Auffassung ist mithin das Recht des Vermieters zur einseitigen Vertragsaufhebung dann gegeben, wenn der Mieter den Mietzins ganz oder wenigstens zu einem nicht ganz unerheblichen Teil im Rückstande gelassen hat.

2. Der zweite Revisionsangriff richtet sich gegen die Auffassung, daß in der vorbehaltlosen Annahme einer Teilzahlung seitens des Vermieters ein Verzicht auf das ihm bei unpünktlicher Mietzahlung zustehende Kündigungsrecht zu finden sei. Auch dieser Angriff ist begründet. Die Meinung, daß in der vorbehaltlosen Annahme einer Teilzahlung im allgemeinen für die Regel ein Verzicht auf das Kündigungsrecht zu finden sei, wird zwar von Staudinger, BGB. Anm. I 1 zu § 554, auf den sich das BG. bezieht, vertreten, hat aber sonst in der Rechtslehre und Rechtsprechung keinen Beifall gefunden. Anderer Meinung sind Dertmann, Kommentar, 2. Aufl. Anm. 1a, Planck, Kommentar Anm. 3, Fischer-Henle, BGB. Anm. 5 zu § 554, Goldmann-Lilienthal, BGB., 2. Aufl., § 155 S. 588 Anm. 13, Brückner, die Miete, 2. Aufl., § 22 S. 88 Ziff. 4, Niedel im Recht 1903 S. 144, der insbesondere geltend macht, das Gesetz erblicke, wie sich aus § 555 ergebe, in der Annahme einer abschläglichen Mietzahlung kein der Kündigung oder der Vertragsaufhebung entgegenstehendes Hindernis, Fulb, Mietrecht S. 133 und für den Fall der verspäteten Zahlung nachträglich zu zahlender Miete auch Miendorff, Mietrecht S. 199, ferner in der Rechtsprechung des OLG. Hamburg in Seuffl. Vb. 57 Nr. 30, sowie der erkennende Senat in dem Urteile vom 30. Oktober

1903, III 237/03 (GruchotsBeitr. 48, 103 ff.), sogar für den Fall der vorbehaltlosen Annahme im voraus zu zahlender Miete. Wie in dem letzteren Urteile bereits ausgesprochen ist, kommt es immer wesentlich darauf an, ob nach den Umständen des Falles der Wille des Vermieters, auf sein Kündigungsrecht zu verzichten und sich mit der Fortsetzung des Mietverhältnisses einverstanden zu erklären, angenommen werden kann. Von irgendwelcher Prüfung der Umstände des Falles hat aber das BG. völlig absehen zu dürfen geglaubt. Es hat nicht berücksichtigt, daß nach dem Vertrage der Mietzins jedesmal am ersten Tage des Kalendervierteljahrs zu zahlen war, während die Mietzeit vom 1. November 1909 an lief, so daß also die am 1. April 1912 zu leistende Zahlung den Mietzins für die Monate Februar, März und April 1912 darstellte. Der am 1. April 1912 gezahlte Betrag von 3500 M deckte hiernach, selbst wenn der Mietzins nach der Behauptung der Beklagten nur 27 000 M betrug, die Beklagten ferner noch eine Gegenforderung von 650 M für Herstellung einer Kühlanlage und weitere 60 M für Teppichreinigung in Abzug zu bringen berechtigt waren, zusammen mit diesen letzteren Beträgen noch nicht einmal den Mietzins für die bereits abgelaufenen Monate Februar und März 1912 mit zusammen 4500 M. Das BG. hat ferner nicht berücksichtigt, daß zur Zeit der Zahlung, am 1. April 1912, das Recht der einseitigen Vertragsaufhebung dem Kläger noch gar nicht zustand, sondern ihm erst erwuchs, wenn die Beklagten mit der Zahlung der am 1. April 1912 fälligen Mietrate länger als acht Tage im Rückstande blieben. Schließlich hat das BG. nicht geprüft, welche rechtliche Bedeutung dem Umstande beizumessen ist, daß der Vermieter nicht alsbald nach dem Ablauf der achttägigen Frist das Kündigungsrecht ausgeübt, sondern damit bis zum 22. April gewartet hat. St. c. M., U. v. 14. März 13, 464/12 III. — Frankfurt a. M. [B.]

3. § 138 BGB. Konkurrenzklausele.]

Der Vorderrichter geht zutreffend davon aus (vgl. das Urteil des erkennenden Senats vom 9. Juli 1909, III 418/08, JW. 09, 488), daß im Hinblick auf die Vorschriften des § 133 GewD. und des § 343 BGB. die Tatsachen, daß ein Wettbewerbsabkommen das Fortkommen des Angestellten durch übermäßige zeitliche, örtliche und gegenständliche Beschränkung seiner gewerblichen Tätigkeit unbillig erschwert und daß für die Übertretung des Wettbewerbsverbots eine außergewöhnlich hohe Vertragsstrafe ausbedungen ist, für sich allein nicht ausreichen, das Abkommen auf Grund des § 138 BGB. als nichtig hinzustellen. Er nimmt aber mit Recht an, daß hier zu jenen Tatsachen noch weitere Umstände hinzukommen, welche den Vertrag als einen sittenwidrigen kennzeichnen. Allerdings ist es nicht richtig, wenn der VerR. die Bestimmung unter Ziff. IV Abs. 2 des Vertrags für nach ständiger Rechtsprechung unwirksam erklärt, wonach das Wettbewerbsverbot ohne Rücksicht auf die Gründe der Auflösung des Dienstverhältnisses, also auch dann gelten soll, wenn der Dienstherr das Dienstverhältnis kündigt oder dem Angestellten durch vertragswidriges Verhalten Grund zur Kündigung gibt; die Rechtsprechung hat vielmehr nur in Ermangelung einer entgegenstehenden Vereinbarung den im § 75 Abs. 1 HGB. zum Ausdruck gebrachten Grundsatz auf Wettbewerbsverbote der Gewerbegehilfen erstreckt,

eine entgegenstehende Abrede also als gültig anerkannt (vgl. RG. 59, 76 und Urteil vom 15. November 1912, III 155/12). Der Revision mag ferner auch zugegeben werden, daß, wenn auch grundsätzlich, so doch nicht ausnahmslos die Verhältnisse zur Zeit des Vertragsschlusses bei der Frage, ob ein Wettbewerbsabkommen gegen die guten Sitten verstößt, in Betracht kommen, wie der II. ZS. bereits in dem Urteile vom 22. Dezember 1908 (ZW. 09, 71) ausgesprochen hat, und daß daher nicht nur die von dem Vorderrichter vertretete geringe Höhe des Anfangsgehalts des Beklagten, sondern auch die in dem Vertrage Ziff. I a. E. ausdrücklich vorgesehenen Gehaltserhöhungen Berücksichtigung finden müssen. Endlich ist es auch unzutreffend, daß dem Beklagten durch den Vertrag „in sozusagen allen europäischen Kulturstaaten“, wie der Vorderrichter sagt, jede Betätigung im Maschinenbau und -handel verboten sei, denn das Verbot erstreckt sich nur auf Deutschland, Österreich-Ungarn, Rußland, die Schweiz, Italien, Belgien und England und gibt also dem Beklagten u. a. Frankreich, die Niederlande, Dänemark, Schweden und Norwegen frei. Aber trotzdem stellt sich der Vertrag nach der Gesamtheit seiner Bestimmungen als eine Vereinbarung dar, welche ganz einseitig die Interessen des Unternehmers berücksichtigt, ohne auf die des Angestellten Rücksicht zu nehmen, und sogar über das berechnete Interesse des Unternehmers hinaus den Angestellten in seiner gewerblichen Bewegungsfreiheit in maßloser Weise beschränkt und deshalb als sittenwidrig zu erachten ist. Nach Ziff. VI des Vertrags ist dem Beklagten für die Dauer dreier Jahre in den genannten Ländern nicht nur jede mittelbare oder unmittelbare Beteiligung an einem Geschäft oder Tätigkeit für ein Geschäft verboten, welches sich mit den Fabrikationen der Klägerin befaßt, sondern es sind ihm auch solche Geschäfte verschlossen, welche „die bezüglichen Fabrikate feilhalten“ oder „verwerten“ oder welche „die Fabrikation oder den Verkauf bzw. die Besorgung von den bezüglichen Fabrikationshilfsmitteln (Maschinen usw.) betreiben“, und als Fabrikationen der Klägerin werden aufgezählt die Fabrikation von Kupfer, Bronze, Messing und allen anderen Kupferlegierungen, von Draht, Drahtseilen, Stacheldraht und Drahtwaren, Verzinkerei, Verarbeitung von Rohgummi und Guttapercha und deren Kompositionen und Surrogaten für Isolationszwecke, die Fabrikation von isolierten Leitungsdrähten und Leitungskabeln jeglicher Art, endlich alle Fabrikationen, welche sich außerdem aus den Geschäftsbüchern, Preislisten und Bekanntmachungen der Klägerin ergeben oder im Laufe des Brantenverhältnisses ergeben werden. Mit Recht folgert hieraus der Vorderrichter, daß dem Beklagten fast jede Betätigung im Maschinenbau und Maschinenhandel in den bezeichneten Ländern verboten sei, weil es bei dem Umfange des Geschäftsbetriebs der Klägerin wohl wenig Maschinen geben werde, welche nicht wenigstens als Hilfsmaschinen anzusprechen seien. Die von dem Prozeßbevollmächtigten der Revisionsklägerin in der mündlichen Verhandlung vertretene einschränkende Auslegung dieser Vertragsbestimmungen, nach der z. B. dem Beklagten nicht der Eintritt in solche Fabrikbetriebe verboten sein soll, welche sich nur nebenbei mit der Anfertigung von Fabrikationshilfsmitteln der Klägerin befassen, ist mit dem Wortlaute des Vertrags nicht vereinbar und mit einer diesem Wortlaut entsprechenden Auslegung muß der An-

gestellte rechnen. Die uneingeschränkte Erstreckung des Verbots auf den Handel und sogar auf die Verwertung der Fabrikate der Klägerin sowie auf die Fabrikation und den Verkauf der Fabrikationshilfsmittel geht über das berechnete Interesse der Klägerin hinaus. Dazu kommt die von dem Vorderrichter hervorgehobene Unmöglichkeit für den Beklagten, alle ihm verbotenen Fabrikationen zu kennen, da ihm die Geschäftsbücher der Klägerin nicht zugänglich und daher die nur aus ihnen ersichtlichen Fabrikationen nicht bekannt sind. Auch die Bestimmung unter Ziff. VII des Vertrags, daß die Vertragsbestimmungen „im Zweifel keiner Einschränkung unterliegen, sondern zugunsten der Interessen der Firma ausgelegt werden“ sollen, hat das BG. mit Recht herangezogen; wenn sie auch, wie die Revision ausführt, unwirksam sein sollte, ergibt sich aus ihr doch als Zweck und Ziel des Vertrags die einseitige Wahrung der Interessen des Unternehmers unter Zurücksetzung der berechtigten Interessen des Angestellten. Dasselbe gilt von der oben bereits erwähnten, an sich nicht unsittlichen Bestimmung unter Ziff. IV Abs. 2, daß die Verbindlichkeiten des Beklagten ohne Rücksicht auf die Gründe der Auflösung des Vertragsverhältnisses bestehen bleiben. Als viel zu weitgehend ist schließlich auch noch die von dem BG. nicht erwähnte Bestimmung unter Ziff. V des Vertrags hervorzuheben, nach der der Beklagte verpflichtet ist, „niemals irgend jemanden Mitteilungen irgendwelcher Art aus dem Geschäfte, über die Geschäfte und über die Fabrikation“ der Klägerin zu machen usw.; diese Verpflichtung beschränkt sich nicht etwa, wie der Vertreter der Klägerin in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, auf die Frist von drei Jahren, denn nicht Ziff. V, sondern erst Ziff. VI enthält diese Fristbestimmung. Dieser Gesamteinhalt des Vertrags rechtfertigt die Entscheidung des Vorderrichters, daß der Vertrag dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht und daher nach § 138 BGB. nichtig ist. Gegenüber der Behauptung der Revision, der erkennende Senat habe in dem Urteile vom 7. Januar 1913 (III 234/12) eine abweichende Ansicht vertreten, ist zu bemerken, daß die jetzt für entscheidend erklärten Vertragsbestimmungen damals nicht Gegenstand der Erörterung gewesen sind. *J. & G. c. T., U. v. 18. März 13, 448/12 III. — Köln. [R.]*

4. § 157 BGB. Die Frage, welcher Sinn einer Willenserklärung vom Vertragsgegner des Erklärenden nach Treu und Glauben beigelegt werden darf, ist eine Rechtsfrage.]

Die Beklagten, die als Oberlehrer an höheren Schulen der Klägerin angestellt sind, beanspruchen von der Klägerin für die Zeit vom 1. April 1908 bis 1. April 1909 diejenigen Gehaltsbezüge, die der Preussische Staat seinen Oberlehrern gemäß dem Gesetze betreffend die Bereitstellung von Mitteln zur Dienstinkommensverbesserung vom 26. Mai 1909 nebst Normaletat vom 5. Juni 1909 mit rückwirkender Kraft vom 1. April 1908 an bewilligt hat. Die Klägerin hat den Beklagten die erhöhten Bezüge erst vom 1. April 1909 an gewährt und gegenüber der Berühmung der Beklagten mit den bezeichneten Ansprüchen die Feststellungsklage dahin erhoben, daß den Beklagten diese Ansprüche nicht zustehen. Die Beklagten haben die Abweisung der Klage und widerklagend die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung der aus dem Tenor des BU. ersichtlichen, der Höhe nach nicht beanstandeten Beträge beantragt. Das

LG. hat der Feststellungsklage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das BG. hat abändernd die Feststellungsklage abgewiesen und nach den Anträgen der Widerklage erkannt. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin mit Erfolg Revision eingelegt. Aus den Gründen: Wie das BG. selbst angenommen hat, fehlt es an einem Nachweis dafür, daß die Klägerin ihrerseits den Willen gehabt hat, die vollständige und dauernde Gleichstellung ihrer Lehrer mit den staatlichen Lehrern herbeizuführen; die Klägerin hat sich vielmehr stets die Entscheidung über die Einführung der einzelnen Etats vorbehalten. Die den Lehrern günstige Entscheidung des BG. beruht auf der weiteren Erwägung, daß die Lehrer den Inhalt der Stellenausschreiben der Klägerin nach Treu und Glauben im Sinne der vollständigen Gleichstellung mit den staatlichen Lehrern haben aufzufassen dürfen, und daß deshalb die Klägerin an diesen Sinn ihrer Ausschreiben den Beklagten gegenüber gebunden sei. Dieser Erwägung ist nicht beizutreten. Die Frage, welcher Sinn einer Willenserklärung vom Vertragsgegner des Erklärenden nach Treu und Glauben beigelegt werden dürfe, ist eine Rechtsfrage und deshalb der Nachprüfung in der Revisionsinstanz zugänglich. Die Ausschreiben der Klägerin waren nach den Feststellungen des BG. nicht durchweg gleich gehalten. In der für die Beklagten günstigsten Fassung gingen sie dahin, daß das Einkommen der Lehrer sich nach dem Normaletat mit sämtlichen Nachträgen bestimmen solle. Die Annahme des BG., daß dieser Erklärung von den Beklagten der Sinn vollständiger und dauernder Gleichstellung habe beigelegt werden dürfen, ist nicht zutreffend, wie der Senat schon in früheren Entscheidungen ausgeführt hat. Die Erklärung enthält keinerlei Hinweis auf künftige Etatsnachträge, sie spricht nicht von den jeweiligen Dienstbezügen der staatlichen Lehrer und läßt dem Zweifel Raum, ob nicht bloß die zur Zeit des Ausschreibens gültigen staatlichen Vorschriften maßgebend sein sollen. Diese Zweifel waren zu erkennen und konnten auch Berufsgenossen der Beklagten, wenn sie sorgfältig den Inhalt des Ausschreibens erwogen, nicht verborgen bleiben. Dieser objektive Maßstab ist entscheidend; es kommt nicht darauf an, ob die Beklagten, wie das BG. angenommen hat, die im Prozesse behauptete Auffassung gehabt haben. Der Inhalt der Ausschreiben reicht hiernach für den Beweis der behaupteten Zusicherung der Klägerin nicht aus. Dieser Beweis wird aber auch, wie das BG. festgestellt hat, durch die Berufungsurkunden der Beklagten nicht erbracht. Die Ansprüche der Beklagten sind daher unbegründet. Stadtgemeinde H. c. F. u. Gen., U. v. 7. März 13, 466/12 III. — Raumburg. [B.]

5. § 185 BGB. Liegt in der Verfügung des Berechtigten für den Nichtberechtigten Einwilligung?

Im Jahre 1908 waren der Kaufmann Z. in Hannover und seine Ehefrau die beiden einzigen Mitglieder der beklagten Gesellschaft m. b. H. Durch notariellen Vertrag vom 26. September 1908 veräußerten sie ihre Geschäftsanteile an den Kaufmann W. daselbst. Der Vertrag war im Einverständnis der Beteiligten nur zum Schein abgeschlossen, um die Gläubiger des Z. zu täuschen. Am 3. Januar 1910 kam wiederum ein notarieller Vertrag zustande, worin Z. als Bevollmächtigter des W. die angeblich diesem zustehenden Geschäftsanteile auf den Kaufmann K. in Ebln übertrug. Zugleich enthielt die

Urkunde eine von Z. im eigenen Namen und im Namen seiner Frau abgegebene Erklärung: für den Fall, daß die Abtretung vom 26. September 1908 mit Erfolg angefochten werden sollte, „verpflichtete“ er sich, „die sämtlichen Geschäftsanteile unter den heutigen Bedingungen an Herrn K. abzutreten“. Der Kläger, ein Gläubiger Z.s, behauptet, auch der zweite Vertrag sei zur Benachteiligung der Gläubiger geschlossen und ein Scheingeschäft gewesen. Aus den Gründen des RG.: Die Erörterungen des III. über die Veräußerungsverträge vom 26. September 1908 und 3. Januar 1910 beruhen auf Rechtsirrtum. Das OLG. glaubt diese Verträge auf sehr einfache Weise beiseite schieben zu können. Es sei nicht nötig, meint es, darauf einzugehen, ob auch der zweite Vertrag zum Schein geschlossen sei. Da dies unstreitig bei dem ersten Vertrage zutrefte, habe W. Geschäftsanteile, über die er verfügen konnte, nicht gehabt. Z. aber habe im eigenen Namen sowie namens seiner Frau über die ihnen beiden noch zustehenden Anteile nicht sowohl verfügt, als nur versprochen, unter Umständen später zu verfügen. Lediglich für den Fall, wenn die Abtretung an W. mit Erfolg angefochten werden sollte, habe er die Übertragung der Anteile auf K. zugesagt. Bei diesen Ausführungen ist ganz übersehen, die Mitwirkung Z.s bei dem Vertrage vom 3. Januar 1910 unter dem Gesichtspunkt der Einwilligung in die Verfügung eines Nichtberechtigten zu würdigen (vgl. § 185 Abs. 1 BGB.). Der Umstand, daß der Berechtigte selber die Verfügung als Bevollmächtigter des Nichtberechtigten vornimmt, hindert es nicht, zwingt vielmehr in der Regel dazu, in der von ihm abgegebenen Erklärung zugleich eine Einwilligung zu erblicken. Allerdings war im vorliegenden Falle die notarielle Urkunde so gefaßt, daß Z. in der Zukunft, wenn es erforderlich würde, verfügen zu wollen versprach. Aber hieraus allein ist ein Grund gegen die Annahme einer Einwilligung nicht mit Notwendigkeit zu folgern. Bemerkt doch auch das OLG., man könne den Zeugenaussagen des Z. und K. Glauben schenken, daß nur der beurkundende Notar jene Fassung verschuldet habe, während die Absicht beider Vertragsparteien dahin gegangen sei, die Geschäftsanteile, mochten sie W. oder den Eheleuten Z. zustehen, mit alsbaldiger Wirkung auf K. zu übertragen. Würde über diesen Erfolg ein ernstliches Einverständnis unter den Vertragsschließenden obgewaltet haben, so hätte darin eine Einwilligung in die Verfügung W.s gelegen. In der Urkunde selbst brauchte die Einwilligung nicht erklärt zu werden. Nach § 182 Abs. 2 BGB. ist die Einwilligung an die für das Rechtsgeschäft bestimmte Form nicht gebunden. H. c. G., U. v. 14. März 13, 570/12 II. — Celle. [K.]

6. §§ 249, 823 ff. BGB. mit § 185 ff. RStGB. Die abwehrende Unterlassungsklage ist nicht neben der Strafklage regelmäßig gegeben, sondern sie setzt ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis voraus.]

Aus den Gründen: Die abwehrende Unterlassungsklage soll eine Ergänzung der in dem Titel des BGB. über die unerlaubten Handlungen gegebenen Schadenersatzklage darstellen und einem dringenden Rechtsschutzbedürfnisse dienen in den Fällen, in denen der lediglich Rechtsverletzungen der Vergangenheit ausgleichende Schadenersatz zu einem wirksamen Rechtsschutze der betroffenen Person nicht ausreicht und ein anderer gesetzlicher Schutz nicht gegeben ist. Ein solcher ist aber gegeben, wenn die unerlaubte

Handlung, die im Einzelfalle in Frage steht, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist. Es kann im allgemeinen kein Rechtsschutzbedürfnis dahin anerkannt werden, daß durch zivilrechtliches Urteil eine Handlung dem Beklagten nochmals verboten wird, die bereits durch ein Strafgesetz einem jeden verboten ist, und daß sie nochmals unter eine besondere zivilrechtliche Strafe (§ 890 ZPO.) gestellt wird, während sie durch die öffentliche allgemeine Strafandrohung des Strafgesetzes bereits unter Strafe gestellt ist. In diesem schon der Entscheidung Bd. 71 S. 85 der Sammlung zugrunde liegenden, in der späteren Entscheidung Bd. 77 S. 217 allgemein ausgesprochenen Rechtsfrage (vgl. außerdem JW. 12, 5877; 13, 34²³) hält der erkennende Senat auch im vorliegenden Falle fest. In der Entscheidung Bd. 77 S. 217 der Sammlung ist offengelassen, ob der Satz auch zu gelten habe, wenn die Strafverfolgung nicht im Wege der öffentlichen Strafklage, sondern nur durch die dem Verletzten anheimgegebene Privatklage stattzufinden habe. Einen grundsätzlichen Unterschied kann dieser Umstand aber nicht begründen. Der Regel nach ist mithin die zivilrechtliche Unterlassungsklage nicht für gegeben zu erachten, wenn gegen die unerlaubte Handlung, die dem Beklagten verboten werden soll, ein wirksamer, nach der Meinung des Gesetzgebers jedenfalls ausreichender Rechtsschutz durch Androhung öffentlicher Strafe gegeben ist, mag die Bestrafung von Amts wegen auf Antrag des Verletzten oder nur durch Privatklage des letzteren herbeigeführt werden. Gleichwohl ist, wie auch bereits in dem Urteile des erkennenden Senats vom 18. Januar 1913, VI 438/12, angenommen wurde, die zivilrechtliche Unterlassungsklage insolge der öffentlichen Strafandrohung nicht schlechthin für ausgeschlossen zu erachten; sie ist vielmehr zulässig, wenn vom Kläger ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für den einzelnen Fall dargetan wird, sei es, daß der Strafverfolgung Hindernisse entgegenstehen, wie bei einem Aufenthalt des Täters im Auslande, sei es, daß bei der Privatklage die jedesmalige Strafverfolgung im Einzelfalle dem Verletzten die Abwehr ungebührlich beschweren und gegen die zu erwartende hartnäckige Wiederholung der Angriffe einen ausreichenden Schutz nicht gewähren würde. Nur, wenn in dieser Weise ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis für die zivilrechtliche Unterlassung vom Kläger dargetan wird, das aus dem Sachverhalt von selbst im gegebenen Falle nicht erhellt, kann die erhobene Klage für zulässig erachtet werden. Der erste Angriff der Revision ist mithin insoweit begründet, als die Zulässigkeit der Unterlassungsklage im vorliegenden Falle aus dem Gesichtspunkte des durch das Strafgesetz gebotenen Rechtsschutzes noch zu prüfen ist. H. c. P., U. v. 15. März 13, 315/12 VI. — Berlin. [R.]

7. § 278 BGB. Durch die Anmeldung und Zulassung eines Schiffes zur Fahrt durch den Kaiser-Wilhelm-Kanal entsteht kein Vertragsverhältnis; auf die dadurch entstehenden Rechtsbeziehungen findet § 278 BGB. keine Anwendung.]

Aus den Gründen: Das BG. hat ausgeführt: Die Vorschriften der Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-Kanal (Kanalpolizeiordnung vom 29. Juli 1901) über den Lotsenzwang tragen entsprechend der Eigenschaft des Kanals als öffentlicher Verkehrsstraße öffentlich-rechtlichen Charakter. Die Gebühr für die Benutzung des Kanals sei eine öffentlich-rechtliche Abgabe und jedes Schiff habe ein gesetzliches Recht auf Benutzung des

Kanals nach Entrichtung der Abgabe. Dadurch, daß der Schiffer ein Anmeldeformular ausfülle und das Schiff zur Durchfahrt zugelassen werde, komme daher kein Vertrag zustande. Das Urteil des I. ZS., RG. 74, 250, und das des VI. ZS. vom 18. März 1912 — RG. 79, 101 — ließen es dahingestellt, ob das Verhältnis des Fiskus zu dem Eigentümer des von dem Lotsen geführten Schiffes ein vertragsähnliches Verhältnis sei und als solches bei entsprechender Anwendung des § 278 zu einer Haftung daraus führen könne. Das Gericht verneint dann seinerseits die Möglichkeit einer solchen entsprechenden Anwendung. Eine Verpflichtung des Reiches, die diesem dem einzelnen Schiffer oder Reeder gegenüber eine schuldnerähnliche Stellung geben würde, sei nicht anzuerkennen. Der vom RG. 65, 113 abgeurteilte Fall liege anders. Das beklagte Reich hafte deshalb nur nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über unerlaubte Handlungen, hier des § 831 BGB. Diese Haftung scheidet jedoch aus, weil der Beklagte den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 erbracht habe. Dies wird auf Grund der Beweisaufnahme dargelegt. Diese Begründung des BU. läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. In der Tat kann von der Annahme eines Vertragsverhältnisses auf die Rechtsbeziehungen, die durch die Anmeldung und Zulassung eines Schiffes zur Fahrt durch den Kanal entstehen, keine Rede sein. Nach der Zweckbestimmung des Nordostseikanals, wie sie in § 1 des Reichsgesetzes vom 16. März 1886 ausgesprochen ist, nach den Vorschriften des § 3 desselben Gesetzes über die Kanalabgabe, nach dem zur Ausführung des Gesetzes ergangenen Kaiserlichen Erlasse vom 15. Juni 1895 und nach der Betriebsordnung, die von dem hiernach errichteten Kaiserlichen Kanal-amte in Kiel unter dem 29. Juli 1901 erlassen ist, ist der rein staatsrechtliche Charakter der einschlägigen Verhältnisse nicht zu bezweifeln. Der Kanal ist im öffentlichen Interesse erbaut, der Betrieb auf ihm wird im öffentlichen Interesse von einer Reichsbehörde geregelt und beaufsichtigt, die Schiffe sind an die Bestimmungen der Betriebsordnung, soweit diese nicht dem geltenden Rechte widerspricht, ohne weiteres und ohne daß es einer Erklärung von einer Seite bedürfte, daß sie mit ihrer Anwendung auf die von ihnen geführten Schiffe einverstanden seien oder daß sie sich ihr unterwürfen, schlechterdings gebunden. Die Kanalgebühr ist eine öffentlich-rechtliche Abgabe, die nach den für diese bestehenden Vorschriften zu entrichten und beizutreiben ist (§§ 3, 4, 7, 8 und 11 des Gesetzes vom 20. Juni 1899). Jegendwelches Rechtsverhältnis des bürgerlichen Rechts kommt danach hier nicht in Frage, aber ebenso wenig aus dem Bereiche des öffentlichen Rechts das an sich auch hier mögliche Vertragsrecht. Eine auch nur entsprechende Anwendung des § 278 BGB. auf Fälle der vorliegenden Art ist danach ausgeschlossen. D. R.-M.-G. c. Reichsfiskus, U. v. 28. Febr. 13, 316/12 III. — Kiel. [B.]

8. § 326 BGB. Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung.]

Aus den Gründen: Nach der unangefochtenen Feststellung des BG. haben die Beklagten als Verkäufer grundlos die Erfüllung des Kaufvertrages verweigert, und hat der Kläger auf Grund dieser endgültigen und bestimmten Weigerung am 11. Januar 1906 gemäß § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt. Die Parteien sind nach der aus-

drücklichen, mehrfachen Feststellung des VerN. darüber einig, daß der Kläger nicht zurückgetreten ist, sondern Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehrt hat. Der VerN. weist die Klage ab, weil das den Gegenstand des Vertrags bildende Grundstück, von dem der Kläger einen ideellen Anteil von zwei Dritteln unter Zugrundelegung eines Preises von 12 *M* für das Quadratmeter gekauft hatte, zur Zeit der Erfüllungsweigerung der Beklagten (und der Wahlanzeige des Klägers) im Januar 1906 nicht mehr als 8 *M* für das Quadratmeter wert gewesen sei. Der Kläger hätte daher, wenn es zur Erfüllung des Vertrags gekommen wäre, einen Verlust von 53 000 *M* gehabt. Dem Kläger sei mithin, trotzdem er auf Grund des Geschäfts als Kaufpreis 10 000 *M* angezahlt und 1723 *M* Abgabe entrichtet habe, ein Verlust nicht erwachsen. Er könne daher die gezahlten Beträge nicht im Wege der Schadenersatzklage zurückfordern. Diese Meinung ist rechtsirrig. Es steht in der Rechtsprechung des RG. fest, daß der Vertrag, wenn der Nichtsäumige in Anwendung des § 326 BGB. Schadenersatz wegen Nichterfüllung begehrt, nicht erlischt, sondern daß vielmehr der Vertrag fortbesteht und das ganze Vertragsverhältnis sich in einen Anspruch auf Schadenersatz verwandelt (hierüber die ausführliche Darstellung bei Staub [8] ErL. zu § 374 Ann. 24 ff.). Aus dieser Umwandlung ergibt sich, daß das beiderseits Geleistete bei der Schadenersatzberechnung nicht zurückzugeben, wohl aber als Wertfaktor in Betracht zu ziehen ist (RG. 66, 69; 50, 266 f.). Es ergibt sich daraus aber nicht, daß bei der Schadensberechnung der durch die Nichterfüllung der geschuldeten Leistung, hier also der durch Nichtverschaffung des ideellen Grundstücksanteils entstandene Schaden für sich zu ermitteln, und daß dieser Betrag gegen den Kaufpreis aufzurechnen wäre; so verfährt aber der VerN. Die Schadenersatzrechnung hat vielmehr von dem Grundsatz auszugehen, daß der Ersatzberechtigte dafür zu entschädigen ist, daß er die ihm geschuldete Leistung nicht in ihrer vollen vertragsmäßigen Beschaffenheit gegen die ihm obliegende Gegenleistung erhalten hat. Das RG. hat in RG. 58, 177 diesen Satz ausgesprochen, als es sich um die Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Werkvertrag handelte. Es hat aber dort bereits darauf hingewiesen, daß sich dieser Satz im Einklang mit dem Schadenersatzbegriff befindet, der sich gerade auf Grund des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB. in dem grundlegenden Urteil in RG. 50, 255 ff. entwickelt findet. Mit anderen Worten: Es ist bei der Schadenersatzrechnung davon auszugehen, daß sich die beiderseitigen Leistungen nach dem Parteiwillen als gleichwertig einander gegenüberstehen. Der Käufer hat den vereinbarten Preis bewilligt, um die Gegenleistung zu erhalten. Erhält er diese Gegenleistung nicht, so muß ihm das vergütet werden, was er vergeblich hingegeben und aufgewendet hat, um die Gegenleistung zu erhalten. Das ist sein geringster Schaden. Es ist dem VerN. zuzugeben, daß eben, weil der Vertrag bestehen bleibt, wenn Schadenersatz wegen Nichterfüllung gewählt wird, das Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Auch die Bezugnahme des VerN. auf den RGKomm. § 325 Ziff. 2 ist zutreffend, dort ist aber nur gesagt, daß das Rücktrittsrecht auch bei der vom RG. vertretenen sogenannten Differenztheorie seine Bedeutung behält, indem es das ganze Schuldverhältnis zur Erlösung bringt und folglich zur Zurück-

forderung des Gewährten führt. Dort ist aber nicht gesagt, daß nicht der Wert des Geleisteten einen Rechnungsfaktor der Schadensrechnung zu bilden hat, wenn Schadenersatz wegen Nichterfüllung gewählt ist. Auf diesem letzteren Standpunkt, daß der Wert des Geleisteten in Anrechnung zu bringen ist, steht der erkennende Senat in seinem Urteil vom 12. April 1907, II 427/06, und ebenso Staub (8) ErL. zu § 374 Ann. 117 und 122. G. v. D. u. Gen., U. v. 13. März 13, 668/12 II. — Hamburg. [B.]

9. § 387 BGB., § 328 ZPO. Aufrechnung im Verfahren auf Erlassung eines Vollstreckungsurteils.]

Zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung mußte die das Gesetz (§ 387 BGB.) verletzende Beurteilung führen, die die Aufrechnungseinrede der Beklagten bei dem BG. gefunden hat. Durch den Schriftsatz erster Instanz vom 23. Februar 1905 hatte die Beklagte wegen einer ihr, wie sie behauptete, an die Klägerinnen zustehenden Geldforderung eventuell diesen die Aufrechnung „gegen die Klagforderung“ erklärt. Die hierauf gegründete Einrede verwirft das BG., weil „es an dem Erfordernis der Gleichartigkeit der beiderseitigen Ansprüche fehlt“. Das BG. nimmt nämlich an, daß die Beklagte gegen den „Anspruch auf Erlassung des Vollstreckungsurteils“ aufgerechnet habe, wovon aber gar nicht die Rede sein kann, da die Aufrechnung ausdrücklich gegen „die Klagforderung“, d. i. gegen die Geldforderung, für die das Vollstreckungsurteil begehrt wird, erklärt ist. An der vermischten Gleichartigkeit der beiderseits geschuldeten Leistungen würde es somit, wenn die behauptete Gegenforderung besteht, nicht fehlen. Ob nicht der Anspruch auf Erlassung des Vollstreckungsurteils sich (als Teil des Rechtschukanspruchs) lediglich gegen den Staat richtet und schon darum der Aufrechnung mit einer Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger überhaupt entzogen sein würde, bedarf nicht der Erörterung. Das Vorbringen der Beklagten geht eben nicht auf eine Aufrechnung solcher Art, sondern hat den Inhalt, daß die Geldforderung der Klägerinnen eventuell mittels der Aufrechnung getilgt sei. Mit dieser Einrede ist die Beklagte im gegentwärtigen Rechtsstreite zu hören und nicht etwa auf den Weg einer Vollstreckungsklage (§ 767 ZPO.) zu verweisen. Es verhält sich damit nicht anders, als wenn zu einem Schiedssprüche das Vollstreckungsurteil begehrt wird, ein Fall, für den das RG. schon wiederholt so entschieden hat (Urteile vom 18. Juni 1907, VII 495/06, und vom 24. März 1908, VII 264/07). Die Aufrechnungseinrede bedarf hiernach der weiteren Prüfung, wozu die Sache in die Berufungsinstanz zurückzuverweisen war. R. v. W., U. v. 11. März 13, 5/10 VII. — Stuttgart. [K.]

10. §§ 537, 538 BGB. Die auf einem gesetzlichen Verbote beruhende Unbenutzbarkeit der Mieträume zu dem bestimmungsgemäßen Gebrauche bildet einen Mangel im Sinne der §§ 537, 538 BGB.]

Die Beklagten haben in ihrer Eigenschaft als Testamentvollstrecker von D. durch Vertrag vom 27. August 1908 den Inhabern der N. P.-Fabrik A. F. und M. F. in dem als Fabrikgebäude im Vertrage bezeichneten Gebäude N.straße 56 im Stadtteile B. zu H. verschiedene Räume „für den Betrieb einer P.-Fabrik“ vermietet. Der Betrieb dieser Fabrik wurde den Mietern durch die Polizeibehörde untersagt, auf Vorstellung

der Vermieter dann zwar einstweilen, bis zum Erlasse eines rechtskräftigen Urteils über die von den Mietern gegen die Baupolizeibehörde erhobene Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des Verbotes, in beschränktem Umfange gestattet, diese Klage aber wurde rechtskräftig abgewiesen. Der Kläger fordert als Zessionar der Mieter den Ersatz des Schadens, der diesen oder der von ihnen in Gemeinschaft mit dem Kläger selbst gegründeten Gesellschaft m. b. H. N. P.-Fabrik dadurch entstanden sei, daß der Betrieb der Fabrik bis Januar 1910 nur in beschränktem Umfange und von da an überhaupt nicht mehr möglich war. Die Klage ist ab-, die Berufung zurückgewiesen worden. Der Kläger hat mit Erfolg Revision eingelegt. Gründe: Das BG. erachtet den der Klage zugrunde liegenden Mietvertrag für rechtsgültig und insbesondere nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößend, wemgleich die von den Mietern beabsichtigte Einrichtung des Betriebes einer P.-Fabrik in den gemieteten Räumen gegen § 3 Nr. 4 des Hamburgischen Gesetzes über den Bebauungsplan für die Vororte auf dem rechten Elbufer vom 30. Dezember 1892 in Verbindung mit dem Bebauungsplan für B. verstieße. Es weist aber den Klageanspruch, insofern er auf die §§ 537, 538 BGB. gestützt ist, ab, weil nur ein solcher Fehler, der der Sache selbst unmittelbar oder doch mittelbar anhafte, was hier nicht der Fall sei, für die Anwendung des § 537 BGB. in Betracht komme, und die Beklagten den Mietern eine Zusicherung, daß sie unabhängig von der Beschaffenheit der Mietsache als solcher einen bestimmten Gebrauch von ihr zu machen in der Lage sein würden, nicht erteilt hätten. Die Revision rügt die Verletzung der §§ 537, 538 BGB., weil das BG. zu Unrecht angenommen habe, daß die auf einem gesetzlichen Verbote beruhende Unbenutzbarkeit der Mieträume zu dem bestimmungsgemäßen Gebrauche keinen Mangel im Sinne jener Paragraphen bilde. Diese Rüge ist begründet. In ständiger Rechtsprechung hat das RG. nach dem geltenden wie nach dem früheren Rechte angenommen, daß unter den Begriff der für die Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel in Betracht kommenden Eigenschaften nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse fallen, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen, vgl. RG. 21, 308 (311); 52, 1 (2); 59, 240 (242/3). In Anwendung dieses Grundsatzes ist nicht nur die Unbewohnbarkeit oder sonstige Unbenutzbarkeit von Gebäuden, sondern auch die mangelnde oder beschränkte Möglichkeit der Bebauung von Grundstücken als ein Sachmangel anerkannt worden, wenn sie auf Bestimmungen des öffentlichen Rechtes, nicht auf privatrechtlichen Rechten Dritter beruht; vgl. Urteil des RG. vom 21. November 1896, V 156/96, Gruchot 41, 867 (869); vom 13. Dezember 1905, V 226/05, JW. 06, 57⁹; vom 1. Juni 1907, V 487/06, JW. 07, 478⁹; RG. 69, 355 (356); Urteil vom 21. Januar 1911, V 116/10, JW. 11, 322¹³; Urteil vom 11. November 1911, V 205/11, JW. 12, 72¹⁰. Der Begriff des Sachmangels ist bei der Miete im allgemeinen kein anderer wie beim Kaufe, wenn sich auch ein Unterschied daraus ergibt, daß bei der Miete nur die Fehler in Betracht kommen, welche die Tauglichkeit der Sache zu dem vertragmäßigen Gebrauche

aufheben oder mindern, während beim Kaufe auch diejenigen Fehler einen Mangel begründen, welche den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauche aufheben oder mindern. Die Unbrauchbarkeit der Sache zu dem vertragmäßigen Gebrauche muß deshalb bei der Miete ebenso wie beim Kaufe auch dann als ein Sachmangel angesehen werden, wenn sie auf Bestimmungen des öffentlichen Rechtes beruht. Eine solche, die Benutzbarkeit eines Grundstücks hindernde oder einschränkende Bestimmung des öffentlichen Rechtes hängt regelmäßig, und so auch im vorliegenden Falle, mit der örtlichen Lage des Grundstücks zusammen; es fehlt hier also nicht an dem, vom BG. vermißten Zusammenhang des Mangels mit der Sache selbst. Nicht begründet ist dagegen die weitere Rüge der Revision, daß das BG. zu Unrecht verneint habe, daß die Beklagten für die Benutzbarkeit der Wohnung schlechthin einzustehen hätten. Eine Zusicherung kann zwar unter Umständen in dem beiden Vertragsteilen bekannten Verwendungszweck der Sache dann gefunden werden, wenn dieser Zweck in den Vertragsinhalt aufgenommen ist, wie das RG. in dem Urteil vom 27. Mai 1910, II 409/09, JW. 10, 748⁵ ausgesprochen hat. Gerade bei der Miete aber wird die Bezeichnung des Verwendungszweckes der Mieträume in dem Vertrage, da sie regelmäßig zu erfolgen pflegt, im allgemeinen nicht genügen, um eine besondere, über das Maß des § 537 Abs. 1 BGB. hinausgehende Zusicherung zu begründen. S. c. B. u. Gen., II. v. 11. März 13, 443/12 III. — Hamburg. [B.]

11. §§ 767, 768, 423 BGB. Verhältnis zwischen Hauptschuld und Bürgschaft. Dispositives Recht?

Die R.er Eisenhütte G. m. b. H., deren alleinige Gesellschafter die Parteien waren, geriet im Frühjahr 1909 in Zahlungsschwierigkeiten. Am 16. März 1909 wurde zwischen der Firma R. & Co. in D., einer Hauptgläubigerin der G. m. b. H., und den beiden Gesellschaftern eine Vereinbarung geschlossen, wonach jeder von ihnen persönlich die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Hälfte von zwei auf zusammen 11 000 M lautenden Wechselerforderungen der Firma an die G. m. b. H., also für 5500 M — zahlbar in Jahresraten von 1000 M — übernahm. Am 5. April 1909 übernahm der Beklagte dem Kläger gegenüber dessen Bürgschaftsschuld von 5500 M. Tags darauf, am 6. April 1909, wurde in einer Versammlung von Gläubigern der G. m. b. H., an der die Firma R. & Co. und der Beklagte teilnahmen, der Akkordvorschlag des Beklagten, zur außergerichtlichen Befriedigung der Gläubiger der R.er Eisenhütte 25 Prozent der Forderungen bar und weitere 5 Prozent zu zahlen, wenn seine Verhältnisse es zuließen, angenommen. Der Kläger, der von R. & Co. in Anspruch genommen wurde, hat gegen den Beklagten Klage erhoben und beantragt, ihn zu verurteilen, den Kläger von seiner Schuldverbindlichkeit in Höhe von 5500 M in der Weise zu befreien, daß er an die Gläubigerin die fälligen Raten bezahle. Der Beklagte bestreitet nicht, daß er die Schuldverpflichtung des Klägers gegen die Firma R. & Co. übernommen habe. In den Vorinstanzen hat er jedoch im wesentlichen eingewendet: einmal, daß diese Verpflichtung des Klägers durch den Akkord vom 6. April 1909 wieder aufgehoben worden sei, weil sich R. & Co. der Bedingung unterworfen hätten, daß kein Gläubiger bevorzugt werden dürfe; sodann, daß jedenfalls die Bürgschaft mit der Hauptschuld durch den Schulderlaß der

Gläubigerin bei dem Akkord erloschen sei, und daß daran auch eine etwaige Vereinbarung zwischen der Gläubigerin und dem Bürgen, daß die Bürgschaft von dem Akkord nicht berührt werden solle, nichts ändern könne. Das BG. hat die erste Einwendung verworfen. Die Vereinbarung, daß trotz teilweisem Erlaß der Hauptschuld die Haftung der selbstschuldnerischen Bürgen in voller Höhe fortbestehen solle, hält das BG. für rechtlich zulässig. Die Revision bekämpft nur den letzteren Entscheidungsgrund. Mit dem Untergang der Hauptschuld durch den Akkorderlaß sei die — akzessorische — Bürgschaft ohne weiteres erloschen, gleichviel ob die Firma K. & Co. mit den Bürgen die rechtlich unerhebliche Abmachung getroffen hätte, daß die Bürgschaft von dem Erlaß nicht berührt werden solle. Der Revision ist zuzugeben, daß die Bürgschaft und auch die selbstschuldnerische Bürgschaft vermöge ihres akzessorischen Charakters von dem Bestand der Hauptschuld abhängig bleibt — §§ 767, 768 BGB. — und daß hieran eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten des Inhalts, es solle unerachtet der Ungültigkeit oder dem Erlöschen der Hauptschuld die Bürgschaft dennoch wirksam bleiben, nichts zu ändern vermag. Was der Bürge verspricht: Zahlung der verbürgten Summe, ist dann nicht mehr das Entstehen für eine fremde Schuld, sondern er geht eine andere Verpflichtung ein, ein Schuldversprechen, einen Garantievertrag, eine Schulübernahme oder dergl. Fraglich ist indes, ob durch den Vergleich vom 6. April 1909 die Schuld der G. m. b. H. gänzlich erloschen ist. Für den Zwangsvergleich wird in Rechtslehre und Rechtsprechung fast allgemein angenommen, daß trotz dem Schuldverlaß eine natürliche oder unvollkommene Verbindlichkeit zurückbleibe, die die Unterlage für den Fortbestand der Bürgschaften — § 193 RD. — bilde (vgl. RG. 71, 364; 78, 77 Zit.; JW. 09, 361^o). Der Zweifel, ob das gleiche für den außergerichtlichen Vergleich zur Abwendung eines Konkurses gelte mit der Wirkung, daß nicht nur die Zahlung der erlassenen Schuld nicht zurückgefordert werden kann, sondern daß auch die für die Schuld bestellten Sicherheiten, namentlich die Bürgschaften ohne weiteres oder doch auf Grund eines Abkommens zwischen Gläubiger und Bürgen bestehen bleiben, braucht hier nicht entschieden zu werden. Die an die Firma K. & Co. gerichteten Erklärungen beider Parteien vom 16. März 1909 hatten nämlich folgenden Wortlaut: „Der Unterzeichnete bestätigt, Ihnen gegenüber privatim zum teilweisen Ausgleich Ihrer Forderung an die K. er Eisenhütte G. m. b. H. selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen zu haben für den Betrag usw. Ich verpflichte mich, diese Summe, beginnend spätestens am 1. April 1910, mit mindestens 1000 M und weiteren jährlichen Raten in gleicher Höhe usw. abzutragen.“ Diese Fassung, insbesondere die des zweiten Absatzes, in Verbindung mit der Feststellung des BG., daß der von K. & Co. zur Vermeidung des Konkurses geleistete Hilfsbeitrag der Firma unter allen Umständen zurückerstattet werden sollte, rechtfertigt den Schluß, daß es sich hier um keine Bürgschaft im eigentlichen Sinne gehandelt hat, sondern daß die beiden Gesellschafter die Schuld der Gesellschaft an K. & Co. im Belaufe von je 5500 M neben der Gesellschaft und als Gesamtschuldner mit ihr unmittelbar übernommen haben. Diese Verbindlichkeit der Parteien ist von dem Erlaß zwischen K. & Co. und der G. m. b. H. nicht ergriffen worden, weil sie

nach Vereinbarung aufrechterhalten werden sollte, § 423 BGB. Die von dem Beklagten übernommene Schuld des Klägers ist also nicht erloschen. W. v. S., U. v. 19. März 13, 566/12 VI. — Düsseldorf. [K.]

12. § 839 BGB. und § 12 GBD., § 677 BGB. Versehen des Grundbuchrichters, wenn für den dadurch entstandenen Schaden zugleich fahrlässige Geschäftsführung durch den Notar ursächlich erscheint.]

Die Eheleute G. verkauften durch Urkunde des Notars K. zu M. vom 8. April 1902 zwei Tremstücke mit Metzgerei an die Kläger Eheleute H., wobei diesen die Dienstbarkeit bestellt wurde, „bei Tage durch die Haustür bzw. den Torweg des den G.s verbleibenden Wohnhauses Vieh hindurchzutreiben, um es in das Schlachthaus zu bringen, ferner die zum Schlachtbetrieb erforderlichen Lasten hindurchzutragen“. In der Urkunde war von den Käufern auch eine Hypothek von 8000 M bestellt worden mit dem Besätze: . . . „und bewilligen und beantragen die Schuldner hiermit die Eintragung der vorbezeichneten Schuld von 8000 M . . . für den genannten Gläubiger in das Grundbuch und die Aushändigung des Hypothekenbriefes an ihn zu Händen des unterzeichneten Notars, dem wir auch die für ihn bestimmte Benachrichtigung auszuhandigen bitten“. Dagegen schließt oben erwähnte Dienstbarkeitsbestellung in der Urkunde mit den Worten: „Verkäufer und Ankäufer bewilligen und beantragen, daß eine diesen Abmachungen entsprechende Servitut in Abteilung II der zuständigen Grundbuchstelle eingetragen werde“. Der Notar reichte die Urkunde dem Grundbuchamt in M. ein mit dem Antrage, nach Inhalt der Urkunde die Veränderungen im Grundbuch zu vermerken. Durch ein Versehen des Amtsrichters unterblieb jedoch die Eintragung der Grunddienstbarkeit, während im übrigen antragsgemäß verfahren wurde. Laut Vermerks vom 25. Mai 1902 beauftragte der Gerichtsschreiber den Gerichtsdienner, den oben erwähnten sowie zwei weitere Hypothekenbriefe dem Notar K. zurückzugeben, „sowie demselben Nachrichten für Eheleute H. und Otto G. zu behändigen“. Darunter steht folgendes: „Quittung. Obenbezeichnete Urkunden pp., zurückerhalten zu haben, bescheinige ich durch Namensunterschrift. M., den 17. (16. ?) Juni 1902. K.“ Da der Rechtsnachfolger der Eheleute G. wegen Ausübung der nicht eingetragenen Grunddienstbarkeit Schwierigkeiten machen und die nachträgliche Eintragung verweigern soll, ist im Klagantrage vom Königl. Justizfiskus Zahlung von 4200 M Schadenersatz verlangt. Die Klage ist ab- und die klägerische Berufung zurückgewiesen worden. Die Revision hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen: Der Klagabweisungsgrund, daß dem Beklagten der § 839 Abs. 1 Satz 2 zur Seite stehe, daß nämlich die Kläger vorerst auf andere Weise, nämlich von dem Notar K. wegen dessen Verschuldens in der Sache Schadenersatz suchen könnten und müßten, ist zutreffend. Der Sinn der zuletzt genannten Gesetzesstelle ist der, daß der durch die fahrlässige Amtspflichtverletzung eines Beamten Geschädigte zunächst den Versuch machen muß, „auf andere Weise“ Ersatz zu erlangen, es sei denn, er könnte dartun, daß ein solcher Versuch nutzlos sein würde. Die Behauptung der Unmöglichkeit, anderweitigen Ersatz zu suchen, gehört daher zur Klagebegründung und die Beweislast dafür trifft den Kläger. So hat der IV. ZS. des RG. in seinem

Urteile IV 416/10 vom 2. April 1911 entschieden (vgl. Recht 1911 Nr. 2565) und der III. ZS. des RG. hat in seinem Urteile III 233/09 vom 12. April 1910 bei Anwendung des für § 839 Abs. 1 Satz 2 vorbildlichen § 91 II, 10 A.R. ähnliches ausgesprochen. Diese Rechtsansicht, der die Entscheidung des VI. ZS. des RG. [51, 186 (192)] grundsätzlich keineswegs entgegensteht, wird auch in der Rechtswissenschaft überwiegend vertreten, und es liegt kein Anlaß vor, von ihr hier abzuweichen. In der vorliegenden Sache steht nun aber nicht fest, daß die Kläger wegen ihres durch Nichteintragung der Grunddienstbarkeit erlittenen Schadens nicht anderweitig, nämlich vom Notar X., Ersatz erlangen könnten, vielmehr ist zur Zeit mit dem Vorberrichter das Gegenteil anzunehmen. Dem Bl. kann zunächst darin nicht entgegengetreten werden, daß es nach Lage des Falles trotz der §§ 15 und 55 BGB. einen von den Klägern dem Notar erteilten Auftrag zur Empfangnahme und Prüfung der grundbuchamtlichen Nachrichten über Erlebigung der in der Urkunde vom 8. April 1902 gestellten Anträge verneint hat. Es braucht daher auch nicht untersucht zu werden, ob in der ungenügenden Ausführung eines solchen Auftrags die Verletzung einer amtlichen oder einer bloß privatrechtlichen Pflicht des Notars oder beides zugleich zu finden wäre, und was sich aus der Beantwortung dieser Frage für die Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. ergeben würde. Sodann aber ist der Ausspruch des BG. zu billigen, daß der Notar X. durch die Entgegennahme der erwähnten grundbuchamtlichen Nachrichten als Unbeauftragter eine Geschäftsführung im Sinne der §§ 677 ff. BGB. für die Kläger übernommen und daß er — nach dem vorliegenden Sachverhalt — die Geschäfte der Kläger in fahrlässiger und Schaden bringender Weise geführt hat. Daß der Notar X. jene Mitteilungen des Grundbuchamts auf Grund berechtigter oder unzulässiger Verfügung des Gerichtsschreibers in Wirklichkeit ausgehändig erhalten hat, stellt der VerN. fest, und es kann daran nach der „Quittung“ des Notars vom 17. (16. ?) Juni 1902 kaum gezweifelt werden. Zwar erstreckt sich diese Empfangsbestätigung nach dem Zusammenhang zunächst nur auf „Urkunden“, womit wohl die vom Grundbuchamt zurückgegebenen drei Hypothekenbriefe gemeint waren, aber wie das Zeichen „pp.“ hinter dem Worte Urkunden andeutet, wollte der Notar offenbar gleichzeitig den Empfang der Vollzugsnachrichten bestätigen, deren Hinausgabe an ihn der Gerichtsschreiber gleichfalls verfügt hatte. Der Notar konnte die Annahme der Nachrichten verweigern, oder die Nachrichten alsbald dem Grundbuchamte mit entsprechender Erklärung zurückgeben. Er hat dies nicht getan und damit die Besorgung des weiter Nötigen für die Kläger übernommen. Diese irren, wenn sie in ihrer Revisionsbegründung behaupten, daß der Notar höchstens die Geschäfte des Grundbuchamtes übernommen und geführt habe. Diesem hat er die Nachrichten nur abgenommen, aber für die Kläger, an die sie überschrieben (adressiert) gewesen zu sein scheinen, hat er sie an genommen und er mußte deshalb nach § 677 BGB. das weiter Nötige zum Vorteile der Kläger und nach deren mutmaßlichem Willen besorgen. Zutreffend spricht das BG. aus, daß er entweder die grundbuchamtlichen Nachrichten selbst prüfen oder sie an die Kläger alsbald hinausgeben mußte. Diese Hinausgabe durfte aber auch nicht schlechthin

und ohne die ausdrückliche Bemerkung erfolgen, daß sie zum Zwecke der Prüfung der Nachrichten durch die Kläger selbst geschehe. Denn sonst konnten diese als Laien in den Glauben veretzt werden, die Nachrichten seien schon geprüft, und es sei alles in Ordnung. Nach dem vorliegenden Sachverhalt muß aber angenommen werden, daß Notar X. die grundbuchamtlichen Mitteilungen weder selbst geprüft, noch sie überhaupt oder doch mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit ihrer Prüfung an die Kläger hinausgegeben hat. Daß er sie selbst geprüft hat, ist von keiner Seite behauptet worden, und zutreffend nimmt der VerN. an, daß, wenn er es getan hätte, der Fehler des Grundbuchrichters sofort entdeckt und der Schaden vermieden worden wäre. Über die Frage, ob der Notar die Nachrichten den Klägern hinausgegeben habe, gehen die Erklärungen der Streitparteien auseinander. Die Kläger bestreiten, der Beklagte behauptet diese Weitergabe. Aber angesichts der oben dargelegten Behauptungs- und Beweispflicht der Kläger müssen diese ihre Angabe, daß der Notar X. die grundbuchamtlichen Nachrichten nicht an sie weitergegeben habe, um so mehr gegen sich gelten lassen, als auch der Beklagte nicht behaupten konnte, daß der Notar die Nachrichten an die Kläger zur Prüfung hinausgegeben habe, was allein erheblich wäre. Sonach muß — nach dem gegebenen Tatbestand — fahrlässige Geschäftsführung durch den Notar angenommen werden. Daß darin eine Amtspflichtverletzung des Notars enthalten sei und daß sich daher auch dieser auf den Rechtsbehelf des § 839 Abs. 1 Satz 2 berufen dürfe, kann den Revisionsklägern nicht zugegeben werden. Weder das Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit noch das Preussische Gesetz gleichen Inhalts enthält Bestimmungen, aus denen eine Amtspflicht des Notars, grundbuchamtliche Vollzugsnachrichten ohne Auftrag hierzu anzunehmen und weiter zu behandeln, gefolgert werden könnte. Dagegen ist der Notar, der trotzdem derartige Nachrichten unbeauftragt entgegennimmt, wie jeder andere, der Briefe, Urkunden, Zustellungen für andere ohne besonderen Rechtsgrund sich auszuhändigen läßt, unzweifelhaft als ein rein nach dem BGB. zu beurteilender Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen, dem seine Rechtskunde gegenüber den ihm vertrauenden Laien nur noch strengere Geschäftsführungspflichten auferlegt. Hinfällig ist auch der weitere Revisionsangriff, womit geltend gemacht wird, daß das angebliche Verschulden des Notars, insbesondere die Unterlassung der ihm wahlweise gestatteten Hinausgabe der Nachrichten an die Kläger selbst, nicht ursächlich für den entstandenen Schaden sei. Die Kläger würden — meint die Revision — die Nachrichten des Grundbuchamts doch nicht geprüft oder nicht verstanden und den Schaden doch nicht abgewendet haben. Aber dies kann ersichtlich nicht ohne weiteres angenommen werden. Sodann aber ist oben schon wiederholt hervorgehoben, daß der Notar seiner Geschäftsführungspflicht nur dann genügt haben würde, wenn er jene Schriftstücke den Klägern „zur Prüfung“ hinausgegeben hätte. Dann würden sie diese höchstwahrscheinlich, nötigenfalls unter Zuziehung eines Rechtskundigen, vorgenommen und den Fehler entdeckt, andernfalls aber ein den Grundbuchbeamten und den Staat ganz oder teilweise entlastendes Mitverschulden nach § 254 BGB. begangen haben. Nach dem Ausgeführten haben die Kläger zurzeit die Voraussetzungen für die sofortige Belangung des königlichen Justizfiskus auf Schadenersatz noch

nicht genügend dargelegt; es muß ihnen überlassen werden, zunächst — etwa unter Streitverkündung an den Fiskus — den Notar auf Schadensersatz zu verklagen und erst dann, wenn sich diese Klage im Rechtsstreit oder ein sie zusprechendes Urteil in der Zwangsvollstreckung als erfolglos erweisen sollte, neue Klage gegen den königlichen Justizfiskus zu erheben. Daß eine derartige Klageabweisung zurzeit unter den hier gegebenen Umständen ebenso geboten als zulässig ist, muß mit der für ähnliche Fälle erfolgten Rechtsprechung angenommen werden (vgl. JW. 10, 590³⁵; und Gruchot 30, 996; 47, 1090). S. c. Preuß. Fiskus, U. v. 1. März 13, 448/12 V. — Düsseldorf. [B.]

Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern.

13. § 1 GebrMustG. Widerspruch zwischen Bezeichnung und Beschreibung und dem als Unterlage der Anmeldung beigefügten Modell.]

Die Klägerinnen stützten ihren Klagantrag, das Gebrauchsmuster 350 378 zu löschen, auf die Behauptung, daß die Erfordernisse des § 1 GebrMustG. nach zwei Richtungen hin nicht vorgelegen hätten. Einmal weise das der Anmeldung beigefügte Modell nicht das in der Bezeichnung und Beschreibung hervorgehobene charakteristische Element, nämlich eine oval-konische Gestalt, auf. Sodann sei aber auch das der Anmeldung beigefügte Modell bereits durch den Klempnermeister W. vor Anmeldung des Gebrauchsmusters offenkundig vorbenutzt worden. Das VG. hat diese angebliche offenkundige Vorbenutzung nicht geprüft, vielmehr den in erster Linie geltend gemachten Grund schon zur Verurteilung des Beklagten, in die Löschung zu willigen, und zur Abweisung der Widerklage für durchschlagend erachtet, indem es ausführt: Nach der Bezeichnung und Beschreibung des Gebrauchsmusters 350 378 sei eine Verpackungsdose von oval-konischer Gestalt der Gegenstand der Anmeldung. Das der Anmeldung beigefügte Modell weise aber eine oval-konische Gestalt nicht auf. Dieser Widerspruch zwischen Bezeichnung und Beschreibung auf der einen Seite und dem der Anmeldung beigefügten Modell auf der anderen Seite lasse sich durch Auslegung nicht heben, und daraus folge, daß das Erfordernis eines schutzfähigen Modells nicht erfüllt und deshalb das Gebrauchsmuster 350 378 zu löschen sei. Diesem Entscheidungsgrund kann nicht beigetreten werden. Für die Frage, welches Modell den Gegenstand einer Gebrauchsmusterschutzanmeldung bildet, ist zunächst die Bezeichnung und Beschreibung der Anmeldung maßgeblich. Diese ergeben im vorliegenden Fall, daß es dem Anmelder auf eine möglichst dem entknochten Schinken entsprechende, als oval-konisch bezeichnete Form ankam. Die Beschreibung weist aber ferner ausdrücklich auf das der Anmeldung beigefügte Modell hin, und bringt zum Ausdruck, daß gemeint sei eine Dose, wie sie durch das beigefügte Modell veranschaulicht werde. Bei diesem Modell sind die Unter- und Oberflächen oval, und diese Flächen sind durch eine Wand verbunden, die senkrecht zu ihnen steht und an der einen Seite niedriger ist als an der anderen. Es mag richtig sein, daß auf diese senkrechte, die ovalen Flächen verbindende Wand, die Bezeichnung konisch nicht im mathematischen Sinne zutrifft. Darauf kommt es aber auch nicht an. Das Modell läßt jedenfalls genügend klar erkennen, was sich der Anmelder unter der Gesamtbezeichnung oval-konisch vorgestellt hat, und in einem

solchen Falle ist gerade das Modell zur Feststellung des Gegenstandes des angemeldeten Gebrauchsmusters von besonderer Bedeutung. Dies Modell fällt auch keineswegs aus dem Gedanken der oval-konischen Gestalt völlig heraus und vervollständigt im vorliegenden Falle die Bezeichnung und Beschreibung der Anmeldung dahin, daß eine solche in der Anmeldung beschriebene mit oval-konisch bezeichnete Dose angemeldet ist, wie sie durch das Modell veranschaulicht ist. Es liegt also kein unlöslicher Widerspruch zwischen Bezeichnung, Beschreibung und Modell vor, das angemeldete Neue ist vielmehr genügend klar bestimmt. S. c. H., U. v. 5. März 13, 231/12 I. — Hamburg. [K.]

Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst.

14. §§ 11 ff. ZitUrH.G. Grenzen der „freien Benutzung“ eines Werkes.]

Nach §§ 11 Abs. 2, 12 Abs. 1 ZitUrH.G. erstreckt sich die dem Urheber eines Bühnenwerks zustehende ausschließliche Befugnis zur öffentlichen Aufführung auch auf Bearbeitungen des Werks. Diese Bestimmung erfährt eine Ergänzung durch § 13 Abs. 1 a. a. D., wonach die freie Benutzung des Werks zulässig ist, wenn dadurch eine eigentümliche Schöpfung hervorgerufen wird. Daß im vorliegenden Falle die Verfasser der Operette das Lustspiel benutzt haben, wird von den Beklagten nicht in Abrede gestellt. Bestritten wird von ihnen aber, daß die Benutzung über das vom Gesetze für zulässig erklärte Maß hinausgegangen sei. Nach den obenerwähnten Gesetzesvorschriften kann die Operette, auch wenn für das Lustspiel urheberrechtlicher Schutz im Deutschen Reiche besteht, unabhängig von der Zustimmung des Klägers aufgeführt werden, sofern einerseits die Verfasser des Operettentextes sich in den Grenzen der freien Benutzung des Lustspiels gehalten haben, andererseits die Operette den an eine eigentümliche Schöpfung zu stellenden Anforderungen genügt. Ob diese Voraussetzungen zutreffen, hat das Revisionsgericht selbständig zu prüfen, da die Begriffe „freie Benutzung“ und „eigentümliche Schöpfung“ rechtlicher Art sind und deshalb eine Gesetzesverletzung vorliegen würde, wenn das VG. einen Irrtum begangen hätte, als es bei Vergleichung der Texte des Lustspiels und der Operette die Benutzung des Lustspiels für eine „freie“ und den Operettentext für eine „eigentümliche Schöpfung“ erklärte. Über den Unterschied zwischen der „Bearbeitung“ und der „freien Benutzung“ eines Bühnenwerks hat sich der jetzt erkennende Senat bereits in dem Urteile vom 11. April 1906, I 452/05 (RG. 63, 158), das einen ähnlich liegenden Fall betraf, ausgesprochen. Dort hat es als Gegensatz zu einer zulässigen freien Benutzung eine solche Nachbildung des Werks bezeichnet, die sich nur durch unwesentliche Veränderungen oder Zusätze von ihrem Vorbilde unterscheidet, die, in der Hauptsache die Identität des Werks unberührt lassend, nur als eine Reproduktion des Originals bezeichnet werden kann. Ob diese Bestimmung des Begriffs der Bearbeitung nicht vielleicht zu eng gefaßt ist, kann hier dahingestellt bleiben. Eine für alle Fälle passende Begriffsbestimmung zu einer scharfen Scheidung zwischen der Bearbeitung und der freien Benutzung des Werkes wird kaum zu finden sein, vielmehr wird in jedem einzelnen Falle zu erwägen sein, ob der Verfasser des neuen Werkes

von der Darstellung und den Gedanken des älteren Urhebers sich so weit losgelöst hat, daß es billig erscheint, seine Tätigkeit als eine selbständige literarische Leistung aufzufassen. (Wird ausgeführt.) Im vorliegenden Falle stellt nun ein Vergleich zwischen der Försterschen Übersetzung des Lustspiels und dem vollständigen Textbuche der Operette es außer Zweifel, daß die Verfasser der Operette den allgemeinen Grundgedanken des Stücks, eine große Anzahl der auftretenden Personen, in den beiden ersten Akten, im wesentlichen auch den Gang der Handlung und im Dialoge zahlreiche Redewendungen, insbesondere witzige und zugkräftige, aus dem Lustspiele hergenommen haben. In anderer Hinsicht aber sind sie vollständig selbständige Wege gegangen, die es geboten erscheinen lassen, den Text der Operette in seiner Gesamtheit als ein mit dem Lustspiel nur durch freie Benutzung zusammenhängendes Werk aufzufassen. Ausschneiden muß hierbei freilich die Umgestaltung der äußeren Form, der Übergang von dem Lustspiel zur Operette. Denn durch die anderweite Formgebung und die dadurch bedingte Änderung des Textes wird die Annahme einer bloßen Bearbeitung keineswegs ausgeschlossen. Aber auch darüber hinaus würde die Operette den Charakter einer Bearbeitung des Lustspiels allein dadurch noch nicht verlieren, daß sie Neuerungen enthält, die das durch die Umgestaltung in eine Operette bedingte Maß erheblich überschreiten. Entscheidend kann vielmehr nur der Gesichtspunkt sein, ob die Neugestaltung der Operette in so hohem Maße Ausfluß der selbständigen Denktätigkeit ihrer Verfasser ist, daß demgegenüber die Entlehnungen aus dem Lustspiele als unwesentlich in den Hintergrund treten. Dies nimmt das Revisionsgericht in Übereinstimmung mit dem Vorderrichter und der von diesem zur Begutachtung der Streitfrage herangezogenen literarischen Sachverständigenkammer an. (Wird noch ausgeführt.) G. c. B., U. v. 8. März 13, 161/12 I. — Berlin. [R.]

Unfallfürsorgegesetz für Beamte und für Personen des Soldatenstandes vom 18. Juni 1901.

15. § 12 BeamtlJürfG.]

Aus den Gründen: 1. Der Oberpostschaffner R. ist bei dem Eisenbahnbetriebe der Beklagten und zwar in Folge des Verschuldens eines ihrer Angestellten körperlich verletzt worden. Er hat daher gegen die Beklagte auf Grund des § 1 HaftpflG. einen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens. Dieser Anspruch ist gemäß § 12 Abs. 1 BeamtlJürfG. in Höhe der Bezüge auf den Kläger übergegangen, die der Kläger auf Grund des BeamtlJürfG. oder anderweiter reichsgesetzlicher Vorschriften an Pension und Kosten des Heilverfahrens dem R. gewährt hat. Die Parteien streiten gegenwärtig nur über die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatze der vom Kläger an R. bezahlten und in Zukunft noch zu bezahlenden Pensionsbeträge. Die Beklagte hat gegen den Klageanspruch eingewendet, dem R. sei, soweit er von dem Kläger Pension erhalte, durch den Unfall kein Schaden erwachsen, und insofern habe daher auch ein Schadenersatzanspruch des R. nicht auf den Kläger übergehen können. Das BG. hat diesen Einwand zurückgewiesen und die Ersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich aller bis zum 29. Dezember 1916 vom Kläger an R. gezahlten und zu zahlenden Pensionsbeträge bejaht, indem es aus der Vorschrift des § 12 Abs. 1 BeamtlJürfG. entnimmt, daß der in Anspruch genommene

Betriebsunternehmer dem Fiskus gegenüber nicht habe berechtigt sein sollen, die dem verletzten Beamten bezahlte Pension auf dessen in dem Verluste des Dienst Einkommens bestehenden Schaden in Anrechnung zu bringen. Die hiergegen gerichtete, auf Verletzung des § 12 BeamtlJürfG. gestützte Revision der Beklagten kann keinen Erfolg haben. Der Wortlaut des § 12 Abs. 1 BeamtlJürfG., nach welchem die dem Verletzten auf Grund des § 1 HaftpflG. gegen Eisenbahnbetriebsunternehmer zustehenden Ansprüche auf die Betriebsverwaltung in Höhe der Unfallbezüge übergehen, ergibt unzweideutig, daß die zahlende Betriebsverwaltung keinen selbständigen, auf Ersatz des ihr mittelbar durch den Unfall entstandenen Schadens gerichteten Anspruch gegen den haftpflichtigen Betriebsunternehmer haben, sondern nur den dem verletzten Beamten zustehenden Schadenersatzanspruch in Höhe der bezahlten Unfallbezüge kraft Gesetzes erwerben soll. Die Geltendmachung eines Anspruchs auf Grund des § 12 Abs. 1 BeamtlJürfG. durch den Fiskus setzt daher das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs des verletzten Beamten voraus. Die Höhe der vom Fiskus bezahlten Unfallbezüge ist lediglich für den Betrag maßgebend, zu welchem der Anspruch des Beamten auf den Fiskus übergeht. Ist der Schaden des Beamten geringer, so kann der Fiskus auch nur in Höhe dieses Schadens Ansprüche geltend machen, also sich nur wegen eines Teiles der bezahlten Unfallbezüge Ersatz verschaffen. Von diesen Grundsätzen ist das RG. in ständiger Rechtsprechung ausgegangen (RG. 63, 382; 67, 139; 73, 213; 80, 48; JW. 10, 471^o). Die Annahme der Beklagten, das RG. habe dem Fiskus in Höhe seiner Leistungen einen unbedingten Ersatzanspruch auf Grund des § 12 Abs. 1 BeamtlJürfG. zugesprochen, ist irrig und findet in den Ausführungen des Urteils RG. 80, 48 eine ausreichende Widerlegung. Der Schaden des Beamten, der infolge eines Unfalls in den Ruhestand versetzt werden muß, besteht, abgesehen von sonstigen Vermögensnachteilen, in dem Wegfalle des Dienst Einkommens. Auf diesen Schaden muß sich der Beamte, wie das RG. in ständiger Rechtsprechung (RG. 10, 50; 15, 114; 17, 45; 64, 350) angenommen hat, die gesetzliche Pension anrechnen lassen, weil diese Pension als Ersatz für das weggefallene Dienst Einkommen gewährt wird. Hiernach kann es allerdings zweifelhaft sein, ob insofern, als der Beamte Pension erhält, überhaupt ein ihm zustehender Anspruch gegen den Schädiger vorhanden ist, der auf die Betriebsverwaltung übergehen kann. Das RG. hat jedoch wiederholt (RG. 63, 382; 67, 139; 73, 213; 80, 48; JW. 10, 471^o) ausgesprochen, daß das BeamtlJürfG. im § 12 Abs. 1 und 3 bei Bemessung der Ersatzforderung des Fiskus den dem Beamten entstandenen Schaden auch insofern als fortbestehend behandle, als er durch die vom Fiskus selbst zu zahlende Pension ausgeglichen werde. Die in RG. 67, 139 gemachte Einschränkung, daß insofern keine auf den Fiskus übergehende Forderung des Verletzten vorhanden sei, als der Verletzte bis zu dem Unfälle bereits eine gesetzliche Pension erdient hatte, ist später wieder aufgegeben (RG. 73, 218). Die Beklagte bekämpft den Standpunkt des RG. und will den § 12 Abs. 1 und 3 BeamtlJürfG. dahin ausgelegt wissen, daß nur der über den Betrag der Unfallbezüge hinausgehende Schadenersatzanspruch des Beamten auf die Betriebsverwaltung übergehen solle. Die Ausführungen der Beklagten geben jedoch keinen Anlaß, von der bisherigen

Rechtssprechung des RG. abzugehen. Das gegen die Begründung des Urteils RG. 63, 382 gerichtete Vorbringen der Beklagten läuft im wesentlichen auf eine Betonung der Zweifel hinaus, die das RG. selbst hinsichtlich der Art und Weise, wie der § 12 BeamtUfzG. mit den §§ 1, 3a HaftpfG. in Einklang zu bringen sei, hervorgehoben hat, enthält aber keine Widerlegung der vom RG. gegebenen Gründe. Das RG. hat besonderes Gewicht darauf gelegt, daß das BeamtUfzG. nichts enthalte, woraus zu entnehmen sei, der dem Beamten nach dem HaftpfG. zustehende Anspruch auf die Differenz zwischen dem Dienst Einkommen und der Unfallpension solle dem Beamten, auch abgesehen von der aus § 12 Abs. 2 BeamtUfzG. sich ergebenden Ausnahme, entzogen werden und auf den Fiskus übergehen. Die Beklagte vermißt einen Nachweis, wo ein derartiger Vorbehalt im Gesetze zu finden sei. Ein besonders im Gesetze ausgesprochener Vorbehalt war aber vom RG. nicht behauptet und auch nicht erforderlich. Die Rechte, die dem Beamten auf Grund anderer reichsgesetzlicher Vorschriften zustehen, können durch das BeamtUfzG. nur insoweit als verkürzt oder aufgehoben angesehen werden, als es dem Willen des BeamtUfzG. entspricht, also entweder darin ausdrücklich ausgesprochen oder doch aus seinen Vorschriften als gewollt zu entnehmen ist. Ein derartiger Wille ist aber, wie in RG. 63, 382 zutreffend ausgeführt ist, in dem BeamtUfzG. nicht zum Ausdruck gelangt, vielmehr läßt sich aus § 10 BeamtUfzG. der entgegengesetzte Wille des Gesetzes entnehmen. Nach § 10 Abs. 1 BeamtUfzG. kann der verletzte Beamte einen Schadenersatzanspruch gegen den strafgerichtlich verurteilten Betriebsleiter usw., der den Unfall vorzüglich herbeigeführt hat, geltend machen; dieser Anspruch ermäßigt sich aber nach § 10 Abs. 2 um denjenigen Betrag, der dem Berechtigten nach dem BeamtUfzG. zusteht. Hier ist im BeamtUfzG. ausdrücklich ausgesprochen, daß der Beamte den durch die Unfallbezüge nicht gedeckten Schaden von dem Beschädiger ersetzt verlangen kann. Daß dieser Anspruch nicht auf den Fiskus übergehen soll, erhellt aus dem Wortlaute des § 10, wonach der Beamte den Anspruch geltend machen kann. Ginge der Anspruch auf den Fiskus über, so würde eben der Beamte nicht zur Geltendmachung berechtigt sein. Dementsprechend ist auch im § 12 Abs. 3 ein Übergang der Schadenersatzansprüche auf den Fiskus nur bestimmt, wenn sie sich gegen andere, im § 10 nicht bezeichnete Personen richten. Der Versuch der Beklagten, auch im Falle des § 10 einen Übergang des dem Beamten dort gegebenen Anspruchs auf den Fiskus aus § 12 Abs. 3 Satz 2 herzuleiten, scheidet an dem klaren Wortlaute des Gesetzes. Daß sich § 12 Abs. 3 Satz 1 nicht auf die im § 10 bezeichneten Personen bezieht, hat die Beklagte selbst zugegeben. Der zweite Satz des Abs. 3 im § 10 kann aber seinem Zusammenhange nach nur auf die Ansprüche gegen die im vorhergehenden Satze bezeichneten Personen bezogen werden. Sollte indessen hierüber ein Zweifel möglich sein, so wird er durch die oben erörterte klare Vorschrift des § 10 Abs. 1 beseitigt. Hiermit erledigt sich zugleich der fernere Versuch der Beklagten, die Auslegung des § 12 Abs. 3 Satz 2 in dem von ihr gewollten weiten Sinne durch die Heranziehung der entsprechenden Vorschrift des § 140 GewUBG. zu stützen. Es mag aber noch darauf hingewiesen werden, daß der § 140 GewUBG. sich nicht auf die im § 135

bezeichneten Personen bezieht, der § 135 aber gerade dem § 10 BeamtUfzG. entsprechende Fälle betrifft. Die Vorschrift des § 10 Abs. 2 BeamtUfzG. läßt sich auch unmittelbar zur Unterstützung der Auslegung verwerten, welche das RG. dem § 12 BeamtUfzG. gegeben hat. Es hätte der Vorschrift des § 10 Abs. 2 nicht bedurft, wenn das BeamtUfzG. einen Schadenersatzanspruch des Beamten in Höhe des Betrags der ihm zustehenden Unfallbezüge grundsätzlich als nicht bestehend behandelt und unter den im § 12 behandelten Ersatzansprüchen nur die Ansprüche auf Ersatz des die Unfallbezüge übersteigenden Schadens verstanden hätte. Gerade daß das Gesetz im Falle des § 10 einen besonderen Ausspruch hinsichtlich der Ermäßigung des Schadenersatzanspruchs um den Betrag der Unfallbezüge für erforderlich erachtet hat, läßt erkennen, daß es an anderen Stellen den nicht geminderten Schaden als Gegenstand der dort bezeichneten Ansprüche hat aufgefaßt wissen wollen. Diese unterschiedliche Behandlung der Fälle, in denen ein Forderungsübergang auf den Fiskus stattfindet, von denen, in welchen die Forderung dem Beamten verbleibt, ist vollkommen gerechtfertigt. Brauchte der Beamte sich die Unfallbezüge auf seinen Schaden nicht anzurechnen, so würde er für den entsprechenden Teil seines Schadens zweimal entschädigt werden. Diese Erwägung trifft aber nicht zu, soweit der Schadenersatzanspruch auf den Fiskus übergeht. Denn der Fiskus erhält dadurch nur die Möglichkeit, sich für die aus seinem Vermögen zur Entschädigung des Verletzten aufgewendeten Beträge Ersatz zu verschaffen, und deshalb ist es folgerichtig, wenn ihm gegenüber der Einwand nicht zugelassen wird, er selbst habe durch seine Leistung den Schaden, dessen Ersatz er kraft gesetzlicher Zession fordert, vermindert. Die Beklagte macht ferner geltend, die Ansicht des RG. führe zu dem Ergebnis, daß die in einem staatlichen Betriebe verunglückten Beamten schlechter ständen als die bei dem Betriebe einer Privatperson zu Schaden gekommenen Staatsbeamten. Diese Folgerung mag richtig sein, sie beweist aber nicht, daß dieses Ergebnis dem Willen des Gesetzes widerspricht. Die Ansprüche der Beamten aus Betriebsunfällen gegen das Reich, die Bundesstaaten oder einen Kommunalverband sind zwar, auch soweit die genannten Verbände als Unternehmer haften würden, durch §§ 10, 12 Abs. 2 BeamtUfzG. auf die gesetzlichen Unfallbezüge beschränkt. Dieser Beschränkung steht aber die Vergünstigung gegenüber, daß die Unfallbezüge mit der sich aus § 7 BeamtUfzG. ergebenden Ausnahme auch in solchen Fällen gewährt werden, in denen nach andern gesetzlichen Vorschriften mangels Nachweises eines von der Betriebsverwaltung zu vertretenden Verschuldens oder wegen mitwirkenden Verschuldens des Verletzten ein Schadenersatzanspruch überhaupt nicht oder nur in geringerem Umfange bestehen würde. Hieraus ergibt sich, daß durch das BeamtUfzG. den Beamten des Reichs, der Bundesstaaten und der Kommunalverbände aus dem Anstellungsverhältnisse ein nach gleichen Grundsätzen bemessener Anspruch auf Entschädigung wegen erlittener Betriebsunfälle hat gewährt werden sollen, ohne Unterschied, ob und in welchem Umfange der Unfall von der Betriebsverwaltung oder dem Verletzten verschuldet ist. Diese Gleichstellung der Beamten mußte sich aber entsprechend ihrer in dem Anstellungsverhältnis beruhenden Grundlage auf das Verhältnis der Beamten zu dem Reich, den Bundesstaaten und den Kommunalverbänden

befchränken. Ein innerer Grund, den Beamten wegen des ihnen gewährten Anspruchs auf Unfallbezüge die Geltendmachung des durch diese Bezüge etwa nicht gedeckten Schadens gegen haftpflichtige Privatunternehmer zu entziehen, bestand nicht. Es genügte vielmehr und entsprach der Billigkeit, wenn entsprechend dem mit § 140 GewÜB. verfolgten Zwecke verhindert wurde, daß der verletzte Beamte für einen Teil seines Schadens zweimal entschädigt werde, und wenn deshalb der durch die Unfallbezüge gedeckte Teil des Schadens auf die zahlende Betriebsverwaltung übertragen wurde. Was endlich die Beklagte aus der Entstehungsgeschichte des BeamtÜfÜrG. vorgebracht hat, ist nicht geeignet, einen der Auslegung des RG. entgegenstehenden Willen der gesetzgebenden Körperschaften zu erweisen. Es ist im Gegenteil in der Begründung sowie bei der Beratung des Gesetzentwurfs wiederholt zum Ausdruck gebracht worden, daß Dritte dem Verletzten nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen haften sollen. Danach entspricht es nicht dem Willen des Gesetzes, daß dem verletzten Beamten seine Rechte auf Schadenersatz gegen Dritte, soweit sie über die gewährten Unfallbezüge hinausgehen, zugunsten der Betriebsverwaltung entzogen werden sollen. Die Revision der Beklagten ist hiernach als unbegründet zurückzuweisen. 2. Die Revision des Klägers richtet sich gegen die Abweisung der Klage für die Zeit nach dem 29. Dezember 1916. Das BG. hat angenommen, daß die durch die Unfallfolgen veranlaßte Pensionierung für K. nur bis zum 29. Dezember 1916, an welchem Tage K. auch ohne den Unfall dienstunfähig geworden sein würde, einen Ausfall an Einkommen verursacht habe, mithin nach diesem Zeitpunkte keine Schadenersatzforderung des K. vorhanden sei, welche gemäß § 12 Abs. 1 BeamtÜfÜrG. auf den Kläger hätte übergehen können. Die Revision des Klägers rügt Verletzung des § 12 BeamtÜfÜrG. Sie ist der Ansicht, daß der der Betriebsverwaltung durch § 12 BeamtÜfÜrG. übertragene Anspruch sich über den Zeitpunkt hinaus erstrecke, in welchem auch ohne den Unfall die dauernde Dienstunfähigkeit des Beamten eingetreten sein würde, weil auch nach diesem Zeitpunkte der dem Beamten entstandene Schaden insoweit als fortbestehend zu behandeln sei, als er durch die zu zahlende Pension ausgeglichen werde. Die Revision kann keinen Erfolg haben. Die Frage, ob die Ansprüche des Fiskus gegen den Betriebsunternehmer sich in die Zeit hineinstrecken, in der auch ohne den Unfall der Beamte in den Ruhestand hätte versetzt werden müssen, ist in dem Urteile des IV. BS. (RG. 63, 382) offengelassen, in dem Urteile des jetzt erkennenden Senats (RG. 67, 139) dagegen bejaht worden, weil für eine Unterscheidung zwischen der Zeit vor und nach dem Zeitpunkt, in dem auch sonst die dauernde Dienstunfähigkeit eingetreten sein würde, kein Grund ersichtlich sei. Hiernach kann nach erneuter Prüfung der Frage, soweit es sich um eine Erstattung von Pensionbeträgen handelt, nicht festgehalten werden. Die juristische Person, welcher die Unfallfürsorgepflicht obliegt, hat nach § 12 BeamtÜfÜrG. keinen selbständigen Ersatzanspruch gegen den haftpflichtigen Privatunternehmer, sondern erwirbt nur kraft Gesetzes in Höhe der gewährten Bezüge den dadurch ausgeglichenen Teil der als fortbestehend geltenden Schadenersatzforderung des verletzten Beamten (RG. 80, 48). Sie kann daher nach dem Zeitpunkt, in dem der Beamte auch sonst dienstunfähig geworden wäre,

den Betriebsunternehmer nur in Anspruch nehmen, wenn und soweit nach diesem Zeitpunkt noch ein Schadenersatzanspruch des Beamten als fortbestehend angesehen werden kann, der durch die Zahlung der Unfallbezüge ausgeglichen wird. Das trifft nicht zu in Ansehung des Schadens, den der Beamte durch den auf seiner Dienstunfähigkeit beruhenden Wegfall des Diensteinkommens erlitten hat. Denn dieser Verlust muß unter allen Umständen einmal eintreten und kann durch einen die Dienstunfähigkeit herbeiführenden Unfall nur beschleunigt werden. Der Schaden, den der Beamte als Folge des Unfalls in dieser Hinsicht erleidet, besteht also nur darin, daß er das Diensteinkommen früher verliert, als es ohne den Unfall geschehen wäre. Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Verlustes des Diensteinkommens kann sich hiernach nicht über den Zeitpunkt hinaus erstrecken, in dem die Dienstunfähigkeit auch sonst eingetreten wäre, weil es von diesem Zeitpunkt ab an einem ursächlichen Zusammenhange zwischen dem Unfall und dem Verluste des Diensteinkommens fehlt. Der Unfall vermag dagegen über den angegebenen Zeitpunkt hinaus insoweit einen Schadenersatzanspruch wegen Schmälerung des Einkommens zu begründen, als die Unfallpension hinter der Pension zurückbleibt, die der Beamte ohne den Unfall erdient haben würde. Eine Ausgleichung dieses Schadens findet aber durch die Leistungen des Unfallfürsorgepflichtigen nicht statt, und deshalb kann auch die in dieser Beziehung bestehende Schadenersatzforderung des Beamten nicht auf Grund des § 12 BeamtÜfÜrG. auf den Fürsorgepflichtigen übergehen. Eine derartige Ersatzforderung kommt übrigens gegenwärtig überhaupt nicht in Betracht, weil K. im Zeitpunkte des Unfalls bereits die Höchstpension erdient hatte und daher auch ohne den Unfall vom 29. Dezember 1916 ab nur 1800 M Jahrespension erhalten haben würde, also gerade ebensoviel, wie er zufolge des Unfalls seit dem 1. April 1910 auf Lebenszeit bezieht. Der abgewiesene Teil des Klageanspruchs würde hiernach nur begründet sein, wenn sich die Auffassung rechtfertigen ließe, daß der Unfall den Verlust des gesetzlichen Pensionsanspruchs des K. zur Folge gehabt habe, und der dadurch für die Zeit vom 29. Dezember 1916 an verursachte Schaden durch die Gewährung der Unfallpension ausgeglichen werde. Die Konstruktion eines derartigen Schadenersatzanspruchs, der auf den Kläger hätte übergehen können, ist aber nicht möglich. Die Dienstunfähigkeit des Beamten, welche auf Grund einer bei Ausübung des Dienstes oder aus Veranlassung desselben erlittenen Beschädigung vorzeitig eintritt, hat nicht den Verlust des Pensionsanspruchs zur Folge, sondern begründet im Gegenteil nach § 36 ABG. die Pensionsberechtigung auch bei kürzerer als zehnjähriger Dienstzeit. Durch das BeamtÜfÜrG. werden für die dort bezeichneten Fälle lediglich besondere Grundfälle für die Berechnung der Pension aufgestellt. Daß in diesen Fällen die Pensionsberechtigung als solche auf dem Reichsbeamtengesetz beruht und der auf Grund dieses Gesetzes erworbene Pensionsanspruch als fortbestehend anerkannt wird, erhellt aus der Vorschrift des § 1 Abs. 5 BeamtÜfÜrG., wonach der Beamte, wenn ihm nach andertweiter reichsgesetzlicher Vorschrift ein höherer Pensionsbetrag zusteht, diesen auch als Unfallpension erhalten soll. Es handelt sich demnach bei der Gewährung der Unfallpension nicht um die Ausgleichung eines Schadens,

der in dem Mangel einer gesetzlichen Pension bestände, sondern um die Befriedigung des gesetzlichen Pensionsanspruchs des Beamten, für dessen Bemessung im Hinblick darauf, daß die Dienstunfähigkeit auf einem im Dienste erlittenen Betriebsunfall beruht, besondere Vorschriften gegeben sind. Daß hieraus für den Beamten niemals ein Schaden entstehen kann, ergibt sich aus der Vorschrift des § 1 Abs. 5 BeamtVfVersG. Aus dem Vorstehenden folgt, daß von dem Zeitpunkt an, in welchem der Beamte ohne den Unfall dienstunfähig geworden wäre, ein Schadenersatzanspruch des Beamten, der durch die Gewährung der Unfallpension ausgeglichen würde, nicht besteht, und daß nach diesem Zeitpunkte nur noch ein Übergang von Ersatzansprüchen des Beamten in Ansehung eines Schadens möglich ist, der durch andere, neben der Pension gewährte Unfallbezüge (z. B. Heilungskosten) gedeckt wird. Da gegenwärtig vom Kläger nur Ersatz für die an R. zu zahlenden Pensionsbeträge beansprucht wird, so ist die Klage für die Zeit nach dem 29. Dezember 1916 mit Recht abgewiesen und die Revision des Klägers als unbegründet zurückzuweisen. Reichspostfiskus c. L.-B. E.-G., U. v. 15. Febr. 13, 411/12 VI. — Hamburg. [B.]
Gewerbeordnung.

16. §§ 133 ff. GewD., 138 BGB. Konkurrenzklause unter Zahntechnikern.]

Der Beklagte hatte sich in Dresden als amerikanischer Zahnarzt niedergelassen, nachdem er die dort von einem gewissen Dr. J. betriebene Praxis für 120 000 M käuflich erworben hatte; er hat dann den Kläger, der bis dahin in Chicago als Assistent tätig gewesen war, als zahnärztlichen Assistenten angenommen. Dem Kläger wurde anfangs ein Drittel der bar gezahlten Rechnungen der vom Kläger behandelten, ihm vom Beklagten zugewiesenen Patienten, mindestens jedoch 6000 M jährlich, später 40 Prozent der Vereinnahmen aus den vom Kläger geleisteten Berufsarbeiten und mindestens 7200 M jährlich zugesichert. Tatsächlich haben sich die Jahreseinnahmen des Klägers jährlich auf etwa 17 500 M belaufen. In dem Vertrage vom 30. Juni 1906 verpflichtete sich der Kläger, während der Dauer von 20 Jahren vom Ablauf des Vertrages an weder selbständig noch als Assistent ohne schriftliche Genehmigung des Beklagten in Dresden oder in einem Umkreise von zwei deutschen Meilen um Dresden die Zahnpraxis nicht auszuüben und im Übertretungsfalle dem Beklagten als berechneten Schaden und nicht als Strafe die Summe von 120 000 M zu zahlen. Am 18. November 1910 kündigte der Beklagte dem Kläger zum 18. Februar 1911. Weil sich der Kläger nach seinem Austritt aus dem Geschäft des Beklagten in Dresden als amerikanischer Zahnarzt niederlassen wollte, hat er im März 1911 die negative Feststellungsklage erhoben: „festzustellen, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, vom Kläger nach seiner Niederlassung als Zahnarzt in Dresden die Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe zu verlangen.“ Die Klage ist abgewiesen worden. Nach mehreren Entscheidungen des RG. verstößt jede Konkurrenzbeschränkung bei Ärzten und approbierten Zahnärzten gegen die guten Sitten (RG. 66, 144 ff.), gleiches gilt jedoch nicht bei den amerikanischen Zahntechnikern (RG. 70, 339). Auf die Tätigkeit des Beklagten und sein Verhältnis zum Kläger als einem im Geschäft des Beklagten Angestellten finden die §§ 133 ff. GewD. Anwendung. Hier-

nach sind zwar Vereinbarungen, durch die der Angestellte nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, für den Angestellten nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung seines Fortkommens ausgeschlossen wird. Hierauf kann der Kläger die Nichtigkeit der gesamten Konkurrenzbeschränkung nicht stützen; denn da nur das Übermaß der Beschränkung unzulässig ist, hat der Richter die Beschränkung und ebenso gemäß § 343 BGB. die Vertragsstrafe auf das zulässige Maß herabzumindern (RG. 77, 399). In letzterer Beziehung soll übrigens gleich hier bemerkt werden, daß nach § 343 BGB. die Herabminderung der Strafe erst nach ihrer Verwirkung möglich ist; die Herabminderung vor ihrer Verwirkung kann auch nicht, wie der Kläger in der Berufungsinstanz hilfsweise verlangt hat, auf dem Wege der Feststellungsklage geschehen. Daß der Beklagte nach vernünftiger Erwägung einen erheblichen Anlaß zur Kündigung des Klägers gehabt hat, wird vom Revisionskläger nicht mehr in Frage gezogen. In dieser Instanz kommt es vielmehr lediglich darauf an, ob die vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung und Vertragsstrafe gegen die guten Sitten verstößt und deshalb gemäß § 138 BGB. nichtig ist. Bereits mehrfach hat das RG. ausgesprochen, es verstoße gegen die guten Sitten, wenn in rücksichtsloser Weise ohne einen auch nur versuchten Ausgleich der beiderseitigen Interessen, unbekümmert um die damit möglicherweise verbundene finanzielle Schädigung des Angestellten lediglich das Unternehmerinteresse durch eine derartige Wettbewerbsbeschränkung gewahrt werde. Davon kann im vorliegenden Falle jedoch keine Rede sein. Allerdings soll sich der Kläger 20 Jahre lang nicht in Dresden und dessen nächster Umgebung als Zahnarzt niederlassen. Hierdurch wird dem Kläger jedoch sein Fortkommen nicht übermäßig erschwert, da er in allen übrigen größeren Städten Europas eine Praxis begründen kann. Daß sich der Kläger in Dresden den Ruf eines tüchtigen Zahnarztes erworben hat, verdankt er neben seiner eigenen Tätigkeit in erster Linie dem Umstand, daß ihm der Beklagte auf Grund des Vertrages einen bestimmten Patientenkreis zugewiesen hat. Dieser Ruf ermöglicht ihm aber, wie der VerN. feststellt, eine gute Praxis auch außerhalb Dresdens, während für den Beklagten und sein Geschäft von dem Wettbewerb des Klägers große Gefahren zu erwarten waren, was auch auf den demnächstigen Verkaufspreis des Geschäfts des Beklagten ungünstig einwirken mußte. Die Wettbewerbsbeschränkung entsprach also einem wohlbegründeten Interesse des Beklagten und enthielt keine übermäßige Schädigung des Klägers, zumal wenn man berücksichtigt, welche Vorteile der Vertrag dem Kläger im übrigen bot. Der Kläger, der zur Zeit des Vertragsbeginns erst 25 Jahre alt war, hat während der Vertragsdauer jährlich durchschnittlich 17 500 M Einnahme bezogen; wenn der Vertrag auch zunächst auf ein Jahr lief, hätte der Kläger beim Beklagten, wenn er seine Ansprüche nicht zu sehr gesteigert hätte, eine außerordentlich günstig bezahlte Lebensstellung finden können. Er war daher in der Lage, so viel Ersparnisse zurückzulegen, daß er sich mit Ruhe demnächst eine andere Stellung suchen konnte. Auch aus der Höhe der Vertragsstrafe — denn um eine solche

handelt es sich hier, obwohl der offenbar mit Rücksicht auf amerikanisches Recht gewählte Wortlaut des Vertrages diese Annahme auszuschließen scheint — läßt sich nichts Sittentwichtiges entnehmen. Ob die Höhe der Strafe für sich allein den Vertrag als vernichtungswürdig erscheinen lassen muß, oder ob noch sonstige Umstände, z. B. die wucherische Tendenz des Vertrages hinzutreten müssen, kann hier ganz auf sich beruhen, da die Höhe der Strafe nicht unverhältnismäßig hoch erscheint. Der Kläger erhielt 40 Prozent der Bruttobeträge der Rechnungen. Bei einer Einnahme von 17500 *M.* betrug demgemäß der Wert der vom Kläger allein behandelten Praxis etwa 45000 *M.* Im Falle des Wettbewerbs des Klägers mußte sich der Beklagte demgemäß einer außerordentlich großen Schädigung seiner eigenen Praxis gewärtig sein. Der Kläger konnte daher nur durch eine sehr hohe Vertragsstrafe davon abgehalten werden, durch seinen Wettbewerb den Beklagten zu schädigen. Allerdings nahm die Gefahr wesentlich ab, wenn der Kläger nach Beendigung des Dienstverhältnisses erst längere Jahre bis zu seiner Niederlassung in Dresden verstreichen ließ. Wenn diesem Umstande bei der Bemessung der Höhe der Vertragsstrafe nicht weiter Rechnung getragen ist, so kann das vielleicht der Anwendbarkeit des § 343 BGB. demnächst eine Stütze bieten, ein Verstoß gegen § 138 BGB. ist darin jedenfalls nicht zu erblicken. Denn es lag nahe, daß der Beklagte bei der Höhe der Strafe in erster Linie davon ausging, der Kläger werde sich, wie er es ja auch gegenwärtig will, unmittelbar nach Aufgabe seiner Tätigkeit beim Beklagten in Dresden als amerikanischer Zahntechniker niederlassen. *H. c. B.*, U. v. 14. März 13, 407/12 III. — Dresden. [R.]

Zivilprozessordnung.

17. § 139 ZPO. Ausübung des richterlichen Fragerechts.]

Aus den Gründen: Während die Klägerin bis zum Schlußverhandlungstermin ihr Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, darauf gestützt hatte, daß der Beklagte sich des Ehebruchs schuldig gemacht, sie mißhandelt und ihre Mißhandlung durch andere Personen geduldet habe, hat sie im bezeichneten Termine erklärt, daß sie die Herstellung des ehelichen Lebens deshalb verweigere, weil der Beklagte keine für ein gemeinschaftliches Leben geeignete Wohnung habe. Auf dieses Vorbringen konnte der Vertreter des Beklagten nach Lage der Sache nicht vorbereitet sein. Unbestrittenermaßen hatten bis zum Zeitpunkte der Trennung die Parteien keinen selbständigen Haushalt geführt; nach der Eheschließung hatte sich die Klägerin zunächst einige Monate bei ihren Eltern, dann ein halbes Jahr auswärts zur Erlernung der Haushaltung aufgehalten, und als sie dann eine Zeitlang mit dem Beklagten zusammenlebte, wurde kein selbständiger Haushalt geführt, sondern die Parteien hatten Wohnung und Verköstigung bei einer Frau M.; auch im Laufe des Prozesses hatte die Klägerin in keiner Weise dem Beklagten zu erkennen gegeben, daß sie sich an dem Fehlen eines eigenen Haushaltes stöße. Das BG. hat nun die Gründe, welche die Klägerin ursprünglich für ihr behauptetes Recht zum Getrenntleben geltend gemacht hatte, wegen mangelnden Beweises für unbeachtlich erklärt und seiner Entscheidung ausschließlich den erwähnten, in der Schlußverhandlung neu vorgebrachten Umstand zugrunde gelegt; es sagt dabei, es wäre Sache des Beklagten gewesen, etwaige Gründe dazulegen, die es ausnahms-

weise für die Parteien notwendig machten, auf die Gründung eines selbständigen Haushaltes so lange zu verzichten. Hier hätte das BG., um der Vorschrift des § 139 ZPO. gerecht zu werden, dem Vertreter des Beklagten Gelegenheit geben müssen, daß er nach Rücksprache mit seinem Mandanten die vom Gericht für notwendig erachteten Darlegungen mache. Es ist zwar nicht ersichtlich, ob der Vertreter des Beklagten Verhandlung der Verhandlung zu dem bezeichneten Zwecke beantragt habe, wohl aber hat er, nachdem die Verhandlung geschlossen und Termin zur Verkündung der Entscheidung anberaumt war, vor letzterem Termine die Wiedereröffnung der Verhandlung zur Nachholung der vom Gericht für notwendig erachteten Erklärungen beantragt und dabei unter Beweisanzetung vorgebracht, die Unterlassung der Begründung eines Haushaltes sei auf den eigenen Wunsch der Klägerin zurückzuführen, die ausdrücklich verlangt habe, daß sie sich nicht um den Haushalt zu kümmern, vor allem nicht zu kochen brauche. § 139 ZPO. erfordert nicht bloß, daß die Parteien zu Erklärungen aufgefordert, sondern auch daß ihnen Gelegenheit zur Abgabe sachgemäßer Erklärungen gegeben werde, nötigenfalls durch Verhandlung der Verhandlung oder durch Wiederaufnahme einer geschlossenen Verhandlung (ZB. 09, S. 729²⁰, 193¹⁴). *H. c. B.*, U. v. 3. März 13, 466/12 IV. — Hamburg. [B.]

18. § 187 ZPO. Anwendbarkeit auf die (Erfass-) Zustellung der Klagschrift.]

Aus den Gründen des RG.: Der § 187 ZPO. findet auch auf die Zustellung der Klagschrift Anwendung; auf dem von ihm vorgesehenen Wege werden die Zustellungsmängel nicht nur hinsichtlich der in der Klagschrift enthaltenen Ladung geheilt, sondern in Ansehung des ganzen Inhalts der Klagschrift. Die Vorschrift des § 187 ist durch das Abänderungsgesetz vom 17. Mai 1898 eingeführt. In der Begründung des Entwurfs (zu § 170a) wird hervorgehoben, der Zustellung sei nicht selten wegen eines Verstoßes gegen die Formvorschriften die rechtliche Wirksamkeit selbst dann versagt worden, wenn ohne weiteres festgestanden habe, daß der Erfolg der Zustellung durch den Verstoß nicht beeinträchtigt, das Schriftstück vielmehr rechtzeitig in die Hände der Partei gelangt sei. Zur Beseitigung dieses Mißstandes solle die Bestimmung des Entwurfes dienen. Auf die Zustellung von Schriftstücken, die eine Ladung nicht enthielten, solle sie überhaupt keine Anwendung finden. Die Begründung nimmt also lediglich die „Schriftstücke“ aus, die keine Ladung enthalten. (Begründung S. 97). Sie knüpft die Heilung des Zustellungsmangels an die Voraussetzung, daß das Schriftstück in die Hände der Partei gelangt ist. Die Erklärung der Partei, daß und wann dies geschehen, stellt die ordnungswidrige Zustellung der gesetzmäßigen gleich und bestimmt den Zeitpunkt, in dem diese Wirkung eintritt. Sie ersetzt die ordnungsmäßige Zustellung und kann es um deswillen tun, weil der an die gesetzlichen Formen gebundene Empfangsnachweis durch das in der Erklärung liegende Geständnis der Partei entbehrlich wird. Das Schriftstück ist in die Hände der Partei gelangt, sie hat damit Gelegenheit erhalten, von seinem Inhalte Kenntnis zu nehmen, und zwar von dem gesamten Inhalte, nicht nur von der in dem Schriftstücke enthaltenen Ladung. Der Wortlaut des Gesetzes zwingt nicht etwa zu der Annahme, daß sich die

gesetzliche Unterstellung auf den Teil des Schriftstückes beschränken sollte, der sich als Ladung kennzeichnet, nicht aber auf den übrigen Inhalt sich erstrecken, der doch ebensogut mit dem in die Hände gelangten Schriftstücke zur Kenntnis der Partei kommen konnte. Es steht also fest, nicht nur, daß sie in dem erklärten Zeitpunkte geladen ist, sondern auch, daß der ganze Inhalt des zugestellten Schriftstückes ihr in diesem Zeitpunkte zugegangen ist (so auch Gaupp-Stein III § 187 ZPO.). Es ist unzweifelhaft zulässig, auf Grund solcher Erklärung gegen die säumige Partei das Versäumnisurteil zu beantragen. Die Klagschrift gehört in erster Reihe zu den „Schriftstücken, die eine Ladung enthalten“. Inwiefern das „zwingende Recht“ des § 253 ZPO. hindern sollte, sie dazu zu zählen, ist nicht ersichtlich. Nach § 253 erfolgt die Klagerhebung durch Zustellung eines Schriftstückes. Wie zugestellt werden muß, bestimmt nicht der § 253, sondern der Abschnitt III Tit. II ZPO. Eine mangelhafte Zustellung mit geheiltem Mangel ist auch eine Zustellung. Daß die Mängelheilung des § 187 nicht wie die nach § 295 ZPO. die Zustellung als im Zeitpunkte der Zustellungshandlung ordnungsmäßig erscheinen läßt, sondern in dem aus der Erklärung ersichtlichen Zeitpunkte, ist für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung. Mit der Heilung nach § 187 treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit und die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen der Zustellung, z. B. die Unterbrechung der Verjährung, ein. Mit Recht führt danach das OLG. Dresden in der Entscheidung OLGsPr. 7, 277 aus, daß Sinn und Zweck der Vorschrift keinen begründeten Zweifel darüber lassen, daß unter der „Ladung“ des § 187 das Schriftstück nach seinem ganzen Inhalte zu verstehen ist, also die Klagschrift mit der ihr eingefügten Ladung. Nach § 187 tritt eine Heilung von Mängeln nur ein, wenn eine Zustellung unter Verletzung der Vorschriften in den §§ 181 bis 186 ZPO. erfolgt ist, also bei der sogenannten Ersatzzustellung, nicht wenn andere Zustellungsvorschriften verletzt sind, deren Nichtbeachtung die Zustellung ungültig macht. So nicht, wenn zugestellt ist an einen Rechtsanwalt, der nicht der Prozeßbevollmächtigte ist (Seuffl. Bd. 57 Nr. 90), oder an eine Person, die irrtümlich als Zustellungsbevollmächtigter angesehen ist (RG. 50, 351), ferner nicht bei Verletzung der in den §§ 171, 173 gegebenen Vorschriften (RG. 69, 298). Auch eine entsprechende Anwendung der (Ausnahme-) Vorschrift des § 187 ist in solchen Fällen ausgeschlossen (vgl. Gaupp-Stein II zu § 187; Neukampf Anmerkung 1 zu § 187). § 187 kommt auch dann nicht in Frage, wenn einem falschen Zustellungsempfänger richtig zugestellt ist und später derjenige das Schriftstück erhalten hat, dem es hätte zugestellt werden sollen. (OLG. Dresden OLGsPr. 17, 138). W. c. S., U. v. 17. März 13, 539/12 III. — Hamburg. [R.]

19. § 546 ZPO. Die Vorschrift über das Vorhandensein der Revisionssumme gilt auch für das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten (Gesetz vom 10. Oktober 1899).]

Aus den Gründen: Nach § 546 ZPO. in der Fassung des Gesetzes vom 22. Mai 1910 ist in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche die Zulässigkeit der Revision durch einen den Betrag von 4000 M. übersteigenden Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt. Diese Vorschrift gilt auch für das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten. Aller-

dings ist das aus Art. X des Gesetzes vom 22. Mai 1910 nicht zu entnehmen, denn hier ist nur von Reichsgesetzen, nicht auch von Landesgesetzen, die auf die ZPO. verweisen, die Rede. Allein, wie das RG. schon immer angenommen hat, ist im Gesetz vom 10. Oktober 1899, wie schon früher im Gesetz vom 18. Februar 1880, die Verweisung auf die ZPO. nur in dem Sinne erfolgt, daß damit die jeweils geltenden Vorschriften dieses Gesetzes gemeint sein sollten. Soweit die Landesgesetzgebung von der Befugnis aus § 3 Abs. 2 GGZPO. ein von der ZPO. abweichendes Verfahren zu gestatten, keinen Gebrauch machte, konnte eben nur das reichsrechtliche Verfahren, also das Verfahren nach der ZPO. in ihrer jetzigen Fassung, maßgebend sein. Daß im Gesetz vom 10. Oktober 1899 auf die Vorschriften der ZPO. in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898 Bezug genommen ist, erklärt sich offenbar dadurch, daß bei Publikation des Gesetzes vom 10. Oktober 1899 die ZPO. noch in ihrer ursprünglichen Fassung in Geltung war und erst vom 1. Januar 1900 ab, gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 10. Oktober 1899, in der neuen Fassung Geltung erlangen sollte. Keineswegs hat durch jene Bezugnahme zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß auch bei etwaigen zukünftigen Änderungen der ZPO. für das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten immer nur die Fassung vom 17. Mai 1898 maßgebend sein sollte. Was speziell den § 546 ZPO. anbelangt, so ist irgendein Grund, weshalb die Erhöhung der Revisionssumme auf 4000 M. auf das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten keine Anwendung finden sollte und weshalb hier an dem ursprünglichen Betrage von 1500 M. festgehalten werden mußte, nicht erkennbar. Nach den Motiven zum Gesetze vom 18. Februar 1880 sollten aber alle nicht unbedingt nötigen Ungleichheiten, als das Rechtsbewußtsein des Publikums verwirrend und schädlich, vermieden werden. (Sterneberg und Pelzer, Einl. S. 3 und 4.) Das RG. hat schon bei einer früheren Änderung des § 546, als durch Gesetz vom 5. Juni 1905 die Revisionssumme von 1500 M. auf 2500 M. erhöht wurde, das geänderte Gesetz ohne weiteres auch im Bereiche des Gesetzes vom 10. Oktober 1899 zur Anwendung gebracht. Wenn gleichwohl bei Gelegenheit der letzten Erhöhung ein Vorbehalt zugunsten des Verfahrens in Auseinandersetzungsangelegenheiten nicht gemacht worden ist, so darf angenommen werden, daß die Auslegung des RG. Billigung gefunden hat. Im vorliegenden Falle fällt der Wert des Beschwerdegegenstandes in die Stufe von mehr als 1600 bis 2100 M. Da die Revisionssumme sonach nicht vorhanden ist, muß die Revision der Klägerin und deren Eheannes als unzulässig verworfen werden. L. und Gen. c. N.-G. L., Beschl. v. 14. März 13, 100/13 VII. — Berlin. [B.]

20. Zur Frage der Revisionssumme.]

Die Revisionsbeklagten haben das Vorhandensein der Revisionssumme oder doch eine ordnungsmäßige Begründung der Revision (§ 554 Abs. 2, 3 ZPO.) in Zweifel gezogen; dieser Zweifel ist indessen nicht gerechtfertigt. Zwar hat die Klägerin zunächst eine Schadenersatzforderung in Höhe von nur 4000 M. geltend gemacht und das BG. hat in seinem jetzt angefochtenen Urteile — mit Recht — angenommen, daß die Beklagten der erst in der Schlußverhandlung erfolgten Erweiterung des Klagantrags um 100 M. zutreffend die Ein-

rede der Verjährung nach § 852 BGB. entgegengesetzt haben; auch wird hiergegen in der Revisionsbegründungsschrift ein Angriff nicht erhoben. Allein die von der Klägerin in der Schlußverhandlung vor dem BG. geforderten 4100 *M.* bilden einen einheitlichen Anspruch und der Grund, aus dem im angefochtenen Urteil jeder Schadensersatzanspruch verneint wird — daß nämlich aus den unerlaubten Handlungen der Beklagten der Klägerin ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei —, trifft auch zu bezüglich jener 100 *M.*; insoweit liegen mithin zwei Klageabweisungsgründe vor. Der Grundsatz, daß zu jedem der mehreren selbständigen Ansprüche, über die in dem BU. erkannt ist, Revisionsantrag und Revisionsgrund anzugeben ist, schlägt hier also nicht ein. Ebenso wenig hat die Klägerin bei oder nach Einlegung der Revision ihren Klageantrag eingeschränkt; ihre Revision und ihre Revisionsbegründung betrifft vielmehr einen Beschwerdegegenstand von 4100 *M.* Das Rechtsmittel ist daher zulässig. *N. c. B.*, U. v. 15. März 13, 527/12 VI. — Berlin. [R.]

21. § 554 Abs. 7 ZPO. Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses für die Revisionsinstanz im Bankverkehr.]

Durch Beschluß vom 11. Januar 1913 hat der jetzt entscheidende Senat den Wert des Streitgegenstandes für die Revision des Klägers auf 10 000 *M.* und für die Revision der Beklagten auf 2000 *M.* festgesetzt. Im Anschluß hieran hat der Präsident des beschließenden Senats beiden Parteien eine Frist bis einschließlich den 17. Februar 1913 bestimmt, innerhalb deren sie den Nachweis der Zahlung der von ihnen für die Revisionsinstanz erforderlichen Gebührenvorschüsse erbringen sollten. Die Beklagte hat darauf am 1. Februar 1913 einen Posteinlieferungsschein eingereicht, nach welchem sie der Kaiserlichen Oberpostkasse in Leipzig den Gebührenvorschuß von 88 *M.* zugesandt hat. Hinsichtlich des klägerischen Gebührenvorschusses ist beim RG. am 17. Februar 1913 ein Telegramm der Reichsbankstelle in Elberfeld eingegangen, nach welchem vom Kläger an demselben Tage für die Kaiserliche Oberpostkasse 188 *M.* eingezahlt worden sind. Dieser Betrag ist der Oberpostkasse, wie sie angezeigt hat, im Girowege überwiesen und am 18. Februar 1913 ihrem Konto bei der Reichsbankhauptstelle in Leipzig gutgeschrieben worden. Bei diesem Sachverhalte können die Revisionen beider Parteien nicht zugelassen werden. Dem Rechtsmittel des Klägers steht der Umstand entgegen, daß der Kläger den ihm auferlegten Gebührenvorschuß nicht rechtzeitig gezahlt hat. Nach der Entwicklung des modernen Geschäftsverkehrs und bei dem im Geschäftsleben allgemein rege gewordenen Bedürfnisse, den Umlauf barer Zahlungsmittel zu verringern und ihn nach Möglichkeit durch Umbuchung des zu zahlenden Betrages auf den Bankkonten des Zahlungspflichtigen und des Zahlungsempfängers zu ersetzen, erscheint es allerdings unbedenklich, daß es nach dem Willen der Reichsjustizverwaltung der baren Zahlung des Gebührenvorschusses seitens des Revisionsklägers gleichzuachten ist, wenn der zu entrichtende Betrag der Kaiserlichen Oberpostkasse in Leipzig auf deren Girokonto bei der Reichsbank gutgeschrieben wird. (Wird ausgeführt.) Bei einer derartigen Zahlungsweise fragt es sich nun, zu welchem Zeitpunkte die Zahlung als bewirkt anzusehen ist. Die Reichsbank hat, wenn ihr von einem Zahlungspflichtigen der Auftrag zuteil wird, die zu zahlende

Summe dem Girokonto des Zahlungsempfängers gutzubringen, nach Maßgabe ihrer allgemeinen Bestimmungen über den Giroverkehr eine vermittelnde Tätigkeit auszuüben. Nach diesen Bestimmungen ist aber erst die Gutschrift auf dem Girokonto des Zahlungsempfängers als derjenige Vorgang anzusehen, kraft dessen der Zahlungsempfänger das Recht erlangt, den Anspruch auf Auszahlung des gutgeschriebenen Betrages gegenüber der Reichsbank geltend zu machen. Denn bis zur Gutschrift besteht für den Auftraggeber die Möglichkeit, die Überweisung auf das Konto des Zahlungsempfängers zu widerrufen (Telschow-Lehel, Der gesamte Geschäftsverkehr mit der Reichsbank [11] S. 145). Hat aber erst die Gutschrift für den Zahlungsempfänger rechtsbegründende Wirkung (RG. 54, 331), so kann auch nur sie als Ersatz der Zahlung gelten. Im vorliegenden Falle ist die Gutschrift erst am 18. Februar 1913, also nach Ablauf der dem Kläger für die Entrichtung des Gebührenvorschusses gesetzten Frist, erfolgt. Die Zahlung des Vorschusses ist deshalb verspätet. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß noch innerhalb der Frist die Zahlung des Betrages vom Kläger bei der Reichsbankstelle in Elberfeld bewirkt und hiervon die Gerichtsschreiberei des I. ZS. des RG. durch die genannte Bankstelle benachrichtigt worden ist. Denn nicht schon durch die Einzahlung des Betrages bei der Reichsbankstelle in Elberfeld, sondern erst durch die Gutschrift auf dem Reichsbank-Girokonto der Oberpostkasse zu Leipzig erlangte die Reichskasse die Verfügung über den Betrag. Das Telegramm der Reichsbankstelle in Elberfeld liefert demnach auch keinen Beweis für einen der Zahlung an die Oberpostkasse gleichzuachtenden Vorgang. Unter diesen Umständen ist die Revision des Klägers gemäß §§ 554 Abs. 7, 554 a ZPO. als unzulässig zu verwerfen. Dasselbe hat mit der Revision der Beklagten auf Grund der §§ 546 Abs. 1, 554 a ZPO. zu geschehen, da der Wert des Streitgegenstandes für dieses Rechtsmittel nach dem oben erwähnten Beschlusse des Senats vom 11. Januar 1913 nur 2000 *M.* beträgt, mithin die gesetzliche Revisionssumme nicht vorhanden ist. Gemäß §§ 556, 522 ZPO. hat auch die Anschlussrevision ihre Wirkung verloren, da die gegnerische Revision als unzulässig verworfen wird. *N. c. B.*, Beschl. v. 19. März 13, 403/12 I. — Hamm. [R.]

22. § 618 ZPO. Die Verbindung eines auf Scheidung lautenden kontradiktorischen Urteils mit einem die Scheidungswiderklage abweisenden Versäumnisurteil ist unzulässig.]

Die Parteien haben einander am 26. Januar 1907 geheiratet, leben jedoch seit 29. März 1911 voneinander getrennt. Die Ehe ist kinderlos. Die Klägerin hat, gestützt auf die §§ 1565, 1568 BGB., Scheidungsklage erhoben, und der Beklagte hat widerklagend ebenfalls Scheidung auf Grund der §§ 1565, 1568 BGB. begehrt. Das LG. erhob über die beiderseitigen Behauptungen Beweis und erkannte durch das Urteil vom 24. Mai 1912 auf die Klage auf Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs des Beklagten, wogegen es seine Widerklage durch das gleiche Urteil als Versäumnisurteil gemäß § 330 ZPO. auf Antrag der Klägerin abwies, weil der Beklagte in der letzten mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 1912 durch einen beim Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt nicht vertreten war. Gegen dieses Urteil legte der Beklagte Berufung

ein, nachdem er vorher, soweit Versäumnisurteil ergangen war, Einspruch eingelegt hatte. Der Beklagte beantragte im zweiten Rechtszuge, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen und die Klägerin nach dem Widerklageantrage zu verurteilen. Die Klägerin beantragte, die Berufung zurückzuweisen. Das RG. erkannte darauf durch Urteil vom 11. Oktober 1912, daß die Ehe der Parteien auf Klage und Widerklage geschieden werde. Im übrigen wies es die Berufung des Beklagten zurück. Gegen das Urteil des RG. legte die Klägerin Revision ein. Sie beantragte, das BU. im vollen Umfange oder doch, soweit es über die Widerklage entschieden hat, aufzuheben und unter entsprechender Abänderung dieses Urteils die Berufung des Beklagten gegen das erste Urteil, soweit es sich auf die Vorlage bezieht, als unbegründet zurückzuweisen, dagegen, soweit es sich — als Versäumnisurteil — auf die Widerklage bezieht, als unzulässig zu verwerfen, geeignetenfalls im vollen Umfange als unbegründet zurückzuweisen. Die Revision hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen: Beide Parteien begehren Scheidung, die Frau mittels Klage und der Mann mittels Widerklage. Das LG. hat, nachdem es über Klage- und Widerklagebehauptungen Beweis erhoben hatte, durch Urteil vom 24. Mai 1912 auf die Klage geschieden und die Widerklage wegen Ausbleibens des Beklagten im letzten Verhandlungstermine durch Versäumnisurteil abgewiesen, ohne in eine Würdigung des Beweisergebnisses hinsichtlich der Widerklagebehauptungen einzutreten. Dieses Verfahren des LG. war, wie das BG. zutreffend ausführt, insofern unzulässig, als ein auf Scheidung lautendes streitgemäßes (kontradiktorisches) Urteil mit einem die Scheidungswiderklage abweisenden Versäumnisurteil verbunden wurde. Denn, da gegen ersteres Urteil die Berufung, gegen letzteres der Einspruch gegeben ist (§§ 511, 338 ZPO.), so wurde die Möglichkeit eröffnet, daß über den Bestand der Ehe gesondert vor verschiedenen Gerichten (vor dem BG. über die Klage, vor dem LG. über die Widerklage) weiterverhandelt und entschieden würde. Es könnte dann dahin kommen, daß die Ehe, nachdem sie auf das eine Rechtsmittel rechtskräftig geschieden worden, dann auf das andere Rechtsmittel nochmals geschieden werden müßte. Ein derartiges Ergebnis muß in Ehesachen vermieden werden. Das vom LG. eingeschlagene Verfahren verletzt den vom RG. wiederholt ausgesprochenen Rechtsgrundsatz, daß eine Ehescheidung nur in Verbindung mit der unbedingten Entscheidung aller anderen Streitpunkte (Klage, Widerklage, Schuldfrage) erfolgen darf (RG. 58, 307 ff., insbesondere 312, 316, 319; 59, 412 und JW. 13, 141²¹). Wie in Ehesachen demzufolge ein Teilurteil über einen einzelnen dieser Streitpunkte unstatthaft ist, so muß auch die hier vom LG. vorgenommene Zweiteilung der Entscheidung für unstatthaft erachtet werden. Dies hat das RG. auch bereits in dem wesentlich gleichliegenden Falle in JW. 07, 521²⁸ angenommen. Das hiergegen von der Revision geltend gemachte Bedenken, daß in Ehesachen ein Versäumnisurteil gegen den Kläger und den Widerkläger nicht verboten sei (§ 618 Abs. 5 und 6 ZPO.), schlägt nichts. Gewiß ist ein derartiges Versäumnisurteil an sich statthaft, aber es bleibt auf Fälle beschränkt, in denen ein Widerstreit mit dem dargelegten Rechtsgrundsatz ausgeschlossen ist. Zu Unrecht bekämpft die Revision auch das Verfahren des BG.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des LG. war wegen der auf die Klage ausgesprochenen Scheidung zweifellos zulässig. Die Berufung war in dieser Hinsicht das einzige zu Gebote stehende Rechtsmittel. Der Beklagte war aber auch berechtigt, mit der Berufung die unzulässige Verbindung des Urteils mit einem Versäumnisurteile zu rügen. Er war nicht darauf angewiesen, das Versäumnisurteil mittels Einspruchs anzufechten. Für ein derartiges Versäumnisurteil war kein Raum. Schon der Erlass eines Versäumnisurteils überhaupt stellte einen Mangel des Verfahrens dar. Dieser Mangel des Verfahrens berechtigte das BG. nach seinem freien, nicht nachprüfbareren Ermessen entweder gemäß § 539 ZPO. die Sache an das LG. zurückzuverweisen oder selbst zu scheiden. Es hat das letztere vorgezogen, weil die Widerklage zur Entscheidung reif war und neue Parteibehauptungen nicht zu erwarten waren. Eine Verletzung von Verfahrensvorschriften liegt nirgends vor. Der Umstand allein, daß der Klägerin — wie die Revision hervorhebt — eine Instanz entzogen worden ist, läßt das Verfahren des BG. nicht vorschriftswidrig erscheinen. D. c. D., U. v. 13. März 13, 581/12 IV. — Berlin. [B.]

Konkursordnung.

23. Ist die Übernahme einer Bürgschaft eine unentgeltliche Verfügung?

Die Witwe des am 22. Februar 1910 verstorbenen Weinhändlers Heinrich Wilhelm H. in E. hat unterm 27. Februar 1910 einen Bürgschaftsschein unterzeichnet, worin sie für die Summe von 12 000 M., die ihr verstorbener Ehemann seinem Bruder Hermann H., Alleininhaber der Firma Georg H. & Söhne bzw. der Firma schulde, selbstschuldnerische Bürgschaft übernahm. In dem Nachlaßkonurse des Ehemanns H. ist die fragliche Forderung (für bezogene Weine und einkassierte Kundengelder) von H. & Söhne angemeldet und in Höhe von 12 741 M. 36 Pf. anerkannt worden. Am 23. April 1910 wurde auch über das Vermögen der Witwe H. das Konkursverfahren eröffnet; in diesem wurde die Bürgschaftsforderung angemeldet, aber vom Konkursverwalter bestritten. Die Firma H. & Söhne (oder richtiger gesagt, der Alleininhaber der Firma Hermann H.) hat gegen den Konkursverwalter auf Anerkennung der Bürgschaftsforderung in Höhe von 12 000 M. geklagt. Das LG. hat die entsprechende Entscheidung von zwei Eiden des Hermann H.: daß sein verstorbener Bruder Heinrich Wilhelm H. ihm am 27. Februar 1910 für gelieferte Weine sowie an Zinsen und vereinnahmten Kundengeldern etwa 12 000 M. schuldet, und: daß ihm, Kläger, an diesem Tage eine Absicht der Gemeinschaftschuldnerin, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen sei, — abhängig gemacht. Das OLG. hat die Klage abgewiesen. Aus den Gründen: Das BG. erblickt in der Bürgschaftsübernahme durch die Gemeinschaftschuldnerin ein unentgeltliches Rechtsgeschäft. Sie habe eine Gegenleistung für diese Belastung ihres Vermögens nicht erhalten. Die Bürgschaft sei auch nicht die Erfüllung einer schon vorher bestehenden Verpflichtung. In den Äußerungen der Gemeinschaftschuldnerin in ihrem Briefe vom 29. Januar 1910 „sie wollte nicht, daß die Firma H. & Söhne um ihr Geld komme, sie wolle alles in Ordnung bringen“, und den Bertröstungen damit, daß die H.schen Eheleute eine Lebensversicherung von 20 000 M., sowie

die Erbschaft der Frau von 35 000 *M* hätten, — sei keine verpflichtende Erklärung der Frau zu finden, für die Schulden ihres Mannes aufzukommen. Entgeltlich würde nach Ansicht des BG. die Übernahme der Bürgschaft auch dann nicht sein, wenn der Mann der Gemeinschuldnerin Geld unterschlagen hätte. Letzteres sei übrigens nicht erwiesen. Die Frau habe von Unterschlagungen des Mannes nichts gewußt; und unerweislich sei auch, daß die Frau selbst Rundengelder (147 *M* 15 *P*) unterschlagen habe. Die Revision bekämpft die Annahme des BG., daß eine unentgeltliche Verfügung der Gemeinschuldnerin vorliege. Zunächst erscheint es fraglich, welche rechtliche Bedeutung der von der Gemeinschuldnerin in der Urkunde vom 27. Februar 1910 übernommenen „selbstschuldnerischen Bürgschaft“ an sich zukommt. Diese Bürgschaftserklärung ist abgegeben nach dem am 22. Februar 1910 erfolgten Tode des Ehemannes H., der also insofern nicht mehr persönlich Schuldner der 12 000 *M* sein konnte. Von wem und in welcher Weise H. beerbt wurde, ist nicht ersichtlich. Soweit etwa die Witwe als Erbin für ihre Person (wenn auch in der Beschränkung nach Maßgabe der §§ 1975 ff. BGB.) haftete, hätte sie für ihre eigene Schuld nicht Bürgin sein können; insoweit konnte wohl nur ein Schuldneranerkenntnis in Frage kommen. Verbürgen mochte sich die Gemeinschuldnerin allenfalls für den (vom Eigenvermögen der Erben geschiedenen) Nachlaß des Ehemannes oder für die Miterben. Aber in einem solchen Falle, dessen rechtliche Möglichkeit und tatsächliches Zutreffen vorausgesetzt, würde man doch nach Umständen zu einer anderen Beurteilung der Frage, ob eine unentgeltliche Verfügung vorliegt, möglicherweise zur Verwerfung der Anfechtung kommen. Unentgeltlich im Sinne des § 32 Nr. 1 RD. ist eine Zuwendung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, für die der letztere nach der Auffassung beider Teile eine Gegenleistung als gleichwert nicht erhalten soll (vgl. auch RG. Bd. 62 Nr. 12 S. 44 f.). Der Gegenwert für die Verfügung kann auch in einer Schuldbefreiung oder in einer vom Gläubiger gewährten Stundung liegen, in Kreditgewährung, auch als einer Leistung des Empfängers an einen Dritten. Die Sicherung einer fremden Verbindlichkeit durch Pfandbestellung oder Bürgschaft, ohne daß eine Verpflichtung hierzu vorliegt und ohne daß ein Entgelt hierfür in das Vermögen der die Sicherheit bestellenden Person gelangt, stellt allerdings auch zugunsten des Gläubigers eine unentgeltliche Verfügung dar. Aber der Begriff des Entgeltes ist hierbei nicht in dem formal rechtlichen Sinne aufzufassen. Es kann auch schon ein wirtschaftlicher Vorteil, ein eigenes wirtschaftliches Interesse ausreichen um der Sicherheitsbestellung den Charakter der Unentgeltlichkeit im Sinne von § 32 Nr. 1 RD., § 3 AufG. zu nehmen. Als eine solche unentgeltliche Verfügung ist denn auch eine im eigenen, wirtschaftlichen Interesse geleistete Bürgschaft nicht anzusehen. (Vgl. Urteil des RG. vom 19. Mai 1905, ZM. 05, 442²⁸; Jaeger, RD. zu § 32 Nr. 8, 3. Aufl. S. 410.) Ein derartiges eigenes Interesse hätte im gegenwärtigen Falle für die Witwe H. bestanden, wenn die Bürgschaft von ihr zu dem Zwecke übernommen wurde, um das von dem Ehemann hinterlassene Vermögen zusammen mit ihrem eigenen Vermögen für die Bestreitung des Lebensunterhaltes der Familie weiterhin behalten und verwenden zu können. In dem Abkommen mit dem Kläger mochte eine vorläufige Stundung seiner Forderung

erblickt werden. Die Sachlage ist von dem Standpunkt und Zeitpunkte der urkundlichen Erklärung vom 27. Februar 1910 aus zu beurteilen. Es steht dahin, ob damals schon der Kläger, namentlich aber die Witwe H., einen Nachlaßkonkurs in Aussicht nahmen, ob nicht vielmehr die letztere hoffte, durch die Bürgschaftsübernahme einen Konkurs über den Nachlaß oder über ihr eigenes Vermögen abzuwenden. Über das eheliche Güterrechtsverhältnis der Gemeinschuldnerin und ihres Mannes ist bisher nichts festgestellt; auch nichts über das Rechtsverhältnis zwischen der Witwe und den Kindern. Die Erwägung des BG., daß die unerlaubte Handlung ihres Mannes die Gemeinschuldnerin nicht zum Erfasß verpflichtet hätte, ist nicht unbedingt zutreffend. Die fragliche Forderung des Klägers wäre übrigens, sofern sie sich auf das zwischen ihm und dem verstorbenen Bruder bestandene Geschäftsverhältnis — Verkaufskommission — stützte, auch als vertraglicher Anspruch zu begründen. Auch die subjektive Ansicht der Parteien ist erheblich. Beweispflichtig für die Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes ist an sich der anfechtende Konkursverwalter, während freilich zunächst der Kläger die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen einer Verpflichtung der Gemeinschuldnerin aus der Bürgschaftsübernahme darzutun hätte. Nach der einen wie nach der anderen Richtung ist der Sachverhalt bisher noch nicht genügend geklärt. H. c. H. Konf., U. v. 10. März 13, 487/12 VL. — Jena. [R.]

II. Preussisches Recht.

Gesetz vom 20. Juni 1875 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden.

24. § 19 des Gesetzes. Der Kirchenvorstand kann die Gemeinde nur in der gesetzlich vorgeschriebenen Form verpflichten.]

Der Kläger hat in den Jahren 1905 und 1906 verschiedene Entwürfe für den Bau einer Kirche, den die Beklagte plante, angefertigt und für einen dieser Entwürfe 300 *M* gezahlt erhalten. Er behauptete, daß ihm der Kirchenvorstand die Übertragung der Bauleitung für den Fall zugesichert habe, daß sein Entwurf als der beste von einem Sachverständigen befunden werde; nur unter dieser Bedingung habe er von dem Verlangen eines weiteren Honorars abgesehen. Trotzdem nun der Obergutachter seinen Entwurf für den geeignetsten erklärt habe, sei nicht ihm, sondern einem anderen Architekten der Bau übertragen worden. Kläger fordert deshalb 1. das Honorar für die Vorentwürfe gemäß der Hamburger Norm, 2. Schadensersatz wegen Nichtübertragung der Bauleitung, und zwar zu 1 1620 *M*, zu 2 7245 *M*, zusammen 8865 *M* nebst Zinsen, indem er sich auf Vertrag und ungerechtfertigte Bereicherung stütze. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage, und in diesem Sinne haben auch die Vorinstanzen erkannt. Die von dem Kläger eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden mit folgender Begründung, soweit der Klaggrund des Vertrages in Betracht kommt: Was den Klaggrund des Vertrages betrifft, so erachtet der VerSt. nicht für erwiesen, daß eine dem § 19 des Gesetzes vom 20. Juni 1875 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden entsprechende Willenserklärung des Kirchenvorstandes zustande gekommen sei. Dagegen ist auch von der Revision nichts eingewendet. Im übrigen untersucht der VerSt. nicht weiter, ob etwa in formloser Weise

ein Vertrag zwischen den Parteien geschlossen worden sei. Er ist der Meinung, daß der Kirchenvorstand die Gemeinde nur in der durch den § 19 a. a. D. vorgeschriebenen Form verpflichten könne, daß also die Form Bedingung der Gültigkeit der Verpflichtungserklärung und diese beim Mangel der Form nichtig sei. Diese Rechtsansicht wird von der Revision bekämpft, indessen zu Unrecht. Für den Fall des § 88 Abs. 4 Nr. 7 Abs. 2 PrLandgemD. vom 3. Juli 1891, der sich mit der Form der für die Gemeinde Verbindlichkeiten gegen Dritte begründenden rechtsgeschäftlichen Kundgebungen des Gemeindevorstandes beschäftigt, hat das RG. in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, daß die Beobachtung der Form die Voraussetzung bilde, unter der das Willensorgan der Gemeinde für diese verbindliche Erklärungen abgeben könne, und daß die nicht dem § 88 entsprechenden Erklärungen außerhalb des Rahmens der Vertretungsmacht des Gemeindevorstandes, die eben nur in der Form des Gesetzes ausgeübt werden können, lägen und mithin als nicht abgegeben zu gelten hätten (RG. 64, 408; 68, 269; 73, 205; JW. 05, 446³⁰; 08, 118¹⁹; 11, 749³; GruchotsBeitr. 55, 388; ferner das Urteil des VII. ZS. vom 24. Mai 1912, VII 89/12). Ohne grundsätzlich abzuweichen, hat das Urteil des VII. ZS. vom 1. März 1910 (RG. 73, 73) zugelassen, daß die vorgeschriebene Anführung des Gemeindebeschlusses in der Urkunde durch die vorherige Mitteilung des Beschlusses seitens des Gemeindevorstehers an den anderen Teil ersetzt werden dürfe. Die gegen die strenge Auslegung des § 88 a. a. D. erhobenen Bedenken sind nicht unberücksichtigt geblieben, aber dem Wortlaut und Zwecke des Gesetzes gegenüber nicht für durchgreifend erachtet. Als dieser Zweck ist insbesondere hervorgehoben, daß das zwingende Formerfordernis zum Ausdruck bringen solle, daß die Gemeindevorteiler ihre Erklärung in amtlicher Eigenschaft abgegeben haben, daß also deren Inhalt wirklich als Wille der Gemeinde gilt. Daß es sich bei dem § 88 a. a. D. nicht um eine der Landgemeindeverfassung eigentümliche, aus der früheren Landgemeindeordnung vom 14. April 1856 in etwas abgeschwächter Gestalt in das Gesetz aufgenommene Vorschrift handelt, ergibt sich aus der Vergleichung mit ähnlichen Bestimmungen der übrigen Organisationsgesetze. In Betracht kommen der § 137 KreisD. vom 13. Dezember 1872, die §§ 90, 91 ProvinzialD. vom 29. Juni 1875 und der § 56 StädteD. vom 30. Mai 1853. Das Maß der zu erfüllenden Formerfordernisse ist nicht überall gleich geregelt. Aber es ist nicht ersichtlich, daß sie in den verschiedenen Gesetzen in verschiedenem Sinne aufgestellt seien und daß sie nur in der Landgemeindeordnung als Bedingung der Gültigkeit der Erklärungen, in den anderen Gesetzen lediglich als Vorschriften über die Legitimation der Willensorgane und deren Erleichterung zu gelten hätten. Eine einheitliche Auslegung der Gesetze nach der angegebenen grundsätzlichen Richtung erscheint von selbst geboten und bedarf kaum der besonderen Rechtfertigung. Darum ist aber auch der hier in Frage kommende § 19 des kirchlichen Organisationsgesetzes — der dem § 22 der evangelischen Kirchengemeinde und Synodalordnung für die östlichen Provinzen vom 10. September 1873 entspricht — in demselben Sinne, nämlich dahin zu verstehen, daß der Kirchenvorstand die Gemeinde nur verpflichten kann, wenn er sich der festgesetzten Form bedient. Zwar braucht der

§ 19 nicht, wie der § 88 LandgemD., den Ausdruck „müssen“, er sagt nur: „Zu jeder die Gemeinde . . . verpflichtenden schriftlichen Willenserklärung des Kirchenvorstandes bedarf es der Unterschrift des Vorsitzenden und noch zweier Mitglieder des Kirchenvorstandes, sowie der Beidrückung des Amtssiegels . . .“. Aber es fehlt an jedem Anhalt für die Annahme, daß mit dieser Fassungsänderung eine sachliche Abweichung von den ähnlichen Vorschriften der sonstigen Verfassungsgesetze beabsichtigt gewesen sei. Wenn es der Unterschriften und des Siegels „bedarf“, so ist auch damit genügend ausgedrückt, daß diese Form nötig sei und daß ohne sie eine Erklärung des Kirchenvorstandes als gesetzlichen Vertreters der Gemeinde überhaupt nicht vorliege. Der folgende Satz des § 19: „Hierdurch wird Dritten gegenüber die ordnungsmäßige Fassung des Beschlusses festgestellt, so daß es eines Nachweises der einzelnen Erfordernisse desselben, insbesondere der erfolgten Zustimmung der Gemeindevertretung, wo eine solche notwendig ist, nicht bedarf“, enthält gegenüber dem § 88 LandgemD. eine Abschwächung der Form, es ist weder die Beifügung noch auch nur die Anführung des zustimmenden Beschlusses der Gemeindevertretung erforderlich. Aber durch diese den Verkehr erleichternde Vorschrift wird an der rechtlichen Bedeutung des Formerfordernisses, wie es Satz 1 des § 19 ausstellt, nichts geändert; die Form des Satzes 1 muß erfüllt sein, damit eine rechtsverbindliche Äußerung des Kirchenvorstandes anzuerkennen sei, andererseits genügt sie auch zur Herstellung einer solchen Erklärung. Danach, ob die Gemeindevertretung zugestimmt hat, wird nicht gefragt. Ist demgemäß dem VerN. in der Auslegung des § 19 a. a. D. beizutreten, so fehlt es an einer rechtsgültigen vertragmäßigen Verpflichtung der Beklagten gegenüber dem Kläger, den diesem aus der Nichtübertragung der Bauleitung erwachsenen Schaden zu ersetzen. Der Frage, ob auch eine in der Form des § 19 abgefaßte Erklärung zu ihrer Wirksamkeit noch der Genehmigung der kirchlichen und staatlichen Aufsichtsbehörde bedurft hätte, braucht unter diesen Umständen nicht nähergetreten zu werden. W. c. St. G. s. Kirchengemeinde, U. v. 4. März 13, 526/12 VII. — Berlin. [B.]

Literaturbesprechungen.

Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Begründet von Dr. Franz v. Holtendorff. Herausgegeben von Geh. Justizrat Dr. Josef Kohler, ordentlicher Professor der Rechte in Berlin. Unter Mitwirkung von: G. Anschütz, L. v. Bar, C. Beling, C. Blume, H. Brunner, G. Cohn, R. Crome, C. Diez, C. Dohow, C. Dorner, C. Fleisch, H. Freudenthal, J. Gerstmeier, D. v. Gierke, P. Heilbron, C. Heymann, Fr. Hiller, L. Laß, D. Lenel, C. Nabel, P. Schoen, G. Struß, U. Struß, R. Trumpler, R. v. Unzner, F. Wachenfeld, M. Wolff. — Siebente, der Neubearbeitung zweite Auflage. Erster Band, erste Hälfte. Verlag von Duncker & Humblot München und Leipzig und J. Guttentag, Berlin 1913.

Die altbewährte Holtendorff'sche Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, eine Sammlung von juristischen Meisterwerken, hat in der jetzt erschienenen siebenten Auflage wieder eine erfreuliche Erweiterung

erfahren. Eine Reihe von neuen Spezialgebieten ist in den Kreis der Bearbeitung aufgenommen worden. So sehen wir denn auch neben den alten eine Reihe neuer Mitarbeiter, die sich in den Dienst der großen Aufgabe, der das Unternehmen dient, gestellt haben. Des allgemeinen Beifalls sicher ist die Zerlegung des Wertes in fünf — einzeln beziehbare — Bände, deren Inhalt sich etwa in folgender Weise charakterisieren läßt: 1. Philosophie und Geschichte des Rechts einschließlich des Deutschen und Römischen Privatrechts. 2. Das geltende Zivilrecht einschließlich Urheber- und Privatversicherungsrecht. 3. Handels-, Wechsel-, Scheckrecht, Zivilprozeßrecht und Recht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. 4. Staats-, Verwaltungs- und Sozialrecht. 5. Bürgerliches und militärisches Strafrecht und Strafprozeß, Kirchen-, Völk- und Kolonialrecht. Die bis jetzt erschienene erste Hälfte des ersten Bandes enthält die Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte von Josef Kohler, die Quellen und Geschichte des Deutschen Rechts von Heinrich Brunner, die Grundzüge des Deutschen Privatrechts von Otto v. Gierke und fast vollständig die Geschichte und Quellen des Römischen Rechts von Lenel. Mit Freude werden weite Kreise unserer Berufsgenossen dem weiteren Erscheinen des Gesamtwerkes, für das ein Umfang von 150 Bogen zu einem Subskriptionspreis von 40 *M* für den Druckbogen in Aussicht genommen ist, entgegensehen. R.

Säuglingsfürsorge und Kinderschutz in den europäischen Staaten. Ein Handbuch für Ärzte, Richter, Vormünder, Verwaltungsbeamte und Sozialpolitiker, für Behörden, Verwaltungen und Vereine. Herausgegeben von Professor Dr. Arthur Keller in Berlin und Professor Dr. Chr. J. Klumker in Frankfurt a. M. I. Band: Spezieller Teil. In zwei Hälften. Berlin, Julius Springer, 1912. XI, 1548 S. 62,00, geb. 67,00 *M*.

Ein gewaltiges Material ist in diesem umfassenden Handbuch zusammengetragen, über dessen Ziele die Herausgeber folgendes ausführen: „Vielsache Hilfsbestrebungen für die schutzbedürftige Jugend sind während des vorigen Jahrhunderts in allen Kulturstaaten zutage getreten und haben in letzter Zeit in überraschend schnell ansteigender Entwicklung immer größere Bedeutung in der gesamten sozialen Fürsorge erlangt. Um so mehr macht sich bemerkbar, daß diesen vielerlei Arbeiten der nötige Zusammenhang fehlt und daß kaum in einem einzigen Staate eine einheitliche, alle Schädigungen und Gefährdungen berücksichtigende Fürsorge für das Kindes- und Jugendalter besteht. Soll das besser werden, dann bedürfen wir einer guten Übersicht über das, was vorhanden ist, und noch mehr darüber, wie es entstanden ist. Dieses Bedürfnis besteht auf internationalem Gebiete in ähnlicher Weise wie auf nationalem. Eine Eigentümlichkeit unserer Tage, die durch das erfreuliche Wachsen internationaler Beziehungen gefördert wird, ist die Nachahmung ausländischer Einrichtungen. Wenn dies mit Erfolg geschehen soll, so gilt es, die betreffende Einrichtung nicht nur für sich allein, sondern in ihrem Verhältnis zu den anderen, ähnlichen Zwecken dienenden Einrichtungen und das Gesamtsystem der Fürsorge jedes fremden Landes in seinem Werden und Bestehen zu studieren. Nur so lassen sich fremde Einrichtungen an das heimische System anpassen und organisch eingliedern, nur so läßt sich ein bloßes Nachahmen vermeiden.“ Das Werk will also die Erfüllung der großen Kulturaufgaben vorbereiten, die die Behandlung der Jugendlichen den modernen Staaten stellt. Der erste Band bringt demgemäß das aus den verschiedenen Ländern vorliegende Tatsachenmaterial, und zwar zunächst über die sozial-hygienischen Einrichtungen, sodann über die sozial-rechtlichen Einrichtungen. Der dritte Abschnitt enthält eine Sammlung der das Thema betreffenden Gesetze und Verfügungen der europäischen Staaten. Der zweite Band des Wertes wird die

allen Kulturvölkern gemeinsamen Fragen behandeln. Das vortreffliche Handbuch wird jedem, der sich mit den Problemen des Jugendschutzes zu befassen hat, unentbehrlich sein. Dittenberger.

Die strafrechtlichen Nebengesetze Bayerns. Erläutert von J. Schiedermaier, Landgerichtsrat in München. München und Berlin, J. Schweizer Verlag, 1912. XII, 937 S. Geb. 21,00 *M*.

Die städtische Sammlung gibt eine eingehende und gründliche Kommentierung des kriminellen Strafrechts Bayerns. Ausgeschlossen ist einmal das Reichs- oder Bundesstrafrecht, andererseits das Disziplinarstrafrecht, das Ordnungsstrafrecht und das polizeiliche Zwangsstrafrecht. Der erste Teil des Wertes bringt die grundlegenden Gesetze zur Darstellung: die Ein- und Ausführungsgesetze, den allgemeinen Teil des Polizeistrafgesetzbuches usw. Der zweite Teil enthält die Strafgesetze aus dem Gebiete der inneren Verwaltung, der dritte die aus dem Gebiete der Finanzverwaltung. Die sorgfältige Bearbeitung des „spröden und unhandlichen“ Stoffes und die übersichtliche und klare Darstellung dürften gemäß der Hoffnung des Verfassers dazu beitragen, „die auf diesen Gebieten bestehenden Unklarheiten zu lösen und das Unbehagen zu mindern, mit dem nicht selten an die auf Grund dieser Gesetze zu treffenden Entscheidungen herantreten wird“. Das Werk bildet ein würdiges Gegenstück zu der kürzlich an dieser Stelle (S. 108 f.) angezeigten neuen Auflage des großen Stengleinschen Kommentars zur strafrechtlichen Nebengesetzgebung des Reiches. Dittenberger.

Neue Bücher.

Mitgeteilt von Dr. Dittenberger.

I. Selbständige Werke.

Reichsgerichts-Entscheidungen in kurzen Auszügen. Herausgegeben vom Deutschen Richterbund. Zivilsachen, 4. Heft. 79. Bd. Nürnberg, U. E. Sebalb, 1913. 116 S. 0,75 *M*.

F. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Herausgegeben von Loewenfeld, Riezler, Ruhlenbeck, Rober, Engelmann und Herzfelder. 7./8. neubearbeitete Auflage. 8. Lief. (IV. Bd., 2. Lief.: Familienrecht, §§ 1435—1652). München, J. Schweizer, 1913. 11,50 *M*.

Fischer, Otto: Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften. 2. Beitrag. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer, 26. Bd., 1. Heft. München, C. F. Beck, 1913. 49 S. 2,00 *M*.

Staub, Hermann: Die positiven Vertragsverletzungen. In 2. Auflage herausgegeben und ergänzt von E. Müller. Berlin, J. Guttentag, 1913. 66 S. 2,00 *M*.

Schmalz, G. G.: Das Arbeitszeugnis. Das Recht, Sammlung von Abhandlungen für Juristen und Laien, 14. Bd. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1913. VIII, 85 S. 1,80 *M*.

v. Blume, Wilhelm: Umbau und Ausbau des deutschen Erbrechts. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1913. 29 S. 1,00 *M*.

Kummler, Konrad: Preussisches Recht auf der Grundlage des Allgemeinen Landrechts und der preussischen Gesetzgebung. Systematisch bearbeitet. 1. Lief. Berlin, C. Heymann, 1913. 240 S. 6,00 *M*.

Rosenthal, Alfred: Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909. Nach den in Betracht kommenden Bestimmungen des BGB., WZG. und UGB., sowie dem Rechte der Ausländer gemäß den Beschlüssen der Washingtoner Übereinkunft von 1911, erläutert. 4. umgearbeitete und stark vermehrte Auflage

des Kommentar von A. Rosenthal und E. Wehner. Mannheim, J. Bensheimer, 1913. XVI, 532 S. 14,00, geb. 16,50 M.

Pfeiffer, F. W.: Das materielle Recht der Pflichtentgeltplare in Deutschland. Eine historisch-dogmatische Untersuchung. München, M. Rieger, 1913. 48 S. 1,20 M.

Reich, Alfred: Die angebliche reichsrechtliche Schranke für den ordentlichen bürgerlichen Rechtsschutz in § 13 OVG. Berlin, Dr. Frensdorf, 1913. 52 S. 1,50 M.

Sydow, R.: Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. Mit Anmerkungen unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen des Reichsgerichts. Begonnen von Sydow, fortgeführt von L. Busch, jetzt zugleich mit A. Busch. 14. vermehrte Auflage. Guttentags Sammlung deutscher Reichsgesetze, Nr. 11. Berlin, J. Guttentag, 1913. XVI, 1264 S. Geb. 8,00 M.

Schuppe, Wilhelm: Das Problem der Verantwortlichkeit. Das Recht, Sammlung von Abhandlungen für Juristen und Laien, 13. Bd. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1913. 53 S. 1,80 M.

Günter, Carl: Die Zurechnung im Strafrecht und die gesetzliche Berücksichtigung der geistig Minderwertigen und der Rückfälligen. 3., vielfach vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin, G. Wattenbach, 1913. 96 S. 2,60, geb. 3,00 M.

Brosel, F., Kirner, L., und Ballet, A.: Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911. Auf Grund der Gesetzesmaterialien und bisherigen Rechtsprechung erläutert. In 4 Bänden. I. Bd.: 1. Buch: Gemeinsame Vorschriften; 2. Buch: Krankenversicherung. Ansbach, M. Prögel, 1913. VII, 397, 93 S. Geb. 5,60 M.

Hoffmann, F.: Gewerbe-Unfallversicherung. Reichsversicherungsordnung. Vom 19. Juli 1911. 3. Buch, Teil 1. Erläutert. 6. und 7. Auflage. Taschen-Gesetzsammlung, neue Auflage, Nr. 44. Berlin, C. Heymann, 1913. XXVIII, 530 S. Geb. 4,00 M.

Stier-Somlo, Fritz: Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20. Dezember 1911. Handausgabe mit Einleitung, Erläuterungen, Ausführungsbestimmungen und Sachregister. München, C. H. Beck, 1913. 502 S. Geb. 4,00 M.

Adams, J.: Preussisches Staatsrecht I. Geschichte. Verfassungsrecht. Eine Anleitung zum Studium. 2. verbesserte Auflage. Bonn, L. Röhrscheidt, 1913. VIII, 127 S. 2,50, geb. 3,50 M.

Mallmann, Rudolf: Rechte und Pflichten in den deutschen Schutzzonen. Eine Studie über die Rechtsstellung der Bewohner der deutschen Kolonien auf der Grundlage ihrer Staatsangehörigkeit. Berlin, R. Curtius, 1913. XII, 304 S. 6,50 M.

Hoyer, Cuno: Der Schadenersatz im Landkriegsrecht. Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Philipp Jörn und Fritz Stier-Somlo, XII, 1. Heft. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1913. XI, 91 S. 3,00 M.

II. Aus den Zeitschriften.

Annalen des Deutschen Reichs. 46. Jahrg., Nr. 4.

Graf: Deutsche Luxussteuern. **Kleinmühl:** Die deutschen Kriegaanleihen in den Jahren 1870 und 1871. **Rebel:** Der völkerrechtliche Inhalt der Handelsverträge des Deutschen Reichs (Schluß). **Badische Rechtspraxis.** 79. Jahrg., Nr. 9, 10.

du Chesne: Ist die auf Grund einer rechtskräftigen Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung vorgenommene Eintragung im Grundbuche Zwangsvollstreckung? **Riefer:** Notariat und Titel der Notare.

Bauk-Archiv. XII. Jahrg., Nr. 15.

Bennhold: Grundzüge des Gewerkschaftsrechtes Preußens und der deutschen Bundesstaaten in vergleichender Darstellung. **Delius:** Die Beweisaufnahme in inländischen Prozessen vor dem deutschen Konsul im Auslande. **Seiffert:** Kritische Bemerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes wegen Änderung des Reichs-Stempelgesetzes.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. 60. Band, 1. Heft.

du Chesne: Der Beschwerbeantrag in Grundbuchsachen.

Das Recht. XVII. Jahrg., Nr. 9.

Conrad: Die Rechtsstellung des Ausgelieferten und seines im Inlande verbliebenen Mitangeklagten bei einem Verstoße gegen den Auslieferungsvertrag. **Josef:** Der Privatdozent in privatrechtlicher Beleuchtung. **Neuberg:** Die Verbandsübereinkunft über das gewerbliche Urheberrecht.

Deutsche Juristen-Zeitung. XVIII. Jahrg., Nr. 10.

Klein: Joseph Unger †. **Laband:** Parlamentarische Untersuchungskommissionen. **Ebermayer:** Die Beschlüsse der Strafrechtskommission. XV. **Schiffer:** Ein Vorkaufrecht bei Zwangsversteigerungen. **Wuermeling:** Zwei neue internationale Abkommen über Arbeiterversicherung. **Blüher:** Die Verwaltung der direkten Steuern im Königreich Sachsen.

Deutsche Rechtsanwalts-Zeitung. X. Jahrg., Nr. 6.

Finger: Die Lösung der Frage des Pauschalanwaltes. **Wenz:** Vorurteile und — Wahrheit. **Friedländer:** Der Normalarbeitstag der Juristen. **Pfeiffer:** Einfluß der Schulübernahme auf die Verjährung einer Forderung.

Deutsche Richterzeitung. V. Jahrg., Nr. 10.

Zeiler: Einiges über die Kosten der Rechtspflege (Schluß). **Lobe:** Richter und Sachverständiger. **Dertel:** Wahrheit und Parteicid.

Deutsche Wirtschaftszeitung. IX. Jahrg., Nr. 10.

Dernburg: Die wirtschaftlichen Voraussetzungen der Gartenstadt. **Loß:** Der Wehrbeitrag und die Aktiengesellschaften. **Dig:** Volkswirtschaftliche Blockade-Abwehr. **Zadow:** Die Systeme der auswärtigen Handelspolitik.

Gesetz und Recht. 14. Jahrg., Heft 15, 16.

Reining: Die religiöse Erziehung der Kinder aus Mischehen in Preußen. **Bornhaf:** Sind Volksschullehrer unmittelbare oder mittelbare Staatsbeamte? **Schwabe:** Der bürgerliche Rechtsstreit vor dem Amtsgericht. **Liebegott:** Englisches Gerichtsverfahren.

Gewerbe- und Kaufmannsgericht. 18. Jahrg., Nr. 8.

Püschel und Schmalz: Zwei Fragen aus dem Zeugnisrecht. **Landsberger:** Kündigung des Dienstverhältnisses.

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. 18. Jahrg., Nr. 4.

Ferschland: Über die Patentfähigkeit von Legierungen. **Georgii:** Das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen in den Vereinigten Staaten. **Wertheimer:** Verbandszeichen. **Seligsohn:** Die Rechtsgültigkeit des zwischen dem Deutschen Reich und den Vereinigten Königreichen Schweden und Norwegen im Jahre 1872 geschlossenen Abkommens über den gegenseitigen Schutz von Warenzeichnungen. **Mitteltadt:** Droit moral im deutschen Urheberrecht. **Sonnenbrodt:** Stempel auf Zeichnungen. **Rosenthal:** Die Gesetzesvorschläge betreffend das Zugabeunwesen.

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. VII. Jahrg., Nr. 5.

Breit: Die Überwälzung des Risikos des Aktienbesitzes seitens der Aktionäre auf die Aktiengesellschaft. **Hollaender:** Die Konkurrenzklausel im englischen Recht. **Jaeger:** Vorstand und Aufsichtsrat im Konkurs der Aktiengesellschaft. **Kirchmann:** Die Inhaberklausel in den Normativbedingungen der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften [§ 17] (Schluß).

Markenschutz und Wettbewerb. XII. Jahrg., Nr. 8.

Cantor: Esposizione di diritto comparato sui marchi nel sistema italiano e nel sistema tedesco. II. **Kiezer:** Das Warenzeichenrecht Bulgariens, Rumäniens und Serbiens. **Finger:** Dänisches und deutsches Warenzeichnungsrecht. **Pedrerol:** Das Markenschutzgesetz von Spanien. **Rahler:** Patent, Hoheits- und Notrecht. **Daffis:** Streifzüge durch das Wettbewerbsgesetz. **Jacobowstj:** Die öffentliche Klage im Wettbewerbsrecht.

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. 32. Band, 3. Heft.

Gerhard: Entscheidet für die Frage der Bemessung des Unterhalts eines unehelichen Kindes die jeweilige Lebensstellung der Mutter?

Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. 20. Band, Heft 1.

Calow: Landstreichtum und Oblandsarbeit in Brandenburg. **Behrend:** Die englischen Reformbestrebungen in der Behandlung geistig minderwertiger Personen und ihre Bedeutung für die deutsche Gesetzgebung. **Nabokoff, Cornateanu und Garrand:** Schutzmaßnahmen gegen Rückfällige. **Weber:** Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Strafgesetzbuchs für das Königreich Dänemark vom Jahre 1912. **Ugem. Teil.** **Grich:** Gesetz des Staates Rhode Island vom 6. Mai 1908 betr. die Bucket shops (Winkelbankgeschäfte). **Oppenheimer und Stollery:** Die Einführung der Prügelstrafe gegen Zuhälter in England durch Gesetz vom 13. Dezember 1912.

Mitteilungen vom Verband deutscher Patentanwälte. 13. Jahrg., Nr. 4.

Birch: Erteilung und Auslegung von Patenten im Lichte moderner Rechtsideen. **Herse:** Vorprüfung in der Schweiz. **Nay:** Die einschränkende Auslegung von Patenten.

Österreichisches Zentralblatt für die Juristische Praxis. XXXI. Band, 5. Heft.

Korniger: Nachbarrecht und Besitzschutz. **Wahl:** Das Problem der Beweislast im österreichischen Recht. **v. Szöllösy:** Die rechtliche Stellung der Zeugen des Zivilstandes im neuen Militärstrafverfahren und in ehrenrätlichen Verfahren.

Recht und Wirtschaft. 2. Jahrg., Nr. 5.

Schneider: Volkstümliche Fassung der Gesetze. **Weissenborn:** Die Deckungsvorlagen zur Heeresvermehrung. **Neubcker:** Studenten und juristische Studienreform. **Aron:** Die neue Auslegung des Patentgesetzes. **Frielinghaus:** Wohnungsgesetz und Realcredit. **Huber:** Meine Beobachtungen im letzten Berliner Winterkursus. **Netter:** Kant und der juristische Kulturkampf (Schluß).

Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht. 5. Jahrg., 3. Heft.

Reichel: Das schweizerische Zivilprozeßrecht. **Schneider:** Inwieweit ist Gewohnheitsrecht oder Herkommen ein rechtlicher Begriff? **Josef:** Die Anwendbarkeit des § 12 ZGB. auf Grundbuchsachen. **Becker:** Die Einträge im Rüdesheimer Gerichtsbuche von 1584. **Silberschmidt:** Rheinpfälzische Rechtsprechung 1912.

Sächsisches Archiv für Rechtspflege. 8. Jahrg., Nr. 10 bis 12.

Leising: Die Bewährung nach bedingter Begnadigung. **Krehschmar:** Grundfragen der Zwangsvollstreckung. **v. Hippel:** Die Lehre von den Schuldarten mit Beziehung auf die bevorstehende Reform des Strafrechts.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. 78. Jahrg., Nr. 9.

Bezold: Die schurgerichtliche Fragestellung in den Fällen der Real-, Ideal-, Gesetzeskonkurrenz und des fortgesetzten Verbrechens. **Klein:** Recht zur Züchtigung fremder Kinder.

Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft. Band XIII, Heft 3.

v. Zwierveder Sädenhorst: Hat die deutsche Sozialversicherung die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt? **Grauer:** Treu und Glauben im Versicherungsverkehr. **Sperting:** Die Verwandtenausschlussklausel und Verwandtenregelklausel in der Haftpflichtversicherung. **Gütschow:** Zur Rechtslehre vom Konnossement.

Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtume Braunschweig. 60. Jahrg., Nr. 5, 6.

Frölich: Der gesetzliche Schutz der Waldflora mit besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Herzogtume Braunschweig

(Schluß). **Hellwig:** Das braunschweigische öffentliche Kinetomatographenrecht.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 9. Jahrg., Nr. 9, 10.

Wolff: Über die Frage der Zubehörerschaft der Baumaterialien. **Fessler:** Gehaltsverfügungen zum Nachteil der Gläubiger. **Langheinrich:** Das Ortskirchenvermögen und seine Verwaltung (Fortf.). **Plum:** Der 79. Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung. 13. Jahrg., Heft 20.

Krehschmar: Übergang der Zwangs- und Arresthypothek auf den Eigentümer nach §§ 888, 932 ZPD. **Hagemann:** Pfändung und Überweisung von durch Hypotheken gesicherten Forderungen in einer Zwangsversteigerung.

Aus der Praxis.

Erstattungsfähigkeit der Gebühr des § 87 ZPO.

Durch rechtskräftiges Urteil der IV. Zivilkammer des Landgerichts in M. vom 17. März 1909 ist der Bautechniker M. verurteilt, der Klägerin 512,30 M. nebst Zinsen zu zahlen. Der Schuldner ist seiner Zahlungspflicht in der Weise nachgekommen, daß er den schuldigen Betrag nebst Zinsen und festgesetzten Prozeßkosten in Raten an die Prozeßbevollmächtigten seiner Gläubigerin zusandte und diese ihrerseits die eingegangenen Beträge an die Beschwerdeführerin abführte. Am 30. September 1912 stellte die Beschwerdeführerin bei dem Landgericht in M. den Antrag, die ihr aus der Zwangsvollstreckung gegen M. erwachsenen Kosten festzusetzen. In der von der Beschwerdeführerin überreichten Kostenaufstellung befand sich ein Betrag von 6 M. Gebühr für Empfangnahme und Abführung des Geldes durch ihre Prozeßbevollmächtigten gemäß § 87 ZPO. und 1,20 M. Pauschsatz dafür gemäß § 76 ZPO. Diese Gebühr von insgesamt 7,20 M. setzte der Gerichtsschreiber des LG. im Kostenfestsetzungsbeschuß als nicht erstattungsfähig ab. Die gegen diesen Beschuß eingelegte Erinnerung wurde durch Beschuß des LG. vom 2. November 1912 zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschuß hat die Beschwerdeführerin sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, die gestrichenen Beträge zur Erstattung festzusetzen. Die Beschwerde muß für begründet erachtet werden. Für die Erstattungsfähigkeit der Gebühr aus § 87 ZPO. für Erhebung und Ablieferung der vom Schuldner an den Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers geleistete Zahlung ist erste Voraussetzung, daß die Gebühr zu den Kosten des Rechtsstreits im Sinne des § 91 ZPD. gehört. Dies wird zwar überwiegend verneint (vgl. Ann. 76 zu § 91 ZPD. bei Gaupp-Stein 10. Aufl. S. 276), aber die dafür vorgebrachten Gründe erscheinen nicht überzeugend. Der Wortlaut des Gesetzes steht nicht entgegen, zu den Kosten des Rechtsstreits, wie die Kosten der Vorbereitung des Prozesses, auch die Kosten für ein Verfahren zu rechnen, welches durch die schließliche Befriedigung des Klägers den Rechtsstreit zum Abschluß bringt, wie ja denn die Kosten der Zwangsvollstreckung, durch welche der gleiche Zweck erreicht wird, unzweifelhaft zu den im Kostenfestsetzungsverfahren zu berücksichtigenden Kosten gehören. Für diese weitere Auslegung des Gesetzes sprechen aber entscheidend praktische Gründe, da es zweckwidrig erscheint, den erstattungsberechtigten Gläubiger auf den Weg eines besonderen Prozesses zu drängen.

Ein Recht auf Erstattung hat natürlich die Klägerin nur dann, wenn sie selbst verpflichtet ist, ihren Prozeßbevollmächtigten die Gebühr zu zahlen. Dies ist unbedenklich der Fall, wenn sie ihnen zur Erhebung des Geldes Auftrag gegeben hat, aber das gleiche gilt nicht minder, wenn ein solcher Auftrag nicht erteilt ist. Zahlt der verurteilte Beklagte an den Anwalt des Klägers, mit dem Auftrage die

Urteilssumme an den Kläger abzuführen, so erlangt der Anwalt der Regel nach keinen Anspruch auf Vergütung gegen den Beklagten, denn beide gehen davon aus, daß der Anwalt für seine Mühewaltung nicht von dem Auftraggeber, sondern von seiner eigenen Partei bezahlt werden soll. Ein stillschweigender Dienstvertrag zwischen dem Beklagten und dem Prozeßbevollmächtigten des Gegners nach § 612 BGB. ist nicht anzunehmen. Dagegen wird der Regel nach der Kläger seinem Prozeßbevollmächtigten auch ohne besonderen Auftrag zur Bezahlung der Inkassogebühr verpflichtet, weil der Anwalt in der Annahme und Abführung des Geldes als Geschäftsführer ohne Auftrag für seine Partei, deren Interesse er allein wahrnehmen will, handelt und die Partei durch widerspruchslose Annahme des Geldes die Geschäftsführung genehmigt (§ 684 BGB.). Zum Ersatz seiner Aufwendungen, welche der Geschäftsführer im Fall der Genehmigung, wie ein Beauftragter, verlangen kann (§ 683 a. a. O.), gehört nach richtiger Ansicht aber auch die Vergütung für eine Tätigkeit, welche üblicherweise vergütet wird.

Hiernach ist im vorliegenden Fall unbedenklich anzunehmen, daß die zur Erstattung liquidierten Kosten der Klägerin erwachsen sind. Sie waren aber auch zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig. Zwar war es keineswegs notwendig, daß der Beklagte durch Vermittlung der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin an diese zahlte, vielmehr stand es dem Beklagten vollständig frei, diesen kostspieligeren Weg durch direkte Zahlung an die Klägerin zu vermeiden. Zahlte er aber an die Prozeßbevollmächtigten, so war es allein zweckentsprechend, daß diese das Geld an ihre Partei weiterzahlten und nicht etwa das ihnen zugesandte Geld an den Beklagten zurücksandten, damit er es direkt der Klägerin zusende. Durch dieses nach den allgemeinen Verfahrensregeln gebotene Verfahren der Anwälte ist aber die Gebühr entstanden, deren Erstattung verlangt wird. (OLG. Hamm, VIII. Zivilsenat, Beschluß vom 3. Dezember 1912. 8 W. 101/12).

* * *

Erstattungsfähigkeit der durch die Wahl des Mahnverfahrens verursachten Mehrkosten im Falle des § 697 Abs. 1 ZPO.

Die Mehrkosten, die dadurch entstehen, daß der Gläubiger, statt im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben, vom Mahnverfahren Gebrauch macht, hat stets der Schuldner zu tragen, da das Gesetz dem Gläubiger die freie Wahl stellt, ob er sich dieses oder jenes Verfahrens bedienen will, ja sogar durch gebührengesetzliche Maßnahmen darauf hinzuwirken sucht, daß möglichst viel das Mahnverfahren gewählt wird. Dies gilt auch bei Ansprüchen, die an sich zur Zuständigkeit der LG. gehören. Auch bei diesen läßt das Gesetz das Mahnverfahren zu und zwar vor dem AG. Bei solchen Ansprüchen besteht zwar die Möglichkeit, daß nach Widerspruch die Verweisung des Rechtsstreits an das LG. erwirkt wird. Aber die Mehrkosten, daß die Sache zunächst beim AG. anhängig gemacht wird, bürdet das Gesetz nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner auf. Der letzte Satz des § 505 ZPO., der allerdings das Gegenteil bestimmt, ist in § 697 Abs. 1 von der entsprechenden Anwendung ausgeschlossen worden. Der gesetzgeberische Grund für diese Verschiedenheit ist darin zu suchen, daß im Falle des § 505 der Kläger sich an ein unzuständiges Gericht gewendet hat, im Falle des Mahnverfahrens aber das zunächst angerufene AG. ein gesetzlich zuständiges ist.

Kann sich aber der Schuldner auch in den sonst zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörigen Fällen nicht darauf berufen, daß der Gläubiger gegen ihn kein amtsgerichtliches Verfahren (Mahnverfahren mit nachfolgenden ordentlichen Verfahren) anhängig machen dürfe, so muß es dem Gläubiger auch freistehen, sich in diesem Verfahren jeden deutschen Anwalts zu bedienen, da für das

amtsgerichtliche Verfahren auf einen bestimmten Kreis von bei einem bestimmten Gerichte zugelassenen Anwälten besteht. Er ist nicht genötigt, von vornherein ins Auge zu fassen, daß der Schuldner, wenn er Widerspruch erhebt, die Verweisung ans LG. beantragen kann. Er braucht deshalb nicht, um für diesen Fall dem Schuldner die Erstattung der Kosten eines neuen Anwalts zu ersparen, von vornherein einen bei dem LG. zugelassenen Anwalt zu wählen (vgl. Stein, ZPD.-Novelle 1909, § 697 Bem. V, 5 am Ende; Bem. II. Ende, vor § 688; § 505 Bem. VIII Begr. S. 37 — OLG. Düsseldorf 21. 3. 12 in JW. 13, 230).

Rücksichten aber, die er bei der Einleitung des Mahnverfahrens nicht zu nehmen brauchte, hat er auch nicht nötig, wenn er, wie hier, den Anwalt erst annimmt, nachdem der Schuldner bereits Widerspruch erhoben hat. Denn aus dem Widerspruche allein ergibt sich zunächst noch nicht, daß eine Verweisung an das LG. eintreten wird. Der Widerspruch macht im weiteren nur mündliche Verhandlung erforderlich; diese kann und muß aber vor dem AG. geschehen, wenn nicht die Verweisung vor der Einlassung zur Hauptsache besonders beantragt wird. Der Gläubiger braucht also noch gar nicht mit der Verweisung ans LG. und mit der dann eintretenden Notwendigkeit, einen Landgerichtsanwalt anzunehmen, zu rechnen. Das wäre nur der Fall, wenn er selbst die Verweisung beantragen sollte, oder wenn der Schuldner den Verweisungsantrag angekündigt hätte. Dieser hatte hier aber lediglich Widerspruch erhoben. Für den Gläubiger lag also kein Grund vor, gerade einen beim LG. zugelassenen Anwalt zu wählen. Wenn er das Verfahren vor dem AG. fortsetzen wollte und auch der Schuldner noch nicht zu erkennen gegeben hatte, daß er den Rechtsstreit ans LG. verweisen lassen wollte.

Erst durch den Verweisungsantrag des Schuldners wurde dann die Annahme eines Landgerichtsanwalts für den Gläubiger notwendig. Die bis dahin erwachsenen Kosten für den zunächst angenommenen Anwalt muß daher der Schuldner erstatten.

Die gegenteilige, vom LG. vertretene Meinung, müßte dahin führen, daß auch schon zu dem Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls wegen Forderungen über 600 M nur ein beim LG. zugelassener Anwalt angenommen werden dürfte, wenn die Anwaltsgebühren erstattbar sein sollten, da auch schon in diesem Zeitpunkte die Möglichkeit voraussehbar ist, daß der Schuldner vielleicht Widerspruch erhebt und Verweisung beantragt. Eine solche Ausdehnung des Anwaltszwanges hat das Gesetz nicht beabsichtigt, auch nicht in Beschränkung auf die Kostenerstattbarkeit. Diese Frage kann vielmehr nur dann aufgeworfen werden, wenn die Verweisung schon sicher bevorsteht, ehe der nicht landgerichtliche Anwalt angenommen wird. (Beschluß des OLG. Jena, III. Zivilsenat, vom 1. April 1913, i. S. S. c. L.).

Über das Recht am eigenen Hausschlüssel. In JW. 1913, 510 erörtert Prof. Dr. Hellmann-München die Frage, ob der Mieter, der sich außer den vom Vermieter empfangenen Hausschlüsseln noch ein oder mehrere Exemplare auf eigene Rechnung hat anfertigen lassen, bei Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet ist, den oder die Schlüssel dem Vermieter herauszugeben.

Prof. Hellmann kommt zu dem Schluß, daß nach § 556 BGB. lediglich die gemietete Sache zurückzugeben sei; der Mieter müsse nur das zurückgeben, was er bei Beginn der Miete erhalten habe, insolge dessen könne er den selbst angeschafften Schlüssel — sein Eigentum — bei dem Auszug behalten.

Dieses Resultat erscheint in hohem Maße unbefriedigend und in gleicher Weise dem Interesse des Hausherrn wie dem der Mieter zuwiderlaufend.

Man stelle sich vor: eine Mietpartei ist unter Mitnahme diverser Schlüssel ausgezogen! Der folgende Mieter unternimmt nach seinem Einzug eine längere Ferienreise. Falls er kein Optimist ist, dürfte der Gedanke, daß dem früheren Mieter der ungehinderte Zutritt zu seinen Wohnräumen offensteht, daß er vielleicht bei seiner Rückkehr die Wohnung ausgeräumt vorfindet, seine Reisesimmung beträchtlich trüben.

Auch die Erwägung, daß er ja auf Grund des Stragesekbuchs gegen derartige Vorkommnisse geschützt sei, kann ihm nur geringen Trost gewähren. Denn dieser Schutz ist sehr problematischer Natur. Wäre er ausreichend, so würde sich die Anbringung von Schlössern und Riegeln überhaupt erübrigen.

Prof. Hellmann ist der Ansicht, daß die Freirechtslehre zu dem Satz kommen würde, der Mieter müsse den Schlüssel gegen Ersatz seiner Aufwendungen herausgeben.

Meines Erachtens ergibt sich jedoch diese Folgerung mit Notwendigkeit aus dem geltenden Recht und zwar auf Grund folgender Erwägung:

Der vom Mieter angeschaffte Haus Schlüssel wird im Regelfall Zubehör im Sinn des § 97 BGB., denn das Zubehörverhältnis kann auch vom obligatorisch Berechtigten begründet werden (Staubinger, § 97 N. 2a). Die übrigen Voraussetzungen des Zubehörbegriffs sind zweifellos gegeben.

Normalerweise wird auch die Benützung des Schlüssels seiner Zweckbestimmung nach keine vorübergehende im Sinne des § 97 Abs. II Satz 1 BGB. sein, wenn auch hierfür sich Fälle denken lassen, z. B. ein Mieter erwartet einen Logiergast zum bevorstehenden Schützenfest und läßt mit Rücksicht auf die voraussichtlich allabendlich sehr spät erfolgende Heimkehr seines Freundes einen zweiten Haus Schlüssel fertigen. In einem solchen Fall wird der Haus Schlüssel allerdings nicht Zubehör.

Trifft jedoch ein derartiger Ausnahmefall nicht zu, so ergibt sich die Rückgabepflicht des Mieters aus der Bestimmung des § 556 BGB. Danach ist der Mieter verpflichtet, die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben.

In Rechtslehre und Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, daß sich diese Rückgabepflicht nicht nur auf die gemietete Sache selbst, sondern auch auf deren Zubehör erstreckt (Staubinger § 556 N. 1 c).

Daraus folgt, daß der Mieter verpflichtet ist, bei seinem Auszug auch den oder die selbst angeschafften Haus Schlüssel dem Vermieter zurückzugeben.

Der Umstand, daß das Zubehörverhältnis erst nach Abschluß des Mietvertrages durch den Mieter hergestellt worden ist und daß der angeschaffte Schlüssel im Eigentum des letzteren steht, kann an dieser Rechtspflicht nichts ändern.

Ganz analoge Rechtsverhältnisse ergeben sich beim Wiederkauf. In § 498 BGB. ist bestimmt: „Der Wiederverkäufer ist verpflichtet, dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör herauszugeben.“ In diesem Fall erstreckt sich die Herausgabepflicht des Wiederverkäufers auch auf dasjenige Zubehör, welches sich in der Zwischenzeit seit Vereinbarung des Wiederkaufvorbehaltes ergeben hat (Staubinger § 498 N. 2b; ferner E. I zum BGB. § 478).

Für den durch solche Zubehörfstücke dem Wiederkäufer zufließenden Gewinn kann der Wiederverkäufer auf Grund des § 500 BGB. insoweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendung erhöht wird.

Auch dem Mieter steht gegen den Vermieter ein Ersatzanspruch zu, wenn er den Haus Schlüssel beim Auszug herausgibt, und zwar gemäß § 547 Abs. II Satz 1 BGB.: Die Verpflichtung des Vermieters zum Ersatz sonstiger (d. h. nicht notwendiger) Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 547 Abs. II Satz 2 BGB. trifft nicht zu, denn der Haus Schlüssel ist keine „Einrichtung“ im Sinn des Gesetzes, da der Begriff der Einrichtung voraussetzt, daß die hinzugefügte Sache zum wesentlichen Bestandteil (§ 93 BGB.) geworden ist (Staubinger, § 258 N. 2).

Es sind nun folgende Fälle denkbar:

1. Im Regelfall wird sich der Mieter mit dem Hausbesitzer ins Benehmen gesetzt und dessen Einwilligung zur Anfertigung des Haus Schlüssels nachgesucht haben. Es ist sodann auf § 684 Satz 2 BGB. zurückzugehen, welcher bestimmt: Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der im § 683 bestimmte Anspruch an, d. h. letzterer kann wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.

Der Hausbesitzer muß also in diesem Fall dem Mieter den Wert des Schlüssels ersetzen.

2. Hat der Mieter ohne Genehmigung des Hausbesitzers den Schlüssel anfertigen lassen, so macht er sich in strafrechtlicher Beziehung einer Anstiftung zu einer Übertretung nach § 369 Ziff. 1 StGB. schuldig.

Verlangt der Hausbesitzer beim Auszug die Schlüssel heraus, so ergeben sich folgende Alternativen:

a) In der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs seitens des Vermieters kann eine stillschweigende Genehmigung der Geschäftsführung, d. h. der Anfertigung des Schlüssels liegen (§§ 547 Abs. II Satz 1, 684 Satz 2 BGB.). Wann dies zutrifft, bestimmt sich nach der Individualität des Falles. Ist eine stillschweigende Genehmigung nach Lage der Umstände anzunehmen, so ist, wie unter Ziff. 1, der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Wert des Schlüssels zu ersetzen.

b) Erklärt jedoch der Vermieter beim Auszug der Mietpartei etwa ausdrücklich, daß die Anfertigung des Schlüssels wider seinen Willen erfolgt sei, verweigert er also offensichtlich die Genehmigung nach § 684 Satz 2 BGB., so steht dem Mieter lediglich ein Bereicherungsanspruch gegen den Hausherrn zu (§ 684 Satz 1 BGB.). Eine Bereicherung des Vermieters kann beispielsweise dann in Betracht kommen, wenn der Schlüssel aus wertvollem Metall besteht.

3. Hatte der Mieter von vornherein nicht die Absicht, von dem Hauseigentümer Ersatz des Wertes des Schlüssels zu verlangen, so hat ersterer keinerlei Ansprüche auf Ersatz seiner Aufwendungen (§ 685 BGB.).

Aus Vorstehendem ergibt sich, daß man auch auf dem Wege rein konstruktiver Deduktion zu einem Ergebnis gelangt, das in jeder Richtung dem Billigkeitsgefühl und der verständigen Würdigung der Interessenlage entspricht, sodann auch mit den Forderungen der Freirechtslehre völlig in Einklang steht. Dr. Besold, München.

Zu den Ausführungen von Herrn Professor Hellmann über den **eigenen Haus Schlüssel** in JW. 1913, 510 möchte ich mir gestatten, im folgenden das Wort zu ergreifen:

Hellmann sagt selbst, daß „ein unbestimmtes Empfinden“ dafür zu sprechen scheint, daß der gewesene Mieter die in seinem Eigentum stehenden Haus- und Wohnungsschlüssel dem Vermieter zurückgeben müsse. Allein er vermischt eine aus dem vorhandenen Recht geschöpfte Begründung dieser Verpflichtung und kommt daher zu dem Ergebnis, daß eine solche Verpflichtung nicht bestände. Abgesehen davon, daß das besagte „unbestimmte Empfinden“ nur selten trift, haben sich auch die von Hellmann angeführten Schriftsteller für das Bestehen eines solchen Rechtsfaktes ausgesprochen, wenn auch ohne juristische Begründung. Es lohnt sich daher wohl der Versuch, eine Begründung dieses Satzes zu finden. Dafür spricht insbesondere auch die Erwägung, daß § 128 StGB., auf den Hellmann hinweist, den Vermieter häufig nicht genügend gegen den früheren Mieter, der den Schlüssel behält, schützen wird. Man denke an zweifelhafte Existenzen,

für welche die Möglichkeit, wegen Hausfriedensbruchs bestraft zu werden, sicher nicht ausreicht, sie an der Begehung eines Diebstahls zu hindern, der ihnen durch den Besitz eines Schlüssels außerordentlich erleichtert wird. Deshalb möchte ich folgenden Weg vorschlagen, um den früheren Mieter zu zwingen, die angefertigten Schlüssel entweder herauszugeben oder unbrauchbar zu machen. Es ist davon auszugehen, daß als Rechtsobjekte nicht die Sachen selbst in Betracht kommen, sondern die Sachen in ihrer rechtlichen Beziehung. Ich lasse mir nicht eine Lampe schenken, sondern Eigentum an einer Lampe übertragen, ich lasse mir nicht eine Wohnung zur Miete übergeben, sondern den Besitz einer Wohnung einräumen. § 556 Abs. 1 BGB. ist so zu verstehen, daß der Mieter nach Beendigung der Mietzeit die rechtliche Beziehung zu der Mietsache wieder einnehmen muß, die er vor der Mietzeit innehatte: wenn ihm während der Mietzeit der Besitz der Sache eingeräumt worden ist, hat er den Besitz zurückzuübertragen, kurz, er muß sich dem Vermieter gegenüber hinsichtlich der Mietsache genau so stellen, wie er vor Beginn des Mietverhältnisses stand. Während des Mietverhältnisses war der Mieter berechtigt, sich Schlüssel anfertigen zu lassen, weil dadurch seine Stellung gegenüber der ihm vom Vermieter zu Beginn des Mietverhältnisses eingeräumten nicht verändert wurde. Nach Beendigung des Mietverhältnisses hat er nach § 556 Abs. 1 BGB. die Stellung zu der Mietsache einzunehmen, die er vor Beginn des Mietverhältnisses innehatte. Solange er durch den Besitz der Schlüssel die durch das Mietverhältnis geschaffene Möglichkeit hat, auf die Mietsache auch nach Beendigung der Mietzeit einzuwirken, hat er seine in § 556 I BGB. aufgestellte Verpflichtung nicht erfüllt. Der Vermieter kann von ihm Übergabe der Schlüssel oder Unbrauchbarmachung verlangen. Im ersteren Falle steht dem Mieter eventuell ein Anspruch aus unerschäftigter Ersparnisbereicherung zu, wenn der Vermieter die Schlüssel anderweitig benutzt.

Referendar Mittler, Eßernförde-Borby.

Deutscher Juristentag.

Die Ständige Deputation des Deutschen Juristentags hat in ihrer Pfingstkonzferenz beschlossen, folgende Themata auf die Tagesordnung des 32., im September 1914 zu Düsseldorf stattfindenden Juristentags zu setzen:

1. Ist eine Besserung der Wohnungsverhältnisse zu erwarten,
 - a) wenn durch gesetzgeberische Maßregeln eine selbständige Belastung des Bauwerks, unabhängig von Grundeigentum und Erbbaurecht, ermöglicht wird?
 - b) wenn durch gesetzgeberische oder Verwaltungsmaßregeln die Verbreitung der Tilgungshypotheken (Amortisationshypotheken) behufs Entschuldung des städtischen Grundbesitzes gefördert wird?
2. Entsprechen die Bestimmungen der §§ 1123—1125 BGB. betreffend die Erstreckung der hypothekarischen Haftung auf Mieten und Pachtzinsforderungen dem praktischen Bedürfnis?
3. Empfiehlt es sich, das im Deutschen Reich und in Österreich geltende Recht der Gesellschaft m. b. H. zu vereinheitlichen und gleichzeitig einer Neuordnung zu unterziehen?
4. Empfehlen sich privatrechtliche Sondervorschriften für den Anstellungsvertrag der Bühnengehörigen?
5. Empfiehlt es sich, das Recht der Gläubigeransetzung, insbesondere auch mit Rücksicht auf die Verträge unter Ehegatten oder eines Ehegatten mit einem Dritten zugunsten des anderen Ehegatten einer Änderung zu unterziehen?
6. Unter welchen Voraussetzungen kann die rechtliche Gleichstellung der in Österreich oder in dem Deutschen Reich errichteten Notariatsurkunden in beiden Reichen erzielt werden?
7. Wie ist der akademische Unterricht im Verwaltungsrecht zweckmäßig zu gestalten?
8. Ist die Schaffung eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens außerhalb des Konkurses wünschenswert?
9. Wie sind besonders schwere und besonders leichte Fälle (im Sinne des Entwurfs eines deutschen Strafgesetzbuchs) in der zukünftigen Strafprozessordnung zu behandeln?

10. Welcher Änderungen wird das Militärstrafgesetzbuch bedürfen mit Rücksicht auf die Beschlüsse der Strafrechtskommission über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs?

Grundlegende Entscheidungen.

Spiegelt der Bürgermeister einem Bankinstitut vor, daß die Stadt die Aufnahme eines Darlehns für die Zwecke der städtischen Sparkasse beschlossen und sich zur Verzinsung und Rückzahlung der dargeliehenen Beträge verpflichtet habe, unterschlägt er jedoch die ihm als dem Vertreter der Stadt ausgemerkte Darlehenssumme, so haftet die Stadt gemäß §§ 31, 89 BGB. für den dem Darlehnsgeber entstandenen Schaden. Als bei der Entstehung des Schadens mitwirkendes Verschulden ist es jedoch anzusehen, wenn dem Geschädigten oder einem seiner Vertreter ernstliche Bedenken aufstiegen, oder auch nur aufsteigen mußten, ob bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Stadtgemeinde oder ihrer Sparkasse ohne die Wahrscheinlichkeit unredlicher Handlungen eines Beamten, die Darlehnsgefächte vernünftigerweise eingegangen werden konnten (Entsch. Nr. 1).

Ist im Mietvertrage dem Vermieter das Recht der fristlosen Kündigung für den Fall eingeräumt, daß der Mieter mit der Entrichtung einer Mierrate in Verzug kommt, so ist nach Entsch. Nr. 2 dieses Kündigungsrecht auch dann gegeben, wenn der Mieter mit einem nicht ganz unerheblichen Teil des Mietzinses im Rückstande ist.

Die Frage, welcher Sinn einer Willenserklärung von dem Vertragsgegner des Erklärenden nach Treu und Glauben beigelegt werden dürfe, ist eine Rechtsfrage und deshalb der Nachprüfung in der Revisionsinstanz zugänglich (Entsch. Nr. 4).

Der Umstand, daß der Berechtigte eine Verfügung als Bevollmächtigter des Nichtberechtigten vornimmt, zwingt in der Regel dazu, in der von ihm abgegebenen Erklärung zugleich eine Einwilligung zu erblicken (Entsch. Nr. 5).

In Entsch. Nr. 6 hält der VI. Senat an der wiederholt (vgl. RG. 71, 85; 77, 217; JW. 12, 587; 13, 34) vertretenen Ansicht fest, daß die zivilrechtliche Unterlassungsklage gegen eine unerlaubte Handlung regelmäßig nicht gegeben sei, wenn auf Antrag des Verletzten oder durch seine Privatklage eine Bestrafung des Täters zu erzielen ist.

Im Verfahren auf Erlassung eines Vollstreckungsurteils kann der Beklagte die Aufrechnung gegen die Klageforderung, für die das Vollstreckungsurteil begehrt wird, geltend machen (Entsch. Nr. 9).

Die auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruhende Unbenutzbarkeit der Mieträume zu dem bestimmungsgemäßen Gebrauch bildet einen Mangel, für den der Vermieter in Gemäßheit der §§ 537, 538 BGB. Gewähr zu leisten hat (Entsch. Nr. 10).

Der durch fahrlässige Amtspflichtverletzung eines Beamten Geschädigte muß zunächst den Versuch machen, auf andere Weise Ersatz zu erlangen, es sei denn, er könnte dargetun, daß ein solcher Versuch nutzlos sein würde. Die Beweislast für die Unmöglichkeit, anderweitigen Ersatz zu suchen, trifft den Kläger (Entsch. Nr. 12).

Herr Geheimrat Justizrat Dr. **Ernstropel** zu Hannover, der frühere langjährige Vorsitzende und seit dem vergangenen Jahre Ehrenmitglied des Deutschen Anwaltvereins, vollendete am 13. Mai d. J. das siebzigste Lebensjahr. Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins sprach dem um den Verein und um die deutsche Anwaltschaft so hochverdienten Kollegen telegraphisch seine Glückwünsche aus.